



Constitución, Igualdad y Acciones Afirmativas

Roberto P. Saba ⁹⁹

DOI: 10.53110/TSVE8946

A. Introducción: Las acciones afirmativas, que pueden ser implementadas tanto por el Estado como por particulares, brindan un trato preferencial a aquellas personas que, como consecuencia de su pertenencia a un grupo de individuos, resultan ser víctimas de actos, omisiones y prácticas –intencionales o no– que las colocan en situación de subordinación y exclusión sistemática, estructural e histórica. Estas acciones, que se consideran parte del género de las políticas de trato preferente, han sido impugnadas por sus críticos por contradecir el mandato constitucional o convencional de igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, las políticas de trato preferente ignorarían la noción de razonabilidad y no arbitrariedad en el trato que exige el principio de igualdad. Por su parte, aquellas voces que las han defendido desde la discusión pública, el activismo político, la legislación o las sentencias judiciales, han articulado diferentes argumentos justificatorios dirigidos a demostrar que esas políticas se sostienen en base a otros principios que también deben ser ponderados, así como también a una noción de igualdad compatible con ellas.¹⁰⁰

La gama de teorías propuestas por los defensores de las políticas de trato preferente en general, y de las acciones afirmativas en particular, es amplia. Una de ellas, las vinculan con la finalidad o justificación de instituciones específicas cuyos roles requieren que los miem-

⁹⁹ Abogado (UBA), Master y Doctor en Leyes (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

¹⁰⁰ Rosenfeld, 1991.

bros que las componen reflejen la diversidad de la comunidad en la que operan. Consideremos el caso, a modo ilustrativo, de los Parlamentos. Estos órganos, centrales en todo régimen democrático de gobierno, adquieren su justificación a partir de ciertos supuestos de teoría política. La concepción deliberativa de la democracia, por ejemplo, entiende que este régimen es moralmente preferible a otros por ser epistémicamente superior respecto de procesos de toma de decisión en los que no participan todos aquellos que resultarán afectados por los acuerdos que se alcancen o las decisiones que se tomen. La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que forman parte del proceso deliberativo de toma de decisiones sean los mismos que resultarán alcanzados por la decisión. De este modo, el sistema garantiza que los que participan de ese proceso conozcan la mayor variedad posible de puntos de vista, la más amplia diversidad de razones públicas aplicables y la mayor cantidad de información disponible. En las democracias modernas, esta deliberación amplia de la que participarían todos los miembros de la comunidad no es posible sino por medio de la representación política, sobre todo en los Parlamentos, por lo que éstos deben reflejar del modo más fiel posible la diversidad de individuos que forman parte del colectivo representado. A mayor diversidad dentro del Parlamento, mayores serán las probabilidades de que las decisiones que se tomen sean mejores y más elevada será la presunción de validez de esas decisiones.¹⁰¹

“ ”

La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que forman parte del proceso deliberativo de toma de decisiones sean los mismos que resultarán alcanzados por la decisión.

Veamos un ejemplo. Durante décadas, en muchos países, no se les ha reconocido a las mujeres sus derechos políticos. Más tarde, cuando lograron ese reconocimiento, una compleja combinación de factores y prácticas individuales y colectivas han conducido a que, incluso contando con el derecho a ser elegidas para representar a sus votantes en el Parla-

mento, no llegarán a ocupar más que un minúsculo número de bancas. La ausencia de mujeres en los Parlamentos, entonces, puede ser considerada, desde el punto de vista de la teoría democrática, como un serio déficit que socava su superioridad epistémica, una de las razones centrales por las que consideramos que el sistema democrático de gobierno es mejor que otros sistemas políticos.

¹⁰¹ Ver Nino, 1997, Capítulo 5.

