

2017	99
------	----

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES Y ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás
María Laura Clérigo
Aníbal D'Auría
Marisa Herrera
Sandra Negro
Marcelo Raffin
Mario Villar

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1º P (C1425CKB) -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.
ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones
Facultad de Derecho - UBA
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1º P
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (54-11) 5287-6762

TOMARNOS EN SERIO LA IGUALDAD
COMENTARIOS A MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL
ANTE LA LEY: ¿QUÉ LES DEBE EL ESTADO A LOS
GRUPOS DESAVENTAJADOS?¹ DE ROBERTO SABA^{*}

DALILE ANTÚNEZ, FEDERICO ORLANDO, LILIANA RONCONI
Y FRANCISCO VERBIC^{**}

El libro parte de un problema y es la existencia de grupos de personas que en la sociedad se encuentran en una situación de “desventaja estructural”. Lo que el autor se propone es explorar cómo el reconocimiento del principio de igualdad podría imponer al Estado obligaciones y deberes hacia los conciudadanos más desaventajados. Esta situación se refuerza en Argentina, específicamente luego de la crisis del 2001. Sin embargo, en general no hay reclamos en la justicia respecto de este tema, ni políticas públicas en ese sentido y esto, sostiene Saba, puede deberse a la interpretación de la igualdad como mero “trato no arbitrario”. Por esto, se plantea la necesidad de una interpretación diferente de la igualdad, entendida como tratos que no perpetúen la situación de desigualdad estructural.

El libro consta de un prólogo a cargo de Owen Fiss, de cuatro capítulos y de un epílogo. Aun cuando no todos ellos sean abordados en este comentario, destacamos lo valioso de la propuesta, ya que como el propio autor indica, no ha sido muy debatido en nuestra región el alcance e implicancias de las normas de igualdad pese a que la mayoría de las constitucio-

* Recepción del original: 2/8/2017. Aceptación: 2/9/2017.

** RONCONI, Liliana (CDH – CONICET UBA), ORLANDO, Federico (UBA), VERBIC, Francisco (UNLP), ANTÚNEZ, Dalile (ACIJ). Los comentarios expuestos fueron realizados en la presentación del libro que se llevó a cabo el 16 de mayo de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en un evento realizado por el Centro de Derechos Humanos y la Revista *Lecciones y Ensayos*.

1. SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

nes de los países de la región como asimismo diferentes instrumentos de derechos humanos hacen referencia a cláusulas de igualdad.

I. PRIMER CAPÍTULO: DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

En el primer capítulo² el autor plantea dos concepciones de igualdad: la *igualdad como no discriminación* y la *igualdad como no sometimiento*. Postula que la primera es la concepción clásica de igualdad, vinculada al constitucionalismo liberal, de cariz individualista y que ha sido dominante en la discusión (doctrinaria y jurisprudencial) en Argentina y la segunda es una versión más sociológica, estructural de la igualdad pues toma en cuenta la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos o individuos. Propone Saba que ambas concepciones presentan (o representan) un marco para discutir el art. 16 de la Constitución Nacional referido a la *igualdad ante la ley*.

Se analizan en el capítulo las implicancias de la concepción de igualdad como no discriminación. En este sentido, se sostiene que el legislador puede hacer distinciones siempre que exista una relación de proporcionalidad (“funcionalidad” según Saba)³ entre medios y fines (el medio en general es la distinción utilizada por el legislador y el fin puede ser diverso, por ejemplo, encontrar los mejores docentes, identificar a quienes saben conducir, que ingresen los mejores a las universidades, entre otros). Las diferencias no están prohibidas siempre que cumplan con el principio de legalidad y razonabilidad. Así, para esta concepción de igualdad se viola la igualdad de trato ante la ley siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad.⁴

Existen, además, algunos criterios de distinción (como el “ser varón”) que estarían prohibidos o sospechados de falta de proporcionalidad ya que serían criterios de distinción que (casi) nunca podrán ser considerados razonables⁵ ya que, en principio, no guardarían ningún vínculo de funcionalidad con algún fin legítimo. En estos casos, es el Estado el que debe

2. Comentarios a cargo de Liliana Ronconi (CDH – CONICET UBA).

3. SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 40.

4. *Ibid.*, p. 50.

