



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Acciones Positivas y Discriminación Inversa

2009

Tutor: Profesor Dr. Luis Antonio Rateni.

Alumno: Adolfo Maximiliano Suárez Erdaire.

Título a obtener: Abogado

Fecha de presentación: 25/06/2009

Resumen.

El presente trabajo está destinado fundamentalmente a abordar la problemática que se suscita en todos aquellos casos en los cuales los tribunales adoptan medidas desproporcionadas de discriminación inversa (especie de las acciones positivas), intentando a través de las mismas contrarrestar la desigualdad fáctica que sufre un grupo desventajado de la sociedad; como puede ser el caso de las mujeres, que han sufrido años de discriminación (social y laboral, entre otras); afectándose a través de las mismas el principio de igualdad de los terceros ajenos a dicho beneficio; en el caso podemos citar a los varones; tornándose todas estas medidas ilegítimas, inconstitucionales, abusivas y en una forma de perpetuar la discriminación reeditando la ley del Talión.

Para el análisis de la problemática expuesta y el desarrollo del presente trabajo, he considerado oportuno organizar el mismo en cuatro capítulos; así podemos estudiar cabalmente la cuestión planteada; comenzando en el primer capítulo con el estudio del principio de igualdad en lo que hace a sus concepciones Jusfilosóficas que se generaron con el aporte de diferentes posturas doctrinarias, destacándose los individualistas, los cristianos y los socialistas; permitiendo a partir de allí la elaboración de un concepto; que nos permite acercarnos a la idea de igualdad pero no abarcarla en su totalidad. Dicho capítulo lleva por título, “La Igualdad”. Es de relevancia el análisis del contenido que la misma presenta en nuestra Carta Magna a partir de la Reforma de 1994; incluyendo a la igualdad formal y sustancial. El propósito del presente capítulo está dirigido a definir conceptos básicos, en sus aspectos axiológicos que nos permiten adentrarnos y le dan sentido, al estudio posterior de las acciones positivas y de su especie, la discriminación inversa.

A continuación en el capítulo II, analizaremos el contenido de las discriminaciones arbitrarias basadas en distinciones que no respetan un parámetro de razonabilidad; y su aplicación concreta a través del racismo y la discriminación contra la mujer. El mismo se titula, “La Discriminación”. El Propósito de éste radica en definir aspectos axiológicos relacionados a la discriminación, que nos permitan extraer un concepto básico respecto de la arbitrariedad y a partir de allí examinar las medidas de acción positiva y de discriminación inversa, que carecen de sentido sin dicho análisis preliminar.

En el capítulo III, titulado, “Las Acciones Positivas”; realizamos un estudio pormenorizado en cuanto a los orígenes de la figura en el derecho comparado; el concepto de la misma desde la perspectiva de los diferentes doctrinarios del derecho; y los diferentes argumentos a favor y en contra de dichas medidas. En el mismo dejamos probado que la discriminación inversa no es sinónimo de acciones positivas; sino que la doctrina las diferencia, dependiendo tal distinción de la existencia o no de una posibilidad de perjuicios a terceros, los cuales lógicamente no integran el colectivo protegido. También se rescata el contenido de la actual normativa constitucional a partir de la Reforma de 1994 que establece la obligación de legislar y promover medidas de acción positiva en favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas.

Y por último en el capítulo IV, objeto del presente trabajo; analizamos la jurisprudencia reinante en el derecho comparado, principalmente de los Estados Unidos y de Europa a través de dos casos, “Bakke” y “Kalanke”; que nos permiten adentrarnos en los límites que deben imperar en la aplicación de las medidas de discriminación

inversa, caso contrario devienen en ilegítimas e inconstitucionales; advirtiéndose ello a través del caso “Freddo” en Argentina. El mismo se titula, “La discriminación inversa”. En este último, se defienden los puntos relativos a que la aplicación por parte de los tribunales de medidas desproporcionadas de discriminación inversa afectan el principio de igualdad, como así también dan lugar al surgimiento de supuestos de discriminación prohibida; y que en todos estos casos no se respeta el parámetro de la razonabilidad como estándar de control.

El desarrollo efectuado de la temática objeto de estudio, nos lleva a concluir en la etapa final del trabajo, que la solución aportada por la Cámara Nacional Civil al caso Freddo; estableciendo la exclusión absoluta del personal masculino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida; se presenta ante la doctrina opositora como excesiva; no en lo atinente a la implementación de los supuestos de discriminación inversa, sino en lo que hace al medio seleccionado por el tribunal, el cual no respeta la pauta de razonabilidad; y por ende no se analizan otros parámetros relevantes, solamente lo relativo a la igualación numérica entre hombres y mujeres; violándose el principio constitucional de igualdad.

En lo que respecta a la metodología empleada en el presente trabajo, en lo que hace a las técnicas, acudimos a un análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de los textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales existentes sobre la materia; los cuales fueron sometidos a fichajes de distintos tipos, tales como bibliográficos, de contenido y de crítica. A su vez, los resultados obtenidos se contrastaron entre sí mediante cruzamiento de datos, los mismos fueron interpretados a la luz de distintas variables. En lo atinente a los medios y recursos a los cuales hemos recurrido; en lo que respecta a

bibliografía se trabajó con material específico, tratados y manuales existentes sobre la problemática en estudio. En cuanto a revistas se acudió a las versiones jurídicas generales y digitales; y se consultaron además páginas web pertinentes, tanto oficiales como privadas.

1. Área.

Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho.

2. Tema.

Principio de igualdad formal y sustancial en el Sistema Constitucional Argentino.

3. Título Provisorio.

“Acciones Positivas y Discriminación Inversa.”

4. Problema.

¿Por qué las medidas desproporcionadas de discriminación inversa (especie de las acciones positivas), que adoptan los tribunales para garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales afectan el principio de igualdad, tornándose en ilegítimas, inconstitucionales, abusivas y constituyen una forma de perpetuar la discriminación reeditando la ley del Talión?

5. Hipótesis.

Las medidas desproporcionadas de discriminación inversa (especie de las acciones positivas) que adoptan los tribunales afectan el principio de igualdad y se tornan ilegítimas porque no respetan los parámetros de la razonabilidad, ni de excepcionalidad que operan como estándar de control de las mismas.

5.1 Puntos que se demostrarán y defenderán.

5.1.a. Cuando los tribunales adoptan medidas de discriminación inversa desproporcionadas se afecta el principio constitucional de igualdad.

5.1.b. No se respeta el parámetro de la razonabilidad como estándar de control cuando los tribunales adoptan medidas de discriminación inversa desproporcionadas.

5.1.c. La discriminación inversa no es sinónimo de acciones positivas, se trata de una especie de éstas de carácter excepcional bajo la forma de medidas de apoyo o refuerzo de posiciones.

5.1.d. Los tribunales incurren en supuestos de discriminación prohibida al momento de interpretar y aplicar al caso concreto, la norma desde la óptica de la discriminación inversa desproporcionada.

6. Objetivos.

6.1 Objetivo general.

6.1.a. Evaluar el Principio de Igualdad imperante en el Sistema Constitucional Argentino, luego de la Reforma de 1994.

6.2 Objetivos específicos.

6.2.a. Analizar las medidas de acción positiva y de discriminación inversa adoptadas por los tribunales y el principio de razonabilidad como estándar de control y límite de las mismas.

6.2.b. Demostrar la irrazonabilidad de las medidas de discriminación inversa desproporcionadas.

7. Marco Teórico.

Lo que se pretende a través del presente trabajo es analizar la situación que se plantea en el ámbito del derecho argentino a partir de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación en su texto por parte de los convencionales constituyentes de las medidas de acción positiva¹, figura jurídica que hoy en día cuenta con un retroceso evidente por parte de la normativa del país en el cual encontró su génesis, los Estados Unidos; amén de ello deja abierta la posibilidad de adopción de supuestos de discriminación inversa desproporcionados por parte de los tribunales que pueden devenir en ilegítimos y violatorios del principio de igualdad². Dichos supuestos podrían plasmarse, pese a que la realización de tales medidas la Constitución las pone en cabeza del Poder Legislativo, en políticas públicas adoptadas por el Estado emanadas de su dimensión social del derecho; en normas sancionadas por el legislador como parte de su deber político y en la interpretación judicial de los tribunales al momento de dictar sentencia³.

¹ Constitución Nacional Argentina. Art. 75 inc. 23.

² Ibid., Art. 16.

³ AYUSO, Luis E. "Las Acciones Positivas en la Constitución Nacional". Rosario: Zeus 2005, T 97, 41 y ss.

La discriminación inversa, siguiendo la distinción elaborada por Giménez Gluck⁴, es una especie de las denominadas medidas de acción positiva; algunos autores incurren en el error de considerarlas sinónimo de las mismas; y estos supuestos consisten en cuotas reservadas a determinados grupos de minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, becas universitarias); presentando el rasgo distintivo de poder perjudicar a un tercero ajeno al beneficio.

Siguiendo este orden de ideas podemos manifestar en primer lugar que son muchas las luces y sombras que se presentan en el ámbito de los mencionados supuestos de discriminación inversa, como en el caso de la reserva de cuotas, ya que nos encontramos en un terreno fronterizo entre la legitimidad o no de los mismos, dado que en beneficio de un colectivo determinado se ocasiona un perjuicio al principio de igualdad basado en el mérito o la capacidad a determinados individuos que nada tienen que ver con la discriminación histórica de la que se los acusan; y en segundo lugar el sistema legal tanto de nuestro país como el del mundo no adopta una solución cabal a esta figura jurídica; enmarcando y precisando su campo de acción a través de un concepto a las denominadas acciones positivas, como así tampoco los requisitos de las mismas y menos aún plasmando la cuestión de análisis del presente trabajo respecto de la discriminación inversa y sus límites necesarios que de no respetarse en pos del beneficio colectivo puede dar lugar a casos de ilegitimidad propiciados por el propio legislador al dictar la ley o el juez al momento de interpretar la norma en la sentencia; y recreando de esta manera la ley del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

⁴ Cit. por PALACIOS, Agustina. “Implementación de Medidas de Acción Positiva a favor de personas con discapacidad”. LL 2004-D, 1426 y ss.

Acorde a lo manifestado, es evidente que entra en juego en la cuestión de análisis el Principio constitucional de Igualdad, el cual a partir de la reforma constitucional de 1994 recibe un plus en su concepto, comprendiendo no sólo la igualdad jurídica-formal sino también la igualdad jurídica real y efectiva; consagrada esta última en una cláusula central y genérica⁵ y también en otras complementarias y específicas.

En el ámbito internacional encontramos un replanteo de la doctrina en lo que hace a la adopción de las medidas de acción positiva, con un evidente retroceso en los EE UU. En lo que hace a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, particular referencia merece el caso *Bakke*⁶, *leading case* en cuyo decisorio el superior tribunal restringió la aplicación de la discriminación inversa contra una persona blanca frente a otra de color, en razón de que la segunda desplazaba a la primera en el ingreso a la Universidad de California (Facultad de Medicina) teniendo una puntuación inferior pero suficiente como para calificar para el ingreso. Por otra parte, en el derecho comunitario nos encontramos ante el criterio adoptado en el difundido caso *Kalanke*⁷, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1995, consideró contraria a una Directiva de la Comunidad una norma del *Land* alemán de Bremen de 1990, que disponía que en los ascensos en la función pública se concediera preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas; poniendo nuevamente sobre el tapete la

⁵ Ibid., Art. 75 inc. 23.

⁶ EKMEKDJIAN M, Siegler P. “Discriminación inversa: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. ED, 93-877.

⁷ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La Discriminación Inversa y el caso Kalanke”. Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs.123-140: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_07.pdf [Ultima visita 23.02.2009].

cuestión de la legitimidad de la discriminación inversa y su relación con las medidas de acción positiva.

En el ámbito de la doctrina nacional, los supuestos de discriminación inversa, se ponen nuevamente de relieve a partir del caso Freddo S.A.⁸ y con ello el análisis por parte de la misma de sus riesgos y límites; en el mismo, la sala H de la Cámara Civil le impone a la empresa mencionada ut-supra que “...en el futuro, sólo contrate personal femenino, hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”⁹. Es indudable que dicha sentencia ha generado posturas a favor y en contra de parte de la doctrina nacional, dividiendo de esta manera las opiniones. Los defensores del fallo argumentan que la discriminación inversa es la solución más adecuada para lograr una igualdad real y efectiva, intentando el decisorio igualar las oportunidades de las mujeres en la obtención de empleo. En cambio, sus opositores señalan como eje fundamental de su argumentación que si bien es factible el empleo de acciones afirmativas para corregir desigualdades, opinan que la discriminación inversa, la cual es una especie de dichas acciones y no es una expresión feliz, puede aceptarse bajo la forma de medidas de apoyo o refuerzo de posiciones, pero no llegar a la exclusión absoluta del personal masculino ya que genera una lesión del derecho a igualdad de oportunidades y amén de ello se genera una nueva e indeseable discriminación.

Participo de la doctrina que se opone al fallo, en cuanto al medio escogido, la exclusión total, y que considera que la discriminación inversa es una especie de la acción positiva y como tal debe ser racionalizada, evitando discriminaciones arbitrarias u hostiles.

⁸ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c / Freddo S.A. s/ acción de amparo”. En LL 2003 B, 969-984.

⁹ Ibid.

8. Metodología.

8.1. Técnicas.

En cuanto a las técnicas a emplear en el presente trabajo, acudiremos al análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de los textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales; a los cuales someteremos a fichajes de distintos tipos. Los resultados obtenidos se contrastarán entre sí mediante cruzamiento de datos, los cuales serán interpretados a la luz de distintas variables.

8.2. Medios y Recursos.

Para el desarrollo de la problemática planteada supra se recurrirá a los siguientes recursos: en lo que respecta a bibliografía, se trabajará con material específico, tratados y manuales existentes sobre la materia. En cuanto a revistas se acudirá a las versiones jurídicas generales y digitales.

Se consultarán además páginas web que resulten pertinentes, tanto oficiales como privadas.

Capítulo I

La Igualdad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Igualdad. Nociones previas. 3. Relaciones entre la Libertad y la Igualdad. 4. El Principio de Igualdad en la Historia Constitucional Argentina. 5. El Principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino. 6. Modalidades de la Igualdad Jurídica en la Constitución Nacional. 7. Nociones finales.

1. Introducción.

En el presente capítulo abordamos el análisis del principio de igualdad en lo que hace a sus concepciones Jusfilosóficas generadas a través del aporte doctrinario de diferentes autores en sus perspectivas individualistas, cristianas, socialistas y que demarcaron el camino hacia la elaboración de un concepto, que nos permite acercarnos a lo que es la igualdad pero que bajo ningún aspecto podemos englobarlo en su totalidad.

También hemos puesto de manifiesto el contenido que dicho principio rector tiene en nuestro ordenamiento constitucional, analizando ambos aspectos del mismo, tanto en su concepción formal, que responde a una forma de pensamiento del constitucionalismo burgués; como en lo que hace a su perspectiva sustancial y que responde a las nuevas visiones del constitucionalismo social; aporte éste último proveniente de la reforma constitucional de 1994.

En cuanto a la intención que subyace del presente capítulo, la misma está orientada fundamentalmente a definir conceptos básicos, incluso desde una perspectiva axiológica, que nos permitirán adentrarnos en la temática objeto del presente trabajo; tal es el caso de las denominadas acciones afirmativas o positivas y de su especie más radicalizada que la constituye la discriminación inversa, todo ello carece de sentido en el devenir de este libelo si no contamos con la distinción cabal entre la igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial o real de oportunidades; el aporte ideológico de estas en la Constitución Nacional, y la consecuente postura a adoptar frente a la misma.

Para el desarrollo del presente capítulo hemos empleado la siguiente metodología; en primer término con respecto a las técnicas empleadas, decidimos acudir al análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de los textos legales y doctrinarios existentes en lo que hace al principio de igualdad y su contenido; sometiéndolos a fichajes de distintos tipos, tales como bibliográficos, de contenido y de crítica. Por otra parte en cuanto a los medios y recursos utilizados hemos recurrido en lo que respecta a bibliografía; a los tratados y manuales existentes en materia de igualdad.

La importancia de los aspectos analizados en el capítulo en cuestión radica en primer término en la diversidad de posturas Jusfilosóficas que encontramos frente al principio de la igualdad y las derivaciones que los mismos han tenido en el derecho positivo; y amén de ello, la relevancia que tiene el análisis del contenido de la igualdad en el ámbito del ordenamiento constitucional argentino, contemplando las concepciones de igualdad formal y sustancial presentes en su plexo normativo, como a la vez las diferentes modalidades de la igualdad ante la ley, lo cual nos permite delimitar el campo de análisis al que nos vamos a abocar para su estudio, teniendo en cuenta la amplitud del principio de igualdad; que según sea visto desde una perspectiva u otra, nos puede llevar a caminos diferentes.

Consideramos que el tema, objeto del presente trabajo, referido a las acciones positivas y la discriminación inversa, presenta una vinculación absoluta con el contenido del capítulo, ya que al analizar los aspectos de la igualdad formal y sustancial en lo que hace al ordenamiento constitucional de nuestro país, nos permite comprender de manera contundente las cuestiones relativas a estas figuras relativamente novedosas del derecho, y de las cuales no se encuentran previstas todas sus implicancias. También

encuentramos una relación directa entre el problema del trabajo consistente en los supuestos de medidas desproporcionadas de discriminación inversa (especie de las acciones positivas), que adoptan los tribunales y que afectan el principio de igualdad, vulnerando las garantías constitucionales y el contenido del capítulo, dado que la comprensión de los límites que se establecen en el ámbito de la igualdad sustancial respecto de las desigualdades justificadas, nos delimitan los requisitos que deben tener las discriminaciones basadas en categorías sospechosas como lo son el sexo, la raza, la religión; limitaciones éstas que no se respetan.

2. Igualdad. Nociones previas.

Ante un primer análisis de la palabra igualdad, en el ámbito del conocimiento vulgar nos encontramos con que la misma parece denotar un concepto claro, irrefutable, sin generar dudas ni polémicas doctrinarias.

Pasando a un nivel de análisis más profundo y entrando ya en el aspecto jurídico de la palabra en cuestión; allí sí nos enfrentamos a un concepto difícil y polémico, que presenta una evolución doctrinaria en la historia del Derecho Constitucional, pero sin que la misma pueda dar una solución cabal a este tema.

Frente al panorama anteriormente planteado, es indudable que la mera enunciación o evocación del término produce reacciones de tipo emocional, instintivo y demás, las cuales se encuentran íntimamente vinculadas a diferentes aspectos de la vida del hombre. Todo ello nos permite afirmar que en el ámbito de la doctrina se hace muy

difícil elaborar un concepto totalizador, en el cual se encuentren inmersas sus diferentes aristas como las respectivas consecuencias.¹

En una primera aproximación jurídica al tema de análisis, es dable destacar que la igualdad es una consecuencia necesaria de la libertad y constituye junto a ella la columna vertebral sobre la cual descansa el gobierno constitucional. Es por ello que consideramos acertada la reflexión de Echeverría cuando afirmaba que “la igualdad y la libertad son los dos ejes centrales, o más bien los dos polos del mundo de la democracia. La democracia parte de un hecho necesario, es decir, la igualdad de clases, y marcha con paso firme hacia la conquista del reino de la libertad más amplia: de la libertad individual, civil y política.”²

2.1. El Principio de Igualdad en la Sociedad Antigua.

Remontándonos en la historia de la humanidad, desde la antigüedad y hasta las civilizaciones contemporáneas, nos encontramos con que las instituciones presentan en cada sociedad una estructura orgánica determinada, con características peculiares; sin dejar de lado en dicho estudio un aspecto fundamental de las mismas que lo representan las distintas clases en que se divide esa sociedad, separadas unas de otras en forma tan absoluta, como si se tratara de mundos diferentes, y a cada uno de ellos con sus respectivos privilegios y cargas, con sus derechos y obligaciones.

Continuando con este análisis, es indudable que el principio de la igualdad de los hombres, en su condición humana no existía en la antigüedad tal cual lo conocemos hoy en día; todo ello, dada la existencia de las instituciones de la esclavitud que representa

una diferencia abismal entre el noble y el esclavo, degradado éste hasta la situación de cosa o de bestia.

Al analizar la historia política de Egipto, es dable resaltar el tercer período (del 3400 a 2200 a.C.), principalmente al final del mismo con el apogeo de la monarquía y como rasgo distintivo nos encontramos con la consolidación de un principio igualitario en el ámbito del derecho público, cuyo mandato establecía: “.....ante la ley, todos los egipcios son iguales en derecho.....”; es decir que no hay nobles ni esclavos, aunque el Estado utiliza los prisioneros de guerra para la construcción de carreteras o para trabajar en los dominios de la corona. En este mismo sentido también debemos destacar en lo que hace a la familia, el principio rector de la igualdad jurídica de los cónyuges.³

En la Mesopotamia tuvo su desarrollo una importante civilización, siendo su centro político y cultural la capital Babilonia, traducándose en la unificación del imperio caldeo; durante esta etapa histórica el Rey Hamurabi (2000 a.C.) dictó un famoso cuerpo legal, el cual lleva su nombre; otorgándole de esta manera a la vida del pueblo caldeo un ordenamiento con una regularidad y fijeza semejante a la de una Constitución; y a partir del cual la sociedad se organizaba en tres clases: los hombres libres, los que podrían considerarse semilibres y, por último los esclavos.⁴

En el siglo XIII a. C. aparece en la India un cuerpo de leyes (el *Manara Dharma Sastra* o libro de la ley de Manú) con normas para la organización política y social del pueblo; agrupando a la población de la India en cuatro categorías o castas, cuyo origen se atribuye al Dios Brahama; la primera casta era la de los *brahmanes*, la cual descendía de la cabeza del Dios; la segunda casta correspondía a los *chatrias* o

guerreros, quienes descendían de los brazos; la tercera casta eran los *vaisyas* o comerciantes, éstos descendían de su vientre; y la última casta de los *sudras* o artesanos, a su vez descendían de sus piernas; debajo de las castas mencionadas anteriormente estaban los parias. La importancia de este cuerpo legal radica en que el mismo establecía un principio igualitario en materia de impuestos, disponiendo una tributación proporcionada a los ingresos de los comerciantes, teniendo en cuenta para ello varios factores tales como el precio pagado por las mercaderías, los gastos de traslado, etc; conteniendo además entre sus disposiciones la de reducir el impuesto para los de la última clase y para los pequeños comerciantes.⁵

Continuando en este análisis de la Sociedad Antigua y de las diferentes instituciones que la caracterizaron a través de sus respectivos cuerpos normativos, pasamos a analizar el pensamiento griego el cual se sintetiza en su autenticidad con las posturas de Sócrates, Platón y Aristóteles; teniendo en cuenta que la historia de Grecia constituye la página más importante de la historia de la humanidad.

La esencia de la filosofía socrática puede encontrarse en su conducta, de respeto a la ley, constituyendo la igualdad y la justicia las bases fundamentales del Estado concebido por Sócrates.

Su discípulo, Aristocles, más conocido por Platón, combinando principios éticos y políticos representa un progreso en la concepción socrática, haciendo del hombre el centro de sus especulaciones y considerando en el ámbito de la democracia distintos criterios para juzgar la igualdad, como lo son el poder y el número, el peso y medida, y

oponiéndose de manera cabal a la concepción de la democracia total gobernada por las clases oligarcas.⁶

En el pensamiento de Aristóteles el principio de justicia se traduce en la igualdad; pero dicho principio varía en su concepto según estemos hablando de justicia distributiva o correctiva; del primer caso se desprende la concepción de que cada persona debe recibir de la sociedad bienes o cargas en una proporción adecuada a sus méritos, lo cual significa que ante méritos o posibilidades desiguales no es posible atribuir beneficios o cargas iguales; ya que no existe igualdad si se da un trato igual a los desiguales. En lo que hace al segundo caso en cuestión, es decir la justicia correctiva, en cambio, se trata de que cada parte tenga una situación de paridad, de modo tal que las oportunidades sean las mismas para todos. Las situaciones de injusticia que pudieran derivarse de la aplicación de estos principios a casos particulares, deben suavizarse con la equidad, que consiste en una forma particular de justicia correctiva.⁷

La influencia de la filosofía griega, en particular la estoica, se hace sentir en la gran obra de la cultura política romana, la cual se embebe de estas ideas anteriormente expuestas sobre la concepción de la igualdad y las amplían.

Destacamos a continuación el pensamiento de Cicerón a quien le interesaba esencialmente el hombre, teniendo en cuenta la igualdad de los derechos políticos, la *dignitas*, por eso combatía a la tiranía.⁸

2.2. La Igualdad en el Cristianismo.

En este nivel de análisis nos encontramos frente a la doctrina de la filosofía cristiana, la cual trajo consigo una nueva concepción del hombre exaltando el principio de la igualdad humana, cuya concepción por el cristianismo se basa principalmente en la relación con Dios. Entre los autores que caracterizaron dicha época es dable tener presente los principios filosóficos de San Agustín, el cual, influenciado por el pensamiento platónico y la obra de Cicerón, en su obra “Ciudad de Dios” desarrolla una síntesis de la historia de la humanidad remarcando la expresión clásica del pensamiento político cristiano.

Continuando con este orden de ideas, remarcamos la concepción que la Iglesia Católica expresó respecto de la igualdad, sosteniendo que todos los hombres dotados de un alma racional creados a imagen y semejanza de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen y redimidos por Cristo, tienen la misma vocación e idéntico destino.⁹

2.3. La Igualdad en la Doctrina del Derecho Individual.

Es una constante en el hombre la búsqueda de un argumento sólido que le permita de manera contundente resolver el problema de la existencia y fundamento del derecho y con él, situar al hombre dotándolo de normas naturales igualitarias. Esto ha motivado por parte de las doctrinas del derecho individual la consideración de que el individuo nace libre, otorgándole ciertos poderes o derechos, es decir, los derechos individuales naturales; por ello, al mismo tiempo que ejerce ese conjunto de derechos tiene la obligación de observar y respetar los mismos derechos de los demás individuos,

de modo de producir una limitación de los derechos individuales, asegurándose así el ejercicio de los de todos.

A través del desarrollo de estas doctrinas se llega al principio de la igualdad de los hombres, al aceptarse que todos nacen con los mismos derechos que deben conservar y observarse las mismas limitaciones para todos. De la lectura hecha podemos concluir que esta doctrina conlleva a que esta regla de derecho es siempre la misma, en todos los tiempos y en todos los países, para todos los pueblos; nada más lógico, toda vez que se funda en la existencia de los derechos individuales naturales del hombre, los cuales han sido y serán siempre y donde quiera los mismos derechos para todos los hombres.¹⁰

En el ámbito del desarrollo de estas doctrinas individualistas nos encontramos con el pensamiento de filósofos destacados que contribuyeron al enriquecimiento de las mismas; tales como John Locke y Jean Jacques Rousseau.

En el análisis del estado natural en que se encontraba originariamente el hombre, Locke entiende que es también un estado de igualdad.

Dicho sentimiento de igualdad como innato al hombre ha sido señalado también por Rousseau, quien afirmaba que en el estado de naturaleza los hombres eran libres e iguales; pero como en ese estado le es imposible mantener ambas cualidades, se une con su semejante mediante un pacto o contrato social, aunando sus fuerzas individuales. Remarcando dicho autor que “dándose cada hombre por entero a la comunidad, la condición es igual para todos”.¹¹

La doctrina individualista tuvo su acogida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual expresa: “... Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”. De esta manera adquieren los derechos individuales carácter universal, dejando de ser privilegio de élite o grupos cerrados, y al aceptarse el principio de igualdad, tales privilegios son incorporados a los valores indiscutibles de la civilización occidental.¹²

2.4. La Igualdad en las Doctrinas del Derecho Social.

En el ámbito de las doctrinas que partieron de la sociedad para estudiar al hombre, encontramos una oposición cabal con respecto a las posturas de las doctrinas individualistas, sosteniendo que el hombre es naturalmente social y sometido, por lo tanto, a las reglas que esa sociedad le impone en relación a los demás hombres, y sus derechos no son nada más que derivaciones de sus obligaciones. De esto se desprenden los conceptos de solidaridad o de interdependencia social, que permiten afirmar que todo hombre forma parte de un grupo humano, pero al mismo tiempo tiene conciencia de su propia individualidad.

En conclusión, dicha doctrina sostiene que el hombre natural no es el ser aislado y libre que plantean los filósofos del siglo XVIII, sino que se trata de un individuo ligado, desde su nacimiento, con los lazos de la solidaridad social. El otro aspecto que se destaca de esta doctrina, es que la igualdad absoluta de todos los hombres, corolario lógico del principio individualista, es contraria a los hechos y conduce, por ende, a la noción de un derecho ideal absoluto que debiera ser el mismo en todo tiempo y lugar.¹³

2.5. La Igualdad. Consideraciones finales.

La totalidad de los ideales que se han puesto de manifiesto supra resultan difíciles de concretar en la realidad por diversas causas tales como la diferente capacidad de cada individuo condicionada por sus hábitos culturales, su credo religioso, su entorno familiar, la desigual distribución de las riquezas que brinda más oportunidades a algunos, que no tienen más capacidad o méritos que otros, las diferencias en la educación, el egoísmo, la falta de solidaridad, entre otros muchos factores, han suscitado la existencia de organizaciones políticas, económicas y sociales, que se presentan en sus diferentes variables como injustas, desigualitarias, contradictorias y generadoras de permanentes conflictos.

En este orden de ideas, es lógico que en forma permanente aparezcan nuevos movimientos que tienen como objetivo central el mantener las estructuras políticas, sociales y económicas vigentes, o bien a modificarlas o sustituirlas con distinta suerte.

Nos encontramos frente a uno de los motores de la historia del hombre, el cual consiste en la búsqueda de un sistema político intrínsecamente justo a través de una igualdad concreta y efectiva; hay quienes lo buscan mediante la modificación de aquellas estructuras, otros en cambio bregan por su mantenimiento. Las posiciones progresistas y conservadoras encuentran en la realidad una colisión permanente, lo cual no significa que los grupos progresistas estén más cerca de la igualdad que los conservadores, ya que muchas veces se da la situación inversa, tal es el caso del régimen comunista de la ex URSS a partir de 1917. Resulta necesario también poner de

manifiesto que los grupos progresistas suelen volverse conservadores con el ejercicio del poder, olvidándose por completo de la pregonada igualdad.¹⁴

3. Relaciones entre la Libertad y la Igualdad.

Partiendo de la premisa que nos estatuye un sistema democrático constitucional personalista, como el que se desprende de la Constitución Nacional, advertimos de manera irrefutable que los conceptos de libertad e igualdad están indisolublemente ligados, pese a reflejar ideas diferentes. De ahí deriva la importancia de analizar dicha relación y el carácter consiguiente de la misma en todos sus aspectos.

Pasando, ahora sí, al análisis de ambos conceptos, nos encontramos frente a dos situaciones que se dan en la realidad como opuestas y que a la vez hallan su complemento mutuo. Tal es el caso de la libertad, la cual representa la energía natural que determina la acción social del hombre, y que lógicamente está sujeta a las limitaciones legales necesarias para proteger las libertades de los demás, posibilitar una relación social armónica y dar cumplimiento a los fines que motivan la creación de la organización política global. Por su lado la igualdad, consiste en la nivelación externa de los hombres para el ejercicio de la libertad.

Conclusión lógica de ello es que, si se pretende nivelar todas las desigualdades existentes entre los hombres, será necesario limitar sus libertades; asimismo, en el caso de que se pretenda resguardar la libertad en sus más amplias expresiones, conlleva necesariamente al reconocimiento de las desigualdades humanas. En el marco de una proyección teórica, sin aspiraciones tendientes mas allá de un gabinete de estudio,

podemos considerar que cuanto mayor sea la libertad menor será la igualdad y, viceversa, cuanto más extensa sea la igualdad, más amplias serán las restricciones que se establecen para la libertad.

Todo lo antes manifestado nos impone la necesidad de precisar la relación que existe entre la libertad y la igualdad en un sistema personalista; entiéndase, en un sistema político donde su finalidad última no es precisamente la igualdad, sino la libertad, aunque no la libertad absoluta, sino la libertad con dignidad, una libertad que dignifique al hombre.

Afirmamos, pues, que en un sistema constitucionalista, la igualdad es un valor jerárquicamente inferior a la libertad, pero también constituye un presupuesto indispensable para la vigencia de la libertad. Por lo que el equilibrio para la manifestación armónica de ambos valores en una democracia constitucional se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad, aunque teniendo en cuenta que la libertad es el fin y la igualdad un valor instrumental; de lo contrario estaremos en presencia de un sistema político autocrático, donde la más perfecta igualdad se traduce en el aniquilamiento de la libertad o, si se prefiere, la igualdad en la esclavitud.

Por ende podemos afirmar que así como la libertad constitucional es la libertad jurídica, la igualdad constitucional es también la igualdad jurídica y no la igualdad natural, especie esta última que no existe en el estado de naturaleza.¹⁵

Todo lo expuesto nos permite vislumbrar las intensas relaciones que se dan entre ambos conceptos, como así también palpar las ríspideces que caracterizan a dicho juego de espacios entre una y otra, en el sistema político correspondiente.

4. El Principio de Igualdad en la Historia Constitucional Argentina.

En cuanto al análisis del principio de igualdad, en el sistema constitucional argentino resulta de vital importancia el estudio de sus antecedentes históricos en lo que hace a la historia normativa de nuestro país y desde sus comienzos con el primer gobierno patrio.

Podemos citar como primera norma legal referente a la igualdad ante la ley, el conocido Decreto de Honores que se atribuye a Mariano Moreno, el cual fuera aprobado por la Junta el 6 de Diciembre de 1810, pasando a ser el antecedente patrio más remoto en este sentido. Adentrándonos en el articulado de dicho Decreto, el mismo revoca y anula el Artículo 8 de la orden del día de la Junta del 28 de Mayo de 1810, que le otorgaba al Presidente los honores que le habían correspondido al Virrey, y establece una absoluta, perfecta e idéntica igualdad entre el Presidente y los demás vocales de la Junta; éstos tendrán los honores militares, escolta y tratamiento establecido en conjunto y no en forma individual.¹⁶

Encontramos también como antecedente en el ámbito de la igualdad ante la ley, el proyecto de constitución presentado por la Sociedad Patriótica en 1813, de cuyo cuerpo normativo se desprende: "... la ley bien sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos, y asiste igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de los derechos que cada uno disfruta."¹⁷

Continuando con los antecedentes históricos del principio de igualdad en nuestro país y con anterioridad a la recepción del mismo en la constitución vigente,

encontramos reglamentos y estatutos constitucionales que merecen ser mencionados en su función legisladora de la igualdad ante la ley.

Comenzamos en este detalle sucinto citando el articulado de la Declaración de Derechos del Proyecto de Constitución del 27 de Enero de 1813, el cual establece que “...la igualdad consiste en que la ley obliga, protege y castiga igualmente a todos”.¹⁸

También resulta de importancia el Estatuto Provisional dado por la Junta de Observación el 5 de Mayo de 1815, el cual reproduce en su articulado las disposiciones sobre la igualdad del proyecto de la Sociedad Patriótica.¹⁹

El Congreso de Tucumán sancionó un Estatuto Provisional el 22 de Noviembre de 1816 estableciendo en su normativa correspondiente que “...los derechos de los habitantes del Estado son la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad”; reproduciéndose de esta manera el mismo concepto de igualdad presente en el proyecto de la Sociedad Patriótica.²⁰

Por otro lado, nos encontramos con la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica, del 22 de Abril de 1819, la cual establece en uno de sus artículos que “...los hombres son de tal manera iguales ante la ley”.²¹

Por último, cabe mencionar la Constitución sancionada por el Congreso General Constituyente de 1824-1827, el 24 de Diciembre de 1826, aparece precedida por un manifiesto del Congreso el que, entre otras cosas, decía “...los derechos del hombre, aquellos derechos esenciales, que no puede renunciar, sin degradar su naturaleza”. La

normativa de esta Constitución²² reproduce el texto del articulado de la Constitución de 1819, al consagrar la igualdad ante la ley, como principio constitucional.²³

5. El Principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino.

Consideramos necesario para realizar el estudio del presente punto, y por la trascendencia que el mismo tiene en lo que respecta al sistema constitucional argentino, reflexionar acerca de tres aspectos que presenta la igualdad en el ordenamiento jurídico, los cuales nos van a permitir aclarar distintas cuestiones que suscitan una complejidad en el campo de la igualdad.

Al abordar la cuestión de análisis respecto de la igualdad y su presencia dentro del ordenamiento jurídico supremo, la misma se instala en tres aspectos diferentes pero que en definitiva envuelven a una misma realidad, es decir, podemos observarla como principio y a partir de dicha recepción se configura en un derecho y una garantía para todos los habitantes.

Analizando la condición de principio de la igualdad, ésta constituye una guía de apreciación y a su vez se define como un mandato de optimización. Dicho principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser tratado como igual y con el de igual tratamiento.

En lo que respecta a su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico,

representando el status negativo; o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, representando el status positivo.

Por último, cabe mencionar la condición de garantía que reviste la igualdad, siendo sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos, interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela. De lo anteriormente manifestado, podemos visualizar claramente a la igualdad como principio y garantía, tendiendo a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. También se visualiza la igualdad como derecho, la cual se interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, siendo presupuesto de su ejercicio y además con el límite constitucional del ejercicio relativo de los derechos.²⁴

Considero oportuno el análisis de los tres aspectos puestos de manifiesto con anterioridad, ya que nos permiten adentrarnos en los conflictos que rodean a la igualdad, y a partir de allí poder realizar un análisis cabal de la normativa constitucional.

5.1. Principio Rector de la Igualdad en nuestra Carta Magna.

Al transitar el texto constitucional argentino, se descubre la presencia implícita del principio de igualdad en numerosas normas; tales como el mandato preambular, la forma republicana de gobierno, el reconocimiento de derechos de diversa naturaleza, los principios de la libertad civil y de reserva de ley, representan mandatos constituyentes

que sólo tiene sentido en una estructura democrática si se los entiende sustentados en el principio de igualdad.

Sabido es, que el principio de igualdad reviste el carácter de uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, lo cual adquiere forma expresa en la norma fundamental argentina, al disponer que: "...la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ellas 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".²⁵ Del precepto citado podemos rescatar lo que constituye la regla genérica en materia de igualdad, que es común a todos los sistemas originados en el constitucionalismo clásico y del cual se desprende como principio rector que: "Todos los habitantes son iguales ante la ley".²⁶

A continuación presentaremos un esbozo respecto de la igualdad jurídica y sustancial, el cual consideramos pertinente a los fines de clarificar el aporte ideológico recepcionado por nuestra constitución a partir de la reforma de 1994 y que ha representado una evolución del concepto de igualdad característico del constitucionalismo clásico hacia un Estado social de derecho.

5.2. Igualdad Jurídica e Igualdad Sustancial o Real de oportunidades.

El concepto de igualdad, como lo mencionamos supra, fue sumamente difícil de asir en el ámbito jusfilosófico a tal punto que se generaron diversas doctrinas con

posturas diferentes; el mismo también ha sido traducido al ámbito del derecho positivo a través de dos conceptos, el de la igualdad jurídica y el de la igualdad de oportunidades.

Analizando jurídicamente el concepto de igualdad, este representa la equiparación de las oportunidades para todos los habitantes, también conocida como igualdad civil.

Adentrándonos en el pensamiento del constitucionalista Bidart Campos, este plantea que la igualdad jurídica, a la que caracteriza de formal, es aquella que pretende la no discriminación arbitraria en el ámbito de las posibilidades teóricas que tiene cada individuo para realizarse. Mientras que la igualdad fáctica o real es aquella que requiere una conducta positiva que haga probables y accesibles a cada individuo las posibilidades teóricas supra referenciadas, por lo tanto, según la postura de dicho autor, la función del Estado no debe limitarse hoy en día a garantizar solamente el resguardo de la igualdad jurídica si no que amén de ello en determinados tópicos, tales como salud, educación, vivienda, trabajo, etc, el Estado también debe garantizar la igualdad real cuyo objetivo fundamental es el de remover los obstáculos que limitan de hecho la igualdad de oportunidades.²⁷

En este mismo orden de ideas nos encontramos con las reflexiones de otros intelectuales que coinciden en admitir una evolución del concepto de igualdad con el advenimiento del constitucionalismo social, es el caso de Humberto Quiroga Lavié que a partir del pensamiento de Bobbio, clasifica los significados de la igualdad en formal y sustancial; también podemos citar al autor Ferrajoli quien participa de una clasificación similar del principio de igualdad jurídica, al cual le asigna dos significados, en un

primer aspecto la igualdad reside en el igual valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, sin distinciones; aquí nos encontramos con lo que denomina la igualdad formal, la cual prescribe que los hombres deben ser considerados como iguales prescindiendo del hecho de que son distintos, es decir de sus diferencias personales de sexo, raza, etc.; mientras que en el segundo aspecto, que denomina igualdad sustancial, se pone de manifiesto que los hombres deben ser hechos tan iguales como sea posible y que por consiguiente no debe prescindirse de las diferencias sociales y económicas existentes. Por lo expuesto podemos afirmar que los derechos que caracterizan al primer tipo son aquellos que ponen de relieve la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes a los demás; mientras que los del segundo tipo, son derechos que tienen como meta la compensación de las desigualdades, permitiendo a aquellas personas que se embeban de los mismos para poder llegar a ser iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia.²⁸

Entrando ya en el ámbito de nuestra Carta Magna de 1853, la misma, solamente consagraba en su texto, como fiel exponente de su época, la igualdad jurídica o formal, al prohibir la esclavitud²⁹, y al establecer que “...todos sus habitantes son iguales ante la ley...”³⁰; dicha proclamación establece una neutralidad o imparcialidad de trato por parte del Estado hacia los particulares, quedando de esta manera incólume las diferencias naturales que existen entre los individuos; y abarcando la descalificación de discriminaciones arbitrarias o basadas en categorías sospechosas por parte del Estado.

Constituyen el catálogo de categorías sospechosas la raza, la nacionalidad, la lengua, el sexo, la religión, las opiniones políticas o gremiales, posición económica,

condiciones sociales, caracteres físicos o cualquier otra distinción que pueda generar sentimiento de persecución u hostigamiento en las personas integrantes de la categoría.

Una vez admitida la posibilidad constitucional de establecer diferenciaciones razonables, otra pauta que reviste importancia en materia de igualdad y que por ende debemos tener en cuenta es que la ley debe ser igual para los iguales en iguales circunstancias.

Continuando con el análisis de la evolución del concepto de igualdad en la Constitución Nacional, nos encontramos con un primer atisbo de lo que se ha dado en llamar igualdad sustancial en el año 1957, luego de la derogación de la Constitución del año 1949, y con la consiguiente incorporación de la norma que consagra en su seno los derechos sociales y de los trabajadores.³¹

A posteriori, con la reforma de 1994, de manera definitiva se incorpora en su plexo normativo la igualdad sustancial, subyaciendo en su articulado respectivo, la igualdad del voto y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a los cargos públicos y partidarios³²; también es un fiel reflejo de esta concepción la norma constitucional³³ que faculta al Congreso Nacional a promover medidas legislativas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el ejercicio de los derechos constitucionales, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y discapacitados.³⁴

En síntesis, lo que se ha puesto de manifiesto anteriormente resalta la nueva impronta que caracteriza al ordenamiento supremo de nuestro país, en el cual conviven ambos significados de igualdad; teniendo presente que la igualdad sustancial no

desconoce al concepto de igualdad formal sino que parte de él pero lo estima insuficiente.

6. Modalidades de la Igualdad Jurídica en la Constitución Nacional.

Podemos manifestar que en nuestro sistema constitucional los siguientes contenidos informan a la igualdad jurídica, la inadmisibilidad de prerrogativas de sangre, de nacimiento y título de nobleza; la supresión de fueros personales; la admisibilidad en los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad; la igualdad impositiva y la igualdad en las cargas públicas.

A continuación pasaremos a desarrollar todas estas modalidades de la igualdad que la informan, destacando cada uno de sus aspectos fundamentales.

6.1. Prerrogativas de Sangre y de Nacimiento. Títulos de Nobleza.

En cuanto a la Aristocracia y el mayorazgo, no se vivenciaron prácticamente en las colonias españolas del Río de la Plata; resaltando como carácter fundamental del segundo el monopolio de la propiedad de la tierra que se transmitía sólo por herencia al hijo mayor, basándose en el fundamento de que éste heredará las virtudes nobles de la sangre de sus ancestros.

La realidad imperante en las colonias era totalmente distinta, ya que la tierra se encontraba fraccionada y era de fácil transferencia; si bien no podemos obviar que la corona concedió encomiendas y donaciones, las que en su conjunto fueron insuficientes

para originar un derecho de señorío, dando lugar a la aparición de señores y vasallos, debido a la carencia de una explotación intensiva agrícola-ganadera.

Es dable resaltar que en el Río de la Plata no existió ni siquiera una nobleza criolla, como sí sucedió en México, Brasil y el Perú; si bien podemos decir que había algunos estancieros de fortuna, sin embargo las mayores y mas importantes haciendas se debían al comercio.

Es por todo ello que resultó sencillo para la Asamblea del año XIII dictar, en base a la iniciativa de Alvear, la ley del 21 de mayo de 1813, que ordenaba la extinción de los títulos de condes, marqueses y barones en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata; y por ley del 13 de agosto de ese mismo año, la Asamblea prohibió los mayorazgos y las mejoras de herencia, salvo para el caso de las obras pías.

Por último también debemos rescatar la ley del 26 de octubre de ese mismo año, por la cual se prohíbe en las fachadas y parajes públicos, las armas, jeroglíficos y escudos de nobleza.

En definitiva, todo lo afirmado nos conduce a la reflexión de que la prohibición que incorpora el art. 16 C.N. tiene una esencia principista, dado que dichas estructuras sociales y económicas habían tenido escasa o nula vigencia en la época colonial del mismo modo, por supuesto a partir de 1810.³⁵

6.2. Prohibición de los Fueros Personales.

El análisis de dicha prohibición, nos lleva a explicar previamente la figura de los fueros, los cuales consistían en privilegios que se otorgaban a determinadas categorías de individuos, y en virtud de los cuales los mismos eran juzgados; tanto en la esfera penal como civil, por tribunales especiales integrados por sus pares; es decir que las personas aforadas eran sustraídas a la jurisdicción ordinaria, criminal o civil.

Dentro del ámbito de esta figura, los fueros más conocidos eran el eclesiástico, el de la nobleza, el militar y el universitario; encontrando sus orígenes en la alta edad media.

Una realidad que se suscitó en la etapa de los señores feudales, consistió en la sustracción por parte de éstos a los monarcas de diversos privilegios, entre otros el de ser juzgados por sus pares, dado el gran poder político y económico que tenían los mismos; pero con la decadencia de dicho sistema y la formación y consolidación de los Estados nacionales, los monarcas fueron recuperando los poderes; entre los cuales se adjudicaron nuevamente la jurisdicción. Quedaba como residuo de los antiguos privilegios, el fuero militar, ya que era la nobleza, descendiente de los otrora poderosos señores feudales, la que proveía la casi totalidad de los candidatos para cubrir los cargos de oficiales y jefes militares.

En lo que hace al fuero eclesiástico, el mismo había sido largamente disputado por la Iglesia al poder temporal; obteniéndolo a través de la fuerte ascendencia espiritual de aquella, sumado a la fuerza militar, ya que tanto el Papado, como en el caso de otros

muchos señores eclesiásticos y órdenes monásticas, entre las que podemos mencionar a la Orden del Temple, disponían de una considerable fuerza bélica.

En el caso del fuero universitario, su génesis no la reconoce en la fuerza, claro está, que se debe al prestigio de las antiguas comunidades universitarias europeas, como el caso de Bolonia, entre tantos otros, las cuales sumada a la actividad de los monasterios y abadías, constituyeron el pilar basamental para mantener viva la llama del conocimiento y de la razón, durante la larga noche medieval.

La lógica de los hechos nos llevaron a que dichos fueros vigentes en las leyes de Aragón y Castilla, se trasladaran a las colonias y adquirieran vigencia en el derecho indiano.

Una vez expuestos en forma sucinta los antecedentes constitutivos de cada uno de los fueros que se han puesto de manifiesto supra podemos considerar la normativa patria previa a nuestra Carta Magna que se ocupó de reducir cabalmente dichos fueros.

Tal es el caso de la Asamblea del año XIII, la cual tuvo un rol sumamente importante en la reducción del fuero eclesiástico a través de diversas medidas, que consistieron primordialmente en la abolición del Tribunal de la Inquisición, la sanción del Reglamento de la Administración de Justicia, la declaración de la independencia del Estado y de las comunidades religiosas existentes en él, de toda autoridad existente fuera de su territorio y, sobre todo, la creación de comisarios generales para el clero regular, seglar y militar.

En lo que respecta al fuero universitario, el mismo se fue reduciendo de hecho y quedó limitado a cuestiones de la disciplina interna de cada universidad.

El fuero militar, por su parte, es el único que se mantuvo, aunque se modificó su naturaleza; así la Asamblea ordenó que el Supremo Poder Ejecutivo debía conocer en todos los consejos de guerra para oficiales generales y sentenciar en todos los consejos de guerra ordinarios.

En este orden de ideas es de vital importancia citar la ley dictada por la Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires el 2 de diciembre de 1822, a inspiración de Rivadavia, la cual suprimió el fuero eclesiástico; en los debates previos a su sanción se trajo a colación el tema referente a los fueros personales, reinando una opinión mayoritaria de los legisladores a favor de su eliminación. Consecuencia lógica de ello fue el dictado de la ley del 7 de julio de 1823, que declaraba abolido todo fuero personal en causas civiles y criminales; y fijando claramente la distinción entre los fueros personales, los cuales quedaban suprimidos definitivamente; y por otro lado los fueros reales. En cuanto a éstos últimos, no se trataba de un privilegio del justiciable sino de una jurisdicción criminal o disciplinaria especial a cargo de tribunales de excepción; aclarando que nunca quedaba comprendida la civil. Dichos tribunales presentaban como característica que no tenían jurisdicción *ratione personae* sino *ratione materiae*.

La Constitución recogió el contenido de la mencionada ley de la Provincia de Buenos Aires de 1823 y lo extendió a todo el territorio de la Nación.³⁶

6.3. Idoneidad en los empleos.

El primer aspecto a destacar de la disposición en análisis, es el carácter de los empleos a los que se refiere la misma, los cuales son públicos, es decir, aquellos cargos que se hallan en la estructura orgánica de alguno de los tres poderes del Estado federal, Estados provinciales, municipios, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades con participación estatal, entes interprovinciales o internacionales, etc.

La presente normativa enuncia el desarrollo de otro aspecto de la igualdad ante la ley; el de la idoneidad; el mismo es original de la Constitución de 1853 y encuentra su más remoto precedente en la declaración francesa de 1793, en cuanto consagraba la igualdad en la admisibilidad de los empleos públicos, sujeta a la consideración de virtudes y talentos.

La idoneidad es sinónimo de aptitud, es decir la disposición específica para hacer algo también específico; trasladada al ámbito del empleo público, la noción alude a la competencia o habilidad que debe satisfacer el aspirante a ocupar un cargo público. Por ende esto nos lleva a sostener que la idoneidad se presenta así como un presupuesto indispensable que debe llenarse, con fundamento en que las funciones que los ciudadanos cumplen en nombre del Estado no son privilegio de una clase o porción de la sociedad, sino un legítimo derecho de toda persona.³⁷

6.4. Igualdad Impositiva.

En lo que respecta al principio de igualdad ante la ley, en el ámbito de las contribuciones, es de destacar que rige el precepto coordinador de que el impuesto, ha de ser, en las mismas circunstancias igual para todos los contribuyentes.

La práctica misma, lleva al legislador a tomar la iniciativa para cumplir con esos fines de crear categorías tributarias, a las cuales les asigna diverso tratamiento, conforme su capacidad económica. Dichas categorías no pueden realizarse sobre la base de discriminaciones arbitrarias u hostiles, ya que las mismas deben satisfacer la regla de la igualdad impositiva.

No podemos dejar de mencionar los principios constitucionales que rigen la tributación y que coadyuvan a realizar este propósito.³⁸

6.5 Igualdad de cargas públicas.

El análisis de este punto nos lleva a manifestar que las prestaciones de servicios impuestas por el Estado a sus habitantes, por razones de interés público, también deben ser iguales.

En lo que hace a las cargas públicas las mismas se caracterizan por ser personales, lo que implica que sólo puede ser realizada por el sujeto obligado; amén de ello revisten el carácter de gratuitas, es decir, sin derecho a retribución, y por último transitorias, o sea por breve término; por lo que las mismas deben ser distribuídas equilibradamente en la población.

Entre los casos típicos de carga pública podemos mencionar, la convocatoria a la reserva de las fuerzas armadas, la asignación de funciones de presidente y vocal de mesa en las elecciones generales y, también las de personal afectado a tareas de censo.³⁹

7. Nociones finales.

El análisis del desarrollo del presente capítulo nos lleva a sostener que en el mismo hemos tenido la intención de definir conceptos básicos, con un contenido axiológico; para de esta manera poder efectuar un estudio cabal de la temática del presente trabajo; referida a las acciones positivas y la discriminación inversa; ya que es impensado la forma de abordar la investigación de dichos supuestos y menos aún de las medidas desproporcionadas de discriminación inversa adoptada por los tribunales; sin contar con la noción de igualdad formal e igualdad sustancial; la impronta que reviste nuestra Carta Magna a partir de la Reforma de 1994; y los alcances de la misma.

En lo atinente a la relación existente entre el tema del presente trabajo y el contenido del capítulo; es evidente ya que para poder analizar todo los aspectos de las acciones positivas y de la discriminación inversa, es necesario tener una noción clara de lo que representa en el derecho constitucional la igualdad formal, por un lado y la igualdad sustancial por el otro; delimitando el campo de acción de cada una de ellas; y en especial en el caso de la igualdad sustancial, permitiendo el desarrollo de todo lo relativo a estas medidas.

En cuanto a la relación del presente capítulo en lo que hace a su contenido con el problema formulado; es innegable que a través del conocimiento de los principios de

igualdad formal y sustancial; podremos saber cuáles son los límites fijados a esta última con el objetivo de evitar perjuicios a terceros ajenos al beneficio y por ende, poder advertir cuándo estamos frente a casos de supuestos desproporcionados de discriminación inversa; implementados por los tribunales que devienen en ilegítimos.

En el próximo capítulo analizaremos el concepto de lo que se entiende por discriminación arbitraria, una de ellas el racismo y otra, la discriminación contra la mujer; y su tratamiento en el ámbito de los Tratados Internacionales y de nuestra Carta Magna; teniendo presente que la aplicación de esta figura excluye a la igualdad y viceversa, ya que son dos caras opuestas de una realidad.

Capítulo II

La Discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nociones básicas. 3. Diversos conceptos. 4. Significado de la discriminación. 5. Rasgos típicos de la discriminación injusta. 6. La discriminación racial. 7. La Discriminación contra la mujer. 8. Tratamiento legal de la discriminación prohibida. 9. Consideraciones finales.

1. Introducción.

En el desarrollo del presente capítulo analizaremos el concepto de lo que se entiende por discriminación arbitraria; poniendo especial énfasis en exponer todas las aristas relativas a dos tipos particulares de discriminación; una de ellas el racismo, y la otra contra la mujer; pasando por último al estudio de los Tratados Internacionales que abordan la materia; no dejando de lado el examen particular del plexo normativo de nuestra Carta Magna, sobre todo a partir de la Reforma de 1994.

En cuanto a los fines que persigue el presente capítulo, son constituir conjuntamente con el primero, un complemento en lo que hace a la definición de conceptos básicos, desde una perspectiva axiológica, que nos permitirá a posteriori, poder comprender cabalmente el estudio del tema del presente trabajo, referido a las acciones positivas y la discriminación inversa; tengamos en cuenta que en primer término hemos puesto de manifiesto el principio de igualdad; ahora pues es necesario destacar el otro aspecto de la cuestión como lo son las discriminaciones arbitrarias; ya que la aplicación de una excluye a la otra; llevándonos todo ello a poder delimitar el campo necesario para la evolución de los otros institutos mencionados supra. Por lo tanto carece de sentido exponer sobre un tema que presenta tantas luces y sombras; sin antes aclarar cuestiones de neto contenido axiológico.

En lo que respecta a la metodología empleada, podemos sostener que en cuanto a las técnicas desarrollamos un análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de los textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales referidos a las discriminaciones arbitrarias y a casos específicos de ellas; como lo son el racismo y la discriminación

contra la mujer; y realizando a partir de ello, fichajes variados; tales como los bibliográficos, de contenido y de crítica. Continuando con la exposición, ahora sí en el ámbito de los medios y recursos, en los cuales nos hemos auxiliado; en lo que respecta a la bibliografía, recurrimos a material específico; como así también a los tratados y manuales existente sobre la problemática de la discriminación arbitraria y su contenido.

La importancia del presente capítulo radica en que a través del mismo podemos adentrarnos en un concepto claro de discriminaciones arbitrarias, basado en el empleo de categorías sospechosas tales como el sexo, la raza, la religión; diferenciando a estas de otro tipo de discriminaciones como son las legítimas o razonables. Además de ello, nos permite el presente desarrollo, poder apreciar la magnitud que tiene el tema en el ámbito nacional e internacional a través de la basta normativa regulatoria de la misma.

Es evidente la relación del presente capítulo con el tema de estudio del respectivo trabajo, ya que las discriminaciones arbitrarias han sido las generadoras de ambos tipos de medidas; tanto de los supuestos de acción positiva, como de los de discriminación inversa; es en estas discriminaciones donde encuentran su génesis. Y con respecto al problema de la aplicación de los tribunales de supuestos desproporcionados de discriminación inversa que se tornan en ilegítimos; la relación se da en el hecho que los tribunales al no tener en cuenta al momento de analizar las medidas a tomar, los criterios de razonabilidad; dichas medidas reeditan algunos de estos tipo de discriminaciones arbitrarias; donde ya el discriminado no va a ser el individuo perteneciente al grupo minusvalorado, sino todo lo contrario, el individuo perteneciente al grupo mayoritario.

2. Nociones básicas.

En el presente análisis, podemos identificar numerosos enfoques destinados a aprehender este fenómeno; los cuales discurren desde la conceptualización básica del término; tanto etimológica como deficional; pasando también por su utilización en el lenguaje usual, mediático, jurídico o político.

En base a ello, podemos afirmar que en todos los casos los significados que llenan el concepto desde el lenguaje y la percepción se encuentran netamente influenciados no sólo por el contexto social general en el cual se insertan, sino también por el haz de relaciones interpersonales en el que se produce tal fenómeno.

Lo puesto de manifiesto supra, determina la necesidad de conceder como debilidad en la posibilidad de un estudio general abstracto de la temática a abordar, que el concepto de práctica discriminatoria; y por lo tanto de lo que debemos considerar que representa o no discriminación en un contexto y en una sociedad determinada; adolece de una relatividad importante, profunda y que no puede desprenderse de la valoración subjetiva.

En orden a las ideas aquí expuestas, consideramos oportuno en primer término, plasmar el concepto de lo que se entiende por la palabra discriminación; para ello haremos un recorrido por las posturas esbozadas por diferentes autores.

3. Diversos conceptos.

Atendiendo al análisis de la temática que abordaremos, es necesario aclarar que existen dos concepciones diferentes del término discriminación; basada la distinción fundamentalmente en la fuerte connotación negativa que se le proyecta a uno de ellos.

Comenzamos, poniendo de relieve la primer visión atinente al término “discriminación”; en este orden, se ha dicho que proviene del verbo discriminar, el cual puede definirse en su sentido originario como distinguir, diferenciar, elegir, seleccionar, separar, distinguir entre cosas, acciones o derechos.

Consecuencia lógica de ello es la discriminación que efectuamos al calificar o evaluar el rendimiento de los alumnos; o en el caso de seleccionar libros descartando los que tienen una mala impresión o pertenecen a un autor que no nos agrada; también podemos citar el caso relativo a cuando juzgamos acciones como correctas o incorrectas; cuando valoramos normas jurídicas o fallos judiciales como justos o injustos: Es por ello que podemos afirmar que la discriminación como acción dirigida a distinguir entre clases de cosas no es objetable; es decir no reviste ninguna connotación de tipo negativo.

Sin embargo, el término discriminar; ha ido adquiriendo en el devenir del discurso jurídico del siglo XX, connotaciones peyorativas que acercan su significado al de las palabras parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo o intolerancia. Por lo tanto, es en esta última acepción, en la que la terminología discriminar adquiere un significado orientado a distinguir o diferenciar, incluyendo dentro del concepto una valoración

negativa de la acción. En este contexto de análisis podemos sostener que la discriminación es la contrapartida de la igualdad, ya que la existencia de una excluye a la otra.⁴⁰

En el desarrollo de la presente distinción, nos enfrentamos, ahora sí, a la segunda acepción de carácter negativo del término discriminación, y es en ese sentido en el cual plasmamos los diversos conceptos que nos vienen dados por la doctrina, entre ellos podemos considerar los siguientes:

El destacado autor Rey Martínez nos aproxima a la idea de este concepto al sostener que el término discriminación tiene dos significados; uno de carácter amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y uno estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos; tales como el sexo, la raza, etc.⁴¹

Sostiene el doctrinario Claudio Marcelo Kiper, en su línea de análisis siguiendo la definición aportada por la Random House Dictionary of The English Language, New York, que la palabra discriminar en su acepción popular, se entiende como "... establecer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, más bien que según sus propios méritos".⁴²

Y entrando en la definición que nos brinda el autor Robin, considera a la discriminación como "el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado".⁴³

En base a todo lo expuesto podemos expresar que los seres humanos somos desiguales por particulares características físicas; tales como el sexo, la raza, el color de la piel, etc; y también por otras que van aconteciendo durante el transcurso de nuestras vidas, tales como la edad, el estado de salud, etc. A todos los factores naturales de desigualdad puestos de relieve anteriormente, se le deben añadir los originados en condiciones personales de cada sujeto específico; tales como su idoneidad, intelecto, voluntad, capacidad.

Pese a que es sumamente difícil esgrimir un concepto único y totalizador en este campo, en base a la postura de los autores citados precedentemente nos acercamos a una idea de lo que representa la discriminación arbitraria o negativa; y la cual radica en toda acción u omisión que efectúa diferencias exclusivamente en factores sobre los cuales el ser humano no tiene control, tales como su raza, color, sexo, religión, condición social, etc; aclarándose que el principio de igualdad no se ve afectado cuando existen distinciones basadas en condiciones personales; tales como la idoneidad, el talento, los méritos del individuo.

En una primera aproximación al tema que vamos a tratar en profundidad, podemos dejar planteado que la discriminación hostil o injusta lesiona el derecho de igualdad por lo cual es menester activar una profunda lucha contra el flagelo discriminatorio; para lo cual se presenta como sumamente necesaria, una fuerte mejora de nuestra cultura y educación y; en segundo lugar, un cambio positivo en las condiciones económicas ya que, en definitiva, es el marginado social el que se halla impedido de acceder al conocimiento científico debido a su carencia de medios, pese a las exigencias que día a día aumentan dada la presencia de una sociedad competitiva. Es

dable resaltar, que en todos los tiempos existió discriminación pues ya en la época antigua los romanos diferenciaban entre patricios y plebeyos; mientras que los filósofos griegos no miraban mal a la institución de la esclavitud.⁴⁴

Para continuar con el estudio de la cuestión de análisis, podemos manifestar sucintamente que no toda desigualdad constituye una discriminación injusta o arbitraria; sino únicamente lo es aquella que carece de una razón objetiva y razonable.

4. Significado de la discriminación.

Sin lugar a dudas podemos manifestar que la discriminación representa uno de los fenómenos más lamentables y vergonzosos que afecta a las sociedades de distintas partes del mundo, convirtiéndolas para los integrantes del grupo minusvalorado en lugares indeseables.

Se presenta como una realidad palpable con el sólo hecho de recurrir a antecedentes estadísticos y a otros medios de muestra; el hecho de que en lo relativo a numerosos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; como también a muchos otros sectores de las relaciones humanas, existen personas que son objeto de discriminación, la cual no se debe a que las mismas hayan hecho o dejado de hacer algo; sino todo lo contrario, tienen como basamento un solo factor con respecto al cual dichas personas no pueden ejercer ningún control; tales como el color de su piel o la raza a la que pertenecen, el sexo de las mismas o también debido a la religión que profesan; las ideas políticas de las cuales participan, la nacionalidad que detentan, el aspecto físico que las caracteriza; entre tantos otros que podemos mencionar.⁴⁵

De todo lo expuesto cabe concluir que la discriminación, en todas sus formas se presenta como un problema político, social, cultural y económico que afecta a las estructuras mismas de las sociedades modernas; y que por lo tanto su significado claramente trasciende al de un simple problema que se ubica en un plano de análisis determinado; tal el caso, a modo de ejemplo de la discriminación racial; no responde a una cuestión biológica; sino a lo manifestado anteriormente.⁴⁶

Ello nos lleva a afirmar categóricamente que al momento de hablar de discriminación, hablamos del trato diferencial de los individuos a quienes se los considera como pertenecientes a un grupo social determinado.

Podemos decir entonces; y atendiendo al fin último del presente ítem, cual es, el de determinar el significado al que responde la discriminación; que se trata de la expresión manifiesta del prejuicio, es el trato de carácter categórico de un miembro de un grupo por ser miembro de dicho grupo; y lógicamente que se trata de un tipo particular.

Y lo antes dicho es así, ya que el prejuicio a diferencia de ésta; es un término que se ha aplicado a generalizaciones categóricas basadas en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias individuales. Atendiendo a la perspectiva psicológica de la cuestión, podemos decir que se refiere a un tipo de hostilidad en las relaciones entre personas dirigida contra un grupo de personas o contra cada uno de los miembros de un grupo; suele cumplir una función irracional específica para el que la sustenta. Por todo ello, y entrando en un análisis minucioso de la cuestión, entendemos

que el prejuicio puede ser considerado como el estado mental que da lugar a la práctica de la discriminación.⁴⁷

Esto ha despertado sin lugar a dudas la necesidad de una respuesta por parte de las diferentes normativas, tanto en el ámbito internacional como en el interno de los respectivos Estados; la cual a través del tiempo ha ido plasmándose en los denominados Estatutos Antidiscriminación y en los respectivos Tratados Internacionales sobre la materia.

5. Rasgos típicos de la discriminación injusta.

En este orden de ideas, es de vital importancia poner de manifiesto los rasgos que según la doctrina han destacado como caracterizantes de la sobrada injusticia que presentan las discriminaciones arbitrarias en razón del sexo, la raza, la religión, entre tantas otras categorías sospechosas y que entran dentro lo irrazonable.⁴⁸

Así podemos manifestar en primer término el rasgo atinente a una motivación social minusvaloradora, despectiva o incluso estigmatizadora. Las personas contra las cuales va dirigida la discriminación, caracterizadas por lo general mediante su pertenencia a un grupo socialmente señalado, son vistas como mínimo, como inferiores en la medida en que sea por razones físicas, intelectuales o morales, se las considera incapaces para realizar las tareas socialmente más importantes, ya sea de la administración de sus bienes, a los cargos públicos o lo atinente a la responsabilidad laboral. Es así como la preferencia laboral que existe respecto de los hombres ante las cargas familiares de las mujeres, más allá de que puedan presentarse externamente

como una perspectiva utilitaria o económica por parte del empresario, depende a fin de cuentas de la existencia de un criterio social minusvalorador de la mujer, como residuo de una larga historia que la relega a la esfera privada, que es a fin de cuentas la no importante.⁴⁹

En segundo lugar, otro de los rasgos determinantes que encontramos en este tipo de discriminación lo constituye una finalidad de desigualdad injusta, que mediante las acciones discriminatorias tienden a mantener y a perpetuar la inferioridad de las personas y el grupo desfavorecido; aunque en los casos más extremos, como el de la esclavitud de los negros o el de la persecución de los judíos, la discriminación ha podido conducir al genocidio o al menos a la explotación y a la opresión social, política y económica. Tampoco en casos más moderados, como el de la mujer occidental actual, dejan de aparecer formas bien conocidas de la desigualdad injusta, como son los supuestos de su menor índice al paro, su menor salario en promedio, su predominante acceso a los puestos laborales menos prestigiosos y pagados o en fin su inexistencia o invisibilidad en los puestos de responsabilidad de mayor prestigio.⁵⁰

En tercer lugar, podemos citar como rasgo palpablemente determinante de la discriminación arbitraria; que el objeto o contenido de la misma afecta, además de a otros bienes; a la negociación o la restricción de derechos básicos; en sus formas más extremas, el medio discriminatorio es jurídico y en el caso particular de las mujeres no está tan lejana su exclusión del derecho al voto o al acceso a cargos públicos; su incapacidad de plena disposición sobre su propia persona y bienes frente al marido; pero es sumamente importante advertir que la superación de este tipo de negaciones jurídicas no suele tener efectos traumáticos en la esfera social, como lo prueba de manera

clamorosa la situación de marginalidad social en la que se encuentra la minoría negra estadounidense, ya que del reconocimiento de la igualdad formal por el derecho a la realización de la igualdad real por la sociedad puede haber un largo trecho.⁵¹

En último lugar cabe destacar un resultado o efectos sociales que tienden a mantener, consolidar y perpetuar la situación de subordinación, marginación u opresión del grupo discriminado respecto del grupo que ejerce la discriminación; en algunos casos, los resultados discriminatorios pueden producirse como consecuencia de desigualdades fundamentales en criterios y medidas de protección que operan de hecho afianzando la desigualdad preexistente; de esta forma podemos decir que es conocido el mecanismo por el que ciertas medidas protectoras de las mujeres en la esfera laboral; como son la exclusión de ciertos trabajos duros, el pago especial de horas nocturnas, las vacaciones especiales, etc.; tienen en sí mismas el efecto perverso de encarecer el trabajo femenino; desincentivando la contratación de mujeres y consolidando su desigualdad en esa esfera respecto de los hombres.⁵²

6. La discriminación racial.

En el análisis de la problemática de la discriminación, nos encontramos con que la misma puede asumir formas muy diversas en planos completamente distintos; pero ponemos especial énfasis en el desarrollo de lo atinente a la que es considerada por la doctrina; y ello se pone de relieve en los diferentes trabajos relativos a ella; como una de las peores formas de discriminación; y que es el racismo.

Por ello pasamos a plantear los aspectos fundamentales de este tipo de discriminación; basada en ideas que son científicamente erróneas y que se desarrollan en la ignorancia.

6.1. El racismo.

Como lo poníamos de manifiesto anteriormente, la discriminación racial ha constituido una de las más perversas modalidades de vulneración de la igualdad intrínseca de todos los seres humanos; ya que el fundamento racial, visceral o pseudocientífico; ha sido el factor determinante de algunos de los más crueles hitos de la civilización.⁵³

En atención a este correlato de ideas; nos encontramos con que el prejuicio racial puede definirse como una actitud hostil o prevenida hacia una persona o grupo, a partir del supuesto de que son portadores de determinadas cualidades objetables; exponiendo lo antes dicho, podemos decir que el hecho de ser racista implica valorizar de modo general las diferencias reales o imaginarias del propio grupo de pertenencia, en detrimento de otro grupo de personas; con el objeto último de justificar su superioridad, sus privilegios o su agresión.

Acudiendo a un análisis científico de la cuestión en debate, es indudable que el racismo es un prejuicio basado en motivaciones psicológicas y sociales. Es dable destacar, que todo grupo humano tiene una tendencia natural; incrementada a su vez ésta por los parámetros culturales, a rechazar a todos los individuos diferentes al común; y dichas diferencias pueden consistir en el color de la piel; pero además de ello, también

en otros caracteres extremos; o bien idiomáticos; o amén de ellos recurriendo a aspectos tales como la nacionalidad, religión, convicciones o costumbres.

Es casi inevitable que a través del análisis de los antecedentes históricos nos encontremos con pueblos que han sometido a otros a los cuales consideraban inferiores; aún constituyendo el grupo dominado la mayoría cuántica.

Rescatamos el hecho de que en la realidad fáctica no existe una sola demostración científica que pueda cabalmente probar la superioridad de un grupo humano sobre otro; es más, el concepto mismo de raza es imperfecto e insuficiente para explicitar las características propias de los distintos grupos humanos.⁵⁴

Atendiendo a estudios efectuados por la Unesco; dicho tipo de discriminación se debe a ideas erróneas desarrolladas en el ámbito de la sociedad y que se dan dentro del campo de la ignorancia; a punto tal que un comité de expertos en problemas raciales; compuesto de antropólogos, psicólogos y sociólogos, reunido en diciembre de 1949 en París con los auspicios de dicho organismo, convino en que el término raza designa a un grupo o población caracterizado por algunas concentraciones relativas en cuanto a la frecuencia y a la distribución de las partículas hereditarias, es decir los genes, o caracteres físicos que en el transcurso del tiempo aparecen, varían e incluso desaparecen con frecuencia bajo la influencia de factores geográficos o culturales que favorecen el aislamiento.⁵⁵

Por lo tanto dicho Comité, estableció que es necesario realizar una distinción entre la raza, considerado hecho biológico y el mito de la raza; por lo tanto, para todos los efectos prácticos de índole social, la raza no es tanto un fenómeno biológico sino un

mito social. Es dable poner de manifiesto que, el mito de la raza ha causado grandes perjuicios a los hombres y a la sociedad; ya que en los últimos años dicho mito ha costado muchas vidas humanas y ha causado sufrimientos indescriptibles; y podemos sostener con justa causa que aún hoy impide el desarrollo normal de millones de seres humanos; privando a la civilización de la eficaz cooperación de mentes productivas.⁵⁶

La palabra raza, según el pensamiento de Roval Segal, ha llegado a significar comúnmente una división de la humanidad por colores, lo mismo que la palabra racismo comprende la hostilidad cada vez más acentuada que un hombre siente hacia otro únicamente a causa de su color.⁵⁷

Como pensamiento último es imprescindible destacar que el fenómeno del racismo es más social y cultural que biológico; por ende se trata de una cuestión de carácter irracional y pasional.

6.2. El racismo en los Estados Unidos de América del Norte.

Especial mención en este capítulo merece la situación planteada con respecto al racismo en los Estados Unidos; dado que se trata del país generador más importante tanto de normas como de jurisprudencia en lo que hace a las libertades públicas; pero pese a este rasgo, han subsistido y aún se presentan en su entramado social profundos prejuicios como el mencionado supra.

En la tarea de efectuar el análisis del racismo en los Estados Unidos, podemos acudir en primer término al caso “*Dred Scott v. Stanford*”; en el cual la Corte Suprema

de dicho país en el año 1857 estableció el expreso reconocimiento de que los negros eran considerados como personas de orden inferior; y por lo tanto no como ciudadanos.

Las enmiendas decimotercera y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos plasmaron en la norma la libertad y la igualdad de los no blancos; pero pese a ello el fuerte sentimiento racista del *WASP* (*White, anglosajón, protestant*) sobrevivió en la sociedad norteamericana. Es a partir de 1964, y bajo la presidencia del católico de ascendencia irlandesa; y por lo tanto integrante de una minoría étnica y religiosa; John F. Kennedy; cuando se obtiene del Congreso norteamericano la denominada "*Civil Rights Act*"; es decir, la ley de derechos civiles; la cual basada en la jurisprudencia de post-segunda guerra mundial de la Corte; consistió en el instrumento más valioso a los fines de lograr la efectiva integración de las minorías étnicas a la sociedad estadounidense.

Consideramos oportuno, traer a colación, en este análisis planteado; el que constituye para la jurisprudencia de la Corte norteamericana, uno de los casos más relevantes; en el año 1954; en "*Brown v. Board of Education*", los jueces del alto tribunal tuvieron que enfrentar una situación de especiales características, dada la difícil época por la que pasaban los negros de los estados del sur del país; donde la segregación regía en todos los establecimientos públicos.

En el caso en examen; al igual que otros tramitados en dicha época, el mismo hacía referencia a un niño negro que pretendía ser admitido en una escuela pública a la que asistían niños blancos; dicha admisión le había sido denegada basándose en la existencia de segregación racial. En este punto, debemos destacar que la Corte hacia el

año 1896, en el caso “Plessy v. Ferguson”, había establecido que la segregación no constituía una violación de la igualdad en tanto negros y blancos gozaran de los mismos beneficios; esto pasó a denominarse la doctrina de “separados pero iguales”.

En el caso de análisis, la Corte norteamericana decide apartarse de aquella doctrina, puesta de manifiesto; y sostiene que la segregación de los niños en las escuelas públicas, fundada en motivos de raza, los priva de gozar de idénticas oportunidades educacionales. Entonces advertimos que el Tribunal aprecia que aún posibilitando a los niños negros el acceso a establecimientos propios para ellos con iguales condiciones materiales que los que disponen los blancos; todo ello les generaba un sentimiento de inferioridad difícil de superar. Por lo tanto la segregación dispuesta por la ley estadual en las escuelas públicas tiende a retardar el desarrollo mental y educacional de los niños negros y los priva de los beneficios derivados de un sistema integrado de educación.

Pasando a otro fallo de vital importancia en lo que hace al nivel de desarrollo que estamos llevando a cabo, es el caso “Loving v. Virginia”; en el cual la Corte en el año 1967, tuvo que dirimir una cuestión relativa a un hombre blanco y una mujer negra, ambos oriundos del Estado de Virginia, en el cual se prohibía los matrimonios entre miembros de distintas razas; pese a ello, los mismos decidieron casarse fuera del Estado. Al regresar al mismo recibieron una condena a veinticinco años de prisión en suspenso, bajo la condición de abandonar el Estado y de no retornar al mismo por igual lapso.

En este punto debemos señalar que la Corte del Estado de Virginia en 1955, había sostenido la justificación de las leyes prohibitivas de los matrimonios interraciales

a fin de preservar la integridad racial de los ciudadanos, y de impedir la corrupción de la sangre; es decir la existencia de una raza de ciudadanos mestizos. A su vez el mismo, sostenía que tales leyes no afectaban el principio de igualdad ya que penaban por igual a blancos y negros.

Frente a lo manifestado, los jueces del alto Tribunal norteamericano decidieron descalificar totalmente dicho criterio ya que la prohibición existía en tanto y en cuanto uno de los contrayentes fuese blanco, pero no cuando se tratase de un negro y un miembro de otra raza no blanca; lo cual demuestra que su fundamento reposaba en el intento de mantener el predominio de la raza blanca, a todas luces ilegal.⁵⁸

7. La Discriminación contra la mujer.

Podemos afirmar en este nivel de ideas que la discriminación contra la mujer, en estos últimos años ha resurgido con considerable fuerza; todo ello ha generado un movimiento no sólo político sino también intelectual de carácter feminista.

Resulta evidente que la discriminación por sexo tiene una naturaleza sumamente particular en atención al alcance que el mismo tiene a la mitad del grupo social relevante, por el hecho que se da de que discriminados y discriminantes están en permanente interacción; y también por su difusión a innumerables situaciones sociales.⁵⁹

Nos parece oportuno resaltar en el ámbito de la defensa de las acciones entabladas por las feministas, a MacKinnon, la cual, entre otras feministas, argumentan que dicho movimiento consiste en una teoría política con enorme poder explicatorio por derecho propio sobre el problema de la dominación. Dicha feminista ataca el esquema

liberal corriente que trata de resolver el problema de la discriminación de sexos en términos de igualdad y de neutralidad, que suelen ser medidas con escalas masculinas.

Para la misma, el problema que el feminismo teórico debe esclarecer y enfrentar es pura y simplemente el de la dominación sexual de las mujeres por parte de los hombres; el de la apropiación, implementando para ello diversos mecanismos, del cuerpo femenino, lo que se refleja en la estructura de poder y en los arreglos institucionales básicos de las sociedades contemporáneas como, por ejemplo, la permisibilidad del aborto y de la pornografía.

Todas las promesas efectuadas por el feminismo deben ser testeadas a la luz de la más amplia y activa participación posible del sexo femenino en la comunidad de diálogo democrático.

Los autores acuerdan en establecer que por ahora lo que parece haberse establecido a través del debate abierto es que las estructuras de discriminación son mucho más amplias y encubiertas que lo que se piensa cuando se perciben las manifestaciones más obvias de discriminación; tal es el caso de la organización laboral que suele estar trazada sobre bases masculinas, lo que hace que la presencia de la mujer sea inestable y extraña; otro de los casos que podemos poner de manifiesto es el relativo a las licencias por maternidad y enfermedad de los hijos que convierten a la mujer en un empleado indeseable, lo que, tal vez sólo se podría llegar a superar si también a los hombres se les dispusieran en su favor licencias equivalentes.⁶⁰

Estos movimientos feministas han generado a través de su accionar singulares logros en lo que hace a la normativa interna de los estados y el juego que hacen en el

desarrollo de las mismas de las medidas de acciones positivas; logrando en casos extremos la aplicación por ley de sistemas de cuotas a favor del sexo femenino; y dando lugar a una incontable y profícua labor doctrinaria en el análisis de las normas y jurisprudencia relativa a los supuestos de discriminación inversa; estudiando la legitimidad de las mismas en el ámbito del principio de igualdad, el cual afectan respecto de los terceros ajenos al grupo minusvalorado.

8. Tratamiento legal de la discriminación prohibida.

8.1. Derecho Internacional.

En este análisis de los Tratados Internacionales; podemos advertir que prácticamente todos ellos, proscriben la discriminación globalmente; sin que en ninguno de los casos se distinga la persecutoria de la que tiene por objeto promover la situación de los grupos menos favorecidos.

Comenzando con el desarrollo de este punto; es preciso mencionar la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la cual cuenta con varias normas excluyentes de las discriminaciones basadas en la raza, el sexo, el idioma o la religión; todas ellas en cuanto al goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁶¹

Por otra parte también podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual establece en su contenido normativo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y por lo tanto dotados como están de razón y conciencia, deben comprometerse fraternalmente los unos con los otros; y en otra de sus manifestaciones destaca que toda persona tiene todos los

derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Es patente en la manifestación normativa de la Declaración la omisión que se da respecto de los defectos físicos y mentales.⁶²

En el año 1960 la Unesco adoptó una Convención sobre discriminación en la enseñanza; la cual fue aprobada por la Argentina por decreto ley 7672, del 19 de septiembre de 1963; proscribiéndose la discriminación en el área educativa de acuerdo con las categorías mencionadas en la precedente Declaración de las Naciones Unidas; aunque se hace excepción de los establecimientos separados por sexo, de las escuelas facultativas de ciertas religiones y de los establecimientos privados.⁶³

También en la órbita de las Naciones Unidas se adoptó para el año 1965, una Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la cual fue aprobada por la Argentina por ley 17.722 del 24 de abril de 1968; en la cual se define la discriminación racial como toda distinción, exclusión, restricción o preferencias basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica y social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública. En las manifestaciones normativas de la presente, encontramos que los Estados condenan la discriminación racial, y se comprometen a adoptar todas las políticas encaminadas a eliminar las acciones o prácticas de discriminación; así como a no incurrir en tales acciones o prácticas; se condena especialmente la segregación y se

declara delito la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, la incitación a la discriminación, y la violencia por motivos raciales.⁶⁴

Por otra parte nos encontramos con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas adoptado en el año 1966 y aprobado en la Argentina en el año 1986 por ley 23.313; a través del cual se dispone la igualdad de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos; y además se excluye a la discriminación de la suspensión de derechos en situaciones de emergencia; declarando también abolida la esclavitud.⁶⁵

En 1967 las Naciones Unidas adoptaron una Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer; en la que se establece el compromiso de los Estados firmantes de garantizar la igualdad de derechos políticos, civiles y económicos entre los miembros de ambos sexos, previéndose especialmente normas de equiparación de las relaciones familiares. En este mismo nivel de análisis y con respecto a la discriminación contra la mujer, en 1979 se adoptó otra Convención; la cual fue aprobada por la Argentina por ley 23.179 del año 1985; siendo la misma bastante más específica que la anterior en la regulación de las discriminaciones prohibidas en los ámbitos penal, familiar, laboral, educativo, etc.⁶⁶

Merece especial mención y dado los años de padecimiento que generó la puesta en vigencia del régimen denominado Apartheid, la adopción, también dentro del seno de las Naciones Unidas en el año 1973 de una Convención sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid; la cual fue aprobada por la Argentina por ley 23.221 del año 1985; y a través de la cual se declara a esa práctica un crimen de lesa humanidad.⁶⁷

En el año 1981, las Naciones Unidas proclamó una Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión y en las convicciones.⁶⁸

En lo que hace al planteo normativo de la cuestión en análisis en el ámbito regional; también nos encontramos con diversos documentos que ponen de manifiesto su postura cabal en contra de este tipo de discriminaciones arbitrarias, que no cuentan con una desigualdad en términos objetivos y razonables; por lo tanto pasamos a exponer respecto de las mismas.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes que la propia Declaración consagra, sin distinciones basadas en la raza, el sexo, el idioma o el credo. En el ámbito de la misma advertimos que las omisiones son aún más amplias en cuanto a las categorías que en el caso de la Declaración de las Naciones Unidas que ya hemos destacado supra.

La Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer suscripta en 1948 y la cual fue aprobada por la Argentina por Decreto Ley 9983 de 1957; en cuyo texto normativo compromete efectivamente a los Estados que la suscribieron a otorgar a la mujer los mismos derechos civiles que a los hombres.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054; establece en su contenido normativo que todos deben gozar de los derechos y libertades que la misma reconoce, destacando que ello debe ser sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pasando al ámbito de la Comunidad Europea, nos encontramos con que en el año 1950, se firma en Roma el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa; estableciéndose en su ámbito normativo que los derechos y libertades reconocidos en el mismo serán asegurados sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Mientras que por otro lado nos encontramos con el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en el que se establece la igualdad entre productores y consumidores.⁶⁹

8.2. Derecho Comparado. Normas internas de los Estados.

En el análisis del presente ítem, nos encontramos con que varias de las constituciones europeas más modernas contemplan en su texto normativo supuestos de igualdad y de discriminación; pasamos entonces a exponer brevemente una reseña de tales plexos normativos que nos permitirán apreciar la magnitud del tema en análisis y las diversas reacciones que ha despertado en el ordenamiento interno de los Estados.

Encontramos así, la ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949, la cual incluye en su normativa el principio de igualdad ante la ley, que tiene especificaciones de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, e incluye una norma según la cual nadie puede ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su

ascendencia, su raza, su idioma, su patria de origen, su credo y sus opiniones religiosas y políticas.

En el ámbito del derecho interno de España, advertimos que su Carta Fundamental de 1978, establece en su normativa que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Este mismo precepto de igualdad y no discriminación lo encontramos establecido en la Constitución de Portugal de 1976; rigiendo para todos sus ciudadanos y que a su vez se extiende hacia los extranjeros.⁷⁰

8.3. Tratamiento de las discriminaciones arbitrarias en el Derecho Argentino.

En este punto debemos desarrollar un análisis orientado hacia dos aspectos fundamentales a resaltar; siendo uno de ellos el tratamiento que le da nuestra Carta Magna a este tipo de discriminaciones y sobre todo a partir de la Reforma de 1994; mientras que otro de los aspectos a poner de relieve consiste en el relativo a las reglamentaciones infraconstitucionales que atienden esta cuestión de análisis.

Teniendo presente lo expuesto supra, entonces podemos adentrarnos en este punto de estudio referido a la normativa de nuestro país en lo que hace a este tema.

En primer lugar corresponde analizar la temática en el ámbito de nuestra Constitución Nacional; y podemos afirmar que, configurando las discriminaciones

arbitrarias una negación de la igualdad; es dable destacar que las mismas siempre estuvieron implícitamente prohibidas; pero a partir de la Reforma de 1994 nuestro derecho constitucional lo ha hecho explícito.

Por un lado advertimos la presencia en el plexo normativo de la figura del amparo colectivo⁷¹; dicha acción puede ser interpuesta contra cualquier forma de discriminación por el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones; lo cual no significa que no se encuentre protegida la discriminación individual a través del amparo individual o clásico.⁷² Interpretamos que la reforma de 1994 prefirió mencionar especialmente la discriminación colectiva para que no queden dudas de que también en esas situaciones procede el amparo.⁷³

Por otra parte, hallamos dentro de la normativa los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional;⁷⁴ los cuales obligan a dar efectividad a los derechos que reconocen, a favor de todas las personas; y de inmediato estipulan cuáles discriminaciones quedan impedidas; respecto de los cuales nos hemos exployado pormenorizadamente supra.

En la segunda línea de análisis de la cuestión, nos encontramos frente a normas infraconstitucionales que regulan los supuestos de discriminación arbitraria; las mismas son variadas, por lo que consideramos oportuno hacer especial mención a la Ley 23.592 contra todo tipo de discriminación.

En primer lugar debemos destacar el ámbito en el cual se dicta dicha ley, ya que en nuestro país nunca se han planteado los conflictos raciales con la intensidad que si hemos podido apreciar en el ámbito de los Estados Unidos; no obstante ello, existían y

algunas persisten, prácticas objetables tales como, la aparente resistencia a incorporar no católicos al ámbito militar, además de algunas tendencias hacia el antisemitismo de ciertos grupos sociales que a veces ha tenido manifestación en actos de violencia.

Existe por otro lado y en este orden de ideas, una discriminación latente en sectores de la sociedad respecto de la población total o parcialmente descendiente de los antiguos pobladores indígenas, lo que se expresa cotidianamente en referencias despectivas a los “cabecitas negras” o llanamente “negros”. En lo que respecta a las mujeres, las mismas son objeto de una muy seria discriminación de hecho, como se observa con advertir la distribución por sexos de los principales cargos de la Administración Pública, de la administración de justicia, de las universidades, de las Fuerzas Armadas y de las diferentes actividades privadas.⁷⁵

En este estado de cosas, ahora sí nos podemos adentrar en el análisis de esta Ley que fue enviada al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional, como proyecto en el año 1985 y que con importantes modificaciones fue sancionada el 3 de agosto de 1988 y promulgada el 23 del mismo mes y año.

La Ley, en su plexo normativo prohíbe expresamente los actos de impedir, obstruir, restringir, menoscabar arbitrariamente el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución por razones de raza, religión, nacionalidad, opinión política, ideología, opinión gremial, sexo, posición económica o social y caracteres físicos.

A partir de lo expresado, podemos advertir que los criterios de clasificación excluidos de la discriminación arbitraria, son aún más amplios que los de las

Convenciones internacionales más generosas en esta materia. En cuanto a los delitos previstos en el Código Penal se agravan, según se desprende de su texto normativo, cuando fueran cometidos por odio o persecución a una raza, religión o nacionalidad. Se considera un delito autónomo participar en organizaciones destinadas a promover el odio a la persecución racial, religiosa o por nacionalidad; o hacer propaganda en tal sentido.⁷⁶

Esta Ley antidiscriminatoria, en el ámbito del derecho nacional, podemos afirmar que ha sido un verdadero avance en la lucha contra este tipo de discriminaciones que afectan a las estructuras básicas de todas las sociedades del mundo.

9. Consideraciones finales.

Por lo expuesto precedentemente podemos concluir que; ha quedado perfectamente definido el campo de aplicación de las discriminaciones arbitrarias, caracterizadas por basarse en categorías sospechosas, tales como la raza, el sexo, la religión, entre tantas otras; discriminaciones todas ellas, que son la cara opuesta del principio de igualdad; ya que la aplicación de uno supone la exclusión del otro; y por lo tanto ello nos lleva a afirmar que hemos culminado en forma amplia la valoración axiológica que consideramos necesaria para poder adentrarnos en el estudio de las acciones positivas y de la discriminación inversa; institutos éstos que no comprenderíamos de no haber definido en primer término el concepto básico de lo que son las discriminaciones arbitrarias.

Por otra parte, como ha quedado acreditado en el mismo, existe una relación directa entre el tema de análisis en el presente trabajo y la exposición de relativa a las discriminaciones arbitrarias, ya que los institutos de acciones positivas y medidas de discriminación inversa reconocen su génesis en tales tipos de discriminaciones.

Mientras que podemos afirmar en lo que hace al problema de estudio, el cual hace referencia a la aplicación por parte de los tribunales de supuestos desproporcionados de discriminación inversa que terminan por afectar el principio de igualdad; y por ende devienen en una forma de reeditar las discriminaciones pasadas; la relación con lo expuesto en el presente capítulo radica en que es el mismo tribunal el que esta aplicando algunos de estos tipos de discriminaciones al no evaluar medidas con un criterio de razonabilidad; sin tener en cuenta el carácter extremo de las mismas e incurriendo en una legitimidad; ya que se basa en el uso de una categoría sospechosa.

A continuación en el próximo capítulo pasaremos a analizar las medidas de acción positiva, poniendo de manifiesto sus orígenes en el derecho comparado, los diferentes conceptos de la doctrina y su diferenciación con los supuestos de discriminación inversa.

Capítulo III

Las Acciones Positivas.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Orígenes de la Figura. 3. Concepto. Diversas posturas. 4. Terminología. 5. Posturas a favor y en contra de las acciones positivas. 6. Clasificación. 7. Requisitos para la validez de las acciones positivas. 8. Experiencias normativas en el Derecho Comparado. 9. Acciones positivas en el ámbito de nuestra Carta Magna. 10. Diferenciación entre las Acciones Positivas y las medidas de Discriminación Inversa. 11. Consideraciones finales.

1. Introducción.

En el presente capítulo abordaremos el análisis de las medidas de acción positivas, plasmando en primer término los orígenes de esta figura jurídica en el derecho comparado; pasando luego al análisis del concepto desde la perspectiva de los diferentes doctrinarios del derecho; también plantearemos los diferentes argumentos a favor y en contra de dichas medidas.

Merece especial mención el desarrollo que se efectuará de la clasificación elaborada por Giménez Gluck en torno a las acciones positivas, la cual presenta matices propios y definidos; radicando su importancia en el especial énfasis que pone la doctrina en la diferenciación entre las acciones positivas moderadas y la discriminación inversa, dependiendo tal distinción de la existencia o no de una posibilidad de perjuicios a terceros, los cuales lógicamente no integran el colectivo protegido.

También se rescatará en el presente capítulo el contenido de la actual normativa constitucional a partir de la Reforma de 1994 que establece la obligación de promover medidas de acción positivas en favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas.

En cuanto al punto de tesis que se demostrará y defenderá en el presente capítulo, es el que afirma que la discriminación inversa no es sinónimo de acciones positivas; sino, que entre ambas se da una relación de género a especie; siendo la primera una especie de éstas medidas, que presenta rasgos extremos, los cuales generan un gran repudio por el perjuicio ocasionado a terceros, violándose sus derechos fundamentales.

En el ámbito de la metodología utilizada para el desarrollo del presente capítulo, nos encontramos en lo que respecta a las técnicas abordadas, la puesta en práctica de un análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de las lecturas legales, doctrinarias y jurisprudenciales existentes en materia de acciones positivas y sus variantes, según la extremidad que presente la misma en su aplicación concreta; los cuales han sido sometido a fichajes variados, de carácter bibliográfico, de contenido y de crítica; pasando luego al cruzamiento de datos que nos permiten advertir los contrastes existentes en este tipo de medidas a luz de las diferentes posturas. En lo referente a los medios y recursos empleados; hemos recurrido con respecto a la bibliografía, al material específico, tratados y manuales que abordan la problemática de las medidas de acción positiva; mientras que en lo que a hace a revistas hemos acudido a versiones jurídicas generales y digitales respecto de la problemática en estudio. También hemos acudido a las páginas web públicas y privadas que resultaron pertinentes.

La importancia del presente capítulo radica en poder determinar el ámbito de aplicación de las acciones positivas, a través de su diferenciación con la discriminación inversa; ya que la falta de clarificación normativa de ambos conceptos, como también la falencia de la doctrina y la jurisprudencia en este aspecto, no habiendo los mismos depurado estos problemas, ha generado una reiterada confusión entre ambos conceptos, llegándose a cuestionar la legitimidad de las acciones positivas bajo la óptica de los caracteres fuertemente discriminatorios de la llamada discriminación inversa.

El contenido del presente capítulo se encuentra directamente vinculado con el tema, “Acciones Positivas y Discriminación Inversa”, objeto del presente trabajo, ya que nos permite clarificar ambos conceptos, tomando razón de que se trata de una

relación de género - especie, y pudiendo de esta manera caracterizar a cada uno de ellos con sus rasgos distintivos; y por ende conocer plenamente de la cuestión tratada en la presente tesis.

Por otra parte, también encontramos un vínculo en cuanto al problema de desarrollo y estudio en este trabajo, ya que en él se hace mención a las medidas desproporcionadas de discriminación inversa (especie de las acciones positivas), permitiendo clarificar los rasgos del género “acciones positivas”, y a partir de allí de su especie “discriminación inversa”, considerando el énfasis puesto por los doctrinarios, en el caso de las “cuotas”, en lo que hace a los requisitos de dichas medidas tendientes a evitar que se generen abusos en su implementación, en el ámbito de los derechos fundamentales.

2. Orígenes de la Figura.

Las acciones positivas se desarrollaron en el derecho Internacional y en la legislación norteamericana, a través de dos ejes fundamentales; uno de ellos la lucha por la eliminación de la discriminación racial y el otro la lucha de las mujeres frente a la discriminación.

Teniendo presente el primero de los aspectos citados, es dable recordar que el principio de igualdad fue incorporado a la Constitución Norteamericana recién en el año 1868, es decir, con posterioridad a la guerra civil; contemplada en la enmienda XIV que establece a los estados la prohibición de negar a persona alguna que se encuentre dentro de su respectiva jurisdicción la protección igual de las leyes.

Pero la mentada igualdad no bastó y por lo tanto comenzaron a desarrollarse medidas de acción positivas a favor de los grupos étnicos menos favorecidos socialmente; así es como nos encontramos con el primer decreto norteamericano de acción positiva en el acceso al trabajo en favor de mujeres y ciertas minorías (normalmente personas afroamericanas), las cuales estaban subrepresentadas o directamente no representadas en determinados empleos y puestos altos de empresas y establecimientos públicos; dicho decreto fue firmado por el presidente John F. Kennedy.⁷⁷

A partir de esta génesis se han ido desarrollando estas medidas a lo largo del mundo entero, con singularidades según se trate de Europa o de América Latina, presentando en el ámbito doctrinario simpatizantes y detractores; pero también es evidente la morigeración de las mismas en Norteamérica a partir de la jurisprudencia del alto tribunal de dicho país.

3. Concepto. Diversas posturas.

En este punto trataremos de delinear una idea básica de lo que se entiende por acciones afirmativas; tanto en el ámbito del Derecho Internacional a través de los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos que consagran esta nueva estrategia del derecho, como en el ordenamiento jurídico interno; para de esta manera enmarcar el campo de acción de esta figura jurídica; y una vez efectuada esta tarea poder adentrarnos de manera cabal en el estudio y debate acerca de las acciones positivas.

Nos encontramos frente a un primer obstáculo representado por la problemática reinante en la doctrina de la falta por parte de ésta de un consenso en lo que hace al contenido de estas acciones y su definición; esto nos lleva a hacer un recorrido a través de las pautas que nos brindan diferentes autores (tanto de la doctrina nacional como internacional) en sus respectivos trabajos de investigación; que nos permite una primera aproximación a dicha figura jurídica; a continuación pasamos entonces a mencionar algunas de dichas nociones:

Desde la perspectiva de los autores Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, las acciones positivas son “aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, mediante el otorgamiento de “ventajas” en forma imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente, (...) las cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y trato”. Estos autores agregan que “procuran paliar o “acortar” la gran brecha existente entre la solemne igualdad formal y la realidad de los resultados concretos, que muestra que no todas las personas pueden ejercer plenamente sus derechos”.⁷⁸

Según la concepción Michel Rosenfeld, “las acciones positivas pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”.⁷⁹

Cristina Torres, experta de la OMS, en el Taller regional para la Adopción e

Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para afrodescendientes de América Latina y el Caribe, realizado en mayo de 2003, caracteriza a dichas acciones de la siguiente manera: “una política pública que se expresa mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes”.⁸⁰

Resulta valioso citar el concepto que establece el Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa: “Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.⁸¹

Siguiendo las reflexiones de Kemelmajer de Carlucci, al momento de referirse al concepto de esta estrategia de intervención relativamente nueva manifiesta: “... También se las ha descrito como “medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho”; “programa público o privado, diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”; “atribución de ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso”, “instrumento de cambio en el seno de una estructura dada en la cual se delimita una nueva frontera de la igualdad”, etc.”.⁸²

También en esta primera aproximación al tema de análisis podemos acudir a la concepción del tratadista argentino Germán Bidart Campos que en su desarrollo del concepto de la Igualdad Jurídica y el impacto que en su contenido ha tenido la reforma constitucional de 1994 nos aclara: "...Toda esta red elocuente de principios, valores, derechos y obligaciones constitucionales demuestra el sentido actual del derecho a la igualdad jurídica real y efectiva, asumiendo que: a) las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer en favor de la igualdad; b) el verbo promover⁸³ implica adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva.".⁸⁴

En el mismo nivel de pensamiento Hebe Mabel Leonardo de Herbón nos manifiesta: "...Esta medida tiende a poner fuera de juego a la discriminación prohibida. Para ello, mediante medidas concretas, favorece a los grupos o clases de personas que han resultado marginadas ofreciéndoles un tratamiento preferencial a través de contratos de trabajo, ingreso a establecimientos educativos o la implementación de políticas públicas que remueva los obstáculos tradicionales.".

Es dable recatar de todas estas elaboraciones doctrinales, algo que subyace; y es la posibilidad de que estas medidas de acción positivas se traduzcan en políticas tanto del sector público como del sector privado; y en ambos casos deberán recorrer el camino de la razonabilidad; respetando de esta manera los principios y garantías de nuestra constitución nacional.

4. Terminología.

Consideramos de vital importancia poner de manifiesto y analizar las diferentes expresiones empleadas por los autores para describir las acciones positivas; y que sin lugar a dudas tiene una connotación negativa en lo que hace a la depuración de todos los problemas vinculados a la falta de una conceptualización clara y unánime que desplace las confusiones existentes en este ámbito; privilegiando la puesta en marcha de instrumentos de este tipo sin que se debata sobre su legitimidad.

Con la intención firme de cumplir el objetivo reseñado en el párrafo anterior, y analizando las manifestaciones vertidas por diferentes autores al momento de esbozar su opinión sobre los diversos temas vinculados con el instrumento en análisis; nos encontramos con que algunos estudiosos consideran que todas las expresiones son análogas y así nos hablan de acciones afirmativas o supuestos de discriminación inversa, sin reparar distinciones entre las mismas.⁸⁵

En el ámbito doctrinario europeo se utiliza con preferencia la voz acción positiva; aunque muchas veces sólo se hace referencia a aquellos casos en que, a la manera tradicional, la ley o el reglamento trata de modo distinto a los diferentes.

Por otra parte, en los Estados Unidos, encontramos una diferencia entre dos sectores doctrinales que podemos sintetizar afirmando que, mientras uno de ellos plantea una distinción entre acciones afirmativas (*affirmative action*) o acciones positivas (*positive action*) y discriminación favorable, discriminación adversa, discriminación inversa o benigna (*reserve or benign discrimination*) o cuotas benignas. En cambio el otro

sector de la doctrina plantea una distinción entre la discriminación lícita (*benign discrimination*) y la discriminación ilícita (*reverse discrimination*), es decir el impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables.

Es dable mencionar los contenidos que algunos autores brindan a las expresiones puestas de manifiesto con anterioridad:

4.1. Acciones afirmativas.

Son aquellas acciones destinadas a combatir las discriminaciones directas; sancionan y corrigen las discriminaciones directas pasadas y suponen, eventualmente, estrategias voluntarias adoptadas libremente por los empleadores para remediar las discriminaciones directas actuales.

4.2. Acciones positivas.

En este nivel de análisis nos referimos a las acciones orientadas a combatir las discriminaciones indirectas que no resultan necesariamente de actitudes discriminatorias adoptadas intencionalmente o no por un empleador en particular, sino que provienen principalmente de discriminaciones sociales.

Al momento de analizar el sistema de cuotas podemos destacar:

4.3. Cuotas por decisión.

Es aplicable en los casos correspondientes a contrataciones, promociones; y en las cuales rige el principio de que a igualdad de cualificación, las mujeres tienen preferencia frente a los candidatos varones que también participen de dicho concurso.

4.4. Cuotas por resultados u objetivos.

Se refiere al caso particular de aquellas cuotas que fijan objetivos de igualación a lograr en un determinado período de tiempo y, en el supuesto de que dicha cuota no se concrete en la realidad fáctica y en el plazo previsto, obliga a justificarlo demostrando para ello la existencia de motivos objetivos para la selección, no relacionados con el sexo.⁸⁶

5. Posturas a favor y en contra de las acciones positivas.

En el análisis de las acciones positivas y su correspondiente implementación a través de la normativa internacional; como así también en el ámbito de los respectivos derechos internos de cada Estado, vemos en este nuevo enfoque del constitucionalismo social la impronta que llevan consigo dichas medidas y el cual consiste en la concreción de la igualdad sustancial. Frente a ello, surgen posturas a favor y en contra, por parte de la doctrina con respecto al empleo de estas acciones; sustentando sus posturas con diferentes argumentos.

Para la mejor exposición y comprensión del tema en análisis, he decidido plantear en primer término las diferentes visiones que los observadores pueden tener del proble-

ma, para luego si, de forma cabal, adentrarnos en las argumentaciones que nos permiten en base a dichas visiones comprender el fundamento último de cada uno de los mismos.

5.1. Visiones frente al problema.

En el análisis del problema en cuestión, referente a las visiones positivas o negativas de las acciones referenciadas en el presente capítulo; se nos presentan tres posibles visiones, desde las cuales podemos abordar el estudio planteado. En la tarea de mencionar a las mismas, podemos decir que una de ellas se refiere a la visión simétrica o formal; otra a una visión asimétrica o sustancial, y por último hallamos una visión transaccional, que pone el énfasis en la igualdad de oportunidades.⁸⁷

A continuación pasamos a detallar cada una de dichas visiones y a analizar los aspectos sobresalientes de las mismas; una vez finalizada esta tarea se nos va a simplificar el estudio de los argumentos y su fundamentación respectiva.

5.1.1. Visión simétrica o formal.

En el estudio de los aspectos destacados de la presente postura, detectamos los siguientes:⁸⁸

En primer lugar, la caracterización que se realiza de la justicia, considerándola como un concepto a priori, cuya formulación tiene una completa independencia del contexto histórico o político circundante.

Siguiendo en esta línea de análisis, nos detenemos en la concepción de lo individual frente a lo social; dándose primacía a lo primero frente a lo segundo y prevaleciendo firmemente la responsabilidad individual; ya que una persona sólo puede ser responsable de sus propias acciones.

Y por último la idea subyacente de que el Estado debe mantener una postura neutral; lo cual deriva en la conclusión, según la situación que se haya sometido a análisis, en que por ejemplo no puede dictar leyes que prohíban a los negros ingresar a las universidades públicas pero, a su vez tampoco puede favorecer el acceso de los mismos.

5.1.2. Visión intermedia o de la igualdad de oportunidades.

Dentro del ámbito de esta visión, percibimos claramente las sombras y dificultades de la noción formal de igualdad; pero pese a ello, resaltamos que su punto de partida sigue siendo el individualismo propio de la visión simétrica.⁸⁹

Por otra parte encontramos una postura frente a lo que se considera el rol del Estado, en la cual se destaca la participación del mismo poniendo a todos en el mismo punto de partida pero advirtiéndose que está fuera de su esfera de actividad, el hecho de arbitrar los medios para preferir a los individuos en el punto de llegada en orden a su pertenencia a un determinado grupo o colectivo.

5.1.3. Visión asimétrica o sustancial.

En esta última visión del problema, encontramos que la misma parte de nociones tales como; en primer lugar podemos citar la concepción de la justicia, a la cual conside-

ran como no formal, es decir que hay que sustituirla por la de la realidad, y verificar que en los hechos existen grupos que sufren desigualdades y perjuicios.⁹⁰

A renglón seguido, nos precisan la idea de que el hombre se inserta dentro de grupos; es decir que su posición social no es irrelevante, y por ende carga con los beneficios pero al mismo tiempo con los riesgos de dicha pertenencia.

Otra de las ideas plasmadas por la visión en análisis consiste en que cuando una Constitución, es apreciada como un cuerpo de normas que protegen a la persona sólo frente a los avances del Estado, lo único que cabe en este sentido, es reclamarle al mismo neutralidad; pero a diferencia de esto, podemos adoptar otra postura cuando analizamos las relaciones de los hombres en sociedad; ya que la neutralidad, la no intervención significa de manera cabal y sin vueltas, dejar hacer a los más poderosos. Todo ello nos permite afirmar que la neutralidad implica participar en los resultados por omisión.

En orden a lo predicho, con respecto a esta visión, no podemos dejar de presentar una última concepción en lo que hace a las desigualdades inmerecidas, que según esta visión, requieren de una compensación. Por todo ello, se sostiene, que el Estado debe dar mayor atención a quienes tienen menos dotes y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. Igualmente es importante reconocer que la compensación no es el único criterio de justicia; al decir de Rawls: "...la distribución natural no es ni justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos. Las sociedades aristocráticas y de castas son injustas porque hacen de estas contingencias el funda-

mento adscriptivo para pertenecer a clases sociales más o menos cerradas y privilegiadas. En la justicia como imparcialidad los hombres convienen en aprovecharse de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales sólo cuando el hacerlo sea para el beneficio común”.

5.2. Argumentos en contra de las acciones afirmativas.

En el análisis de los argumentos que enfatizan el carácter negativo de dichas acciones, podemos afirmar, sin duda, y tal como se desprende de las expresiones que hacen a la hilación de su desarrollo; que los detractores parten en su estudio de una visión simétrica del problema; destacándose entre sus principales fundamentos, los siguientes:⁹¹

5.2.1. Las categorías sospechosas.

Sabido es, que ni el sexo ni la raza pueden constituir criterios destinados ya sea a beneficiar o a perjudicar a nadie; resultando para las minorías sin poder político la prohibición total de cualquier tipo de clasificación basada en estos preceptos.

5.2.2. La discriminación no se soluciona mirando hacia el pasado.

Teniendo en cuenta que las acciones positivas tienen como finalidad la de resarcir un daño o perjuicio acaecido injustificadamente en el pasado; es decir, una especie de reparación histórica de años de discriminación contra ciertos grupos. Se advierte en lo antes dicho que se trata de una justificación que mira hacia el pasado y no tiene en cuenta el futuro, y por lo tanto, se desprende de ello la irrealidad de la solución fundada

en la idea de justicia compensatoria histórica. Es dable citar un caso en el cual un manifestante negro reclamó una suma sideral de dólares a las iglesias blancas con motivo de que sus antepasados habían sido sometidos a años de discriminación.

5.2.3. Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva.

Una de las consecuencias de la acción positiva que genera un repudio por parte de la doctrina, radica en que la persona que hoy resulta excluida por su aplicación afronta individualmente las culpas históricas de su grupo sin que pueda imputársele en forma personal ningún tipo de conducta discriminatoria; es el caso de los varones jóvenes blancos que pagan las culpas de sus padres.

5.2.4. El fin no justifica los medios.

Los detractores de estas medidas sostienen que pese a que el fin buscado puede llegar a ser bueno; bajo ningún concepto justifica un medio a través del cual se convalida un perjuicio a terceros; fundamentando su postura en que los simpatizantes de dichas acciones han brindado a través del tiempo argumentos retóricos sin que ninguno de ellos revista la condición de lógicos.

5.3. Argumentos a favor de las acciones positivas.

En el desarrollo de estos fundamentos advertimos que los partidarios de éstas medidas coinciden en manifestar que no se trata de una panacea universal, cuya eficacia es infalible, sino que depende de las particularidades, idiosincrasia y antecedentes de

cada Estado; a modo de ejemplo podemos manifestar que la discriminación racial en E.E.U.U. no reviste las mismas características que en Argentina.⁹²

5.3.1. Las acciones positivas miran hacia el futuro.

Estas medidas no solamente pretenden reparar el pasado, sino que también contemplan el presente y el futuro. En este sentido, las mismas aspiran a eliminar la tensión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, entre otros objetivos.

5.3.2. La bondad de los fines.

Las acciones positivas persiguen fines justos, entre otros, podemos mencionar: provocar la reflexión social, favorecer la democratización y la tolerancia por lo diferente, producir reformas sociales, etc.

6. Clasificación.

Encontramos oportuno desarrollar la distinción elaborada por Giménez Gluck⁹³, en torno a las acciones positivas, y su visión sobre este tema que le permitió elaborar una clasificación con matices propios y definidos.

Siguiendo con la clasificación puesta de manifiesto, hallamos en su planteo la siguiente diferenciación:

6.1. Medidas de igualación positiva.

En la presente categoría nos encontramos con todos aquellos tratos formalmente desiguales que persiguen como fin la igualdad entre los ciudadanos, considerados en su esfera individual; y por lo tanto basan la diferenciación en el trato, en la situación de inferioridad del beneficiado; como es el caso de las becas, la progresividad en el impuesto sobre la renta, etc.; entre tantos otros que podemos enunciar.⁹⁴

Dichas medidas presentan en su estructura dos caracteres determinantes; por un lado, las mismas se basan en rasgos individuales y tienen como fin constitucionalmente admisible compensar la desigualdad material que los beneficiados por la misma sufren de manera individual. Y por otra parte, el otro de los distintivos que las caracterizan, se refiere a la calidad del rasgo que determina la diferenciación, el cual es un signo objetivo, indubitado e intemporal de inferioridad social; que por lo general reviste la condición de un rasgo económico, aunque también puede tratarse de un rasgo natural como una minusvalía.

6.2. Medidas de acción positiva.

En el ámbito de esta categoría se encuentran comprendidas todas aquellas medidas que presentan un trato formalmente desigual, el cual basa la diferencia de tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado; dentro del cual podemos mencionar a las mujeres, los minusválidos, las minorías étnicas, etc. Por lo tanto, dicha diferenciación beneficia a los miembros de un colectivo por

su pertenencia al mismo, prescindiendo de las circunstancias personales de dichos individuos.⁹⁵

Podemos afirmar con razón, en base a los antecedentes históricos sociales, que existen determinados rasgos respecto de los cuales la sociedad ha adoptado una perspectiva minusvalorada, a través del tiempo; por lo tanto solamente los colectivos portadores de tales rasgos son lo que pueden ser objeto de tales acciones.

En definitiva, para que podamos adentrarnos en la elaboración del autor, que a mi parecer es la más correcta; debemos dejar delimitado el campo de acción de cada una de las medidas puestas de manifiesto; embarcados en dicha tarea, es como llegamos a la conclusión que mientras las medidas de igualación positiva persiguen el fin de invertir la desigualdad material entre individuos; las acciones positivas están destinadas a compensar la minusvaloración, en razón de la pertenencia a un colectivo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad.

Ahora bien, una vez en claro la diferencia primordial entre ambas medidas, pasamos a distinguir dentro de esta última dos categorías; las cuales dependen para su configuración de que exista la posibilidad o no de perjuicio a terceros, no integrantes del colectivo protegido.

6.2.1. Acciones positivas moderadas.

En la presente categoría, incluimos a todas aquellas acciones que, sin tratarse de cuotas en procesos de selección, benefician a los miembros de colectivos minusvalorados; las cuales tiene por objeto remover los obstáculos que le impiden a los miembros

de dichos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Podemos citar como ejemplo una política a favor de las personas con discapacidad que incentive la contratación de las mismas en el mercado laboral a través de la exención de pago de ciertos impuestos a los empleadores.⁹⁶

6.2.2. Discriminación inversa.

En este punto nos encontramos frente a aquellas acciones que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad; tal es el caso de los puestos de trabajo, las listas electorales, las becas universitarias, entre tantos otros ejemplos.⁹⁷

Pero he aquí, que incluso dentro de esta categoría nos enfrentamos a otra distinción, entre objetivos y cuotas.

En el primer caso, el objetivo consistiría en fijarse unas metas flexibles, no numéricas; por lo que la consideración de la pertenencia a un grupo estigmatizado representa un factor más en el proceso de selección, pero no el único factor a tener en cuenta.⁹⁸

En el segundo caso, nos encontramos con la cuota, que a diferencia del primero, consiste en establecer un porcentaje determinado; es decir, unas cuotas para unos determinados grupos que hay que cubrir sin tener suficientemente en cuenta otros factores.⁹⁹

La relevancia de la clasificación, a la que nos hemos referido anteriormente, radica en el hecho de que la doctrina pone especial énfasis en la necesidad de que la justi-

ficación referida a los supuestos de discriminación inversa debe ser más estricta que en el caso de las acciones positivas moderadas; ya que se afirma que la reserva de cuotas puede llegar a perjudicar a un tercero ajeno al beneficio.

Esta particularidad, es fundamental a la hora de manifestar que los tribunales, en el caso de Argentina, deberán tener presente esta condición al momento de aplicar en sus sentencias supuestos de discriminación inversa; regla que no puede dejarse de lado so pretexto del beneficio a los integrantes de un colectivo minusvalorado; ya que se afectan derechos de terceros, ajenos al mismo, pero que por igual revisten derechos subjetivos con que deben ser garantizados a través del ordenamiento en razón del principio de igualdad.

7. Requisitos para la validez de las acciones positivas.

Las acciones positivas, requieren para su validez y justificación, según la elaboración de la doctrina de una serie de presupuestos de hecho y derecho; los cuales deben estar presentes al momento de implementación en el ámbito de la sociedad.¹⁰⁰

A continuación pasamos a detallar sucintamente los presupuestos requeridos:

7.1. Presupuestos de hecho.

7.1.1. Existencia de un grupo o sector desventajado o relegado y su prueba.

Se presenta como requisito básico y que hace a la configuración de esta figura con caracteres tan particulares, la existencia de un grupo en los diferentes ámbitos de la

sociedad (civil, laboral, político, entre otros), los cuales debido a la presencia de diferentes obstáculos fácticos, no pueden acceder, en un plano de igualdad, al pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Es por ello, que no se concibe la implementación de acciones positivas a favor directamente de individuos solamente sino que por el contrario, debe estar dirigida indirectamente a favor de los individuos, estos últimos como parte integrante del grupo referido.

Destacamos dos cuestiones a tener presentes, en este presupuesto; una de ellas es el criterio orientativo que se puede emplear para advertir la existencia de un grupo, que es el concepto de categorías sospechosas así como también encuestas, estadísticas, etc. Y por otra parte, amén de ello, se presenta la condición relevante de la necesaria prueba fehaciente de existencia de dicho grupo en la sociedad; empleándose cualquier medio de prueba para ello, entre los que podemos citar la recolección de datos de la realidad.

7.1.2. Incidencia sobre las causas y no sobre los resultados.

En este presupuesto se pone de relieve la necesidad de que las medidas en cuestión, estén orientadas a las causas y no a los resultados, esto se refiere a la eliminación de los diferentes obstáculos que impiden el acceso a los derechos fundamentales de los sectores desventajados; ya que de nada sirve que las mismas estén dirigidas al punto de llegada, porque esto implicaría que los tratos discriminatorios se mantuvieran incólumes en la sociedad.

7.2. Presupuestos de derecho.

7.2.1. Motivación suficiente.

Es de destacar, que en el caso de estas medidas y tratándose las mismas de un acto estatal, al igual que cualquier otro de su tipo; deberá presentar una adecuada motivación por parte del órgano que va a implementar esta clase de medidas; teniendo en cuenta amén de ello, la posible existencia de una desigualdad formal que puede darse.¹⁰¹

Dicha motivación deberá recaer tanto sobre las causas que llevan a la necesidad imperiosa por parte de los poderes públicos de implementar este tipo de medidas como respecto de la finalidad que las mismas persiguen.

7.2.2. Proporcionalidad.

Otro de los presupuestos que entran en juego en la consideración de tales medidas, es el que fija su atención en la relación de proporcionalidad que debe existir con los fines que se pretenden conseguir; determinando ello, sin lugar a dudas, que en el caso de la presencia de otro medio más idóneo para atacar las causas de la desigualdad real, se deberá echar mano del mismo; evitando así el uso de las presentes medidas.

7.2.3. Transitoriedad y reversibilidad.

Es sabido, que toda acción positiva, presupone fácticamente la existencia de un grupo o sector desventajado; consecuencia lógica de ello es que, cuando el grupo o sec-

tor desventajado alcanzó la igualación pretendida, la acción positiva carece ya de sustrato fáctico que la justifique y, por ende, se debe dejar de ejercitar.¹⁰²

Es por todo esto, que las medidas deben reunir las características de temporalidad, reversibilidad y elasticidad, en función de la existencia en más o en menos de los presupuestos fácticos.

8. Experiencias normativas en el Derecho Comparado.

En el estudio de las medidas de acción positiva, podemos apreciar una elaboración doctrinaria que en algunos casos ha de devenir en la sanción de normas por parte del derecho Internacional como también interno de los diferentes estados, captando a través del plexo normativo las diferentes situaciones fácticas de la realidad.

Analizando el derecho comparado, nos encontramos con diversas normas que contienen acciones positivas tendientes a lograr obtener la igualdad sustantiva, beneficiando de esta manera a los integrantes del grupo minusvalorado en razón de discriminaciones históricas; entre ellas podemos citar:

8.1. Italia. Experiencia normativa.

La constitución italiana establece como imperativo para la República el de remover los obstáculos de orden económico y social que, limiten de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos y que por ende, impidan el pleno desarrollo de la persona humana, como así también la efectiva participación de los trabajadores en la organización política, económica y social del país. En consecuencia de ello, se dictó la ley 121

del 10/4/1991, la cual reguló de manera expresa la acción positiva que persigue como fin último la realización de la igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral; creando la misma, dentro de la cartera de Trabajo y Previsión Social el Comité Nacional para la actuación de los principios de igualdad de tratamiento y de igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras.¹⁰³

9. Acciones positivas en el ámbito de nuestra Carta Magna.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se incorpora al plexo normativo no solamente el principio de igualdad sustancial; sino además, como aplicación inmediata del mismo, se establecieron en forma expresa las acciones positivas.

Hoy en día nuestra en nuestra Constitución Nacional se encuentran reguladas las denominadas acciones positivas; siendo responsable de la incorporación de las mismas la convencional Claudia Bello, cuyo interés principal residía en la defensa de las mujeres; incluyendo el agregado del proyecto del convencional Molina para los discapacitados. Sostenía la convencional Bello que el concepto de igualdad de oportunidades implicaba un avance en el concepto de la igualdad, atendiendo en sus fundamentos las desigualdades de hecho, que las mujeres diariamente sufren, presentándose las mismas bajo la forma de discriminación directa o indirecta.¹⁰⁴

Siguiendo las reflexiones del doctrinario Bidart Campos¹⁰⁵, la actual normativa constitucional que hace referencia expresa a las medidas de acción positiva, presenta un texto de lo más innovador en su redacción al menos en comparación con la letra de la constitución documental. Estableciéndose a través de dicha normativa la competencia

del Congreso en legislar y promover medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato como así también el pleno goce y ejercicio de los derechos contemplados en la Constitución y en los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos; es decir, que el Congreso queda de esta manera gravado con obligaciones de hacer y sin lugar a dudas se le imprime a esta normativa una tónica indudablemente representativa del constitucionalismo social.

En cuanto al enunciado en la normativa constitucional respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas; a quienes está orientada dicha protección, podemos encontrar en los precedentes constitucionales que el mismo reviste el carácter de meramente enunciativo, con el objetivo de volcar acciones a las franjas sociales más desprotegidas. Por lo tanto, donde quiera que halla o que pueda haber una necesidad, una diferencia, una minusvalía, allí habrá que reforzar la promoción de la igualdad real y de los derechos humanos.

A través de lo manifestado supra, dejamos claramente establecido que nuestra Carta Magna contiene en su normativa a las acciones positivas, brindándole ello la oportunidad a los poderes públicos de la implementación de las mismas.

9.1. El problema de la omisión de realizar acciones positivas.

A partir de la lectura de la Constitución Nacional nos adentramos en una problemática que se suscita en lo relativo a quienes son los responsables de implementar dichas acciones.¹⁰⁶

Según se desprende de la normativa, la realización de las acciones positivas, el Constituyente las pone en cabeza del Poder Legislativo, quedando a criterio de éste la conveniencia o no de la adopción de determinadas medidas para lograr la igualdad real de oportunidades; pero no cabe duda de que por igual, dicha responsabilidad se extiende al ámbito del Poder Ejecutivo, el cual, dentro de sus competencias, ya sea a través de la reglamentación de las leyes o de la adopción de acciones positivas necesarias para lograr la efectividad de la igualdad real; en todos estos casos será responsable de su ejecución. También, el Poder Judicial, en su actividad será responsable de este precepto constitucional, cumpliendo el mismo, la función de pauta interpretativa de las normas aplicables a un caso concreto.

En este nivel de análisis nos enfrentamos a otro problema que se plantea cuando la acción positiva no la realiza ni el Congreso, ni el Ejecutivo y se pretende que el Poder Judicial asuma dicha responsabilidad; en este aspecto se presentan dos posturas claramente diferenciadas.

Algunos autores consideran que la norma constitucional relativa a esta materia es operativa; y por lo tanto, todos aquellos que se encuentren comprendidos en la misma pueden exigirle al Poder Judicial que instrumente las medidas necesarias destinadas a garantizar el pleno goce de los derechos humanos fundamentales. Es aquí, donde podemos citar el caso “Freddo S.A.”¹⁰⁷, el cual comentaremos en el capítulo siguiente.

Mientras que para otros doctrinarios, la misma normativa reviste el carácter de programática; esto es que para su funcionamiento requiere del dictado de otra norma de tipo infraconstitucional u ordinario que la reglamente. Esta postura nos puede llevar a la

teoría de la inconstitucionalidad por omisión, es decir, la Constitución no solamente se vería violada por el obrar contrario a ella, sino también por la omisión de realizar lo que ella manda a hacer. En este caso, el problema radicaría en la posibilidad de que el Poder Judicial pueda razonablemente cubrir el vacío legal ya que la regla normativa es clara y concreta.

10. Diferenciación entre las Acciones Positivas y las medidas de Discriminación Inversa.

En el presente ítem, procederemos a analizar una cuestión fundamental, que hace a la diferenciación existente entre las medidas acción positiva y la discriminación inversa, estableciéndose entre ellas una relación de género a especie, por un lado; mientras que por el otro se destacan los rasgos extremos y radicales que caracterizan a estas últimas.

Lo expuesto supra nos permitirá demostrar que no se trata de sinónimos cuando hablamos de ambos conceptos, sino que la discriminación inversa es una especie de las medidas de acción positiva, de carácter excepcional y que se presenta bajo la forma de medidas de apoyo o refuerzo de posiciones.

Acudimos en primer término, para el desarrollo de la cuestión planteada, a resaltar el concepto de las políticas públicas, que según la definición de Peters son “el conjunto de actividades de las instituciones de gobierno, actuando directamente o a través de sus agentes, y que van dirigidas a tener una influencia determinada sobre la vida de los ciudadanos”.¹⁰⁸

A su vez nos encontramos con que toda política pública se pone de manifiesto en el ámbito social, a través de unas actuaciones o productos primarios, que producen ciertos resultados o efectos sociales; los cuales pueden revestir dos rasgos definitorios, haber sido previstos o no y también pueden lograr la promoción de la política o no. Aclarando que el termino política que traemos a colación en la presente exposición se refiere a cada una de las fases o fenómenos englobados en el concepto más amplio de Peters; es decir, las actuaciones o productos primarios (v.gr: política de congelación de salarios), los objetivos finales (v gr: política de disminución del paro), el ámbito de de las actuaciones (v gr: política económica, laboral, sanitaria, etc.), o bien finalmente podemos mencionar, enmarcados en una perspectiva crítica a los resultados o efectos sociales (v. gr: política de precarización del mercado laboral).

Continuando en este nivel de reflexión, podemos dar paso a lo que denominamos las acciones positivas; es decir, el conjunto de actuaciones o productos primarios de una política pública de promoción de la igualdad material.

Pasamos ahora si a detallar los instrumentos, con los cuales cuenta el gobierno, para la realización de sus políticas, que se suelen clasificar en cuatro grupos: 1) las normas jurídicas, 2) los servicios de personal, 3) los recursos materiales y 4) la persuasión. De los grupos, expresados anteriormente, podemos destacar que las normas jurídicas constituyen el instrumento fundamental y privilegiado de las instituciones de gobierno; ya que se presentan como el instrumento principal de muchas políticas públicas, siendo siempre el medio a través del cual el gobierno organiza su propia acción.

Es por ello, que las políticas públicas se han analizado como un proceso decisorial más o menos racionalizado, englobando entre sus múltiples decisiones la de precisar los instrumentos que se van a utilizar y las concretas actuaciones; y como consecuencia lógica de ello, la fijación de una hipótesis respecto de los resultados que se alcanzarán.¹⁰⁹

En el ámbito de las acciones positivas, se pueden emplear conjuntamente actuaciones de las cuatro clases mencionadas. A renglón seguido, clarificamos el panorama respecto de las medidas de discriminación inversa, las cuales a diferencia de las anteriores, generalmente se agrupan bajo el primer tipo de las clases puestas de relieve con anterioridad; es decir, como normas jurídicas; pudiendo ser reconocidas a simple vista bajo los dos parámetros distintivos que resaltan los autores:

En primer lugar, el hecho de que la medida diferenciadora correctora es discriminatoria y no simplemente desigualitaria, en el sentido de que se refiere a un tipo muy especial de desigualdad, dada por rasgos, tales como el sexo, la raza o similares; rasgos estos, que tienen la doble calidad de presentarse como transparentes e inmodificables para los individuos que los portan y amén de ello, la sociedad toda los considera generalmente, aunque esto no siempre se da como necesario, con una valoración negativa, ya sea sólo como minusvaloradora o también en una forma despectiva y hasta estigmatizadora.

En segundo lugar, encontramos un singular panorama de implementación de esta medida, el cual consiste en una situación de especial escasez, y por ende de fuerte competitividad, como es el caso de los puestos de trabajo, las labores de responsabilidad la-

boral, los cargos políticos o las plazas universitarias; todos ellos, espacios en los que se compite, por decirlo de alguna manera, cuerpo a cuerpo, en forma individualizada; clarificando de esta manera las diferentes variables del problema que ello ocasiona. Evidentemente se desprende de esta última caracterización la consecuencia lógica de que el beneficio a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un claro y visible perjuicio a otras.

Igualmente, es dable destacar, que la última condición puesta de manifiesto supra no es tajante, a punto tal que permita distinguir netamente en los casos fronterizos, una situación con matices propios; pero lo que no da lugar a dudas, es la posibilidad que otorga de excluir como formas de discriminación inversa muchas acciones positivas, en las cuales el coste de la medida tiende a repartirse de manera difusa e innominada, por lo general se plasma a través de impuestos. En consecuencia, podemos afirmar categóricamente, que no constituyen supuestos de discriminación inversa, como así tampoco suelen plantear la oposición y conflictividad de las mismas, casos tales como las simples ayudas de guardería reservadas a las madres; en el mismo orden podemos citar también las ayudas especiales a mujeres para cursos de especialización o perfeccionamiento, o los estudios sociológicos y las campañas publicitarias que tienen como objetivo primordial el de destacar la situación laboral femenina; entre otros tantos casos que se pueden referenciar, a los efectos de presentar ante el lector una suerte de muestreo fáctico.¹¹⁰

Lo antes mencionado, tiene una relevancia práctica, a efectos de la justificación de las medidas de acción positiva, ya que es sabido la falta de unanimidad en lo que hace a la doctrina en cuanto a si las mismas son legítimas o no; teniendo presente que son criticadas por su vulneración del principio de igualdad formal; ya que durante mu-

cho tiempo se ha sostenido que entre la igualdad sustancial, principio este, del cual derivan las acciones positivas; y la igualdad formal existe una tensión casi sin solución; dado que dichas medidas, como también los supuestos de discriminación inversa producen una afectación a la igualdad ante la ley concebida como la igualdad abstracta del Estado liberal de Derecho.¹¹¹

Por lo tanto, algunos autores, plasmando en sus reflexiones los caracteres diferenciadores entre ambos tipos de medidas y con la lógica relación existente entre ellas de género a especie; encuentran aquí la respuesta cabal al interrogante de la legitimidad de las acciones positivas, que como acabamos de resaltar se trata del género y por ende se afirma que si los supuestos de discriminación inversa se justifican, con mayor razón se verán justificadas las medidas de acción positiva; las cuales se presentan ante la valoración del principio de igualdad, como menos discriminatorias, costosas y conflictivas en el ámbito social. Pero además de lo expuesto, la doctrina sostiene que aún en el caso de la no justificación de la discriminación inversa; esto de ninguna manera excluiría del análisis y posible puesta en marcha de otras medidas menos fuertes de acción positiva, las cuales encontrarían su justificación derivando la legitimidad de estas en lo que hace a la regulación de pautas sociales.¹¹²

En síntesis, podemos afirmar que la confusión reinante entre el concepto de discriminación inversa y el de acciones positivas, se debe a la falta de clarificación normativa de ambos conceptos, no habiendo sido capaces de depurar estos problemas la doctrina ni la jurisprudencia; resultando de todo ello, la fuerte discusión entre los autores con respecto a la caracterización como así también legitimidad de las acciones positivas, que en definitiva, reitero, son el género.¹¹³

11. Consideraciones finales.

Como colofón del presente capítulo podemos poner de manifiesto que ha sido probado el punto de tesis enunciado en la introducción, ya que se ha demostrado cabalmente que la discriminación inversa no es sinónimo de acciones positivas; lo cual hemos podido apreciar de la clasificación elaborada por Giménez Gluck, y a su vez por los rasgos distintivos que caracterizan a la primera medida, que son el carácter fuertemente discriminatorio basado en categorías sospechosas por un lado y en la escasez de aquellos ámbitos en los que se suscita la misma. Por todo ello, podemos afirmar que existe una relación de género a especie; siendo las acciones positivas el género y una de sus especies la discriminación inversa.

Es dable, resaltar que también advertimos una relación directa entre el contenido del presente capítulo con el tema en estudio, es decir, “las acciones positivas y discriminación inversa”, y también con el problema formulado con respecto a la adopción tomada por los tribunales de medidas desproporcionadas de discriminación inversa; permitiéndonos delimitar el campo de acción de cada uno de estos supuestos; así como la cuestión relativa a la legitimidad y los caracteres definitorios de ambos.

A continuación, en el próximo capítulo pasaremos a examinar distintos fallos jurisprudenciales reinantes sobre la discriminación inversa y los principios derivados de ellos que aportan una nueva impronta al momento de analizar la legitimidad constitucional de dichas medidas extremas.

Capítulo IV

La Discriminación Inversa.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Nociones previas. 3. Posturas a favor y en contra de las medidas de discriminación inversa. 4. Casos jurisprudenciales en el Derecho Comparado. 5. Jurisprudencia Nacional. 6. Aspectos finales. 7. Conclusión. 8. Propuestas.

1. Introducción.

Nos ocuparemos en el desarrollo del presente capítulo, del análisis de los criterios establecidos en el Derecho Comparado por la jurisprudencia; y que son fundamentales a la hora de analizar la legitimidad de las medidas de discriminación inversa.

Los casos que abordaremos, corresponden uno a la Corte Suprema de los Estados Unidos, el difundido caso “Bakke”¹¹⁴, en el cual se fija la regla relativa a la no aplicación aislada de categorías sospechosas tales como el sexo o la raza; sino en conjunto con otros parámetros de análisis; mientras que por el otro lado también reflexionaremos respecto del caso “Kalanke” de la jurisprudencia del Derecho Comunitario; en la cual el alto tribunal fija el criterio de interpretación respecto del sistema de cuotas y de la prohibición de la automaticidad en los procesos selectivos.¹¹⁵

También nos adentraremos en el estudio de los fundamentos jurídicos y fácticos del caso “Freddo”; con una referencia expresa a los supuestos de discriminación inversa y que establece un supuesto excesivo; criticándose el medio empleado; carente de todo juicio de razonabilidad.¹¹⁶

Los puntos que se demostrarán a continuación, son los atinentes a que cuando los tribunales adoptan medidas desproporcionadas de discriminación inversa se afecta el principio constitucional de igualdad; también acreditaremos cabalmente que en estos casos los jueces tampoco respetan el parámetro de razonabilidad como estándar de control y por último se incurre en supuestos de discriminación prohibida.¹¹⁷

En lo que respecta a la metodología empleada, para poder exponer con claridad la problemática objeto de estudio en el presente capítulo; hemos recurrido en cuanto a las técnicas, a efectuar un análisis gramatical, lógico, histórico y sistemático de todas aquellos textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que tienen por fin el estudio de los supuestos de discriminación inversa, como así también de sus riesgos y límites necesarios; procediendo luego a efectuar fichajes de diferentes tipos, tales como bibliográficos, de contenido y de crítica. A partir de ello, los resultados obtenidos se contrastaron entre sí mediante cruzamiento de datos, que se interpretaron a luz de las diferentes variables. Con respecto a los medios y recursos a los que hemos acudido, podemos decir que en lo que hace a bibliografía, se trabajó con material específico que estudia detalladamente la problemática de los supuestos de discriminación inversa y de sus luces y sombras. En lo que respecta a revistas, se acudió a versiones jurídicas generales y digitales que tratan la cuestión de análisis; como así también se consultaron páginas web tanto públicas como privadas que se presentaron como pertinentes para el abordaje de la problemática en cuestión.

La importancia del presente capítulo, encuentra su justificación en el análisis de la jurisprudencia del derecho comparado, fundamentalmente de los Estados Unidos, país donde reconocen su génesis las acciones positivas y que fija el criterio relativo a las categorías sospechosas; así como también en lo que respecta al fallo del Tribunal de Luxemburgo, orientador en lo que hace al criterio de la automaticidad en el sistema de cuotas. Dada las luces y sombras que presenta en nuestro país este tipo de medidas; es fundamental acudir a estas fuentes para poder, a partir de allí, analizar la situación en el ámbito del derecho argentino con la nueva impronta de nuestra Carta Magna y fijando

así los límites que tales supuestos deben respetar; al momento de ser adoptados por los tribunales nacionales en uso de sus facultades pertinentes.

El tema y el problema, objeto de análisis de la presente tesis, encuentra una relación directa con el contenido del presente capítulo; la misma radica en el desarrollo clarificador del campo de aplicación de las discriminaciones inversas a diferencia de las acciones positivas; y por otro lado en lo que hace al problema, es indudable que a través del análisis de la jurisprudencia concerniente a casos planteados en el ámbito del derecho comparado; nos va a brindar los fundamentos necesarios para advertir en el campo del Derecho Nacional, y más precisamente en lo que hace a las sentencias de los tribunales; cuándo nos encontramos frente a medidas desproporcionadas de discriminación inversa que afectan el principio de igualdad y se tornan en ilegítimas e inconstitucionales.

2. Nociones previas.

Consideramos oportuno destacar los orígenes de la discriminación inversa, los cuales los encontramos en la India, ya en los años 30, como una política aceptada por los colonizadores históricos con el fin de intentar superar la aguda división en castas de aquella sociedad.

En cuanto al conocimiento y la extensión actual de la misma, procede de su introducción en los Estados Unidos a partir de principios de los años 70. Mientras que en Europa, su formulación más conocida es la de las cuotas en órganos de partidos

políticos, las cuales se aplican en los países nórdicos desde principios de los años 80 y en España desde 1988.¹¹⁸

Dado que los supuestos de discriminación inversa tienen posibilidades de aplicación muy extremas; sobre todo en lo que hace a la esfera laboral y universitaria ya que parece prescindir de la idea de mérito; esto determina el por qué de las críticas jurídicas y morales que presenta esta figura.

Es dable resaltar que esta controvertibilidad, no tiene, bajo ningún concepto que afectar en igual medida a otro tipo de políticas de igualdad social; dentro de las que la discriminación inversa se puede integrar como una forma particularmente severa pero sin ser identificada por completo con ellas; nos estamos refiriendo a las denominadas acciones positivas y que ya hemos hecho mención con anterioridad.

3. Posturas a favor y en contra de las medidas de discriminación inversa.

Los detractores de las medidas de discriminación inversa sostiene que las mismas, revisten un carácter sumamente polémico; por la sencilla razón de que si se puede optar entre varias medidas políticas para conseguir un objetivo; todas ellas legítimas e igual de eficaces, lo razonable es que se opte por las medidas que menos contestación social produzcan.¹¹⁹

Otro de los argumentos que plantean estos autores, radica en que se prescinde del criterio de los méritos; dicho asunto se presenta sumamente sensible en sociedades ideológicamente meritocráticas como las occidentales.¹²⁰

En el marco de los seguidores de dichas posturas nos encontramos con el autor Dworkin; quien considera que el problema de la discriminación inversa radica en el problema de su identificación con la discriminación tradicional o discriminación, a secas. En la misma línea de pensamiento el autor Ruiz Miguel sostiene que la raíz de la controversia está en la fuerte carga emotiva desfavorable del término discriminación; pero es evidente que los rasgos definitorios de esta última son: una motivación social minusvalorada; una finalidad de desigualdad injusta; un objeto o contenido que restringe los derechos básicos y un resultado o efectos sociales que tienden a mantener, consolidar y perpetuar la situación de subordinación; aspectos todos estos que no están presentes en la discriminación inversa.¹²¹

4. Casos jurisprudenciales en el Derecho Comparado.

Adentrándonos en la problemática de estudio respecto de las medidas desproporcionadas de discriminación inversa se presenta como vital para este análisis el desarrollo cabal de dos fallos del derecho comparado; los cuales presentan aristas sumamente importantes a la hora de evaluar la legitimidad de las medidas de discriminación inversa y por supuesto, de las acciones positivas.

Los criterios fijados por la jurisprudencia del derecho comparado; nos permitirá demostrar los puntos de tesis relativos a que, en todos aquellos casos controvertidos que se susciten en nuestro país, y en los cuales deba intervenir el Poder Judicial; siempre que no sean respetados los parámetros que demarcan los fallos; se va a dar lugar a la aplicación de supuestos desproporcionados de discriminación inversa que afectarán el principio constitucional de igualdad; además no se respetará el parámetro de la

razonabilidad como estándar de control y por último se incurrirá en supuestos de discriminación prohibida; que es aquella que se basa en categorías sospechosas tales como la raza, el sexo.

En el ámbito del derecho norteamericano, génesis de los programas de acción positiva, y dentro del cual se encuentra como especie de los mismos la discriminación inversa; hallamos un fallo de la Corte Suprema denominado el caso “Bakke”¹²²; revistiendo el mismo el carácter de *leading case*, atendiendo a que con anterioridad dicho tribunal no había tenido la oportunidad de merituar los supuestos de discriminación inversa y un caso particular como es el sistema de “cuotas rígidas”. Sentándose como precedente, este fallo, debido a la interpretación particular que desarrollan la mayoría de sus ministros en lo referente al análisis de las denominadas categorías sospechosas en las cuales se hace uso de condiciones tales como la raza, el sexo, etc.; y que según afirma el alto tribunal pueden ser empleadas pero no en forma aislada sino como parte de un todo, siendo ese todo conformado por una serie de parámetros que se sumarían a ese concepto en abstracto.

Por otro lado, acudiendo al derecho comunitario, en Europa advertimos otro fallo resonante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, llamado el caso “Kalanke”¹²³, que también presenta aristas de relevancia en lo que hace al análisis de la discriminación inversa y sus límites, sobre todo en lo atinente al sistema de cuotas; con la caracterización en este fallo del concepto de automaticidad, es decir, que en un concurso entre un hombre y una mujer, cumplidas determinadas condiciones, se asigna automáticamente una prioridad al sexo femenino sin atender a otros parámetros de

análisis objetivo que permitan una ponderación correlativa al respeto que la norma debe tener del principio de igualdad formal.

Consideramos oportuno analizar los fallos supra mencionados atendiendo a un camino lógico que nos permita en un primer plano embebernos de los hechos que demarcaron la cuestión en análisis; a continuación exponer detalladamente los fundamentos jurídicos de las respectivas sentencias y por último especificar las posturas suscitadas a partir de los mismos.

Por todo ello, proponemos una lectura objetiva de los mismos desprendida de toda connotación de tipo emocional o intuitiva; y que atienda fundamentalmente a considerar a la igualdad como razonabilidad en todo momento, ya que ésta última pauta nos permite ponderar aquel principio no solamente desde la proporcionalidad sino también desde la selección del medio como imprescindible para alcanzar el fin perseguido.

4.1. Caso Bakke.

4.1.1. Antecedentes del caso.

Resulta prioritario en orden a determinar la fundamentación expuesta por los jueces del alto tribunal norteamericano analizar en primer término los antecedentes fácticos del caso en cuestión.¹²⁴

La facultad de medicina de la Universidad de California ubicada en Davies, Estado de California, organizó dos programas de ingreso para cubrir un máximo de cien vacantes correspondientes a los años académicos 1973/74; tales programas revestían el

carácter de ordinario, uno de ellos; mientras que el otro presentaba un tratamiento especial.

Analizando los aspectos formales del plan ordinario, nos encontramos con que los aspirantes que hubieran tenido un promedio general de puntaje en la escuela secundaria, inferior a 2,5 sobre un máximo de 4, eran rechazados sin más trámites. Respecto a los aspirantes no eliminados se efectuaba un orden de prelación basado en diversos factores, tales como entrevistas personales con un comité de la universidad, examen de admisión, entre otros; por lo que el comité entero recomendaba la adjudicación de las vacantes existentes en base a dicho orden de prelación.

En lo referente al plan especial de ingreso a la facultad podemos mencionar que el mismo estaba destinado, según se desprende de los propios formularios de admisión empleados en los años 1973 y 1974; aquellos aspirantes en situación económica y/o educacional desventajada, o bien que perteneciesen a algún grupo étnico minoritario (negros, chicanos, asiáticos, indios americanos). El plan en cuestión era administrado por un comité adhoc el cual estaba integrado en su mayoría por miembros pertenecientes a dichos grupos. Dicho plan fue instrumentado por la facultad debido a que cuando la misma se creó en 1968, no se registró el ingreso de ningún estudiante negro ni tampoco hispano.

De acuerdo con el plan especial, los aspirantes no necesitaban arribar al promedio mínimo de 2,5 sobre el máximo de 4 como sí se daba en el plan general; en lo restante los factores a tomar en consideración eran similares a los que se presentaban en

el plan ordinario; pero se efectuaba un orden de prelación separado para los candidatos del plan especial.

El señor Alan Paul Bakke, residente del estado de California, de raza blanca, ingeniero de la NASA, de 33 años de edad al momento de plantearse el conflicto presentó su solicitud de ingreso a la Facultad de Medicina, tanto en los años 1973 y 1974 siendo evaluado conforme a las normas del plan ordinario de ingreso. Este señor no pudo ingresar a la facultad pese a su gran pasión por la carrera de medicina despertada a partir de su trabajo con físicos analizando los efectos de la radiación en animales y seres humanos. En 1973 se rechazó su ingreso no obstante la existencia de cuatro vacantes porque obtuvo un puntaje de 468 puntos (sobre un máximo de 500) y el mínimo se había fijado en 470 puntos. En el año 1974 obtiene 549 puntos (sobre un máximo de 600); es decir, su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario, pero se encontraba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el cupo. Además de lo expuesto anteriormente debemos tener en cuenta otro dato relevante, el señor Bakke no podía ingresar en otras universidades cuyo criterio de selección era la edad, ya que el mismo había superado los 30 años; es decir, que también en esos otros institutos de enseñanza había sido juzgado según su pertenencia a un grupo determinado, el de los mayores de 30 años, pero no se quejó en dicho caso de la pauta establecida, no obstante que la misma implicó su exclusión automática.

Ante tal panorama, el señor Bakke inicia juicio ante el tribunal estadual competente contra la Universidad de California, con la pretensión de que se condene a ésta a admitirlo en su Facultad de Medicina; fundamentando su decisión en el hecho de que el plan especial de ingreso funcionaba de manera tal que en definitiva representaba

un obstáculo en su admisión, basándose en su raza blanca, y por ende violando la cláusula de protección igual de las leyes contenida en la enmienda XIV de la Constitución Federal norteamericana; también se afectaba la normativa referente a la ley de derechos civiles de 1964 (*civil right act*).

Sostenía el señor Bakke que de no haber existido la reserva de vacantes para el plan especial, él podría haber ingresado ya que un importante porcentaje de tales vacantes habían sido cubiertas por aspirantes con un puntaje inferior al suyo, debido a la circunstancia de pertenecer a un grupo étnico minoritario. También en dicha demanda estuvo presente la cuestión relativa a su edad, que constituía otro impedimento para su ingreso en otras universidades.

En el otro lado de la cuestión nos encontramos con la Universidad demandada, la cual replicó defendiendo la validez legal y constitucional del sistema de ingreso y por lo tanto solicitó el rechazo sin más de la demanda. Es importante destacar que el programa, según sostenía la facultad, no implementaba un sistema de cupo cerrado, ya que los 16 puestos no se llenaban si no existían 16 candidatos que reunieran tales requisitos; mientras que el señor Bakke resaltaba la condición de cuotas que revestían estas medidas, ya que los blancos no podían competir por dichos puestos.

Analizando el caso en sus dos primeras instancias encontramos resultados diferentes. En primer instancia prohibió a la universidad el hecho de tener en cuenta la raza y por lo tanto declaró la nulidad del programa, pero a su vez rechazó la petición del señor Bakke de que se lo incorporara porque el mismo no probó cuál hubiese sido el

puntaje que le hubiese pedido la universidad en caso de no reservar el cupo y si él hubiese podido alcanzar el mismo fijado para su categoría. Ambas partes apelaron.

La Corte de California declaró nulos los programas que utilizaban criterios raciales de selección y obligó a la Universidad a admitir al postulante. En su fundamentación dicho tribunal expuso que los programas serían válidos cuando aceptaran criterios flexibles de admisión para alumnos desventajados, pero no del modo como estaban previstos. Al principio la Universidad dudaba si recurrir o no a la Corte Federal pero cuando el Consejo decidió finalmente hacerlo, es ahí cuando comienza a librarse una verdadera batalla periodística pese que hasta ese momento los medios no habían prestado ninguna atención a las acciones positivas.

4.1.2. Fallo de la Corte Suprema Federal.

El alto Tribunal Federal de los E.E.U.U. dictó el 28 de junio de 1978 el fallo en el caso Bakke que revestía los caracteres de un verdadero *leading case*.

La Corte Federal resolvió por mayoría de cinco votos contra cuatro confirmar parcialmente la sentencia del tribunal a quo y la revoca también parcialmente; revistiendo la particularidad de que los votos que integran la mayoría en ambas cuestiones atinentes al fallo, no provienen de los mismos ministros; con la excepción de el juez Powell; el cual desempata inclinándose en uno de los puntos sometidos en cuestión hacia el voto de un grupo de los jueces y en el otro hacia el contrario.¹²⁵

El voto mayoritario confirma la sentencia de la Suprema Corte de California en la parte pertinente en la cual ésta sostiene que el programa de admisión de la apelante es

ilegal y que el apelado debe ser admitido como alumno de la Facultad de Medicina; en cuanto a la mayoría, la misma está integrada con el voto del juez Powell que adhiere en esa parte del fallo al voto de los jueces Burger, Stevens, Stewart y Rehnquist; mientras que la minoría estaba conformada por los jueces Brennan, White, Marshall y Blackmun; algunos de ellos con particularidades en su voto.

Y en lo que respecta al resto de la sentencia, el voto de Powell se adhiere al voto de los jueces Brennan, White, Marshall y Blackmun, sosteniendo que la raza puede ser un factor a tomar en cuenta para el ingreso en las universidades, bajo ciertas condiciones, modificando en este aspecto el fallo de la Suprema Corte del estado de California.

4.1.3. Fundamentación Jurídica.

En el análisis del fallo destacamos los aspectos sobresalientes del mismo y que hacen a una argumentación propia de un *leading case* teniendo en cuenta que la Corte Norteamericana con anterioridad al mismo no había tenido oportunidad de resolver una cuestión tan controvertida como la discriminación inversa y el debido proceso sustantivo, de fuerte impacto en lo que hace al principio de igualdad formal.¹²⁶

Pasamos a delimitar la primera cuestión en análisis en el caso mencionado; tratándose ésta, de si el tipo de programa instrumentado por la facultad de medicina es inválido y por ende el señor Bakke debe ser admitido en la facultad de medicina.

He aquí el argumento central, el cual radica en que el sistema de cuotas viola el principio de igualdad debido a que mientras los blancos cuentan con 84 puestos para competir en la facultad, los negros por el contrario tienen a su disposición 100 vacantes.

La réplica del ministro de la corte, Brennan, al argumento esgrimido supra se basa en que sin un pasado de discriminación contra las minorías, el señor Bakke y otros blancos no hubiesen entrado debido a que mayor cantidad de grupos minoritarios tendrían notas más altas y por lo tanto estarían desplazados.

Por su parte, el ministro Powell sostenía que los E.E.U.U. eran básicamente un pueblo de minorías y que cada grupo étnico había tenido que luchar a su manera para vencer las discriminaciones; dicho en otros términos podemos manifestar que la experiencia de esclavitud, segregación y discriminación de los negros africanos era sólo una de las muchas experiencias por las cuales habían pasado los inmigrantes.

Ya, entrando en el campo de análisis de la segunda cuestión sometida a debate en el fallo; se plantea que, en abstracto, la raza puede ser empleada en las políticas de admisión, ya sea a facultades, lugares de trabajo, etc.; sin que ello signifique una violación a la constitución. Es dable, aclarar que la raza puede ser considerada un plus, pero bajo ningún concepto puede encapsular a un candidato en comparación con los otros; por lo tanto el programa deberá ser lo suficientemente flexible como para permitir considerar otros elementos; que serán traídos a análisis en el momento oportuno de examinar a un participante de un concurso determinado.

En síntesis, podemos afirmar categóricamente que para la mayoría de la Corte Federal Norteamericana, una universidad pública puede dar mayor peso a la solicitud de

ingreso a un miembro de alguna minoría racial como parte de un programa destinado a incrementar el registro de grupos minoritarios; pero lo que reviste indiscutiblemente el carácter de inconstitucionalidad es un sistema de cupos rígidos, en el cual cierto número de lugares se reservan explícitamente a las minorías raciales.

A modo de clarificar las diferentes posturas reinantes en la corte al momento de fallar en el caso Bakke la minoría interpretó que la raza puede marcar una prioridad automática cuando no constituye una pauta para desmerecer o agraviar a un grupo sino para poner remedio a situaciones desventajosas de ciertas minorías ocasionadas por prejuicios raciales pasados; en este caso podemos mencionar que los blancos como grupo humano no han sufrido estigmas, ni tampoco incapacidad política, ni prejuicios internacionales que justifiquen una protección extraordinaria; basados en dicha fundamentación sostuvieron que el programa de la universidad era válido.

4.1.4. Comentarios finales.

En este punto de análisis nos encontramos con que a partir de las cuestiones puestas de relieve en el desarrollo de la argumentación las repercusiones lógicas del caso motivaron posturas encontradas; estando por un lado los autores que sostenían que la Corte Federal les había otorgado la razón justificada a todos aquellos que se enrolaban en una postura negativa frente a los programas de acción positiva.

Mientras que aquellos autores que mantenían una postura afirmativa frente a los programas de acción positiva sostenían que la sentencia Bakke no implicaba la muerte de dichos programas sino que se presentaba como necesario buscar elementos más

complejos y sutiles en la instrumentación de las acciones positivas; debido a que el sistema de cuota automática resultaba inválido.

4.2. Caso Kalanke.

4.2.1. Exposición de hechos.

Resulta de vital importancia adentrarnos en este caso que tanta polémica ha generado en Europa, comenzando con la clarificación de sus hechos que acontecieron a partir de julio del año 1990, en la ciudad de Bremen; en la cual se suscita la cuestión planteada; a partir de una convocatoria a una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes; la cual, había quedado acéfala. Concurren para participar en dicha convocatoria, entre otros, el señor Kalanke y la señora Glissmann, los cuales ya desempeñaban funciones en dicho departamento; el primero desde 1973, mientras que el segundo lo hacía desde 1975; resaltando además que ambos desarrollaban dicha actividad en calidad de técnicos clasificados con el grado III, conforme al correspondiente convenio colectivo.¹²⁷

Pese a que la dirección del servicio propone al señor Kalanke, el cual termina por obtener el puesto después de diversas vicisitudes; el comité de personal se opone a la propuesta en favor de Kalanke, y se produce un intento de arbitraje que finalmente culmina con una recomendación en beneficio de éste último; la cual, no es aceptada por el comité de personal, que procede a elevar dicha consulta a la comisión de conciliación, pronunciándose ésta última en favor de la candidata femenina.

La comisión basó su decisión en una ley del Estado de Bremen, la cual establece que en el caso de existir dos candidatos con “igual calificación” para acceder a un puesto vacante, y estando las mujeres subrepresentadas en dicho sector; entiéndase por esto una cifra inferior a la mitad de los efectivos del plantel; en esta situación se le deberá dar prioridad a la mujer.

El señor Kalanke, dada ésta situación recurre ante los tribunales alemanes, alegando que en ningún momento se ha tenido en cuenta la superioridad de su calificación profesional y que, amén de ello, la ley de Bremen se presenta como contraria a las normas de superior jerarquía; entre ellas, se menciona a la propia Constitución Alemana que naturalmente recoge el principio de igualdad de trato.

Dicho recurso es rechazado y de esta manera el caso continúa recorriendo las instancias hasta llegar al Tribunal de Trabajo Federal; el cual estima que el régimen de cuotas previsto en aquella ley resulta conforme con las normas nacionales alemanas, cuya violación alegaba el recurrente; no obstante ello, plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas, para que el mismo, decida acerca de si la regulación en cuestión contradice o no la Directiva Comunitaria 76/207 del año 1976 del Consejo.

Dicha directiva establece que el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, o también indirectamente por referencia al estado matrimonial o familiar; sin embargo, en otro apartado de la misma normativa permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor las medidas tendientes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres

y mujeres; haciendo particular mención a la necesidad de remediar las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en aspectos tales como el acceso al empleo, la promoción, formación laboral, condiciones de trabajo, entre tantos otros.

4.2.2. Fundamentación Jurídica.

4.2.2.1. Argumentación del Abogado General.

En primer término debemos destacar la posición del abogado general Giuseppe Tesauro, ya que muchas de las escuetas referencias del Tribunal remiten a la misma; la cual presenta la característica de ser amplia y estrictamente de carácter formal.¹²⁸

A través de la pormenorizada exposición de conclusiones que hace el abogado general; el mismo propone al Tribunal que decida la cuestión planteada considerando a la reglamentación nacional en examen como contraria a la directiva de la Comunidad.

La argumentación del abogado la podemos sintetizar de la siguiente manera: el punto de partida en esta discusión radica en la problemática de si la disposición de la ley de Bremen es o no contraria a la Directiva Comunitaria; por lo tanto, para resolver este planteo surgen tres líneas de fundamentación relativamente independientes. En atención al análisis de la primera cuestión nos encontramos con que se debe interpretar el alcance que tiene la expresión “igualdad de oportunidades”, empleada por la directiva como criterio orientador destinado a delimitar el ámbito de las medidas positivas de la mujer que los Estados miembros podrían lícitamente adoptar. En una primera línea de análisis de la noción podríamos manifestar que nos encontramos ante una igualdad con dos

manifestaciones: una orientada al punto de partida, mientras que la otra nos conduce al punto de llegada, es decir, al resultado.

Teniendo presente el espíritu de la Directiva Comunitaria, es dable afirmar en un sentido inequívoco que la normativa está destinada a reglar la igualdad de oportunidades exclusivamente en los puntos de partida; dicha interpretación resulta de fundamentos tales como; en primer lugar al tratarse de una norma que cumple su función como excepción al principio de igualdad de trato, la misma deroga un derecho individual y por ende su análisis y aplicación deben ser restrictivo. Además encontramos fundamentos suficientes en antecedentes del propio Tribunal de octubre de 1988 en lo que hace a esta interpretación restrictiva de la norma comunitaria y autorizando solamente tratos que sean aparentemente discriminatorios y tengan como objetivo eliminar los obstáculos de hecho que impiden la realización de igualdad de oportunidades para las mujeres.

Por otro lado, en la presente argumentación encontramos que el abogado general sostiene que la directiva en su normativa establece un trato preferencial en favor de las mujeres, el cual resulta incompatible con un sistema de cuotas, dado que dicho trato encuentra su basamento en una situación general de desventaja que han sufrido las mujeres tanto sea en el trabajo como debido a discriminaciones sufridas en el pasado. La única forma de superar dichas minusvaloraciones es a través de medidas tendientes a la organización del trabajo, con flexibilidad horaria, estructuras destinadas al niño y la madre entre tantos otros supuestos; pero de ninguna manera con un sistema de cuotas. También es importante resaltar la opinión del abogado respecto de la cual no se puede

resolver mediante medidas discriminatorias actuales, las discriminaciones sufridas en el pasado.

Otro de los argumentos que esgrime Tesauro se adentra en el contenido de la reglamentación del Estado de Bremen sosteniendo que la misma no está destinada a garantizar la igualdad en cuanto a los puntos de partida, sino en cuanto a los resultados; ya que el espíritu de la misma no busca eliminar los obstáculos que provocan la subrepresentación laboral de la mujer sino que está destinada al resultado mismo.

La tercera línea de argumentación alude a que a través de esta medida no se promueve la verdadera igualdad de la mujer; lo que se obtiene es una simple igualdad numérica, es decir, formal; ya que lo necesario en este ámbito de la discusión es resolver el fondo del modelo económico, social y cultural en el cual se halla el origen de la disparidad; esto no se logra simplemente con cifras o con luchas intelectuales retóricas.

4.2.2.2. Sentencia del Caso Kalanke. Fundamentación.

Analizando los argumentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995 respecto del caso Kalanke y en la cual se ha considerado contraria a la Directiva de la Comunidad Europea 76/207 una norma del Land alemán de Bremen de 1990; nos encontramos con que dicha fundamentación enriquece el debate respecto de la cuestión planteada en el ámbito doctrinario acerca de la legitimidad de la discriminación inversa y de la relación por ende existente con las medidas de acción positiva.¹²⁹

Partiendo entonces de que del criterio general esgrimido por el alto Tribunal en la sentencia respecto de que la norma impugnada entrañaba una discriminación por razón de sexo prohibida por la directiva 76/207; pasamos ahora sí a embebernos de su fundamentación suscita, no por ello menos importante.

Los jueces comunitarios fundamentaron su argumentación a través de tres pasos; en el primero de ellos establecen que la Directiva Comunitaria 76/207 en su norma respectiva determina la posibilidad de los Estados miembros de implementar medidas de acción positiva tendientes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, poniendo especial énfasis en aquellas desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres. Esta norma reviste un carácter interpretativo estricto en atención que se trata de la derogación de un derecho individual consagrado por la misma en otro de sus apartados y que establece el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que hace al acceso al empleo, incluyéndose la promoción y la formación profesional dentro de dicha igualdad; por lo tanto el fin de la directiva es preciso y limitado en este apartado al autorizar medidas que aún siendo discriminatorias según las apariencias del caso, se dirigen efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que puedan existir en la realidad de la vida social.¹³⁰

Continuando en este nivel de reflexión, los jueces sostienen en concreto que la norma comunitaria autoriza medidas nacionales que tengan como objetivo mejorar la capacidad de las mujeres para concurrir en el mercado de trabajo, como así también para realizar una carrera en el mismo plano de igualdad que los hombres; atendiendo a ello, es dable manifestar que una reglamentación nacional que garantiza una prioridad absoluta e incondicionada en beneficio de la mujer, ya sea en una situación de

nombramiento o de promoción, se extiende en su ámbito de aplicación sobrepasando los límites que corresponden a una medida destinada a garantizar una igualdad de oportunidades y por lo tanto no se enmarca en la excepción prevista por la normativa en cuestión.

Por todo lo manifestado anteriormente, los jueces comunitarios entienden que la reglamentación de la Ley de Bremen está enmarcada en un supuesto de prioridad absoluta e incondicionada en beneficio de la mujer, ya que sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades que contempla la normativa por el resultado mismo, al que solamente podría llegarse mediante la puesta en marcha de la mencionada igualdad de oportunidades.

La sentencia en cuestión ha generado polémica en el ámbito doctrinario europeo; despertando posiciones a favor y en contra del fallo.

4.2.2.3. Ratio decidendi del fallo.

El fallo, de acuerdo al análisis pormenorizado que hemos efectuado supra y del cual los doctrinarios han rescatado diferentes aspectos, podemos manifestar que la *ratio decidendi* del mismo consiste en que se encuentra terminantemente prohibido por la Directiva un sistema a partir del cual se asigne automáticamente una prioridad a todas las mujeres, bajo ciertas condiciones; que en el caso en cuestión están configuradas por la norma de Bremen en las siguientes: promoción a un puesto de trabajo, subrepresentación femenina e igual calificación.¹³¹

En base a lo expuesto anteriormente podemos afirmar que el Tribunal no entra en la discusión y análisis respecto de estas tres últimas condiciones expuestas; ya que considera inadmisibles la prioridad automática de la mujer a partir de las mismas; es decir, es en este último aspecto en el cual los jueces centran su atención.

Por lo tanto, advertimos que la clave para dilucidar la *ratio decidendi* del fallo radica en la interpretación de lo que se considera “automático” para el Tribunal. Según rescatamos del pensamiento del doctrinario Atienza debe interpretarse que la intención del Tribunal radica en que la directiva podría ser compatible con un sistema de objetivos o “goals” que asigne cierta puntuación al hecho de ser mujer como parte de un determinado baremo que incluya un número suficientemente elevado y quizás graduable de items, de tal manera que el hecho de ser varón no se convierta en una característica prácticamente insuperable a los fines de lograr la promoción. En otras palabras, podemos decir que la intención del Tribunal es la de evitar la asignación de una ventaja a las mujeres para lograr una determinada promoción en forma automática, no considerando únicamente la igualdad de oportunidades en el sentido de igualdad de resultados sino complementando dicho aspecto con otra serie de elementos, propiedades, que al ser tan sucinto el fallo los jueces no se han detenido a precisar pero que los autores respondiendo a la lógica interpretan que deberían revestir tal naturaleza los mismos; a punto tal, que a partir de su análisis se podría efectuar lo que determinan ellos una ponderación, un equilibrio.

Rescatamos lo expuesto supra, ya que se pone de manifiesto el evidente límite que tienen las medidas de discriminación inversa en el ámbito de su aplicación, como consecuencia lógica de su radicalidad; sobre todo en el caso de un sistema de “cuotas

rígidas”. Todo ello ha dado lugar a un evidente retroceso en muchos países en lo que hace a su implementación extrema sin atender a los principios limitantes de su accionar.

4.2.3. Argumentos a favor y en contra del fallo.

En un primer análisis podemos manifestar que ciertos autores han aceptado los fundamentos del fallo y se han mostrado como optimistas a partir de su publicación, tal es el caso del doctrinario Atienza quien interpreta que la *ratio decidendi* de la sentencia del caso Kalanke constituye una decisión jurídica y moralmente correcta y que a pesar de lo manifestado por sus detractores no resulta incompatible con una política de discriminación inversa orientada a favor de la mujer, y menos aún con un sistema de cuotas; es dable por lo tanto entender que se fijan criterios sumamente importantes como el de la automaticidad en la promoción laboral de las mujeres considerada una violación del principio de igualdad de trato; y que debe ser limitada a través de una fuerte argumentación por parte de quien establece la medida discriminatoria.¹³²

En opinión de este autor, la medida establecida por la Ley de Bremen resulta un tanto dudosa ya que no logra superar el test de razonabilidad, a diferencia de otros supuestos en los cuales la utilización de las cuotas no generan dudas como es el caso de los cargos políticos o para ser miembro de un tribunal; radicando la diferencia en que una política de cuotas para estos últimos casos no se interpreta como una violación a la igualdad; basado en que todos, hombres y mujeres tienen derecho a ostentar un cargo público o a ser nombrado juez; lo cual no deriva en un perjuicio a terceros como puede ser la participación efectiva a un puesto de trabajo o ascenso.

En el ámbito de los detractores de dicha postura encontramos al autor Ruiz Miguel, el cual considera desacertada la solución del Tribunal de Luxemburgo, ya que observando lo atinente a la automaticidad de la cual nos hablan los jueces y situándose en el planteo del caso Kalanke; es evidente que la diferencia práctica se evapora por completo entre un sistema de cuotas o de puntos extras; ya que a igualdad de méritos, el resultado de reservar una plaza a la mujer que reviste ésta condición cuando compite efectivamente con el hombre, es prácticamente lo mismo, el considerar la cuota o bien atender a otras circunstancias como son los puntos extras por mínimo que resulte porcentualmente. Otros autores entienden que la diferencia entre un sistema y otro radica en la apreciación por parte de los terceros del hecho objetivo; ya que ambos a la larga generan una misma solución, la de permitir el acceso de la mujer a los puestos de trabajo en competencia con los hombres.¹³³

5. Jurisprudencia Nacional.

En el estudio de la problemática, objeto del presente trabajo, resulta fundamental el desarrollo del tan mentado “Caso Freddo”¹³⁴; el cual ha puesto nuevamente de relieve el análisis por parte de la doctrina nacional de los supuestos de discriminación inversa y de sus respectivos riesgos, dividiendo las opiniones; por un lado, los defensores a ultranza de éstas medidas señalándolas como la solución más adecuada para lograr una igualdad más efectiva; mientras que sus opositores ponen especial énfasis en el medio empleado al momento de aplicarlas que puede devenir en exclusiones absolutas y por lo tanto lesivas del principio de igualdad de trato.

Adelantamos en este punto, que participamos de aquellas doctrinas que por un lado se oponen al fallo en cuanto al medio escogido, la exclusión total y que consideran a los supuestos de discriminación inversa como medidas que tienen muchas luces y sombras y que por ende deben cumplir con la pauta de razonabilidad.

En el abordaje del presente fallo, también quedan demostrados los puntos de tesis referentes a la violación del principio constitucional de igualdad, por el perjuicio ocasionado a terceros que no forman parte del grupo al cual va dirigida la protección; básicamente en lo atinente a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el caso en examen.

Por otra parte también, con el propio caso, queda demostrado que cuando los tribunales no respetan, al momento de aplicar estas medidas, el parámetro de la razonabilidad como estándar de control; las mismas devienen en desproporcionadas; como en el fallo de análisis, donde la Cámara Nacional Civil establece un medio excesivo, como es el de la exclusión total del personal masculino.

En el mismo caso advertimos también la aplicación de un supuesto que incurre por sí mismo en una discriminación prohibida, en razón del uso de una categoría sospechosa, como es en este caso el sexo; ya que por el sólo hecho de acreditar dicha condición se asegura el puesto de trabajo.

A continuación pasamos a exponer los fundamentos fácticos y jurídicos de la Cámara Nacional Civil, sala H en la sentencia del caso Freddo.

5.1. Caso Freddo.

5.1.1. Fundamentos Fácticos.

Reviste suma importancia el análisis de los fundamentos fácticos presentes en autos, y que la Cámara Nacional Civil consideró acreditados como hechos relevantes; pudiendo detallar los mismos de la siguiente manera: en primer lugar la desproporción del número de empleadas mujeres, frente a la abrumadora mayoría de varones existentes en el ámbito laboral de la empresa Freddo; en segundo lugar ha quedado acreditado a través de la argumentación por parte del accionante que en empresas del mismo ramo, se empleaban mujeres para aquellas actividades similares a las que en el caso de la empresa mencionada se las excluía. En tercer lugar, de la consideración de muestras diversas resultaba irrefutable que los avisos de búsqueda de personal de la demandada estaban directamente orientados a la contratación de varones; y por último cabe poner de manifiesto que el contexto laboral de la empresa hacía presumir fundadamente la existencia de una política empresarial orientada hacia la exclusión laboral de la mujer, o en todo caso a admitir una participación poco significativa de las mismas en sus planteles.¹³⁵

5.1.2. Fundamentos Jurídicos.

Es indudable, analizando la argumentación del fallo que el mismo contiene una sólida fundamentación jurídica basada en la normativa vigente, la cual brinda una apoyatura adecuada a los fines de descalificar las discriminaciones arbitrarias en caso de verificarse las mismas.

En primer término se parte del análisis del principio de igualdad contemplado en nuestra Carta Magna a partir de la Reforma de 1994; incluyendo a la igualdad formal y la igualdad sustancial; asegurada ésta última mediante medidas de acción positiva tendientes a beneficiar a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas. Por otra parte, también el fallo hace mención de la condición exigida constitucionalmente para la admisibilidad en los empleos que no es otra que la idoneidad. En materia de normas relativas al trabajo es indudable la referencia que hace el fallo al derecho constitucional de acceder al mismo y a la igualdad de trato durante la relación.¹³⁶

También se hace mención de los tratados internacionales entre ellos y el más importante en el estudio de la cuestión sometida al tribunal, que es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que dispone la obligación de los estados miembros, es el caso de Argentina, de la adopción de todas aquellas medidas apropiadas y que tengan como objetivo la eliminación de la discriminación de la mujer en el ámbito laboral con el fin de asegurar la igualdad de condiciones con los hombres.

En síntesis, toda la normativa a la que alude el fallo se centra en considerar que en el derecho argentino cualquier distinción desfavorable hacia una persona, en razón de su raza, religión, sexo, condición social, idioma, apariencia física o razones similares, debe considerarse ilegal y por ende inconstitucional.

Lógicamente la interpretación jurisprudencial del presente fallo es coincidente con la normativa de nuestra Carta Magna en lo que respecta a la prohibición de las

discriminaciones arbitrarias; derivado todo ello del principio de igualdad, rector de las actividades emanadas de los entes públicos en sus diferentes actos; como así también en el ámbito de las relaciones entre personas, es decir, privado.

5.1.3. Posturas con respecto al fallo.

En la doctrina nacional, el caso Freddo S.A., se ha presentado como el disparador de temas relativos a las luces y sombras, a los riesgos y límites, que supone la aplicación de supuestos de discriminación inversa, especies éstos últimos de las denominadas acciones positivas; abriéndose el debate con posturas a favor y en contra del fallo en cuestión.

Los defensores del fallo, entre los cuales encontramos al autor Daniel E. Stortini¹³⁷, quien argumenta que la discriminación inversa es la solución más adecuada para lograr una igualdad real y efectiva, intentando el decisorio igualar las oportunidades de las mujeres en la obtención del empleo; destacando que los supuestos de discriminación inversa consisten en un proceder activo que ante la desigualdad producida por una marginación que afecta a personas o grupos, trata de liberar o compensar ese obstáculo a través de una diferenciación jurídica para, de esta manera, lograr que esos individuos se encuentren en un pie de igualdad con los demás; se trata en definitiva de lograr igualar jurídicamente a través de medidas, que según este autor discriminan válidamente. Tal situación, resulta patente al considerar el caso Freddo donde una empresa privada prefirió durante años la contratación de personal de sexo masculino y a la cual la Cámara Nacional le impone un supuesto de discriminación inversa consistente en una obligación de hacer para lograr de esta manera que en el

futuro la compañía contrate mujeres hasta compensar de modo equitativo y razonable la desigualdad producida históricamente.

Por otra lado, nos encontramos con sus opositores, entre los cuales podemos mencionar al autor Eduardo L. Gregorini Clusellas¹³⁸; quien advierte que si bien es factible el empleo de acciones afirmativas con el objetivo de corregir desigualdades preexistentes; opina que en el caso de la discriminación positiva y teniendo presente sus rasgos extremos; es conveniente aplicarla bajo la forma de medidas de apoyo o refuerzo de posiciones; pero en ningún caso llegar a la exclusión absoluta del personal masculino, como en el caso en estudio ya que de esta manera se está lesionando el derecho a la igualdad de trato y además se está tratando de encontrar una solución a las discriminaciones pasadas; basándose en discriminaciones actuales; que en nada ayudan a lograr los objetivos correctores que se buscan. Dicho autor destaca que mayor razonabilidad hubiera tenido el fallo si se obligara a contratar en el futuro como mínimo uno de cada dos empleados, correspondiente al sexo femenino.

Participamos de la doctrina que se opone al fallo; remarcando que en nada nos oponemos a la implementación de supuestos de discriminación inversa; todo lo contrario, pero atendiendo a los caracteres particulares de los mismos; en cuanto a las categorías sospechosas de las cuales se valen y, el especial ámbito de escasez en el que se desarrollan, tales como puestos de trabajo, vacantes universitarias, etc; es dable, destacar la necesidad por parte de los tribunales al momento de hacer uso de tales supuestos, del mayor grado de cautela; teniendo siempre en cuenta la pauta de razonabilidad; la cual es rectora en esta materia y que permite mantener intacto el principio de igualdad.

Lo criticable del fallo, no es la medida en si, sino el medio empleado para aplicarla, el cual consideramos abusivo por la aplicación de una exclusión absoluta de personal masculino; que como ya hemos comentado, en el ámbito del derecho comparado, existen fallos en los que se establecen límites a dichas medidas, como en el sistema de cuotas, donde la corte de Estados Unidos manifestó claramente que podemos utilizar categorías sospechosas, tales como la raza pero amalgamada con otra serie de parámetros al momento de la selección.

6. Aspectos finales.

En este punto podemos afirmar contundentemente, que se encuentran probados los puntos de tesis enunciados al comienzo del capítulo, ya que en primer lugar con el pormenorizado desarrollo que hemos hecho de los criterios fijados por los altos tribunales de los Estados Unidos, en un caso y de la Comunidad Europea, en otro; nos hemos embebido de todos aquellos aspectos relacionados con la discriminación inversa y la necesidad de establecer los límites imprescindibles para determinar cuándo estamos en presencia de supuestos de este tipo que no sean desproporcionados y por ende ilegítimos.

A través de ello acreditamos, cómo con la implementación de supuestos desproporcionados de discriminación inversa se afecta el principio constitucional de igualdad, teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado a terceros, que no pertenecen al grupo beneficiado con la medida. También probamos que a través de medidas que consideran en su aplicación categorías sospechosas, tales como el sexo o la raza; se incurre en supuestos de discriminación prohibida; es decir ilegítima.

Y además, también a través del análisis del caso “Freddo” queda demostrado como en la aplicación de este tipo de medidas por parte de los tribunales no se respeta el parámetro de la razonabilidad como estándar de control.

El contenido del presente capítulo, como ya lo hemos puesto de manifiesto al comienzo del mismo; presenta una relación directa, por un lado con el tema de análisis; ya que nos permite delimitar el campo de aplicación concreto de las mentadas medidas de discriminación inversa; y por otra parte, se relaciona con el problema formulado, ya que a través del análisis de los fallos que hemos detallado minuciosamente; nos adentramos en los aspectos determinantes para caracterizar en el ámbito del Derecho Nacional y en los supuestos de sentencias dictadas por los tribunales; en qué casos una medida de discriminación inversa es desproporcionada. Pero además con la exposición desarrollada del fallo suscitado en Argentina, advertimos un caso patente de desproporcionalidad en la aplicación de la medida por parte de un tribunal y con el consecuente perjuicio a terceros; que no forman parte del colectivo protegido; en el caso particular de Argentina es relativo al sexo femenino.

7. Conclusión.

Teniendo en cuenta el desarrollo efectuado en el presente trabajo, podemos manifestar que sin lugar a dudas, claramente se desprende de nuestra Carta Magna, a partir de la Reforma de 1994, una nueva visión del Principio de Igualdad; el cual ya no sólo comprende en su seno a la igualdad formal sino además es abarcativo de la igualdad sustancial o de oportunidades; tendiente a beneficiar a todos aquellos grupos

minusvalorados de la sociedad; y como consecuencia lógica de ello se deriva la incorporación en su texto de las medidas de acción positiva destinadas a lograr este fin.

Por otra parte, queda claro, con respecto al concepto de acciones positivas, que la misma es el género, siendo su especie los supuestos de discriminación inversa, y presentando estos últimos rasgos extremos en su implementación; principalmente por el empleo de categorías sospechosas, tales como la raza, el sexo, entre otras; revistiendo todas ellas un carácter netamente discriminatorio; pero además, otra de las características de las mismas es el especial ámbito de escasez dentro del cual encuentran desarrollo; tal es el caso de los puestos de trabajo, las plazas universitarias, etc.

Dicha diferenciación es fundamental a los efectos de evaluar la legitimidad tanto de las acciones positivas como de los supuestos de discriminación inversa; principalmente el sistema de cuotas rígidas, que tantas polémicas genera en el ámbito del derecho comparado por el otorgamiento automático a una categoría de un beneficio, sin tener en cuenta otros parámetros al momento de la evaluación de los individuos; y afectando de esta manera el principio de igualdad de trato de terceros; ajenos al colectivo.

En este orden de ideas; nos encontramos con dos fallos resonantes del Derecho Comparado, que a través de sus respectivas líneas argumentativas, nos permiten advertir dos posturas claramente orientadas a delimitar el campo de acción de los supuestos de discriminación; a través de su limitación justificada en la normativa de los programas de acción positiva; estos fallos son los denominados caso “Bakke” y “Kalanke”; brindando

la óptica del primero del Derecho Norteamericano; mientras que el segundo nos acerca a la visión del Derecho Comunitario.

En cuanto a los preceptos fundamentales podemos destacar; por un lado en el caso “Bakke”, la Corte Suprema de los Estados Unidos fijó su postura en lo que hace al uso de las categorías sospechosas, tales como la raza, el sexo; determinando que es factible el empleo de las mismas en abstracto, pero deben ser integradas con otros aspectos a analizar en los procesos selectivos; ya que por sí sola constituye una violación del Principio de Igualdad de trato.

Otro de los preceptos que encontramos es el que nos viene dado de la jurisprudencia del Derecho Comunitario, en el caso “Kalanke”; estableciendo un criterio fundamental con respecto al sistema de cuotas; y que consiste en la “no automaticidad” de los mismos; entrando en juego otra serie de elementos, propiedades, etc. que permitan una adecuada ponderación; no afectándose de esta manera la igualdad de trato de terceros, ajenos al beneficio de dicho colectivo.

Concluimos entonces, que en base a los criterios supra mencionados; la solución aportada por la Cámara Nacional Civil al caso Freddo; estableciendo la exclusión absoluta del personal masculino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida; se presenta ante la doctrina opositora como excesiva; no en cuanto a la implementación propia de las medidas de discriminación inversa; sino en cuanto al medio seleccionado ya que no respeta la pauta de razonabilidad, teniendo presente en su análisis otros parámetros y no simplemente una igualación numérica entre hombres y mujeres.

8. Propuestas.

Teniendo en cuenta el problema planteado; considero que es necesario dado que en el ámbito del Derecho Nacional existen muchas luces y sombras con respecto a los supuestos de discriminación inversa; en primer término una clarificación normativa del concepto de acciones positivas en el contexto de una ley de carácter infraconstitucional; o bien dentro de la propia normativa antidiscriminatoria de la ley 23.592; depurando así, los diversos conflictos doctrinarios respecto del campo de aplicación de las mismas; y además permitiendo establecer una clara diferenciación con los supuestos de discriminación inversa.

Por otro lado, estimo que los tribunales nacionales, al momento de enfrentarse con casos que revisten cualidades como las manifestadas en “Freddo” deberán ser sumamente cautelosos; lo cual bajo ningún concepto implica la no posibilidad de implementar medidas de discriminación inversa, que tan polémicas son por la posible violación del principio de igualdad de trato respecto de terceros, ajenos al colectivo beneficiado; sino todo lo contrario, apliquémoslas, pero revestidas de un control permanente de razonabilidad; sirviendo para el caso los preceptos fijados por el Derecho Comparado.

A nuestro entender, deberán los jueces actuar conforme al criterio de la Corte de Estados Unidos, que reconoce la posibilidad de aplicación de las categorías sospechosas pero sumadas a otros parámetros de análisis.

Así como también deberán los jueces argentinos regirse por el criterio de “automaticidad” que fija el Tribunal de Luxemburgo con respecto al sistema de cuotas; no permitiendo que por el sólo hecho de darse por acreditadas las condiciones requeridas; esto permita al integrante del colectivo beneficiado hacerse acreedor de una plaza universitaria o de un puesto de trabajo; sino todo lo contrario sumar en el análisis otros elementos de ponderación.

Por último me parece acertada la posición que propicia Manuel Atienza como parámetros que deberán cumplir las medidas de discriminación inversa; para evitar que los tribunales adopten supuestos desproporcionados que afecten el principio de igualdad, tornándose en ilegítimas, inconstitucionales, abusivas y en una forma de perpetuar la discriminación reeditando la ley del Talión.

Para ello, los principios que permiten justificar una medida de este tipo; consisten en determinar si la medida resulta razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido; ya que en este caso puede presumirse que se logrará el objetivo y sin un coste excesivo; además debe tratarse de un objetivo socialmente importante; otro de los parámetros a tener en cuenta es que no exista ninguna otra medida alternativa para alcanzar dicho objetivo establecido y que por lo tanto afecte en menos grado a derechos fundamentales de los individuos. Por último he de destacar que quien pretenda justificar una medida de este tipo; en el caso se aplicaría a los jueces nacionales, corre con la carga de la argumentación; o sea, que serán los jueces los que deberán acreditar en sus sentencias que se encuentran reunidas las condiciones mencionadas anteriormente.

- ¹ EKMEKDJIAN, Miguel Angel. “Tratado de Derecho Constitucional”. V.2, pág. 133. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994.
- ² LINARES QUINTANA, Segundo V. “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”. V.3. Parte especial, pág. 414. Buenos Aires: Ed. Alfa; 1956.
- ³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XIII, pág. 893. Buenos Aires: Ed. Industria Gráfica del Libro S.R.L.; 1979.
- ⁴ Ibid.
- ⁵ Ibid, pág. 894.
- ⁶ Op. Cit., pág. 895.
- ⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, Op. Cit., pág. 134.
- ⁸ ENCICLOPEDIA Op. Cit., pág. 896.
- ⁹ Ibid.
- ¹⁰ Ibid, pág. 892.
- ¹¹ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, Op. Cit., pág. 135.
- ¹² Ibid., pág. 136.
- ¹³ ENCICLOPEDIA Op. Cit., pág. 893.
- ¹⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, Op. Cit., pág. 137.
- ¹⁵ BADENI, Gregorio.”Reforma constitucional e instituciones políticas”. Pág. 252. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 1994.
- ¹⁶ ENCICLOPEDIA Op. Cit., pág. 901.
- ¹⁷ Ibid., pág. 902.
- ¹⁸ Ibid.
- ¹⁹ Ibid.
- ²⁰ Ibid.
- ²¹ Ibid.
- ²² Ibid.
- ²³ Ibid.
- ²⁴ CAYUSO, Susana. “El Principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino”. LL, 2003-F; 1380 y ss.
- ²⁵ Constitución Nacional Argentina. Art. 16.
- ²⁶ CAYUSO, Susana, Op. Cit., pág. 1383.
- ²⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, Op. Cit., pág. 137.
- ²⁸ Cit. por REY, Sebastián Alejandro. “El Derecho a la Igualdad, las Acciones Positivas y el Género”. LL, 2004 –A; pág. 613 y ss.
- ²⁹ Constitución Nacional Argentina. Art. 15.
- ³⁰ Ibid., Art. 16.
- ³¹ Ibid., Art. 14 bis.
- ³² Ibid., Art. 37.
- ³³ Ibid., Art. 75 inc 23.
- ³⁴ AYUSO, Luis E. “Las Acciones Positivas en la Constitución Nacional”. Rosario: Zeus 2005, T 97, 41 y ss.
- ³⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, Op. Cit., pág. 141.
- ³⁶ Ibid., pág. 143.
- ³⁷ MIDON, Mario A. R.. “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. Pág. 552. Buenos Aires: Ed. La Ley; 2004.
- ³⁸ Ibid., pág. 558.
- ³⁹ Ibid.
- ⁴⁰ ALONSO, Lilia M.. “La evolución reciente del Derecho antidiscriminatorio en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la Corte de Justicia de la Unión Europea”. Derecho del Trabajo 2004-B, 1483 y ss.
- ⁴¹ Cit. por REY, Sebastián Alejandro, Op. Cit., Pág. 617.
- ⁴² KIPER, Claudio Marcelo. “La Discriminación”. Pág. 1027. LL, 1995-B; 1025 y ss.
- ⁴³ Cit. por KIPER, Claudio Marcelo, Ibid.
- ⁴⁴ STORTINI, Daniel E.. “Discriminación inversa y derecho del trabajo”.Derecho del Trabajo, 2004-A, 473 y ss.
- ⁴⁵ KIPER, Claudio Marcelo, Op. Cit., pág 1026.
- ⁴⁶ Ibid, pág. 1027.
- ⁴⁷ Ibid.

- ⁴⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La Discriminación Inversa y el caso Kalanke”. Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; pág. 129; [4 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_07.pdf [Ultima visita 23.02.2009].
- ⁴⁹ Ibid.
- ⁵⁰ Ibid., pág. 130.
- ⁵¹ Ibid.
- ⁵² Ibid.
- ⁵³ MARTINEZ DELFA, Norberto Quinto. “Principios básicos del derecho constitucional”. Págs. 81-85. Rosario: Ed. Metanoia; 1991.
- ⁵⁴ Ibid.
- ⁵⁵ KIPER, Claudio Marcelo, Op. Cit., pág 1026.
- ⁵⁶ Ibid.
- ⁵⁷ Ibid.
- ⁵⁸ MARTINEZ DELFA, Norberto Quinto, Op. Cit., pág. 84.
- ⁵⁹ NINO, Carlos Santiago. “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Pág. 422. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.
- ⁶⁰ Ibid., pág. 423.
- ⁶¹ Op. Cit., pág. 426.
- ⁶² Ibid.
- ⁶³ Ibid.
- ⁶⁴ Ibid.
- ⁶⁵ Ibid., pág. 427.
- ⁶⁶ Ibid.
- ⁶⁷ Ibid.
- ⁶⁸ Ibid.
- ⁶⁹ Ibid., pág. 428.
- ⁷⁰ Ibid.
- ⁷¹ Constitución Nacional Argentina. Art. 43 párr. 2°.
- ⁷² Ibid., Art. 43 párr. 1°.
- ⁷³ QUIROGA LAVIE, Humberto – BENEDETTI, Miguel – CENICACELAYA, María de las Nieves. “Derecho Constitucional Argentino”. V. 2, pág. 378. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni; 2001.
- ⁷⁴ Constitución Op. Cit., art 75 inc. 22.
- ⁷⁵ NINO, Carlos Santiago, Op. Cit., pág. 438.
- ⁷⁶ Ibid., pág. 439.
- ⁷⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las acciones positivas”. Plenario Edición Electrónica, Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires [revista en línea] 2001; [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://www.abogarte.com.ar/aidaindice.html> [Ultima visita 23.02.2009].
- ⁷⁸ QUIROGA LAVIE, Humberto – BENEDETTI, Miguel – CENICACELAYA, María de las Nieves, Op. Cit., pág. 387.
- ⁷⁹ Cit. por REY, Sebastián Alejandro, Op. Cit., pág. 620.
- ⁸⁰ PARRA DUSSAN, Carlos. “Estatutos Antidiscriminación y su Desarrollo en Colombia”. Revista de Derecho de la Universidad del Norte [revista en línea] 2007; núm. 27; pág. 158; [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/5_Estatutos%20antidiscriminacion.pdf [Ultima visita 23.02.2009].
- ⁸¹ Ibid.
- ⁸² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Op. Cit.
- ⁸³ Constitución Nacional Argentina. Art. 75 inc. 23.
- ⁸⁴ BIDART CAMPOS, Germán J.. “Manual de la Constitución Reformada”. T. I, Pág. 532. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1997.
- ⁸⁵ Ibid.
- ⁸⁶ Ibid.
- ⁸⁷ Ibid.
- ⁸⁸ Ibid.
- ⁸⁹ Ibid.
- ⁹⁰ Ibid.

- ⁹¹ Ibid.
- ⁹² Ibid.
- ⁹³ Cit. por PALACIOS, Agustina. “Implementación de Medidas de Acción Positiva a favor de personas con discapacidad”. LL 2004-D, 1426 y ss.
- ⁹⁴ Ibid., pág. 1430.
- ⁹⁵ Ibid.
- ⁹⁶ Ibid.
- ⁹⁷ Ibid.
- ⁹⁸ Ibid., pág. 1431
- ⁹⁹ Ibid.
- ¹⁰⁰ AYUSO, Luis E., Op. Cit., pág. 42.
- ¹⁰¹ Ibid., pág. 43.
- ¹⁰² Ibid.
- ¹⁰³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Op. Cit.
- ¹⁰⁴ Constitución Op. Cit.. Art. 75 Inc. 23.
- ¹⁰⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., T. III, Pág. 124. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1997.
- ¹⁰⁶ AYUSO, Luis E., Op. Cit., pág. 45.
- ¹⁰⁷ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c / Freddo S.A. s/ acción de amparo”. LL 2003 B, 969-984.
- ¹⁰⁸ Cit. por ALEMANY, Macario. “Las Estrategias de la Igualdad”. Isonomía [revista en línea] Octubre de 1999; núm. 11; pág. 95: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_07.pdf [Ultima visita 23.02.2009].
- ¹⁰⁹ Ibid., pág. 96.
- ¹¹⁰ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit. pág. 127.
- ¹¹¹ BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. “Discriminación por razón de sexo y Acciones Positivas: Reflexiones a la luz de la Jurisprudencia Constitucional Española y aproximación a la ley para la Igualdad Efectiva”. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. [revista en línea] Julio de 2007; núm. 6; pág. 134: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://universitas.idhbc.es/n06/06-08.pdf> [Ultima visita 23.02.2009].
- ¹¹² RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit..
- ¹¹³ GARCÍA AÑÓN, José. “Representación Política de las Mujeres y Cuotas”. Universidad de Valencia. Revista de Derecho. [revista en línea] pág. 349: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1530/1/DyL-2002-VII-11-Anon.pdf> [Ultima visita 23.02.2009].
- ¹¹⁴ EKMEKDJIAN M. – SIEGLER, P., “Discriminación inversa: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. ED, 93-877.
- ¹¹⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit.
- ¹¹⁶ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L.. “Las Acciones contra la Discriminación. La Discriminación Inversa. Sus Límites y Riesgos”. LL, 2003 – B; 970 y ss.
- ¹¹⁷ Ibid.
- ¹¹⁸ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit. pág. 125.
- ¹¹⁹ ALEMANY, Macario, Op. Cit. pág.98.
- ¹²⁰ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit. pág. 131.
- ¹²¹ ALEMANY, Macario, Op. Cit. pág. 101.
- ¹²² EKMEKDJIAN M. – SIEGLER, P., Op. Cit.
- ¹²³ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit..
- ¹²⁴ Ibid., pág. 877.
- ¹²⁵ Op. Cit., pág. 878.
- ¹²⁶ Op. Cit., pág. 879.
- ¹²⁷ ATIENZA, Manuel. “Un comentario al caso Kalanke”. Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; pág. 112: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_06.pdf [Ultima visita 23.02.2009].
- ¹²⁸ Ibid., pág 113.
- ¹²⁹ ALEMANY, Macario, Op. Cit. pág. 103.
- ¹³⁰ Directiva 76/207 del Consejo de las Comunidades Europeas. Art. 2, aptdo. 4.
- ¹³¹ Ibid., pág. 104.
- ¹³² ATIENZA, Manuel, Op. Cit., pág. 122.
- ¹³³ Cit. por ALEMANY, Macario, Op. Cit., pág. 105.

¹³⁴ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Op. Cit.

¹³⁵ Ibid., pág. 972.

¹³⁶ Op. Cit., pág. 971.

¹³⁷ STORTINI, Daniel E., Op. Cit., pág. 476.

¹³⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., Op. Cit., pág. 979.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

BADENI, Gregorio, “Reforma constitucional e instituciones políticas”. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 1994.

BIDART CAMPOS, Germán J.; “Manual de la Constitución Reformada”. T. I. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1997.

- “Manual de la Constitución Reformada”. T. III. Buenos Aires: Ed. Ediar; 1997.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel., “Tratado de Derecho Constitucional”. V.2. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XIII. Buenos Aires: Ed. Industria Gráfica del Libro S.R.L.; 1979.

LINARES QUINTANA, Segundo V., “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”. V.3. Parte especial. Buenos Aires: Ed. Alfa; 1956.

MARTINEZ DELFA, Norberto Quinto; “Principios básicos del derecho constitucional”. Rosario: Ed. Metanoia; 1991.

MIDON, Mario A. R., “Manual de Derecho Constitucional Argentino”. Buenos Aires: Ed. La Ley; 2004.

NINO, Carlos Santiago; “Fundamentos de Derecho Constitucional”. Buenos Aires: Ed. Astrea; 1992.

QUIROGA LAVIE, Humberto – BENEDETTI, Miguel – CENICACELAYA, María de las Nieves. “Derecho Constitucional Argentino”. V. 2. Buenos Aires: Ed. Rubinzal - Culzoni; 2001.

b) Especial

ALEMANY, Macario. “Las Estrategias de la Igualdad”. Isonomía [revista en línea] Octubre de 1999; núm. 11; págs. 95-113: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361653113462832088024/isonomia11/isonomia11_07.pdf [Ultima visita 23.02.2009].

ALONSO, Lilia M., “La evolución reciente del Derecho antidiscriminatorio en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y la Corte de Justicia de la Unión Europea”. Derecho del Trabajo 2004-B, 1483 y ss.

ATIENZA, Manuel. “Un comentario al caso Kalanke”. Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs. 111-122: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_06.pdf [Ultima visita 23.02.2009].

AYUSO, Luis E., “Las Acciones Positivas en la Constitución Nacional”. Rosario: Zeus 2005, T 97, 41 y ss.

BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. “Discriminación por razón de sexo y Acciones Positivas: Reflexiones a la luz de la Jurisprudencia Constitucional Española y aproximación a la ley para la Igualdad Efectiva”. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. [revista en línea] Julio de 2007; núm. 6; págs. 127-147: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://universitas.idhbc.es/n06/06-08.pdf> [Ultima visita 23.02.2009].

CAYUSO, Susana, “El Principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino”. LL, 2003-F; 1380 y ss.

EKMEKDJIAN M. – SIEGLER, P., “Discriminación inversa: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. ED, 93-877.

GARCÍA AÑÓN, José. “Representación Política de las Mujeres y Cuotas”. Universidad de Valencia. Revista de Derecho. [revista en línea] págs. 345-371: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1530/1/DyL-2002-VII-11-Anon.pdf> [Ultima visita 23.02.2009].

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L.. “Las Acciones contra la Discriminación. La Discriminación Inversa. Sus Límites y Riesgos”. LL, 2003 – B; 970 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las acciones positivas”. Plenario Edición Electrónica, Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires [revista en línea] 2001; [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: <http://www.abogarte.com.ar/aidaindice.html> [Ultima visita 23.02.2009].

KIPER, Claudio Marcelo. “La Discriminación”. LL, 1995-B; 1025 y ss.

PALACIOS, Agustina. “Implementación de Medidas de Acción Positiva a favor de personas con discapacidad”. LL, 2004-D; 1426 y ss.

PARRA DUSSAN, Carlos. “Estatutos Antidiscriminación y su Desarrollo en Colombia”. Revista de Derecho de la Universidad del Norte [revista en línea] 2007; núm. 27; págs. 134-165: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/27/5_Estatutos%20antidiscriminacion.pdf [Ultima visita 23.02.2009].

REY, Sebastián Alejandro. “El Derecho a la Igualdad, las Acciones Positivas y el Género”. LL, 2004 –A; 613 y ss.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La Discriminación Inversa y el caso Kalanke”. Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs. 123-140: [2 pantallas]. Disponible en Internet desde URL: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_07.pdf [Última visita 23.02.2009].

STORTINI, Daniel E., “Discriminación inversa y derecho del trabajo”. Derecho del Trabajo, 2004-A, 473 y ss.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

LA IGUALDAD

1. Introducción	14
2. Igualdad. Nociones previas	16
2.1 El Principio de Igualdad en la Sociedad Antigua	17
2.2 La Igualdad en el Cristianismo	21
2.3 La Igualdad en la Doctrina del Derecho Individual	21
2.4 La Igualdad en las Doctrinas del Derecho Social	23
2.5 La Igualdad. Consideraciones finales	24
3. Relaciones entre la Libertad y la Igualdad	25
4. El Principio de Igualdad en la Historia Constitucional Argentina	27
5. El Principio de Igualdad en el Sistema Constitucional Argentino	29
5.1 Principio Rector de la Igualdad en nuestra Carta Magna	30
5.2 Igualdad Jurídica e Igualdad Sustancial o Real de oportunidades	31
6. Modalidades de la Igualdad Jurídica en la Constitución Nacional	35
6.1 Prerrogativas de Sangre y de Nacimiento. Títulos de Nobleza	35
6.2 Prohibición de los Fueros Personales	37
6.3 Idoneidad en los empleos	40
6.4 Igualdad Impositiva	41
6.5 Igualdad de cargas públicas	41
7. Nociones finales	42

CAPÍTULO II

LA DISCRIMINACIÓN

1. Introducción	45
2. Nociones básicas	47
3. Diversos conceptos	48
4. Significado de la discriminación	51
5. Rasgos típicos de la discriminación injusta	53
6. La discriminación racial	55
6.1 El racismo	56
6.2 El racismo en los Estados Unidos de América del Norte	58
7. La Discriminación contra la mujer	61
8. Tratamiento legal de la discriminación prohibida	63
8.1 Derecho Internacional	63
8.2 Derecho Comparado. Normas internas de los Estados	67
8.3 Tratamiento de las discriminaciones arbitrarias en el Derecho Argentino ...	68
9. Consideraciones finales	71

CAPÍTULO III

LAS ACCIONES POSITIVAS.

1. Introducción	74
2. Orígenes de la Figura	76
3. Concepto. Diversas posturas	77

4. Terminología	81
4.1 Acciones afirmativas	82
4.2 Acciones positivas	82
4.3 Cuotas por decisión	83
4.4 Cuotas por resultados u objetivos	83
5. Posturas a favor y en contra de las acciones positivas	83
5.1 Visiones frente al problema	84
5.1.1 Visión simétrica o formal	84
5.1.2 Visión intermedia o de la igualdad de oportunidades	85
5.1.3 Visión asimétrica o sustancial	85
5.2 Argumentos en contra de las acciones afirmativas	87
5.2.1 Las categorías sospechosas	87
5.2.2 La discriminación no se soluciona mirando hacia el pasado	87
5.2.3 Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva	88
5.2.4 El fin no justifica los medios	88
5.3. Argumentos a favor de las acciones positivas	88
5.3.1 Las acciones positivas miran hacia el futuro	89
5.3.2 La bondad de los fines	89
6. Clasificación	89
6.1 Medidas de igualación positiva	90
6.2 Medidas de acción positiva	90
6.2.1 Acciones positivas moderadas	91
6.2.2 Discriminación inversa	92
7. Requisitos para la validez de las acciones positivas	93
7.1 Presupuestos de hecho	93
7.1.1 Existencia de un grupo o sector desventajado o relegado y su prueba	93
7.1.2 Incidencia sobre las causas y no sobre los resultados	94
7.2 Presupuestos de derecho	95
7.2.1 Motivación suficiente	95
7.2.2 Proporcionalidad	95
7.2.3 Transitoriedad y reversibilidad	95
8. Experiencias normativas en el Derecho Comparado	96
8.1. Italia. Experiencia normativa	96
9. Acciones positivas en el ámbito de nuestra Carta Magna	97
9.1. El problema de la omisión de realizar acciones positivas	98
10. Diferenciación entre las Acciones Positivas y las medidas de Discriminación Inversa	100
11. Consideraciones finales	105

CAPÍTULO IV

LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

1. Introducción	107
2. Nociones previas	109
3. Posturas a favor y en contra de las medidas de discriminación inversa	110
4. Casos jurisprudenciales en el Derecho Comparado	111
4.1 Caso Bakke	113
4.1.1 Antecedentes del caso	113
4.1.2 Fallo de la Corte Suprema Federal	117
4.1.3 Fundamentación Jurídica	118
4.1.4 Comentarios finales	120
4.2 Caso Kalanke	121
4.2.1 Exposición de hechos	121
4.2.2 Fundamentación Jurídica	123
4.2.2.1 Argumentación del Abogado General	123
4.2.2.2 Sentencia del Caso Kalanke. Fundamentación	125
4.2.2.3 Ratio decidendi del fallo	127
4.2.3 Argumentos a favor y en contra del fallo	129
5. Jurisprudencia Nacional	130
5.1 Caso Freddo	132
5.1.1 Fundamentos Fácticos	132
5.1.2 Fundamentos Jurídicos	132
5.1.3 Posturas con respecto al fallo	134
6. Aspectos finales	136
7. Conclusión	137
8. Propuestas	140