Sin la intervención del Estado forzando por medio de regulaciones de cumplimiento obligatorio la incorporación de mujeres al Parlamento, éste funcionaría imperfectamente arrojando decisiones de menor calidad y legitimidad. De este modo, desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa, podrían justificarse las políticas de trato preferente respecto de las mujeres u otros grupos sistemáticamente excluidos del ámbito legislativo, sobre la base de que en la medida que se remuevan los obstáculos que impiden que un grupo importante de la comunidad política participe del proceso parlamentario, se evitará en consecuencia el empobrecimiento de la deliberación y disminuirá el riesgo de tomar malas o peores decisiones.

Un caso equivalente es el de las instituciones educativas, como las escuelas, colegios o universidades. Desde la perspectiva de algunas teorías pedagógicas, podría defenderse la tesis de que el proceso educativo resulta enriquecido cuando el alumnado que asiste a las aulas refleja la misma diversidad que se encuentra presente en la comunidad.¹⁰² Es a partir de esas perspectivas pedagógicas que se podría abogar por políticas de trato preferente que aseguren la presencia en clase de un colectivo de alumnos y docentes ampliamente diverso. A mayor diversidad en las aulas, mejor educación. En el caso de las universidades, se ha dado otro argumento, no contradictorio con el anterior, pero diferente, según el cual estas instituciones no sólo capacitan a las personas en el ejercicio de una profesión determinada, sino que son también los canales por medio de los cuales se forman los liderazgos de una sociedad. Si determinados grupos de la comunidad no acceden a las universidades, como ha sucedido en muchos países con las mujeres hasta tiempos recientes, o con las personas afrodescendientes aún hoy en algunos países, entonces los integrantes de esos colectivos se verán impedidos de contar con líderes sociales, profesionales, políticos, empresariales o culturales en los cuales verse reflejados o, incluso, en quienes confiar o con quienes establecer una relación de empatía. Las acciones afirmativas pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo por medio del cual se generan las condiciones para producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.¹⁰³

Como lo demuestran los ejemplos de los parlamentos y de las instituciones educativas, las acciones afirmativas –y las políticas de trato preferente en general– podrían justificarse en los fines o roles que esas instituciones poseen y en las razones que justifican su propia existencia. Esta tesis,

“ ”

Las acciones afirmativas pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo por medio del cual se generan las condiciones para producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.¹⁰³

¹⁰² Gutmann, 1987, Capítulo 2.

¹⁰³ Dworkin, 2003. Ver también Dworkin, 2012.

sin embargo, si bien ofrece buenas razones, aunque no excluyentes, para implementar políticas de trato preferente respecto de grupos de personas que encuentran severas dificultades para acceder a esas instituciones, no es una tesis apropiada para justificar esas mismas acciones afirmativas en ámbitos que no sean del mismo tipo que los señalados, como por ejemplo sucede con las relaciones de empleo.

Otra de las tesis que se han propuesto para justificar las políticas de trato preferente, se relaciona con los mandatos derivados de la justicia compensatoria. Algunos grupos de personas en diversas sociedades han recibido un trato histórico por parte del resto de la comunidad que los ha colocado en forma permanente y sistémica en una situación de desventaja que caracterizamos como estructural. Ese trato es muchas veces antiguo, como sucede generalmente con los pueblos originarios, las personas cuyos ancestros han sido víctimas de un régimen de esclavitud, o aquellas que han visto sus vidas afectadas por generaciones por el predominio de un régimen de patriarcado. Esos tratos han ocasionado daños severos y muchas veces permanentes sobre las personas afectadas, y las acciones afirmativas o las políticas de trato preferente podrían ser justificadas sobre la base de constituir una forma de compensación a los actuales miembros del grupo por aquellos daños pasados que tienen impacto sobre el presente.¹⁰⁴ Las acciones afirmativas serían así un modo de devolverles a esas personas algo de lo que les fue arrebatado.

Si bien estas teorías justificatorias de las políticas de trato preferente, proponen sólidos y también controversiales argumentos a su favor, intentaré articular en este breve ensayo una tesis diferente, no necesariamente contradictoria con ellas, pero basada en otras razones. Ofreceré aquí una justificación de las acciones afirmativas en el principio de igualdad que se encuentra presente en todas las constituciones de las democracias liberales y en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a la mayoría de las naciones del planeta. El argumento que propongo en las siguientes páginas, además de ser diferente de los señalados precedentemente, tiene un alcance más amplio que el que relaciona las acciones afirmativas exclusivamente con los fines buscados por algunas instituciones particulares. Por otra parte, si bien incorpora como relevante el dato de los daños ocasionados a un grupo en el pasado, no entiende el trato preferente como una compensación, o al menos no solamente, sino como una estrategia tendiente a remover los obstáculos actuales que definen la suerte de los individuos que forman parte de ese grupo en el presente y que formarán parte de él en el futuro.

¹⁰⁴ Sandel, 2009, Capítulos 7 y 8. Para una posición relacionada con los daños ocasionados, pero no favorable a la justificación basada en la noción de compensación tradicional, ver Ficus, 1992.

Además de ofrecer una sucinta justificación de la acción afirmativa sobre la base de una cierta visión de la igualdad, me propongo aquí proponer la conveniencia de que una Constitución comprometida con el ideal de la igualdad haga expresa su comprensión de que este valor no solo se asocia con el principio de no discriminación, sino también con el de no sometimiento de grupos, lo cual resulta ser el fundamento de las acciones afirmativas. En la experiencia constitucional comparada, la ausencia de esta manifestación explícita en la norma fundamental, ha conducido a que las acciones afirmativas deban descansar para su justificación legal en una interpretación del texto constitucional que, al reconocer el principio de igualdad, desprenda de él no sólo el deber de trato no arbitrario, sino el de dismantelar todas aquellas condiciones que generan o perpetúan situaciones de desigualdad estructural. Como esa interpretación no es evidente, el hecho de que la Constitución la reconozca en su propio texto, ofrecería mayores garantías para su implementación.

Dos concepciones acerca de la igualdad de trato ante la ley compiten tanto en el discurso de expertos y juristas, como en el de aquellos que no lo son. La primera de ellas se asocia con la intuición extendida de que la igualdad exige un trato no-arbitrario o, según la jurisprudencia de los tribunales de la mayoría de los países que se rigen por un sistema de democracia liberal, un trato denominado “razonable”. Esta concepción de la igualdad rechaza cualquier trato diferente entre las personas, ya sea por parte del estado o incluso, en algunos casos, también proveniente de particulares, que se base en una distinción arbitraria, entendiendo por tal a aquella en la que el criterio utilizado para justificar ese trato no guarda una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Por ejemplo, si el estado establece requisitos para el ingreso de estudiantes a las universidades públicas, no debería imponer como condición de admisión la categoría “ser varón”, pues éste no es un criterio razonable para seleccionar alumnos universitarios dado que no se observa una relación de funcionalidad entre el requisito –el sexo de las personas– y el fin de la regulación estatal –supongamos, seleccionar estudiantes idóneos para emprender estudios superiores–.

La segunda concepción acerca del principio de igualdad constitucional se vincula con la noción de no-subordinación de grupos e impugna aquellas estructuras sociales que se asemejan a un sistema de castas, utilizando el lenguaje del Juez William J. Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su opinión en el fallo *Plyler v. Doe*¹⁰⁵ de 1982. Allí el magistrado

A.

Acciones afirmativas e igualdad

¹⁰⁵ *Plyler v. Doe*, 1982, Corte Suprema de Estados Unidos, Reporte 457 U.S. 202.

interpreta la Enmienda XIV a la luz de una visión de la igualdad ante la ley que la entiende desde la óptica de la no-subordinación y que tiene por objeto impedir la creación o perpetuación de situaciones de desventaja de grupos que conduzcan a la cristalización o conformación de una estructural social de “castas”.¹⁰⁶

Las acciones afirmativas y las políticas de trato preferente han sido tanto repudiadas por considerárselas contrarias al principio de igualdad, como exigidas en virtud del mismo principio. La explicación del surgimiento de argumentos tan disímiles radica en que ambos parten de nociones de igualdad que, aunque no son contradictorias, son diferentes y, a veces, pueden entrar en tensión mutua. Aquellos que impugnan las acciones afirmativas en virtud de la aplicación del principio de igualdad lo hacen a partir de la asimilación de este principio con el mandato de no-discriminación, mientras que los que las consideran requeridas por ese principio, lo comprenden como expresión del requerimiento de no subordinación de grupos. Si interpretamos el principio constitucional de igualdad de modo tal que no se limite excluyentemente a la noción de trato no arbitrario, sino que contenga también la noción de no subordinación, entonces las acciones afirmativas, lejos de ser contrarias al principio, serían requeridas por éste.

Las acciones afirmativas y las políticas de trato preferente han sido tanto repudiadas por considerárselas contrarias al principio de igualdad, como exigidas en virtud del mismo principio. La explicación del surgimiento de argumentos tan disímiles radica en que ambos parten de nociones de igualdad que, aunque no son contradictorias, son diferentes y, a veces, pueden entrar en tensión mutua. Aquellos que impugnan las acciones afirmativas en virtud de la aplicación del principio de igualdad lo hacen a partir de la asimilación de este principio con el mandato de no-discriminación, mientras que los que las consideran requeridas por ese principio, lo comprenden como expresión del requerimiento de no subordinación de grupos. Si interpretamos el principio constitucional de igualdad de modo tal que no se limite excluyentemente a la noción de trato no arbitrario, sino que contenga también la noción de no subordinación, entonces las acciones afirmativas, lejos de ser contrarias al principio, serían requeridas por éste.

Un ejemplo de acciones afirmativas en el ámbito universitario lo constituye el establecimiento de cuotas para ingresantes que provengan de un grupo sistemática e históricamente excluido de la educación superior. Esas cuotas exigen no sólo la idoneidad o el cumplimiento de ciertos requisitos asociados con ella, sino también la pertenencia al grupo que padece una situación de desigualdad estructural, para poder ser admitido. En un contexto de vacantes limitadas para ingresar a una universidad, los individuos

¹⁰⁶ Para un análisis de este fallo, ver Saba, 2016, pp. 59-61.

favorecidos por la política de acción afirmativa estarían accediendo a lugares en las aulas que algunos consideran les corresponderían a aquellas personas que, en una comparación de antecedentes o en evaluaciones homogéneas, por ejemplo, obtuvieron mejores calificaciones. El hecho de que una persona idónea para desempeñarse correctamente en la posición buscada pertenezca al grupo favorecido por la política de trato preferente, le daría prioridad sobre aquellas personas también idóneas que, incluso con mejores antecedentes o calificaciones, no accederían a esa vacante. En otras palabras, el criterio de “mayor idoneidad” o “mejores antecedentes”, podría eventualmente ser derrotado por la aplicación del principio de igualdad como no subordinación. Es por este motivo que algunos individuos que, a pesar de ser mejor evaluados que aquellos que son los mejores evaluados del grupo sojuzgado, no serían admitidos.

Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para desmantelar una estructura de castas contradictoria con el principio de igualdad constitucional.