5. *Ibid.*, p. 42.

demonstrar la existencia de un “interés estatal urgente o insoslayable”.⁶ A lo largo del capítulo, el autor explica el funcionamiento de la concepción de igualdad como no discriminación con la utilización de ejemplos de sentencias locales como de la Suprema Corte de Estados Unidos.

Luego se demuestra, a través de varios ejemplos jurisprudenciales, la insuficiencia de esta concepción de igualdad, en particular con el caso de la orquesta propuesto por Robert Post, en donde la “idea de mampara opaca evoca la metáfora de la ceguera de la ley como garantía de neutralidad en el trato”. Así demuestra que, en muchos casos, el trato neutral puede implicar un trato discriminatorio en los hechos. Sin embargo, para analizar estas situaciones de hecho es necesario reconfigurar la concepción de igualdad. Es necesario aplicar una concepción más robusta de igualdad, la *igualdad como no sometimiento*. Esta concepción busca evitar la formación de grupos sometidos o sojuzgados y/o que se perpetúe esa condición. Según el autor, esta más moderna concepción de igualdad puede considerarse incorporada en los arts. 37 y 75 inc. 2, 19 y 23 de la Constitución Nacional.

Otro ejemplo utilizado es el de la situación de las mujeres en el acceso a cargos jerárquicos en el Poder Judicial en Argentina. Sostiene que en el caso de las mujeres en los tribunales, las afecta el hecho de que hayan decidido ser madres. Esto las excluye del mercado por un tiempo y esto afecta su currículum, por ejemplo. En estos casos, la persona recibe cierto trato “igualitario” (si se lo mira desde la concepción de igualdad como no discriminación) por ser parte de un grupo (todos y todas pueden lograr cargos más altos en el Poder Judicial), pero ese trato resulta perjudicial pues las coloca en una situación de sojuzgamiento o desventaja (ya que el currículum de las mujeres posiblemente contenga menos antecedente que el de los hombres). Así, se identifica claramente la insuficiencia de la concepción de igualdad como no discriminación a no tomar en cuenta la situación de hecho de ciertos grupos.

Un ejemplo claro de la escasa jurisprudencia local sobre el tema lo constituye el voto del Juez Enrique Petracchi en la sentencia del caso “González de Delgado”⁷ donde considera la especial situación de las mujeres en el ingreso a lugares de formación de las élites para garantizar el

6. Estos criterios de distinción “sospechados” son conocidos como “categorías sospechosas”, existiendo un análisis más extenso en el capítulo 2 del libro.

7. CSJN, “González de Delgado, C. y otros c. Universidad Nacional de Córdoba”, 19 de septiembre de 2000.

ingreso de las mujeres al Colegio Monserrat de Córdoba.

Ante este supuesto (desigualdad de hecho) están permitidos los tratos desiguales (por ejemplo, colocar el requisito de “ser mujer” o “ser afro-descendiente”) cuando lo que se busca es poner fin o limitar la situación de exclusión. Se trata de la realización de acciones afirmativas, como por ejemplo las establecidas en el artículo 37 de la Constitución Nacional, a favor de estos grupos.

Al final del capítulo se refiere a las interpretaciones del principio de igualdad por parte de los órganos del sistema interamericano, indicando desarrollos similares en cuanto a la igualdad como no discriminación y mayores avances en cuanto a la igualdad como no sometimiento.

Algunas cuestiones que surgen de la lectura de este primer capítulo. En primer lugar, no aparece una crítica ni una conceptualización de la *igualdad formal* que implica la fórmula “separados pero iguales”, elaborada por la Suprema Corte de EE.UU., en el famoso caso *Plessy vs. Ferguson*.⁸ Sin embargo, esta es una concepción de igualdad que sigue vigente en el planteo y también en la resolución de casos judiciales. En este sentido, puede leerse el planteo que se realizaba por ciertos sectores a la hora de debatir el matrimonio igualitario,⁹ es el planteo que realizan los padres/las madres del caso “González de Delgado” y asimismo aparece en la argumentación de la CSJN, en forma reciente en el caso “Muiña” sobre la aplicación de la ley del 2x1 a personas condenadas por delitos de lesa humanidad.¹⁰ Creo que la vigencia de este tipo de argumentación demuestra que la concepción de igualdad formal aún sigue vigente y que no ha desaparecido del discurso jurídico.

Además, a la hora de analizar la concepción de igualdad como no discriminación se indica que es relevante determinar la razonabilidad/funcionalidad de la distinción (“lo que entendemos por justificado es cen-

8. SUPREMA CORTE DE EE. UU., *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537, sentencia del 18 de mayo 1896. En el caso, una persona considerada de “color” ocupó un asiento en un vagón que estaba destinado a gente blanca. Calificado tal acto como una desobediencia civil y condenado por lo ello el Sr. Plessy, el caso llegó a la Corte donde se estableció que no había problema alguno con la distinción de vagones, ya que la ley exigía asientos “separados pero iguales” y esto no era contrario a la Decimocuarta Enmienda (igualdad).

9. CLÉRICO, L. y ALDAO, M. (coords.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

10. CSJN, “Bignone, Benito A. y otro s/recurso extraordinario”, 3 de marzo de 2017.

tral en esta cuestión”,¹¹ asimismo, citando a Fiss, “adoptar los medios más efectivos para alcanzar determinados fines”¹² indicando que se permite un “desajuste tolerable”. Sin embargo, la gran ausencia del capítulo es que no se trabaja sobre una forma de determinar la razonabilidad de la norma o la distinción, siendo que conocer cuándo una norma que realiza distinciones es razonable o no es el punto central del argumento. Aun cuando en la doctrina local no abundan trabajos sobre el tema, existen diversos modelos de razonabilidad con estructuras argumentativas bien diversas: el modelo “europeo” de razonabilidad¹³ (la razonabilidad de la distinción se determina mediante el “juicio de proporcionalidad”), el modelo de intensidades o escrutinio de la Suprema Corte de EE.UU. y el modelo combinado de la Corte Constitucional Colombiana.¹⁴ La determinación de la razonabilidad es central, también, en el capítulo referido a la igualdad de trato entre particulares.

Otra de las cuestiones pendientes en el texto es respecto de cómo es posible considerar a un grupo desventajado y por lo tanto, cuándo se debe aplicar la concepción de igualdad como no sometimiento. En este sentido, Fiss se refirió a los grupos sociales como aquellos que tengan una identidad y una existencia separada del resto, caracterizándolos como aquellos que tienen una entidad propia (esto es, que se pueda hacer referencia al grupo sin referirse a sus componente individualmente) y que exista una interdependencia de sus miembros.¹⁵ Ahora bien, no existe mayor identificación en el capítulo sobre respecto de qué son desventajados ciertos grupos. Siguiendo a Fraser es posible identificar que estos grupos para ser tratados como grupos desventajados deben padecer de: a) una errónea distribución de bienes, b) falta de reconocimiento de las características particulares

11. SABA, R., ob. cit., p. 36.

12. *Ibid.*, p. 41.

13. Utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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 IDH en el caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de Mayo de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) y en “Gonzalez Lluy Talía vs. Ecuador”, sentencia de 1º de Septiembre de 2015 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 298.

14. BERNAL PULIDO, C., “La ponderación de la igualdad”, en BEADE, G. y CLÉRICO, L., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.

15. FISS, O., “Grupos y Cláusula de igual protección”, en GARGARELLA R. (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

del grupo y c) insuficiente o errónea representación política.¹⁶ Por el contrario, seguir a Dworkin implica hablar solo de recursos¹⁷ o de capacidades siguiendo a Sen¹⁸ o por el contrario de “posiciones” conforme la postura de Dubet.¹⁹ Creo que el punto deja más dudas que certezas más aun teniendo en cuenta el argumento fuerte de la necesidad de aplicar esta moderna concepción de igualdad a grupos como “mujeres”, “personas con condición de pobreza” que en principios resultan bastante amplios en sus demandas.

Por último, quedan algunas dudas respecto de las acciones hacia los grupos desaventajados. En el trabajo solo se mencionan las acciones positivas. Sin embargo, cuando se está ante una situación de desigualdad estructural ¿son suficientes las acciones positivas? ¿O la concepción misma de desigualdad estructural implica revisar este remedio? Por ejemplo, y en forma crítica a esta postura, sostiene Fraser respecto del feminismo que postula que las mujeres asciendan en puestos en empresas que “eso significa solo eliminar las barreras que impiden que las mujeres talentosas avancen hacia las posiciones más altas de las jerarquías corporativas, militares”²⁰. Este punto, sin duda, presenta un fuerte vínculo con el rol del Poder Judicial a la hora de brindar remedios ante situaciones de desigualdad estructural (abordado en el capítulo 4).

16. Por esto, N. Fraser identifica distintas formas de alcanzar la igualdad real. FRASER, N., “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en FRASER, N. y HONNETH, A., *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.

17. DWORKIN, R., *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

18. SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995.

19. DUBET, F., *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

20. “Ver si podemos construir un feminismo de izquierda, radical. A eso nos referimos cuando decimos un feminismo del 99%. Un feminismo para todas las mujeres por las que el feminismo corporativo no ha hecho prácticamente nada”. Entrevista a FRASER, N., *El feminismo del 99% y la era Trump*, consultado en [<http://www.laizquierdadiario.com/Nancy-Fraser-el-feminismo-del-99-y-la-era-Trump>].

II. TERCER CAPÍTULO: IGUALDAD DE TRATO ENTRE PARTICULARRES

En el capítulo 3²¹ el autor intenta reflexionar sobre las tensiones que pueden surgir –porque de hecho así sucede– entre el principio de igualdad formal y dos derechos que, a su entender, están intrínsecamente vinculados con el principio de autonomía individual: el derecho a asociarse libremente y el derecho a contratar libremente.

Más allá de las dudas, interrogantes e incluso críticas que luego intentaré marcar, quiero comenzar remarcando un punto: el tema que aquí aborda el autor es particularmente importante. En primer término, porque la mayoría de las decisiones jurisprudenciales de nuestra comunidad con relación al principio de igualdad han surgido a partir de las tensiones conceptuales aquí tratadas. Y en segundo lugar, porque el terreno doctrinario y teórico sobre estas resulta –todavía– un tanto inhóspito. Este capítulo posee, entonces, la virtud –y quizás el desafío– de ser uno de los textos inaugurales sobre los problemas abordados.

En el capítulo bajo comentario, Roberto Saba tiene un objetivo muy claro: evaluar los alcances de las obligaciones estatales en materia de igualdad ante casos o prácticas o decisiones de particulares que se fundan en el derecho a asociarse o en el derecho a contratar. Antes de adentrarse en este punto, el autor desarrolla dos cuestiones que, en su argumentación, son centrales como precondición para la conversación que propone: por un lado cuál es la mejor interpretación posible de los límites del principio de autonomía individual; por el otro, qué tipo de obligaciones impone este principio en cabeza del Estado.

Digo que ambas cuestiones son centrales porque, como veremos, las interdicciones –aún en nombre de la igualdad– a los derechos a asociarse o a contratar libremente deben enfrentar un fuerte valladar: el principio de autonomía individual que sirve de fundamento a ambos derechos. De este modo, cualquier argumento que pretenda restringir, por ejemplo, mi derecho a contratar libremente, debe tener en cuenta que está afectando un derecho que resulta vinculado –de un modo central dirá el autor– con este principio que, bajo su concepción, es especialmente relevante en una democracia constitucional.

Con relación al primer punto, y luego de una reconstrucción teórica

21. Comentarios a cargo de Federico Orlando (UBA).

y jurisprudencial, el autor entiende que el límite del principio de autonomía está configurado por el llamado “principio del daño”. Según este, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional previene acerca de la posibilidad de que el Estado imponga límites justificados a las “acciones privadas” o a la autonomía solo en aquellos casos en que esas acciones produzcan daños a terceros. En lo que respecta al segundo punto, Saba sostiene que una concepción de democracia constitucional que resulte consistente tanto con el compromiso de los derechos como con el compromiso del autogobierno colectivo, impone la necesidad de entender que el principio de autonomía individual no se limita a generar obligaciones negativas en cabeza del Estado –cuestiones presentadas como “paternalismo” y “perfeccionismo”–, sino también el deber de remover obstáculos para que las personas puedan materializar sus planes de vida libremente elegidos, deberes de tipo positivo.

Sobre el derecho a asociarse, el autor expresa que el punto tensionante con el principio de igualdad es la faz negativa de este derecho; es decir, el derecho a *no asociarse* con quien no se quiere. Bajo este prisma, diferentes personas deciden asociarse –con diversas razones, según veremos a continuación– y, a la vez, deciden no admitir en la asociación a individuos que no comparten algún rasgo en común. Dicho de otro modo, ¿cuáles son los alcances de la protección constitucional de mi derecho a no asociarme con quien no quiero?

Según el autor, cuando las personas nos asociamos lo hacemos en función de profundizar diversos tipos de vínculos. Siguiendo un estándar desarrollado por el Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Brennan, son dos los tipos de vínculos que suelen fundar nuestros deseos de asociarnos con otros: los íntimos o afectivos y los expresivos. Mientras que los primeros se tratan de casos donde los individuos guardan algún tipo de afinidad personal –pareja, matrimonio, amistad–; en los segundos, las personas se asocian para compartir una cosmovisión, una creencia, una idea, una religión, etc., que, en definitiva, se pretende expresar. De allí que este tipo de asociación –las que se fundan en vínculos expresivos– termina amparada –según la teoría y la jurisprudencia utilizada en el libro– en el derecho a la libertad de expresión. Por último, se identifica un tercer tipo de vínculo: la necesidad o el deseo de gozar colectivamente de ciertos bienes y servicios.

Ahora bien, esta clasificación que utiliza Roberto Saba es relevante puesto que en la medida en que es posible identificar el tipo de vínculo

que fundamenta la asociación, lo que variará es la legitimidad de la interdicción del Estado en esta. Así, a medida que los vínculos son más fuertes y relevantes, la posibilidad de que el Estado intervenga legítimamente es menor. Por ejemplo, cuando la asociación se funda en vínculos íntimos, el Estado no puede negar la posibilidad de asociarse con otro ni forzar algún tipo de asociación. Pero la cuestión cambia cuando se trata de los otros dos vínculos. Veamos.

En los casos en que las asociaciones están fundadas en los vínculos expresivos, el autor advierte que, en general, el alcance de la interferencia estatal sobre el derecho de asociarse estará en función del nivel de permisividad que el derecho nacional tenga respecto de la libertad de expresión. Así, Saba nos trae a colación el llamado “test del mensaje” –creación pretoriana de la Corte Suprema estadounidense–, según el cual no se evalúa el mensaje en sí –el contenido–, sino que demanda que la no admisión o expulsión de un miembro de una asociación solo se relacione con la contradicción entre la idea o la conducta del miembro y el mensaje de la asociación. Así, por ejemplo, una asociación que excluye homosexuales, pero cuyo mensaje NO sea homofóbico violaría el principio de igualdad (ello, claro, en función de la inconsistencia entre el mensaje, por un lado, y el criterio para admitir o rechazar a un miembro, por el otro).

Sobre este punto solo tengo un breve comentario y un interrogante. En lo que respecta al comentario, creo que un punto problemático de la propuesta es que deja de lado –demasiado rápidamente, a mi entender– el principio de razonabilidad. Su intención de reconstruir y robustecer el principio de igualdad como no sometimiento, lo lleva, creo, a minimizar la potencia del principio de razonabilidad como criterio para evaluar el ejercicio de los derechos. De este modo, es posible pensar que la aplicación de este criterio –en lugar del llamado “test del mensaje”– podría resultar mucho más protectorio de una idea de igualdad, aun formal y poco robusta. Con relación al interrogante, mi pregunta es la siguiente: como bien advierte el autor, este tipo de estándar –el “test del mensaje”– tiene sentido en la medida en que en la comunidad constitucional en la que se aplica tiene un mirada especialmente protectoria del derecho a la libertad de expresión –como sería el caso de Estados Unidos–, pero ¿cómo debería pensarse en comunidades –como la Argentina– en la que estos avances son, todavía incipientes? Aún más, ