

# Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real

*Rethinking the Equality: Scopes of the Real Equality*

LILIANA RONCONI

**Resumen:** En este trabajo me dedicaré a trabajar las “distintas” concepciones de igualdad que surgen, en general, de la normativa constitucional y convencional. Esto me permitirá caracterizar dos concepciones de igualdad. Una, la igualdad jurídica, más cercana a la del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que es predominante en la discusión y aplicación del principio de igualdad pero que sin embargo, se torna insuficiente ante situaciones estructurales de discriminación. La otra concepción de igualdad, igualdad real, más cercana a los reclamos estructurales, está surgiendo en forma incipiente, considerando las situaciones de subordinación en que se encuentran ciertos grupos y la necesidad de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento. Esta concepción de igualdad exige analizar la forma en que pueden paliarse estas situaciones de desigualdad. En este sentido, abordaré las implicancias de las acciones positivas, reparadoras y transformadoras desde la redistribución, el reconocimiento y la paridad participativa.

**Palabras claves:** igualdad, no discriminación, razonabilidad, no sometimiento, redistribución, reconocimiento, paridad participativa

**Abstract:** In this paper I aim to work the different “equality” conceptions that arise from the conventional and constitutional framework. So, I will work with two different concepts of equality. First, I will examine the problems of the classical conception of equality —i.e. legal equality— closer to the classical liberal thought and individualistic.

---

Liliana Ronconi, becaria de Post-doctorado CONICET. Investigadora Adscripta del Instituto L.A. Gioja, Facultad de Derecho, UBA. Av. Figueroa Alcorta 2263, piso 1º, CABA, CP1425, Argentina. lronconi@derecho.uba.ar

This conception is predominant in the discussion and application of the principle of equality but inadequate to face structural inequalities. Secondly, I will analyze the broader and original conception of equality —i.e. real equality—, in order to understand the structural causes of inequality. This conception of equality needs to analyze the ways in which these inequality situations can be alleviated. In this sense, I will work the implications of the positive, restorative and transformative actions with a more complex theoretical framework of the redistribution, recognition and representation.

**Key Words:** equality, non discrimination, proportionality, non submission, redistribution, recognition, representation

## I. Introducción

El principio de que todas las personas por ser humanos, somos iguales es políticamente dominante. Sin embargo, cuando es necesario aplicar dicho principio a casos particulares, el consenso sobre el alcance e implicancias del mismo empieza a debilitarse (Singer, 1995; Nino, 2005). Más aún, es posible afirmar que ese debilitamiento se lleva a cabo también utilizando como argumento “la carta” del derecho a la igualdad.<sup>1</sup>

En este trabajo me dedicaré a trabajar las “distintas” concepciones de igualdad que surgen, en general, de la normativa constitucional y convencional. Esto me permitirá caracterizar dos concepciones de igualdad. Una, la *igualdad jurídica*, más cercana a la del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que es predominante en la discusión y aplicación del principio de igualdad (Saba, 2012; Clérico *et al.*, 2013) pero que, sin embargo, se torna insuficiente ante situaciones estructurales de discriminación. Básicamente esto sucede cuando la discriminación no proviene solo de la norma sino que tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que son sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos. La otra concepción de igualdad, *igualdad real*, más cercana a los reclamos estructurales, está surgiendo en forma incipiente, considerando las situaciones

---

<sup>1</sup> Esto puede verse, por ejemplo, en el debate sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo o en la lucha por los derechos de las mujeres, entre otros.

de subordinación en que se encuentran ciertos grupos y la necesidad de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento. Esta concepción de igualdad requiere no solo tomar en cuenta lo que sucede en el derecho sino que exige analizar la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos. Además, es necesario repensar la forma en que pueden paliarse estas situaciones de desigualdad. En este sentido, abordaré las implicancias de las acciones positivas reparadoras y transformadoras desde la redistribución, el reconocimiento y la paridad participativa (Fraser, 2010a). Por último, estableceré algunas conclusiones.

Los seres humanos no somos iguales. Sin embargo lo que buscamos es ser tratados como iguales. Esta exigencia de igualdad no puede ser tomada en términos absolutos (Mendonca, 2000; Rabossi, 2012), por esto la pregunta que sigue es: ¿respecto de qué o quienes pedimos ser tratados como iguales? El concepto de igualdad implica un examen de comparación entre sujetos o grupos (Alexy, 1993; Nino, 2005). Así, sostiene Courtis (2010, p. 107) que “una dimensión importante de esta noción es la de las comparaciones inter-grupales: se prohíbe discriminar a ciertos grupos en relación con el trato que reciben otros grupos. Se dice entonces que la prohibición de discriminación es una norma de carácter relacional”. Como mostraré a continuación, dependiendo de qué concepción de igualdad se tome, el juicio de comparación será diferente.

En general, la normativa constitucional indica que “todos sus habitantes son iguales ante la ley...”.<sup>2</sup> De aquí, el derecho a la igualdad puede ser entendido como igualdad meramente formal (II), como igualdad razonable (II) o como igualdad real (III).

## II. Igual jurídica

### A. Igualdad de trato ante la ley: igualdad formal

La garantía de igualdad ante la ley no implica que todas las personas fueran tratadas de la misma manera, sino que por el contrario habilita alguna diferenciación. En este sentido, se interpretó que la garantía de

---

<sup>2</sup> En este sentido, por ejemplo el art. 16 de la Constitución Argentina.

la igualdad ante la ley “exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo dicho supuesto” (Alexy, 1993, p. 382). Tenemos entonces que el legislador puede realizar distinciones, siempre que la norma se aplique a aquellos a los que va dirigida y deje fuera aquellos que no entran dentro de la clasificación. Así, la primera interpretación que se realiza de esta norma constitucional establece que el derecho a la igualdad allí protegido implica que se trate igual a quienes están en igualdad de circunstancias. Exige trato idéntico entre quienes caen dentro de la clasificación que realiza la norma y trato desigual respecto de quienes se encuentren afuera de esa clasificación. Se examina la norma hacia adentro, al momento de su aplicación, para ver si excluye a alguien que debe estar dentro. Sostiene Mendonca (2000) que la garantía de igualdad formal se satisface con el principio de legalidad, pues aplicando la ley imparcialmente a todos los sujetos (o en todos los casos) que están (o caen) bajo la categoría regulada por la ley, se observa la regla de justicia que requiere que sean tratados de modo igual los sujetos (o casos) iguales.<sup>3</sup>

La concepción de igualdad formal gráficamente implica:

| “x” trato        | “y” trato         |
|------------------|-------------------|
| PERSONAS BLANCAS | PERSONAS DE COLOR |

*Ilustración 1: Igualdad Formal. Elaboración propia.*

La idea de igualdad formal implica, entonces, que solo puedan recibir el trato “x” las personas que no sean de color.

<sup>3</sup> Implica la fórmula “separados pero iguales” elaborada por la Suprema Corte de EE. UU., en el famoso caso “Plessy contra Ferguson”, 163 U.S. 537, sentencia del 18 de mayo 1896. Se permite en este caso y bajo esta fórmula una distinción basada en la raza: los blancos por un lado, las personas de color por otro, siempre que en cada grupo el trato sea idéntico, esto es, que todos los blancos sean tratados igual y las personas de color también, cada uno dentro de su grupo. Esta fórmula no alcanza entonces al legislador, sino solo a quienes aplican la norma (Alexy, 1993).

## B. Críticas a la igualdad formal

Esta concepción de igualdad presenta distintos problemas. En primer lugar, no se pregunta por la legitimidad de las clasificaciones que puede realizar el legislador, permitiendo tratos injustificados. No se evalúan las razones (o sin razones) de la distinción; simplemente se exige un trato igual a quienes se encuentran dentro de determinado grupo.<sup>4</sup>

Asimismo, esta concepción de igualdad implica un no hacer del Estado: el Estado debe abstenerse de establecer tratos injustificados. Este mandato de igualdad gira en torno a la idea de igualdad negativa. Es una concepción de igualdad del Estado liberal clásico.

Además, al no tomar en cuenta las circunstancias relevantes que justifican la distinción, todos los casos que caen dentro de la regulación normativa serán tratados de la misma manera, hasta tanto la ley sea modificada. De esta manera, los jueces y las juezas se convierten en meros aplicadores de la ley, solo verifican si el caso cae dentro o fuera de las circunstancias descriptas por las normas. Así se gana en seguridad jurídica como mera previsibilidad, sin embargo, esta postura implica un cierto rasgo conservador e interpretaciones racistas, xenófobas, sexistas, entre otras. Ahora bien, y dado que bajo esta concepción se permite tratar a las personas mediante clasificaciones injustificadas, es que se han realizado avances en la concepción de igualdad. Esto nos lleva al siguiente punto.

## III. Igualdad jurídico-material: igualdad como no discriminación

A raíz de los problemas que presenta la concepción de igualdad formal, surge la necesidad de que el legislador también se encuentre vinculado al mandato que surge del principio de igualdad. De esta manera “la fórmula hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no se interpreta como una exigencia relativa a la forma lógica de las normas, sino como una exigencia relativa a su contenido, es decir no en el senti-

---

<sup>4</sup> Uso el concepto de grupo en el sentido artificial, esto es como una categoría creada por la norma (Fiss, 1999, p. 145).

do de un mandato de igualdad *formal* sino *material*” (Alexy, 1993, p. 386). Surge una nueva concepción de igualdad que no se conforma con que los “iguales” sean tratados como “iguales” sino que empieza a preguntarse sobre la “razonabilidad” de la distinción. De esta manera, exige que nos preguntemos si es válido cualquier tipo de distinción realizado por el legislador. Comienzan entonces a exigirse razones que hablen a favor (o en contra) del criterio utilizado por el legislador para clasificar. Para esta concepción de igualdad, solo serán válidas aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables” (Alexy, 1993). El principio de igualdad implica entonces dos principios: (a) “Si no hay una razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”; (b) “Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual” (Alexy, 1993).

Esto introduce la necesidad de adoptar un “modelo de razonabilidad” a fin de establecer cuáles distinciones serán válidas porque son razonables y cuáles no. Me dedicaré en lo que sigue a este punto.

En este trabajo, me enfocaré en tres modelos: el modelo europeo (A), el modelo estadounidense (B) y el modelo integrado de razonabilidad (C). Demarcaré, a grandes rasgos, cuáles son las implicancias de cada uno y en cada caso las ventajas (D) y desventajas (E).

## A. El modelo “europeo” de razonabilidad<sup>5</sup>

La razonabilidad de la distinción se determina mediante el “juicio de proporcionalidad”<sup>6</sup>. Este constituye un criterio adecuado para deter-

<sup>5</sup> Utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante: TEDH), el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y el Tribunal Constitucional Español, entre otros. Cabe advertir que también ha sido aplicado por otros tribunales aunque no en materia de igualdad, como la Corte interamericana de derechos humanos (en adelante Corte IDH) en el caso “Kímel vs. Argentina”, sentencia del 2 de Mayo de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) y en “Gonzalez Lluy Talía vs. Ecuador”, sentencia del 1 de Septiembre de 2015 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 298.

<sup>6</sup> En este sentido, como es reconstruido por Pieroth y Schlink (2000, p. 104) el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha dicho (en gran cantidad de sentencias) que “una diferencia de trato está justificada cuando entre dos grupos ‘hay diferencias de tal naturaleza y tal importancia que justifican el trato desigual’ (traducción mía). Esto se ha llamado “neue Formel” o nueva fórmula de igualdad.

minar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y, correlativamente, un criterio apropiado para fundamentar, en sus aspectos sustanciales, las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos (Bernal, 2007). Los derechos imponen límites frente a un exceso (*Übermaßverbot*) de restricción como también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaßverbot*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio (Clérico, 2001). El examen de proporcionalidad se divide en tres sub-exámenes:<sup>7</sup> el examen de adecuación técnica o idoneidad (1), el examen de medios alternativos o de necesidad (2) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (3).

### 1. Examen de adecuación técnica o idoneidad

Toda medida que establece una distinción debe cumplir por lo menos dos cuestiones para pasar el sub-examen de idoneidad.

En primer lugar, debe perseguir una finalidad (F) y esa finalidad debe ser legítima, esto es, constitucionalmente no prohibida (legitimidad). Luego, el fin es constitucionalmente idóneo cuando busca fomentar de algún modo el derecho. En muchos casos el examen de proporcionalidad nos demostrará que el fin que se alegaba perseguir no era tal, sino que mediante la medida se protegían otros intereses. Sin duda, el examen de proporcionalidad juega un papel muy claro en estos casos ya que permite poner a la luz la falta de razones que justifiquen ciertas medidas. En otros casos, podremos detectar que si bien el fin es constitucionalmente válido, las restricciones a los derechos fundamentales son de un peso muy fuerte en comparación con las que hablan a favor del fin buscado.

En segundo lugar, debe existir una adecuación entre el medio seleccionado (M) y el fin buscado.<sup>8</sup> El mandato de idoneidad se satisface “cuando se puede comprobar una relación empírica entre el medio esco-

<sup>7</sup> Estos sub-exámenes se van a modificar en caso de que sea necesario un actuar positivo por parte del Estado (*Untermaßverbot*). Véase Clérico, 2001.

<sup>8</sup> Analizaré el problema de las subinclusividades y sobreinclusividades en el punto III.B.A de este trabajo.

gido y el fin perseguido por la medida” (Clérico, 2009, p. 40). Los posibles resultados son: que el medio fomente el fin o que no lo haga. En caso de que el medio fomente el fin, de alguna manera estamos en condiciones de afirmar que la medida es idónea y, por lo tanto, podemos continuar con el análisis. En este sentido, puede leerse la sentencia sobre la limitación al ejercicio de la profesión de partera por razón de edad avanzada.<sup>9</sup> Se establecía un límite de edad (70 años), momento en el cual las parteras no podían ejercer más su profesión ya que se consideraba en general que la capacidad mental y física disminuía decididamente cuando se llega a esa edad. Esta limitación no corría, sin embargo, para los médicos. El Tribunal Constitucional Federal Alemán encontró que la reglamentación que establecía el límite etario era idónea ya que permitía conocer con anterioridad el momento en que las parteras ya no se encontraban aptas para el ejercicio de su profesión. Sin embargo, esta limitación en relación con la edad para la continuación del ejercicio de la obstetricia era injustificada a la luz de la aplicación del siguiente examen.

## 2. Examen de medios alternativos o de necesidad

La medida puede resultar adecuada técnicamente, esto es que mediante el medio seleccionado se logre alcanzar de alguna manera el fin propuesto, pero aún así puede ser desproporcionada ya que existen otros medios alternativos que permiten promover el fin. La pregunta que se realiza en esta etapa es respecto de la posibilidad de evitar la restricción del derecho a través de otro medio alternativo menos gravoso. Implica la comparación del medio seleccionado con los medios alternativos (M<sub>1</sub>, M<sub>2</sub>, M<sub>3</sub>) respecto de 1) la idoneidad en la satisfacción del fin estatal y 2) la afectación o limitación de derechos fundamentales. A fin de superar esta etapa se requiere, por lo tanto, que no exista otra forma de fomentar el fin y que, a su vez, limite en menor medida los derechos fundamentales respecto de la limitación que resulta la distinción efectuada por la norma (Clérico, 2001). Este análisis puede ser aplicado al caso de la edad para el ejercicio de la profesión de parteras

---

<sup>9</sup> Tribunal Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 9, 338 del 16 de junio de 1959.

trabajado anteriormente. La pregunta que sigue es si no existía un medio alternativo idóneo respecto de la finalidad (aptitud física y de conocimientos a la hora de atender un parto) y que restrinja menos el derecho (derecho a trabajar). La respuesta podría ser positiva, ya que podría exigirse a las parteras exámenes físicos periódicos a fin de evaluar su aptitud física, evaluaciones en cuanto a las nuevas “técnicas” en los partos, entre otras medidas posibles. En suma, la restricción al derecho a trabajar de las profesionales de la obstetricia es desproporcionada porque la limitación al derecho pudo haber sido evitada.

### 3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Aun cuando la medida sea adecuada técnicamente y resulte ser la menos lesiva, puede resultar desproporcionada en relación con el derecho afectado. En este sentido, en lo que respecta al principio de igualdad “no puede decirse que se han sopesado por igual los intereses de unos y de otros cuando resulta que la ley persigue unos fines triviales a costa de importantes perjuicios para determinadas personas” (Ferrerres, 1997, p. 244). Por esto, en este sub-examen se realiza una evaluación de los argumentos a favor y en contra de la medida, estableciendo que cuanto más se interfiere en la realización de un derecho, las razones que pretenden justificar dicha interferencia “deben crecer en forma más que proporcional” (Clérico, 2009, p. 206). De esta manera, para que se mantenga la validez de la medida que establece la distinción deben existir razones de, por lo menos, “igual peso” que la justifiquen.<sup>10</sup> El caso de las parteras puede ser nuevamente tomado como ejemplo. En el caso, la restricción del derecho a trabajar era muy intensa. En principio, las razones que nos hablan a favor del fin buscado por el Estado también eran importantes, sin embargo no lo eran tanto ya que la existencia de otros medios alternativos menos lesivos que logran, en forma tan idónea, alcanzar el fin buscado por el Estado, indican que la anulación del dere-

---

<sup>10</sup> Respecto del peso de los principios, véase Alexy, 2003. El centro de este examen está dado por la relación de peso, en abstracto y en concreto, de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho afectado.

cho a trabajar de las parteras no era constitucionalmente válida por ser desproporcionada.

## B. El modelo estadounidense de razonabilidad

Lo que se pone en juego en este examen de razonabilidad es la intensidad del control de constitucionalidad que se aplicará a las distinciones efectuadas en la norma. La Suprema Corte de EE. UU. sostiene que los diferentes tipos de escrutinios dependen del tipo de discriminación que se trate (Chemerinsky, 2006, p. 671). Así, existirán casos donde la deferencia con el poder legislativo será casi total y otros en los que la revisión de las medidas adoptadas será más estricta. Lo que se examina con mayor o menor exigencia es la adecuación del medio (M) utilizado por la norma con la finalidad perseguida (F), el peso de las razones para justificar la restricción y la existencia de alternativas.<sup>11</sup> De esta manera, existen distintos tipos de escrutinios, el de mera racionalidad (1), el intermedio (2) y el estricto (3).

### 1. Mera racionalidad (*rational basis test*)

En este examen basta con que exista alguna relación de idoneidad entre el medio (M) seleccionado y el fin buscado (F). Así, la norma se mantendrá si la distinción está razonablemente vinculada a un propósito legítimo del Estado (Chemerinsky, 2006, p. 679). Ese fin buscado por la norma debe ser tan solo legítimo, no imperioso o importante como sucede en los restantes escrutinios. Se habla de este tipo de finalidad y justificación de la distinción, por ejemplo, cuando se exige el requisito de haber terminado la educación básica para ingresar a la universidad. En este caso, es posible afirmar que lo que se busca es que los estudiantes universitarios tengan algunos conocimientos previos indispensables que se obtienen en

---

<sup>11</sup> El examen que se realiza es muy similar al de adecuación técnica y al de proporcionalidad que se realiza en el examen de proporcionalidad en sentido amplio, aunque en forma no tan estructurada. El énfasis en cambio está puesto en el grado de deferencia que se tendrá con el legislador. Afirma Cianciardo (1998, p. 25) que “el llamado “principio de razonabilidad” no puede ser desglosado tan claramente en subprincipios [que se aplican en el examen de proporcionalidad], aunque estos tres juicios que se han mencionado se encuentran implícitamente en el juicio global”.

la etapa educativa anterior. En este supuesto la norma se presume constitucional, por lo tanto será quien se sienta afectado quien deba demostrar el perjuicio (Ferrerres, 1997). Existe una deferencia casi total a la clasificación adoptada por el legislador y raramente la norma será declarada inválida mediante la aplicación de este tipo de escrutinio.

Un problema que se presenta cuando se analiza el tema de la adecuación medio-fin es lo que sucede cuando “la medida no encaja en cuanto cubre una zona de supuestos que, a la luz del fin perseguido, no deberían incluirse (*over-inclusiveness*) o no cubre una zona de supuestos que, a la luz de este fin, deberían incluirse (*under-inclusiveness*)” (Ferrerres, 1997, p. 248).<sup>12</sup> En el primer caso, la clasificación incluye más de lo necesario, en el segundo, omite incluir supuestos.

Un ejemplo podrá aclarar las implicancias de estos conceptos. Supongamos que una ley establece que podrán inscribirse para rendir el examen para obtener la licencia de conducir los varones a los 16 años y las mujeres a los 18 años. La distinción establecida en la norma parte de considerar que a esa edad los varones y las mujeres adquieren la aptitud suficiente para manejar un vehículo. La finalidad de la norma es proteger a la ciudadanía en general, otorgando la licencia solo a quienes pueden conducir un automóvil. Quienes hayan alcanzado la edad establecida por la norma, son entonces aquellos/as que pueden rendir el examen y que, una vez aprobado, pueden gestionar su licencia de conducir. Quienes no hayan alcanzado dicha edad, según la norma, no son aptos para conducir. Además tampoco podrán obtener su licencia. Este ejemplo permite suponer que puede darse, en el caso, la existencia de alguna de estas categorías (subinclusión, sobreinclusión) ya que podría existir el caso de varones que pueden inscribirse para a rendir el examen aunque no sepan manejar porque alcanzaron la edad de 16 años y por lo tanto tienen la posibilidad de rendir el examen. Como asimismo es posible identificar mujeres que aún no alcanzaron los 18 años pero tienen 16 o más y tienen las aptitudes para pasar el examen y que sin embargo no tienen la oportunidad para solicitar la inscripción para rendir el

---

<sup>12</sup> Las categorías de subinclusión y sobreinclusión han sido propuestas por Tussman y tenBroek (1949).

examen a fin de obtener la licencia de conducir. Esto demuestra que la norma es *subinclusiva*, porque excluye más personas de lo justificado por la promoción del fin de la norma. En los hechos, lo que el examen demuestra es que la razón no es la edad sino el género, basado en algún estereotipo que no tiene relación alguna con el fin de la norma. De esta manera, la norma debería incluir a los supuestos excluidos, esto es, las mujeres de 16 años deberían poder inscribirse para rendir el examen de conducir. Sea cual fuere el sexo de las personas si el fin de la norma es identificar solo a los que saben conducir, el medio adecuado de selección es mediante el examen.

Estas subinclusividades y sobreinclusividades muestran casos donde no se logra el fin de la norma: otorgar la licencia solo a quienes pueden conducir un automóvil sin incluir riesgos mayores. Por lo tanto, representan tratos injustificados. Ahora bien, ¿qué hacer ante estos supuestos? Existirá vulneración del derecho a la igualdad cuando la subinclusión o sobreinclusión sea notoriamente desproporcionada en relación al fin buscado, ya que se supone que al establecer un medio se intenta lograr el fin de la manera más certera posible. En el ejemplo analizado, la sobreinclusión es desproporcionada ya que el criterio de distinción (edad y sexo) no tiene un vínculo “razonable” con el fin buscado por la norma. La sobreinclusión podrá evitarse estableciendo como criterio de exclusión la misma edad para hombres y mujeres y un examen obligatorio de manejo al momento de solicitar el registro e indicando que solo quienes aprueben el examen pueden obtener el registro. En todos los casos, el grado de tolerancia a la subinclusión y a la sobreinclusión dependerá del escrutinio que se utilice a la hora de analizar el examen de adecuación medios-fines (Chemerinsky, 2006, p. 686).

## 2. Escrutinio intermedio (intermediate scrutiny)

La intensidad del control de la justificación aumenta en el examen intermedio de razonabilidad. En este supuesto no alcanza con que el medio (M) fomente de alguna manera el fin perseguido, sino que el mismo *debe guardar una relación sustancial* con un fin estatal *importante*. La relación de medios-fines debe ser más estrecha que en el anterior examen. Se requiere, entonces, que el medio fomente en mayor medida el

fin perseguido,<sup>13</sup> y que, además, sea caracterizado y justificado como “importante”.<sup>14</sup>

### 3. Escrutinio estricto (strict scrutiny)

En este supuesto existe una casi nula deferencia con el legislador ya que hay indicios para *sospechar* de las razones en las que se basa la distinción, fundados en la vinculación con estereotipos y prejuicios sobre ciertos grupos. Por esto, la ley solo podrá continuar vigente si se comprueba que el medio *es necesario para lograr un fin estatal imperioso* (Chemerinsky, 2006, p. 671).

Ahora bien, a fin de entender las implicancias de este examen es necesario analizar su origen. La sentencia recaída en el caso *United States v. Carolene Prods. Co.*<sup>15</sup> de la Suprema Corte de EE. UU. ha sido clave en este asunto ya que en la nota al pie número 4 se estableció que:

Puede existir un margen más estrecho para la aplicación de esta presunción de constitucionalidad cuando la ley parezca referirse a alguna de las prohibiciones expresamente contenidas en la Constitución (...) tampoco necesitamos investigar ahora si los perjuicios contra minorías discretas e insulares (*discrete and insular minorities*) pueden ser una circunstancia especial, que restringen aquellos procesos políticos que comúnmente deben proteger a las minorías, y por consiguiente deben requerir una fiscalización judicial más intensa (...).

<sup>13</sup> No se requiere que la relación medio-fin sea necesaria, sino que sea sustancial para conseguir el fin propuesto (Chemerinsky, 2006, p. 671).

<sup>14</sup> Pueden caer dentro de este supuesto, por ejemplo, las distinciones que se fundan en la edad. Este escrutinio fue aplicado por el juez Thurgood Marshall de la Suprema Corte de los EE. UU. en su voto en el caso “Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia”, 427 U.S. 307 (sentencia del 25 de junio 1976) donde se discutía la constitucionalidad de una norma que obligaba el retiro de los oficiales de policía a la de edad de 50 años. El juez puso énfasis en el derecho que resultaba afectado por la medida: el derecho fundamental a trabajar. La Corte Suprema de EE. UU. sostuvo que el medio, la limitación etaria, era adecuado con el fin perseguido por el Estado (test de mera racionalidad).

<sup>15</sup> Suprema Corte de EE. UU., “United States v. Carolene Prods. Co.”, 304 U.S. 144, 152, sentencia del 25 de abril de 1938 [en adelante, *Carolene*], traducción nuestra.

Esta introducción ha permitido establecer que existen ciertas “clasificaciones”, aquellas que afecten a minorías discretas e insulares, respecto de las cuales no será válida la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que por el contrario requerirán una revisión judicial bien intensa. Surge, entonces, la necesidad de identificar cuándo es necesario aplicar esa mayor revisión y qué es lo que justifica este control más intenso. En “*Carolene*” la Corte estadounidense parece indicar que se requerirá un mayor control cuando exista un perjuicio contra minorías discretas e insulares, pero ¿a qué se refiere? ¿Cómo es posible redefinir ese concepto en la actualidad?

Este mayor escrutinio fue aplicado por la Corte estadounidense en el famoso caso *Korematsu v. United States*.<sup>16</sup> En este sentido, se sostuvo que todas las disposiciones legales que limiten los derechos civiles de un solo grupo racial están automáticamente bajo sospecha. Esto no implica que sean inconstitucionales por sí mismas, sino que los tribunales deben someterlas al escrutinio más rígido (*the most rigid scrutiny*).<sup>17</sup> Surge en la doctrina el concepto de “categorías sospechosas”, esto es categorías o clases que implican distinciones que *prima facie* son inconstitucionales por implicar una discriminación injustificada. De esta manera, cuando la norma utiliza una “categoría sospechosa” como criterio de distinción, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación. Se produce una inversión de la carga justificatoria. Rige sobre dicha clasificación una presunción de inconstitucionalidad, y para que caiga la presunción de inconstitucionalidad el Estado debe demostrar que existe un interés apremiante (*compelling*

---

<sup>16</sup> Suprema Corte de EE. UU., “*Korematsu v. United States*”, 323 U.S. 214 (sentencia del 18 de diciembre de 1944) [en adelante, *Korematsu*]. En el caso se cuestionaba un decreto (*Executive Order*) que, entre otras cosas, impedía a personas de origen japonés permanecer en ciudades consideradas zonas militares y obligaba a dichas personas a presentarse en los “centros de agrupamientos” para ser trasladados a campos de concentración. *Korematsu* cuestiona la normativa y la condena sobre él recae por no cumplir el decreto.

<sup>17</sup> Pese a la aplicación de este criterio, el Tribunal encontró que existían cuestiones de “seguridad nacional” por las cuales la norma cuestionada superaba el máximo control siendo, por lo tanto, válida.