La noción de igualdad que expresan las constituciones liberales es compleja y no se agota excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual. La concepción de la igualdad como no subordinación exige que aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente tratados de forma más desventajosa no reciban un trato que, a pesar de no ser arbitrario, genere efectos que hacen que les resulte imposible desarrollar autónomamente sus planes de vida como consecuencia de la situación de desventaja estructural que padece el grupo al que pertenecen. Al ser esta situación de desventaja estructural contradictoria con el ideal de la igualdad, el mandato constitucional exige acciones estatales tendientes a desmantelar las condiciones estructurales que la provocan. A diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, esta concepción de la igualdad como no-subordinación se asocia al impe-



Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para desmantelar una estructura de castas contradictoria con el principio de igualdad constitucional.

rativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas o por prácticas colectivas, públicas y privadas, que los colocan en esa situación de desventaja sistémica. Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato arbitrario, el prejuicio y el favoritismo injustificado, la igualdad como no sometimiento o no-subordinación se vincula con el imperativo moral que se opone a la instalación de un sistema de castas. Las políticas de trato preferente, de las que son un ejemplo las acciones afirmativas, entrarían en conflicto con la primera noción de igualdad al punto de que resultarían incluso inadmisibles. Sin embargo, esas mismas políticas de trato preferente serían exigidas por la segunda concepción de igualdad con miras a dismantelar las causas que contribuyen a la cristalización de la estructura social que coloca a algunos individuos en situación de desventaja estructural.

El principio de no discriminación supone que la obligación constitucional de trato igual está definida exclusivamente por la relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de funcionalidad.¹⁰⁷ Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo,¹⁰⁸ el principio de no discriminación no refleja correctamente –o, al menos, de un modo completo– la aspiración igualitaria expresada en las cláusulas constitucionales referidas a la igualdad ante la ley. El principio de no discriminación –y el requerimiento de razonabilidad que lleva implícito en el sentido de la relación de esa funcionalidad que debe existir entre medios y fines–, asume que no es relevante tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria, o de los más básicos servicios públicos, por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo. **El principio de no discriminación lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad real de oportunidades y de no-sometimiento o subordinación de grupos. Si no se dan estas condiciones, la aplicación del principio de no discriminación no es apropiada y puede ser incluso la causa, aún sin que medie intención, de la perpetuación y reforzamiento de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.**

El objeto de las normas protectorias de la igualdad, cuando son interpretadas exclusivamente como garantía contra la arbitrariedad del estado o de particulares, y que encontramos en las constituciones y tratados internacionales, es el de evitar tratos irrazonables que sean el resultado de una distinción injustificada. De este modo, se busca evitar que el trato en cuestión se funde en prejuicios o estereotipos. El principio de no discriminación, construido sobre el estándar de razonabilidad, se funda sobre la idea

¹⁰⁷ Post, 2003, p. 18.

¹⁰⁸ Op. Cit., Saba, 2016.

de que la neutralidad en el trato, en el sentido de no arbitrariedad, se logra por medio del ocultamiento o no consideración de aquellas condiciones o características de los individuos que no sean relevantes para alcanzar el fin buscado.¹⁰⁹

Por su parte, en cambio, la noción de igualdad como no subordinación atiende al fenómeno de la desigualdad estructural que padecen ciertos grupos. Para esta perspectiva, lo que sucede de hecho, por ejemplo antes del momento en el que llevamos a cabo tratos no arbitrarios –como acaece en los casos de una selección ciega de ingresantes a la universidad–, no es un dato en absoluto irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor trascendencia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley entendido como contrario a la desigualdad estructural que padecen los integrantes de grupos sistemáticamente subordinados.¹¹⁰ Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en la política, por ejemplo, no sólo no sería contrario al principio de igualdad, sino que sería requerido por éste, mientras que ello resultaría inadmisible desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. El criterio “ser mujer” sería insostenible para hacer distinciones que provoquen su exclusión de todas o algunas actividades relevantes, como por ejemplo la política, mientras que esa categoría sería constitucionalmente requerida para brindarles a las mujeres un trato preferente justificado dirigido a dismantelar los obstáculos que se interponen en su acceso a esas actividades.¹¹¹ Algunos ven en esta última afirmación una paradoja, pues se busca la igualdad por medio de un trato diferente basado en un criterio no funcional con el fin de la regulación como el sexo. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio del sexo no puede ser jamás utilizado para perpetuar situaciones de exclusión, y debe, en cambio, ser usado para revertirlas y dismantelaras. Es por este motivo que no estarían justificados los tratos preferentes dirigidos a personas que no forman parte de grupos en situación de desigualdad estructural. Finalmente, como lo relevante es lo que sucede de hecho y no la intención de que esos efectos tengan lugar, no es prerrequisito para que el Estado desarrolle acciones afirmativas que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación.

¹⁰⁹ Ver Jay, 1999, p. 19.

¹¹⁰ Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males “más profundos” como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver Young, 1990; especialmente el Capítulo 7, “Affirmative Action and the Myth of Merit”, pp. 192-225.

¹¹¹ Bader Ginsburg, 1974, p. 89.

E. **¿Cómo plasmarse estas distinciones en una Constitución?**

Es usual encontrar en el derecho comparado norma antidiscriminatorias que enumeran categorías que se consideren prohibidas o sospechosas. Estas categorías serían inadmisibles sobre la base de que no estaría justificado recurrir a ellas para justificar tratos desiguales. Estos listados de categorías prohibidas se encuentran comúnmente en leyes antidiscriminatorias,¹¹² en constituciones, o en los tratados internacionales de derechos humanos¹¹³ y han sido defendidos por parte de la doctrina.¹¹⁴ Sin embargo, la enumeración de categorías prohibidas es generalmente expresión del principio de igualdad como no discriminación y resulta problemática o insuficiente para la aplicación del principio de igualdad como no subordinación, y la consecuente instrumentación de medidas de acción afirmativa.

El problema central de estructurar la prohibición de discriminación exclusivamente en torno a clasificaciones y categorías prohibidas, fundada sobre la base de una noción de igualdad como trato no arbitrario, es justamente que esa herramienta no es eficaz para enfrentar los problemas derivados de situaciones de desigualdad estructural que es necesario dismantlar también a partir del mandato constitucional de igualdad ante la ley.¹¹⁵ *La noción de que la igualdad en el trato se logra exclusivamente por medio de la prohibición del recurso a ciertas categorías para justificar tratos diferentes supone la negación de la relevancia de lo que de hecho sucede, asumiendo una noción de neutralidad entendida como ceguera frente a las desigualdades estructurales que contribuye a que la segregación y exclusión de ciertos grupos se perpetúen.* La prohibición de recurrir a criterios irrazonables para hacer distinciones en el trato entre personas, no contribuirá a que los grupos históricamente subordinados dejen de serlo. El principio de no discriminación y el concepto de categoría prohibida, rechazan o consideran irrelevante la existencia misma de los grupos y, en consecuencia, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales y la consiguiente exigencia constitucional de dismantlar situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.

Las categorías más usualmente identificadas como prohibidas, como la raza, la nacionalidad, el sexo, las ideas políticas o las creencias religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para justificar ninguna distinción o diferencia que el Estado o los particulares deseen hacer para lograr ningún propósito legítimo. Sin embargo, ellas no se corresponden necesariamente con la protección de un grupo estructuralmente desigual. *Las categorías prohibidas o sospechosas, así entendidas, son “simétricas” en el sentido de que se aplican, por ejemplo*

¹¹² Ver, por ejemplo, la Ley Nacional Número 23.592 de Argentina, art. 1

¹¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.

¹¹⁴ Gullco, 2007.

¹¹⁵ Op. Cit., Saba, 2016.

en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres, o, en el caso de la raza, a afrodescendientes y caucásicos, sin tomar nota de la situación de desigualdad estructural que los miembros de un grupo de determinada raza o de determinado sexo pueda estar padeciendo. La prohibición de tratos diferentes simétricos se convierte en un obstáculo para la justificación de tratos preferentes dirigidos a los miembros de un grupo en situación de desventaja estructural. La consecuencia práctica de la aplicación de estos criterios con efectos simétricos, es que la categoría “ser mujer” sería tan prohibida como la categoría “ser varón” en cualquier caso, pues no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado lo que convierte a la categoría en prohibida, sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, pueden existir tratos basados en categorías que resulten ser en principio prohibidas –como el sexo– que se justifican en el hecho de que el grupo beneficiado por ellos –por ejemplo, las mujeres– se encuentra padeciendo una situación de desigualdad estructural.

El trato preferencial basado en una categoría vedada desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, se realiza con miras a revertir o dismantlar la situación de desigualdad estructural que lo perjudica. Así, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, “ser varón” o “ser mujer” serán categorías prohibidas sólo en la medida en que sean utilizadas para perpetuar la situación de subordinación de la mujer. Este recurso a la categoría del sexo de las personas, que resulta impugnado desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, será requerido por la noción de igualdad como no subordinación de grupos. El argumento que aquí presento no objeta los listados de categorías prohibidas en todos los casos. La irrazonabilidad palmaria de las categorías listadas justificaría la prohibición de recurrir a ellas para evitar tratos arbitrarios, pero el establecimiento de un listado de categorías prohibidas no es el instrumento requerido para combatir la perpetuación de situaciones de desigualdad estructural que una Constitución podría ordenar dismantlar.

De este modo, estaríamos ante dos estrategias diferentes para atacar dos problemas distintos vinculados con la aplicación del principio de igualdad constitucional. Si lo que se desea evitar son los tratos discriminatorios entendidos como arbitrarios, entonces los listados de categorías prohibidas son la herramienta adecuada. Sin embargo, si lo que se quiere es honrar el principio de igualdad como no subordinación, entonces será necesario identificar grupos específicos en situación de desventaja sistémica, o estándares que permitan identificar a esos grupos, y habilitar la acción estatal tendiente a dismantlar aquellas condiciones que producen la situación de

desigualdad estructural. Esta última es la estrategia adoptada, por ejemplo, por el art. 75, inc. 23 incluido en la reforma constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994.¹¹⁶ Esta cláusula no solo hace una original referencia a estos grupos, de los que da cuatro casos ilustrativos, sino que asocia su situación de desventaja con la necesidad de lograr una igualdad “real” de oportunidades por medio de acciones afirmativas o de tratos preferentes. Estos grupos, en virtud del principio de igualdad constitucional, podrán recibir un trato desigual al que se le brinda al resto de las personas, y no deberán ser tratados del mismo modo, como si no fueran estructuralmente desiguales. En suma, deberán ser tratados con preferencia a fin de dismantelar la situación de desigualdad estructural que los afecta. Este es el fundamento de los tratos preferenciales en general y de las acciones afirmativas en particular, tal como lo ordenó el constituyente de 1994 en la reforma argentina.



El derecho a ser tratado igual exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también demanda que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese Estado no actúe como si ellas no existieran.

Una estrategia diferente fue articulada en la Constitución de los Estados Unidos. En ella no hay un reconocimiento expreso en su texto del principio de no subordinación. La referencia a la igualdad ante la ley en esa norma no incluye ninguna alusión a los tratos preferentes y, en consecuencia, la única forma de identificar la facultad constitucional de implementarlos surgiría

a partir de la interpretación del principio de igualdad expresado en términos más abstractos y genéricos en la Enmienda XIV. Esta falencia de la ingeniería constitucional ha contribuido a alimentar la controversia acerca de si las acciones afirmativas son contradictorias con la norma constitucional o si, por el contrario, resultan requeridas por ella. Esta discrepancia radical se dirime, en última instancia, en la interpretación de la Enmienda que realiza la Corte Suprema en el marco de un caso concreto, con la con-

¹¹⁶ Art. 75, inc. 23 de la Constitución de la República Argentina: “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. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

siguiente inestabilidad e incertidumbre que ello acarrea. En términos de diseño constitucional, resulta más efectivo, en lugar de descansar en una eventual interpretación del principio que recepte la noción de igualdad como no subordinación, que sea el propio texto constitucional el que haga explícito su reconocimiento. La referencia en esta cláusula al objetivo de lograr una igualdad “real” de oportunidades –como diferente de una mera igualdad de oportunidades–, por un lado, y el reconocimiento de grupos en situación de desventaja estructural –de los que se pueden dar ejemplos no taxativos– por el otro, daría cuenta de una toma de partido del constituyente por una noción de igualdad que prohíba los tratos arbitrarios, pero que incorpore también la dimensión de la igualdad que se opone a la conformación o perpetuación de una estructural social de castas.

El derecho a ser tratado igual exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también demanda que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese Estado no actúe como si ellas no existieran. La neutralidad y ceguera estatal respecto de aquellas condiciones que poseen las personas –por ejemplo, ser mujer o afrodescendiente– que no sean relevantes para hacer distinciones legítimas, no puede requerirse cuando existen situaciones de desigualdad estructural. A fin de que el Estado pueda cumplir con su deber de asegurar la igualdad, debe tomar nota de esas situaciones e implementar las medidas correspondientes dirigidas a su desmantelamiento. La razonabilidad de medio a fin se aplicará sólo en condiciones de igualdad real de oportunidades, las cuales no existen cuando un grupo es sojuzgado o es sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos relevantes para el desarrollo de la autonomía personal, como el mercado laboral, la política o la educación. Si este último fuera el supuesto, entonces el Estado estaría habilitado, o incluso obligado, a implementar acciones positivas que tengan por objeto desmantelar los obstáculos que impiden la igualdad real de oportunidades. Desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, de existir grupos sojuzgados, no es posible aplicar el principio de razonabilidad como si esas situaciones de exclusión y sometimiento no existieran.

Un diseño apropiado de la cláusula constitucional referida al principio de igualdad puede contribuir a disipar, o al menos a disminuir, las controversias habituales que surgen respecto de la compatibilidad entre el principio de igualdad y las acciones afirmativas. Una correcta explicitación de las dos caras de la igualdad en el texto constitucional –como no arbitrariedad y como no subordinación– puede proveer a la norma fundamental del ordenamiento jurídico de una antídoto frente a posibles críticas dirigidas al que es quizá el más poderoso instrumento que conozcamos en el presente en la lucha contra la desigualdad estructural: las acciones afirmativas.

• BIBLIOGRAFIA

- Rosenfeld, M. (1991)
Affirmative Action & Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry. Yale University Press, New Haven.
- Nino, C. (1997)
La Constitución de la Democracia Deliberativa. Gedisa, Barcelona.
- Gutmann, A. (1987)
Democratic Education. Princeton University Press, New Jersey.
- Dworkin, R. (2003)
'The Court and the University', The New York Review of Books, 15 de mayo. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2003/05/15/the-court-and-the-university/> (Consulta: 27 julio 2021).
- Dworkin, R. (2012)
The Case Against Color-Blind Admissions. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/> (Consulta: 27 julio 2021).
- Sandel, M. (200)
Justice. What's the Right Thing to Do? New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Saba, R. (2016)
Más allá de la igualdad formal ante la ley.
Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Post, R. et al. (2003)
Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law. Durham: Duke University Press.

- Jay, M. (1999)
‘Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law’
en Douzinas, C. y Nead, L. (eds.), Law and the Image.
The Authority of Art and the Aesthetics of Law.
Chicago: The University of Chicago Press.
- Young, I. (1990)
Justice and the Politics of Difference.
Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Bader Ginsburg, R. (1974)
Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination.
St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Gullco, H. (2007)
‘El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino’
en Gargarella, R. y Alegre, M. (coord.), El derecho a la igualdad.
Aportes para un constitucionalismo igualitario.
Buenos Aires: Lexis Nexis.