*interest*) (Chemerinsky, 2006, §9).<sup>18</sup> Por esto, las posibilidades de que la norma no sea tachada definitivamente de inconstitucional son muy escasas, pues la carga de la argumentación que recae sobre el Estado es muy fuerte; no pueden ser meros argumentos sino razones “de peso” a favor de un *fin estatal imperioso*.

Las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son las siguientes: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma, b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin estatal imperioso, c) se aplica un análisis estricto de constitucionalidad.

Cuando se trate de identificar perjuicios contra minorías discretas e insulares, la pregunta central es la siguiente: ¿Cuáles son los criterios que exigen escrutinio estricto? Distintos tratados internacionales han presentado un listado de categorías identificadas como sospechosas<sup>19</sup> que implican por lo tanto un análisis estricto de razonabilidad.<sup>20</sup> De esta manera, “los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias” (Dulitzky, 2007, p. 17). Sin embargo, surgen varias preguntas al respecto: ¿qué convierte a tales categorías en “sospechosas”?, ¿la enumeración es taxativa o queda abierta a futuras incorporaciones? ¿quién determina si la categoría es sospechosa o no? Como se verá, la determinación de estas cuestiones no es menor, ya que de existir una categoría sospechosa es “casi imposible” que no se declare la inconstitucionalidad de la norma.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el caso *Korematsu* se consideró válido el interés del Estado de protegerse frente a un posible espionaje o sabotaje en zonas amenazadas por el enemigo.

<sup>19</sup> En este sentido, puede leerse por ej. el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, CADH] (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”).

<sup>20</sup> Incluso se han adoptado instrumentos internacionales referidos a sectores específicos de la población que se encuentran ligados a la concepción de igualdad como protección de grupos en situación de vulnerabilidad (CEDAW, CDN, CERD, entre otros). Al respecto, v. González Le Saux y Parra Vera, 2008; Courtis, 2010.

Por esto, intentaré dar respuesta a alguno de estos interrogantes. Sostuve anteriormente que cuando hablamos de razonabilidad lo que estamos examinando es la vinculación entre medios y fines, esto es, la justificación que sostiene (o no) un trato desigualitario. Al hablar de categorías sospechosas trabajamos con categorías que no podrían ser tomadas casi en ningún caso para justificar una distinción, porque no estarían demostrando una relación en razón medios-fines. Por ejemplo, podríamos decir que basar una distinción en la categoría “sexo” para ser chofer de transporte público no está justificado en razón de la relación medio y fin, ya que lo que se busca es que la persona tenga conocimientos adecuados para manejar un colectivo.<sup>21</sup> El medio adecuado es el examen para conducir y no la clasificación sobre la base del género de la persona conductora.

Sin embargo, es necesario indagar si existe algo más que justifica las “categorías sospechosas”. Pareciera que lo que justifica la existencia de estas categorías sospechosas es que la medida tiende a afectar a grupos que han sido históricamente perjudicados u oprimidos y que las consecuencias perjudiciales para ese grupo persisten en la actualidad. Sin duda a esto se refiere la Suprema Corte de EE. UU. cuando habla de minorías discretas e insulares.<sup>22</sup>

Ahora bien, cuando se trabajan categorías sospechosas es necesario distinguir dos tipos de “situaciones”: algunas que se resolverán simplemente con esta concepción de igualdad y otras que requerirán una nueva formulación de la concepción de igualdad.<sup>23</sup> En el primer grupo se pueden identificar aquellos casos que se han catalogado como casos de “*boutique*”, por implicar a miembros de los grupos aventajados de la sociedad (Clérico *et al.*, 2013). El otro grupo estará constituido por aquellas situaciones donde pareciera que no alcanza con eliminar la distinción que

<sup>21</sup> CSJN, “Sisnero”, 20/05/2014.

<sup>22</sup> Respecto de los problemas que implican estos conceptos, véase Ackerman, 2009.

<sup>23</sup> Saba habla de una distinción entre categorías irrazonables (que se corresponden con la igualdad como no discriminación) y categorías sospechosas (que se corresponden con la igualdad como no sometimiento). En el primer caso, se deberá demostrar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado por la regulación; en el segundo, debe descartarse la existencia de una situación de sometimiento, sojuzgamiento, exclusión o de perpetuación de una relación de inferioridad (Saba, 2012).

realiza la norma. La diferencia es que estos casos afectan a un grupo históricamente desaventajado, que aún padece las consecuencias de esa situación de opresión por otros grupos. No se trata de una situación individual sino de una discriminación “estructural” que afecta a un grupo.

Por esto, es que dichas categorías no constituyen un número cerrado (por ejemplo, las enumeradas en el art. 1.1 de la CADH), sino que por contrario el listado es meramente enunciativo.<sup>24</sup> Los grupos desaventajados que se tratan de proteger mediante dicho escrutinio cambian de acuerdo al tiempo y lugar. Por esto, deberá determinarse en el caso concreto si de lo que se trata es de una clasificación que pretende mantener a un grupo sojuzgado, dominado.

Surge entonces la siguiente regla: *cuando se verifiquen en un grupo las condiciones que hacen aplicable las categorías sospechosas será posible aplicar un estándar estricto de razonabilidad*. La única diferencia en estos casos será que el peticionario deberá probar: a) que pertenece a un determinado grupo, b) que ese grupo es sistemáticamente desaventajado y c) que las consecuencias de esa desventaja persisten en la actualidad (González Le Saux y Parra Vera, 2008, p. 160). Entonces, es el Estado quien tiene la carga de la justificación agravada (idoneidad en concreto, prueba de que el medio implementado era necesario y que no pudo ser reemplazado por otro que evitara la clasificación; relación medio-fin necesaria; y fin estatal imperioso) y si al final de la argumentación persisten dudas, la norma es inconstitucional.

### C. El modelo integrado

Este modelo implica una combinación de los dos modelos anteriores y ha sido elaborado inicialmente por la Corte Constitucional de Colombia,<sup>25</sup> y reforzado por algunos autores (Bernal Pulido, 2011). Se realiza una conexión del juicio de proporcionalidad y de los tres escrutinios para ser aplicados a la resolución de casos donde exista un problema de igualdad. El primer paso es identificar cuál de los tres escrutinios será

<sup>24</sup> Respecto de la utilización por parte de la Corte IDH de “otras” categorías sospechosas, véase Dulitzky, 2007; Ronconi, 2014.

<sup>25</sup> Por esto, también se lo ha llamado “modelo colombiano de proporcionalidad”.

aplicado en el caso para luego sí realizar el juicio de proporcionalidad, condicionado/modificado de acuerdo a la intensidad del test a aplicar.

En este sentido, se aplicará un test leve o estricto de razonabilidad en función de quien resulte afectado por la medida. Esto es, en caso de existir un grupo desaventajado (ya identificado mediante las “categorías sospechosas” o cuando se demuestre la situación de vulnerabilidad) se aplicará un examen estricto; en el caso contrario, no se aplicará. En este sentido, “el *primer paso* del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción exhaustiva de la situación en la que se encuentra la persona afectada a causa de la restricción al derecho y en la que se encontraría de no haber ocurrido la restricción o en la que se debería encontrar de haberse realizado la acción debida (restricción por omisión o insuficiencia)” (Clérico, 2014). Esto nos permitirá identificar frente a quién estamos parados y determinar qué tipo de escrutinio debe aplicarse.

Ahora bien, identificado el grado de escrutinio a aplicar se debe realizar el examen de proporcionalidad. Los distintos sub-exámenes serán modificados en razón del tipo de escrutinio, permitiendo las siguientes combinaciones.

### 1. Escrutinio leve

|                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Escrutinio leve | <p><i>Idoneidad:</i> el medio (distinción que establece la norma) debe permitir <i>de algún modo</i> alcanzar el fin estatal propuesto. Esto significa que, inicialmente, no se puede pretender que el medio deba contribuir de todas formas a fomentar el fin. Es decir, alcanza para afirmar que el medio es idóneo con que contribuya de alguna manera en la consecución del fin propuesto.</p> <p><i>Medios alternativos:</i> se parte de la presunción de que no existe ninguna otra medida alternativa que posibilite alcanzar el fin estatal propuesto en similares condiciones a las que permite la distinción que establece la norma y que restrinja en menor grado el derecho a la igualdad, salvo que quien ataca la constitucionalidad de la distinción pruebe lo contrario (deberá probarse, entonces, que la medida era evitable).</p> <p><i>Proporcionalidad en sentido estricto:</i> basta con que exista un fin estatal legítimo y algún argumento a favor de la satisfacción de ese fin mediante la distinción que efectúa la norma. En todos los sub-exámenes, se aplica la regla de que en caso de duda o de empate debe afirmarse que la medida es proporcional y por lo tanto constitucional.</p> |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## 2. Escrutinio intermedio

|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Escrutinio intermedio | <p><i>Idoneidad:</i> el medio debe guardar una relación sustancial con un fin estatal importante. No alcanza entonces con que se fomente el fin de <i>alguna manera</i> sino que se requiere un tipo de fomento contrastable.</p> <p><i>Medios alternativos:</i> se parte de la presunción de que el medio elegido fomenta el fin en forma suficiente; sin embargo, quien ataque la constitucionalidad de la norma puede probar la existencia de otros medios que posibiliten una <i>similar</i> realización del fin restringiendo en menor grado el derecho.</p> <p><i>Proporcionalidad en sentido estricto:</i> el grado de satisfacción del fin importante buscado por el Estado debe ser igual o mayor a la afectación del derecho a la igualdad. No alcanza con que las razones que sustentan la promoción del fin sean atendibles, se requiere que la justificación sea más que plausible.</p> <p>En todos los sub-exámenes, se aplica la regla de que en caso de duda o de empate debe afirmarse que la medida es proporcionada y por lo tanto constitucional.</p> |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## 3. Escrutinio estricto

|                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Escrutinio estricto | <p><i>Idoneidad:</i> la medida adoptada (esto es la distinción que establece la norma, fundada en una categoría sospechosa)<sup>26</sup> debe ser la más idónea para alcanzar el fin propuesto. Además, no alcanza con que lo fomente de alguna forma, tiene que existir una relación de fomento bien cercana (Clérico, 2009, p. 59).</p> <p><i>Medios alternativos:</i> se parte de la presunción de que el medio no es necesario y que existen otros medios alternativos menos lesivos, que restringen en menor grado el derecho a la igualdad.</p> <p><i>Proporcionalidad en sentido estricto:</i> En este caso, no alcanza cualquier fin sino que debe ser un objetivo estatal imperioso. El grado de satisfacción debe ser mayor a la afectación del derecho a la igualdad.</p> <p>En todos los sub-exámenes, la carga de la argumentación y justificación agravada está en cabeza del Estado. Se aplica la regla de que en caso de duda o de empate debe afirmarse que la medida es desproporcionada, y por lo tanto inconstitucional, ya que rige una presunción en su contra.</p> |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

<sup>26</sup> Esto es, algunas de las clasificaciones ya identificadas en normativa constitucional o convencional cuando se determine que: a) se trata de una categoría que deja excluido a un grupo vulnerable; b) que la medida tiende a afectar en mayor medida a ese grupo.

El modelo integrado permite combinar las estructuras de dos modelos de exámenes analizados previamente y que resultan valiosos a la hora de exigir razones, y de comprenderlas (o no), cuando existe una limitación al principio de igualdad.

#### **D. Recapitulación: preparación del examen de igualdad en la concepción de igualdad como no discriminación**

Hasta aquí me dediqué a analizar las implicancias de los distintos modelos de examen de proporcionalidad o razonabilidad a fin de contar con una herramienta potente para establecer cuando una distinción es razonable, o no. Así, el moderno examen de proporcionalidad se presenta como un procedimiento de argumentación preocupado en comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan mientras que el modelo de razonabilidad estadounidense pareciera preocuparse más en la determinación de la intensidad de control judicial a la que se someterán dichas razones. La combinación de ambos brinda una herramienta para evaluar los argumentos a favor o en contra de las medidas restrictivas del principio de igualdad, estableciendo, a su vez, una estructura que permitirá reconstruir los argumentos de una manera más racional. La utilización de este modelo permite analizar las respuestas brindadas por los tribunales de justicia de una manera más ordenada, permitiendo mostrar en concreto la existencia, o no, de argumentos insuficientes.

De esta manera, el examen de proporcionalidad para determinar si una norma resulta violatoria del principio de igualdad como no discriminación, requiere:

- a) En primer lugar, realizar los pasos preparatorios del examen de proporcionalidad. Esto requiere determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. En este sentido, es necesario reconstruir la situación en la que se encuentra la persona afectada por la distinción y en la que se encontraría de no haberse realizado la distinción (o en la que se encontraría de haberse realizado las acciones debidas). Esto requiere determinar: el derecho afectado más allá de la igualdad; la restricción al derecho que surge de la distinción efectuada por el Estado (esta acción suele identificarse

con el medio (M) empleado); el derecho o bien colectivo que el Estado trata de fomentar con la norma (fin legítimo); las circunstancias amplias del caso, esto es, referencias al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho;

- a) Luego, determinar el grado de escrutinio que debe aplicarse en el caso: leve, intermedio o estricto;
- b) Por último, realizar el examen de proporcionalidad mediante la aplicación de los tres sub-exámenes.

### **E. Insuficiencia de la concepción de igualdad como no discriminación**

La concepción de igualdad como no discriminación implica, entonces, que no deben existir tratos diferentes injustificados, dependiendo del *test* que se aplique y el grado, y la carga, de argumentación exigida. Sin embargo, esta concepción presenta algunos problemas cuando entran en escena las circunstancias de hecho en las que se encuentran ciertas personas o grupos.

El grave defecto que presenta la concepción de igualdad como no discriminación es que garantiza un trato (que parece) neutral que “favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales” (Mackinnon, 2005, p. 168). Sin embargo, ese trato neutral dispuesto en la norma permite que la misma tenga un impacto negativo sobre ciertos grupos. Son casos en donde quizá no existe en el legislador el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten. En caso de que desde el derecho no se tomen en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. El establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos,<sup>27</sup> ya que opacan las estructuras en las que se fundamenta la desigualdad. En este sentido, pese a la existencia de nuevas concepciones de igualdad, el sistema legal continúa otorgando privilegios y derechos de manera que perpetua antiguos sistemas de jerarquía.

<sup>27</sup> Respecto de los efectos cuando se utiliza el criterio del sexo y de la raza, véase Siegel, 1997.

Así, las insuficiencias que presenta la concepción de igualdad como no discriminación, surgen claramente si se las somete a un ejercicio de oposiciones.

### 1. Desigualdad individual vs. desigualdad estructural o sistemática.

La concepción de igualdad como no discriminación toma en cuenta solo la cuestión que afecta al individuo que queda excluido de la norma cuestionada, sin embargo no se pregunta por la *situación* en la que se encuentra ese individuo o el grupo al cual pertenece. No toma en cuenta los datos concretos o circunstancias de hecho antes de la selección de la clasificación. Supone un *status quo* de hecho igualitario. No indaga sobre la exclusión sistemática que padecen ciertos grupos por falta de acceso a diferentes bienes (como acceso real a los canales de participación y representación política, derechos sociales, condiciones de vida digna). Obviamente esta exclusión puede tener efectos individuales pero se relaciona con una situación que afecta no solo a un sujeto determinado sino a todo el grupo al cual ese sujeto pertenece. La exclusión existe por la pertenencia del sujeto a algún grupo social determinado o por encontrarse la población o el colectivo empantanado en una situación de disparidad desventajosa de la que no pueden salir individualmente por sus propios medios. Afirma Añón Roig (2013, p. 134) que “el trato desigual e injusto es experimentado por personas individualmente consideradas, pero la razón de ese trato es que comparten o se les atribuyen unas características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad”. La discriminación se funda en los estereotipos, en la desigualdad de poder, que giran en torno a un grupo.

En este sentido, es necesario reconocer las estructuras sociales de opresión, subordinación y dominación y examinar los factores relacionados a la situación de desventaja del grupo. La situación de desventaja está influida por el entorno social en el que se produce.

### 2. Desigualdad de iure vs. desigualdad de facto.

La concepción de igualdad *de iure* toma en cuenta la situación de discriminación que existe en una norma. Sin embargo, la misma se torna insuficiente cuando nos acercamos a estudiar la situación de ciertos

grupos que, si bien no han sido excluidos del goce de un derecho por alguna norma, no pueden gozar en forma efectiva de ciertos derechos por la situación estructural de desventaja en la que se encuentran. En este sentido, no alcanza solo con la igualdad ante la ley sino que es necesario remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho.

### **3. Discriminación directa vs. discriminación indirecta.**

Existe discriminación directa cuando la norma explícitamente hace una distinción no justificada ya que no existe una razón objetiva que sostenga dicha distinción (de acuerdo al *test* que se aplique). En cambio la discriminación indirecta implica un trato aparentemente neutral pero cuyas consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo, ya que tiene el efecto de excluir a ese grupo dada la situación de desventaja en que el mismo se encuentra.

### **4. Intención de discriminar vs. efecto logrado.**

En el caso de la discriminación directa existe un efecto buscado, existe la intención de dejar fuera ciertos grupos o individuos. En el caso de la discriminación indirecta es muy posible que no exista la intención de discriminar pero que sin embargo sea el efecto que se logra. Sostiene Añón Roig (2013, p. 144) que “la modalidad de discriminación indirecta parte de la existencia de una norma o una práctica basada en un factor de distinción considerado “neutro” y cuya aplicación da lugar a un efecto o resultado que excluye [o perjudica en mayor grado] a un grupo o colectivo”.

Este punto no es menor, ya que

tiene consecuencias importantes en materia de prueba: mientras en el primer caso bastaría —para acreditar la discriminación— con probar que una distinción legal se basa sobre el empleo de un factor prohibido [o irrazonable], en el segundo caso es necesario acreditar, además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo —prueba que requiere indicios de carácter empírico” (Courtis, 2010, p. 4).

El énfasis no debe ser puesto tanto en la intención (o no) de discriminar, sino en el efecto logrado (en su caso, más allá de las intenciones declaradas). Sin embargo, el efecto logrado no debe ser un daño real que hay que probar; basta que sea potencial, esto es que en forma latente el grupo se haya visto perjudicado por la norma o acción atacada. Probado esto, será el Estado quien deberá alegar un interés estatal urgente o imperioso para mantener la vigencia de la norma o acto cuestionado. A fin de probar el impacto, es posible y conveniente usar datos estadísticos, presupuestarios, entre otra información relevante.

### 5. Discriminación simple vs. discriminación múltiple (intersectorial o interseccional)<sup>28</sup>

La concepción de igualdad como no discriminación parte de la idea de que la causa o factor de discriminación es uno solo y ese debe ser atacado cuando carezca de todo fundamento objetivo y razonable. Sin embargo, no da cuenta de que existen ciertos casos donde no existe un solo factor de discriminación sino una multiplicidad (y por lo tanto complejidad) de factores que inciden en la situación del grupo. Se trata de factores conexos que agravan la situación de vulnerabilidad. En este sentido,

[la] “vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una “espiral de la vulnerabilidad”. Se llama espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad” (Mosquera, 2011, p. 84).<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Este concepto fue primeramente desarrollado por Crenshaw (1991) y Young (1990). Una muy buena aplicación de la situación de las mujeres negras y pobres en Sudáfrica puede encontrarse en Albertyn (2011). Sobre la complejidad de la interseccionalidad a nivel global, véase Fraser, 2010b.

<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, las mujeres padecen una “doble victimización ante las vicisitudes de “la naturaleza” (reproducción, gestación, enfermedades) y ante los varones (violencia, ejercicio irresponsable de su sexualidad)” (Pecheny y de la Dehesa, 2010, p. 13 ). Sin embargo, las causas pueden aumentar cuando se trata, por ejemplo, de mujeres indígenas o afrodescendientes.

Esta imagen del espiral indica que las causas de discriminación operan en forma concurrente, conexas produciendo un efecto sinérgico (superior a la suma simple de cada una de las causas de discriminación) que implica una experiencia muy particular de discriminación (Góngora Mera, 2013). Este enfoque resulta útil a la hora de interpretar de manera integral situaciones de discriminación usualmente invisibilizadas. Son casos donde no se estaría ante el mismo supuesto en caso de que los factores de discriminación actuaran en forma individual.

Tomar en cuenta los distintos factores de discriminación que afectan la situación en la que se encuentran estos grupos es interesante pues demuestra la insuficiencia de las políticas públicas unidireccionales (es decir, aquellas que atacan solo una de las causas de discriminación), pues se requieren políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos.

Estas insuficiencias en la concepción de igualdad como no discriminación dieron origen a una reformulación de la interpretación del principio de igualdad

#### **IV. La igualdad real: igualdad como no sometimiento o no dominación**

Lo característico de esta concepción de igualdad es que considera a) la situación de hecho b) del grupo antes de la clasificación o selección que realiza la norma. Así, no trata de hacer justicia a la situación individual de una persona sino que toma en cuenta la pertenencia de esa persona a un grupo determinado que padece una situación de sometimiento o subordinación por parte de otro/s grupo/s. La concepción de igualdad como no sometimiento indica que el Estado debe hacer algo respecto de esos grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural. No solo no debe discriminar (igualdad como no discriminación) sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real.<sup>30</sup> El giro

---

<sup>30</sup> La Corte de EE. UU. en el caso “Brown v. Board of Education of Topeka”, 349 U.S. 294, sentencia del 31 de mayo 1955 [en adelante, Brown II] reconoce que no alcanza solo con eliminar normas o incluso prácticas para lograr que desaparezcan las escuelas segregacionistas.

transformador de la igualdad como no dominación está en poner en tela de juicio la ficción de un *status quo* igualitario de partida —ficción en la que descansa el examen de igualdad como no-discriminación arbitraria.

### A. Vigencia de la concepción de igualdad como no sometimiento

Es necesario establecer en qué casos debe aplicarse la concepción de igualdad como no sometimiento. La pregunta que sigue, entonces, es respecto de qué son grupos desaventajados o ¿por qué son grupos vulnerables?

Para ser considerados como un grupo desaventajado el grupo debe padecer, de a) una errónea distribución de bienes, o b) falta de reconocimiento de las características particulares del grupo, de sus identidades, que incrementan la c) insuficiente o errónea representación política.<sup>31</sup> Alcanza con que se verifique alguna de esas situaciones para tratar al grupo como oprimido (Fiss, 2002, p. 23), aunque se darán generalmente en forma conjunta e invisibilizadas.

Se trata de grupos que tienen limitado o negado el acceso a los derechos o en su caso el goce efectivo de los mismos, por distintas causas. Estas pueden vincularse a causas de *distribución* de bienes o recursos (por ejemplo: acceso al empleo, vivienda digna, entre otros recursos). Así, la injusticia social que padecen estos grupos proviene de la diferencia de ingresos y de la mala distribución de recursos. Esto es caracterizado por Fraser (2006) como *injusticia socioeconómica*. Tomando esta dimensión de la desigualdad, en muchos casos para lograr la igualdad se requerirán acciones de redistribución de bienes.

Sin embargo, en muchos otros, estas acciones estatales se tornan insuficientes o inadecuadas para romper con la situación de desigualdad estructural que afecta a estos grupos pues padecen de una falta de reco-

---

<sup>31</sup> Sigo en este punto a Nancy Fraser (2006, 2010a). Por su parte, Young (1990, pp. 40 y ss.) caracteriza cinco formas de opresión: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia. Si bien entre ambas autoras no existe una coincidencia total respecto de las causas de la opresión, el punto en común y que me interesa resaltar para este trabajo es la necesidad de identificar otras causas de opresión distintas a la injusta distribución de bienes (ambas se oponen a la teoría liberal de la justicia).

nocimiento. Así, la situación de desventaja de un grupo puede provenir también por cuestiones de falta o insuficiente *reconocimiento*. Estos grupos se ven afectados por una gran injusticia social que se fundamenta en falta de reconocimiento y valorización de las identidades diversas. Esto es, de una falta o de un erróneo reconocimiento de derechos por la existencia de un patrón cultural dominante que excluye e invisibiliza a todo lo que no responde a ese patrón. Esto es llamado por Fraser (2006, 1997) *injusticia simbólica*.

La injusticia cultural o simbólica se origina (o está arraigada) en los patrones sociales dominantes desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida, sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión (Clérico y Aldao, 2011, p. 160); qué implica la educación intercultural cuando las personas que pertenecen a diferentes etnias o culturas no son escuchadas ni forman parte del proceso de toma de decisión; qué implica la inclusión educativa y cómo debería alcanzarse cuando es definida y diseñada por quienes siempre han estado dentro del sistema, entre otras. Así, las demandas de igualdad giran alrededor de reclamos vinculados con la situación de falta de acceso a bienes económicos y sociales que padecen muchas personas como también por la falta de reconocimiento de las identidades que no responden a las dominantes. Esta perspectiva propone que la igualdad requiere la transformación de los patrones de representación cultural dominantes. Son necesarios la revaluación de las subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros (Fraser, 2006).

Además, es necesario tener presente que estos factores se combinan, se mezclan para producir una situación especial de vulnerabilidad que no es posible definir determinando uno o varios factores.<sup>32</sup> En estos casos, redistribución y reconocimiento van de la mano y deben completarse a la hora

---

<sup>32</sup> En lo que respecta al feminismo, Fraser (2010a) advierte como las políticas de reconocimiento fueron funcionales al neoliberalismo. Se consideró que el problema era solo cultural, sin atacar las políticas económicas.

de alcanzar el mandato de igualdad real<sup>33</sup> ya que “las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en la construcción de la cultura, en las esferas públicas y en la vida diaria” (Fraser, 1997, p. 23). Sin duda, las políticas de redistribución tienen efectos en el status social del grupo (reconocimiento) y viceversa, pero una mirada en conjunto de ambas problemáticas permite adoptar medidas diferentes a las unidireccionales (ya sea de redistribución o reconocimiento).

Más allá de esto, tomar en serio el mandato de igualdad (en términos de redistribución y reconocimiento) implica que debe existir una igualdad tal que posibilite al grupo formar parte de la deliberación y de la toma de decisiones (Young, 1990, 34), lo que apunta a la *paridad participativa* (Fraser, 2010a) del grupo.<sup>34</sup> Esta dimensión se vincula entonces con la representación política. Esta última escala, en términos de Fraser (2010b), se vincula con la participación efectiva que todos los ciudadanos deberían tener en el proceso de toma de decisiones.

Resulta necesario entonces desplazar el paradigma redistributivo a favor de una concepción más amplia de la sociedad en términos de procesos, en la estructura de la toma de decisiones (Young, 1990, p. 37). Es necesario que los grupos más desaventajados estén mejor representados en los procesos políticos.

La igualdad real requiere entonces poner el foco en los tres reclamos: *redistribución, reconocimiento y paridad participativa*. Estas son formas de injusticia que se retroalimentan y refuerzan. La mejora de alguno

---

<sup>33</sup> Fraser (2006, p. 28) considera que existen ciertas diferenciaciones sociales bidimensionales como la de género, que no remiten ni a una clase ni a un status determinado. Por eso, comprender y reparar la injusticia de género requiere atender tanto a la distribución como al reconocimiento. Sobre la situación de las mujeres en Sudáfrica, véase Albertyn, 2011.

<sup>34</sup> Sostiene Fraser (2010b, p. 364) que las dos dimensiones de justicia, redistribución y reconocimiento, están englobadas por el cómo se logra la justicia. Por esto, indica, es necesario atender a la participación política tomando en cuenta dos niveles. En primer lugar, es necesario considerar la posibilidad de participación de los miembros de la comunidad: representación política-ordinaria. Pero también, y en segundo lugar, es necesario considerar la injusta exclusión de la posibilidad de participar en la comunidad mediante el trazado de fronteras (delimitación de la comunidad política). Fraser sostiene que el Estado no es siempre un marco adecuado para abordar los problemas de justicia; por esto es necesaria la paridad participativa en el nivel metapolítico. Por esto, para entender el fenómeno de la desigualdad es necesario prestar atención a las múltiples, y transversales, escalas y dimensiones de la justicia; es necesario el desenmarque.

de estos reclamos permite la mejora en los otros, pero muchas veces estas acciones concretas se tornan insuficientes requiriendo de políticas más generales que atiendan a los otros factores también. La respuesta es entonces la *multidimensionalidad*, es decir, acciones que incluyan los tres componentes.

## B. ¿Cómo lograr la igualdad de oportunidades?

### Las acciones afirmativas

Las formas mediante las cuales se pueden paliar las situaciones de injusticia trabajadas anteriormente son las *acciones afirmativas*. Éstas se han convertido en el instrumento por excelencia para lograr la igualdad de oportunidades y la obligación de su establecimiento ha sido reconocida, en forma expresa, en diversa normativa constitucional y convencional.<sup>35</sup>

Las acciones afirmativas han sido concebidas de dos maneras, esto es como *acciones reparadoras* (1) y como *acciones transformadoras* (2). Ambas formas de alcanzar la igualdad tienen implicancias en la concepción misma de igualdad real de oportunidades que se busque alcanzar (3).

#### 1. Acciones reparadoras

Las acciones reparadoras implican un trato preferente dirigido a grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real, esto es que las mismas puedan gozar de los derechos efectivamente en condiciones de igualdad y que estos no se queden solo en los papeles. Se reconoce la situación de subordinación en que ese grupo se encuentra y mediante tales medidas se busca remediarla; por ejemplo mediante la garantía de cupos para las mujeres en cargos políticos, o la garantía de cuotas para las personas de afrodescendientes en las universidades, entre otras. En general, implican que el acceso a ciertos bienes o recursos estarán garantizados para ciertos grupos identificados como desaventajados, en condiciones diferentes al resto de quienes pretenden obtener esos bienes y/o recursos.

Ahora bien, la pregunta que sigue es ¿qué es lo que justifica la adopción de tales medidas?, es decir ¿qué justifica un trato diferenciado (en

<sup>35</sup> Por ejemplo, en la Constitución Argentina arts. 37, párr. 2 y 75 inc. 23, párr. 1.

los términos de la concepción de igualdad como no discriminación) respecto de ciertos grupos? Podemos identificar distintas posturas al respecto (Rodríguez, 2008). Por un lado, podemos afirmar que las acciones reparadoras tienen como objetivo constituirse en una *reparación por la subordinación histórica* que han padecido ciertos grupos. Sería una especie de beneficio para compensar las opresiones sufridas en el pasado. Más allá de que este argumento no es adecuado a la posición que sostiene respecto de que la subordinación no tiene que ser histórica sino prolongada, existen serios problemas para llevar a cabo esa compensación. Básicamente, el problema es compensar a un grupo por la situación de discriminación histórica, cuando quizá los miembros actuales de ese grupo no hayan padecido tan fuerte la discriminación o la misma es mucho peor que hace unos años. De esta manera, la problemática consiste en determinar a los beneficiarios, el tiempo que debería durar la compensación, si debe ser solo simbólica o también económica, si es justificada en razón del grado de opresión padecido, entre otras. Así, el argumento de las acciones positivas reparadoras como reparación se torna insuficiente para su justificación.

Otro argumento a favor de las acciones reparadoras podría ser que las mismas resultan provechosas para la sociedad en general al permitir una *verdadera integración* en distintos aspectos de la vida.<sup>36</sup> Se traducen así en una necesidad democrática al permitir que todos los grupos puedan verse representados en diferentes ámbitos. Un tercer argumento, quizá más simple, es el que se vincula con el mandato constitucional de *lograr igualdad de oportunidades para todos los grupos*. En este sentido, el Estado tiene la obligación de proveer un grado de asistencia tan extenso como fuera posible para eliminar los efectos de la discriminación del pasado como así también la discriminación en el futuro (Fiss, 2000, p. 7), porque la igualdad es un mandato a proteger. La potencialidad de este argumento radica en que, por un lado, permite que se pueda aplicar a nuevos grupos desaventajados, sin tener que remitirnos a la historia para conocer su situación ni imponer la obligación de probar tal cir-

---

<sup>36</sup> En este sentido, por ejemplo podría leerse la postura de Ely (1980) ya que las acciones positivas permitirían mejorar la representación social del grupo (mandato constitucional procedimental).

cunstancia (a diferencia del primer argumento). Por el contrario, basta con demostrar la situación de desventaja (subordinación/sometimiento) en la que se encuentra el grupo y la imposibilidad de acceder al derecho o a su disfrute en forma suficiente. Por otro lado, porque no exige sumar “utilidades” con los problemas que esto trae aparejado; simplemente postula que la igualdad requiere que ciertos grupos sean tratados en forma diferente hasta tanto no sea necesario ese trato pues la situación del grupo, en términos de igualdad, ha mejorado.

## 2. La insuficiencia de las acciones positivas reparadoras y las acciones transformadoras

Llegados a este punto corresponde postular la siguiente pregunta ¿qué sucede cuando por aplicación de una acción positiva reparadora se establecen un número determinado de vacantes o plazas y no hay alguien tan idóneo<sup>37</sup> entre los postulantes “favorecidos con la medida” que pueda ocupar el cargo?

La cuestión es sencilla si se la analiza desde la igualdad como no sometimiento y responde a la pregunta ¿por qué ningún postulante mujer, por ejemplo, logró un puntaje suficiente en los exámenes? ¿Por falta de capacidad intelectual? ¿Por falta de formación más general? Aquí es donde entra a jugar el concepto de *acciones positivas transformadoras*. Éstas no se conforman con lograr un resultado (la presencia de mujeres en cargos políticos, por ejemplo) sino que implica ver (y modificar) la situación estructural que impide al grupo alcanzar los resultados esperados.

Las acciones reparadoras buscan que ciertos individuos accedan a posiciones socialmente relevantes. Por esto, muchas veces las acciones positivas reparadoras se tornan insuficientes si no son miradas desde una concepción estructural, que requiere no solamente erradicar una situación particular (que una mujer ocupe cierto cargo en política, por ejemplo) sino dismantelar situaciones más complejas que impiden a las personas llegar a ese lugar, dando como resultado situaciones donde ninguna persona perteneciente al grupo que se busca beneficiar puede alcanzarlo. Las acciones reparadoras intentan poner a los miembros del grupo en un cierto lugar (resultado) pero no erradicar el problema de

<sup>37</sup> En términos de capacidad, por ejemplo.

fondo por el cual no pueden llegar ahí si no existiera el sistema de cuotas (proceso que produce la desigualdad).<sup>38</sup>

Es necesario cambiar el diseño institucional para lograr la igualdad.<sup>39</sup> Este es el objetivo de las acciones transformadoras. Intentan poner fin en forma radical al problema de la dominación, así tienden a ver el problema como un problema estructural. En este sentido, por ejemplo, es imposible modificar el rol subordinado de la mujer en la sociedad solo mediante el sistema de cuotas sino que se requiere mucho más: cambio de prácticas culturales, cambio de roles en la familia. Las acciones transformadoras van de la mano de una versión fuerte sobre cómo lograr la igualdad real.

La diferencia entonces entre la acciones positivas y las acciones transformadoras, es que las primeras apuntan a obtener ciertos resultados finales, en cambio las segundas implican desarmar (para cambiar) los procesos que generan las injusticias (Fraser, 1997, p. 38). Esta concepción más exigente de igualdad implica entonces no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares sino que debe transformar todas las prácticas e instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad. Implica entonces una mirada hacia lo que viene del pasado (desarmar para que no vuelva a pasar) y otra hacia el futuro (transformar) y para eso los cambios deben ser profundos, y radicales, sobre las distintas instituciones —y sectores— existentes (familia, escuela, medios masivos, Estado, y demás instituciones sociales).

---

<sup>38</sup> En este sentido, sostiene Dubet (2012, p. 49). que “en su principio mismo, el llamado a la igualdad de oportunidades no dice nada de las distancias que separan las condiciones sociales, y estas pueden ser tan grandes que los individuos no lleguen a travesarlas nunca —con excepción de algunos héroes de los cuales uno se pregunta si no serán el árbol de la fluidez que no deja ver el bosque de la inmovilidad, o sea héroes de pura propaganda—”.

<sup>39</sup> Esto no significa que las acciones positivas no logren poner el tema en la agenda. En este sentido, pueden servir para empoderar a los sectores sojuzgados en la visibilización de su reclamo. Tienen efecto muy a largo plazo. No rompen la desigualdad sino que permiten visibilizar a ciertos grupos (por ejemplo cuando se recibe atención médica por parte de un profesional negro). Afirma Dworkin que “si hay más abogados negros, estos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales...Más aún, si se ve que los negros obtienen éxitos en sus estudios de derecho, es posible que otros negros...se animen a presentar sus solicitudes...” (Dworkin, 1984, p. 334). Agradezco la discusión sobre el punto a Sergio Costa (marzo de 2015).

Las acciones transformadoras lo que buscan es romper con las desigualdades sistemáticas y para eso es necesario erradicar las relaciones o situaciones que mantienen la situación de opresión (Dubet, 2011). Así, van mucho más allá sosteniendo que es obligación del Estado eliminar la dinámica social responsable de la perpetuación de las situaciones de dominación sobre ciertos grupos. Para esto, debe emprender todas las medidas necesarias para poner fin a los procesos sociales que continúan perpetuando las estructuras de castas (Fiss, 2000, p. 9).<sup>40</sup>

### 3. Acciones positivas limitadamente transformadoras

Las acciones reparadoras y transformadoras vistas como han sido planteadas hasta aquí parecieran posiciones extremas. Para Dubet (2012), sin embargo, no es posible hablar de alcanzar plena igualdad sino tan solo de políticas que atiendan a “reducir” la desigualdad que padecen ciertos grupos en la redistribución y/o el reconocimiento, desigualdad que será padecida hasta tanto no se rompan las estructuras que ocasionen esa situación de dominación/opresión. Esto será tomado como obligación de máxima que tienen los Estados, siendo la obligación de mínima aplicar o trabajar con la igualdad de oportunidades. En el medio de estas posiciones es posible identificar una concepción de igualdad intermedia la *igualdad real de oportunidades* vinculada a una concepción de autonomía, que busca garantizar a todos los individuos el efectivo ejercicio de su plan de vida. Esta posición, implica ubicarse entre ambos extremos y lograr objetivos de igualdad mediante la igualdad de oportunidades (y las acciones reparadoras) pero sin perder el punto máximo, la igualdad de posiciones (y las acciones transformadoras).<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Tanto las acciones reparadoras como las transformadoras son temporales y tienen como objetivo desaparecer una vez que se ha logrado la igualdad, esto es por ejemplo que las mujeres puedan alcanzar un puesto en la política, en una empresa, sin necesidad del sistema de cuotas. De esta manera, a fin de no violar el principio de igualdad (como no discriminación), las acciones reparadoras/transformadoras deben retirarse cuando se haya logrado combatir la situación de subordinación del grupo al que estaban dirigidas a beneficiar (esto no quiere decir que no serán necesarias respecto de otros grupos).

<sup>41</sup> La adopción de una posición intermedia obedece al hecho de que “las características y la indeterminación de la discriminación estructural aumentan las dificultades del proceso judicial como medio de superación de este tipo de discriminación” (Añón Roig, 2013, p. 131).

Ahora bien, ¿cómo garantizar entonces esta posición intermedia? Mediante *acciones positivas limitadamente transformadoras*.<sup>42</sup> Se trata de acciones que buscan un efecto potencial de transformación (Albertyn, 2011, p. 151) a una escala más reducida.

### C. Recapitulación: preparación del examen de igualdad en la concepción de igualdad como no sometimiento

Entonces, ¿qué se requiere al momento de analizar una norma o acto a la luz de la concepción de igualdad como no sometimiento? Sostiene Añón Roig que “la clave para que el derecho sea capaz de entender y captar la discriminación exige reconocer las estructuras sociales de opresión, subordinación y dominación, algo que se ha de hacer a través de categorías o enfoques que tienen su origen en la discriminación estructural y la perspectiva de la interseccionalidad” (2013, p. 130). Para esto se requiere la realización de una serie de pasos que permiten preparar el camino para la realización del examen de igualdad. Añón Roig llama a esta etapa, pre-fase:

- a) Identificación del grupo y de la causa/causas de su vulnerabilidad (Fiss, 1999).
- b) Identificación de la norma o acto atacado, del tipo de perjuicios que causa la norma y sobre qué sujetos, e investigar los efectos, de todo tipo, que produce la norma.
- c) Averiguar si el grupo ha sido excluido del acceso o del ejercicio de uno o varios derechos en el pasado, o si existe relación entre la regulación actual del derecho y las normas y prácticas del pasado (Añón Roig, 2013, p. 135).
- d) La prueba de que el grupo se encuentre en una situación de subordinación por una mala distribución de recursos o por falta o insuficiente reconocimiento o por falta de paridad participativa.<sup>43</sup> El grupo deberá probar esta especial situación de desventaja; para esto, resulta interesante el examen del contexto histórico ya

<sup>42</sup> Llamadas por Fraser (2006, p. 77) “reformas no reformistas”.

<sup>43</sup> “En el contexto de la prueba o en la búsqueda de evidencias de la situación de desventaja cobra cada vez mayor importancia la obtención de datos” (Añón Roig, 2013, p. 137). Se requiere

que evidencia que la gravedad de los patrones de dominación, los prejuicios o estereotipos dependen en amplia medida del entorno social en el que se producen (Añón Roig, 2013, p. 139), salvo que se trate de alguno de aquellos enumerados en el art. 75 inc. 23 de la CN.

La realización de estos pasos permitirá identificar qué concepción de igualdad debe aplicarse y especificar el patrón de discriminación estructural existente (muchas veces naturalizado) (fase 1) para posteriormente determinar y aplicar el tipo de escrutinio correspondiente (fase 2).

## V. A modo de cierre

En este trabajo trabajé con las distintas formas en que puede ser interpretado el principio de igualdad. Analicé los alcances e implicancias de la concepción de igualdad jurídica, sus variantes (igualdad formal, igualdad como no discriminación) y las críticas que estas posiciones han recibido. Asimismo analicé los alcances e implicancias de la concepción de igualdad real (igualdad como no sometimiento), en particular los avances que la misma representa respecto de la concepción de igualdad como no discriminación arbitraria. Mostré asimismo que la concepción de igualdad como no sometimiento no está exenta de problemas. En primer lugar marqué el problema de determinar respecto de qué grupos pueden ser identificados como vulnerables. En este sentido, trabajé con las categorías de redistribución, reconocimiento y paridad participativa. Trabajé las distintas formas en que se puede alcanzar la igualdad real (acciones reparadoras/transformadoras) y las dificultades o contra-argumentos que pueden utilizarse respecto de las mismas. Asimismo, demostré que estas son posturas diferentes pero que permiten un punto de conexión, interpretando las acciones positivas como limitadamente *transformadoras*.

---

el trabajo con datos estadísticos, observatorios de discriminación, actuación de organismos de derechos humanos, investigaciones, entre otras.

## Referencias bibliográficas

- Ackerman, Bruce, 2009: “Más allá de Carolane Products”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Núm. 10, pp. 125-156.
- Albertyn, Catherine, 2011: “Law, Gender and Inequality in South Africa”. *Oxford Development Studies*, Vol. 39, Núm. 2, pp. 139-162.
- Alexy, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano por Ernesto Garzón Valdes. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- , 2003: “Die Gewichtsformel”, en Joachim Jickeli, Meter Kreutz y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, De Gruyter, pp. 771-792.
- Añón Roig, María, 2013: “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía*, Núm. 39, pp. 127-157.
- Bernal Pulido, Carlos, 2007: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra edición. Madrid, CEPC.
- , 2011: “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad”, en Gustavo Beade y Laura Clérico, *Desafíos a la ponderación*. Bogotá, Universidad del Externado.
- Chemerinsky, Erwin, 2006: *Constitutional Law. Principles and Policies* (3º ed.). New York, Aspen Publishers.
- Cianciardo, Juan, 1998: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco.
- Clérico, Laura, 2001: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- , 2009: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba.
- , 2014: “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad (control de proporcionalidad)”, en Grosman, Lucas Sebastián, José Sebastián Elias, Santiago Legarre y Julios Cesar Rivera (eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Clérico, Laura, Liliana Ronconi y Martín Aldao, 2013: “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”. *Direito GV Law Review*, Vol. 9, Núm. 1, pp. 115-170.
- Clérico, Laura, y Martín Aldao, 2011: “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”. *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 9, Núm. 1, pp. 157-198.
- Courtis, Christian, 2010: “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”. *Revista Derecho del Estado*, Vol. 24, Núm. 1, pp. 105-142.
- Crenshaw, Kimberle, 1991: “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”. *Stanford Law Review*, Vol. 43, Núm. 6, pp. 1241-1299.

- Dubet, François, 2011: *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, traducción al castellano por Alfredo Grieco y Bivio. Buenos Aires, Siglo XXI.
- , 2012: “Los límites de la igualdad de oportunidades”, traducción al castellano por Aldo Giacometti. *Nueva Sociedad*, Núm. 239, pp. 43-50.
- Dulitzky, Ariel 2007: “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*, Núm. 3, pp. 15-32.
- Dworkin, Ronald, 1984: *Los derechos en serio*, traducción al castellano por Marta Guastavino. Barcelona, Ariel.
- Ely, John, 1980: *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*. Cambridge, Harvard University Press.
- Ferreres Comella, Victor, 1997: *Justicia constitucional y Democracia*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fiss, Owen, 1999: “Grupos y Cláusula de igual protección”, traducción al castellano por Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa.
- , 2000: “What Should Be Done for Those Who Have Been Left Behind”. *Boston Review*, September.
- , 2002: *Una Comunidad de Iguales*. Buenos Aires, Miño y Dávila.
- Fraser, Nancy, 1997: *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- , 2006: “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata.
- , 2010a: “Injustice at Intersecting Scales: On Social Exclusion and the Global Poor”. *European Journal of Social Theory*, Vol. 13, Núm. 3, pp. 363-371.
- , 2010b: *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York, Columbia University Press.
- Góngora Mera, Manuel, 2013: “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en Clérico, Laura, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- González Le Saux, Marianne y Óscar Parra Vera, 2008: “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”. *Revista IIDH*, Vol. 47, Núm. 1, pp. 127-164.
- MacKinnon, Catharine, 2005: “Integrando el feminismo en la educación jurídica”. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Vol. 3, Núm. 6, pp. 157-174.
- Mendonca, Daniel, 2000: “Igualdad en la aplicación de la ley”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, pp. 317-328.
- Mosquera Quintero, Diana, 2011: *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá, Siglo del Hombre/ Universidad ICESI/ Red ALAS.

- Nino, Carlos Santiago, 2005: *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- Pieroth, Bernhard y Schlink, Bodo, 2000: *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg, C.F. Müller.
- Rabossi, Eduardo, 2012: “Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación”, en Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coord.), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2da edición ampliada). Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Rodriguez, Marcela, 2008: “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Ronconi, Liliana, 2014: “La igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo y la prohibición de discriminación basada en la orientación sexual. Una breve referencia al caso Karen Atala vs. Chile presentando ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tellez, Oliveira do Prado (coord.), *Derecho internacional en la práctica latinoamericana*. México, Tirant lo Blanch.
- Saba, Roberto, 2012: “(Des)Igualdad Estructural”, en Marceo Alegre y Roberto Gargarella (coord.), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, 2da edición ampliada. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Siegel, Reva, 1997: “Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action”. *Stanford Law Review*, Vol. 49, pp. 1111-1148.
- Singer, Peter, 1995: *Ética Práctica*, 2da edición, traducción al castellano por Rafael Herrera Bonet. Cambridge, Cambridge University Press.
- Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobous, 1949: “The Equal Protection of the Laws”. *California Law Review*, Vol., Núm 3, pp. 341-381.
- Young, Iris, 1990: *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, Princeton University Press.

Recepción 14/12/17  
Aceptación 10/5/2018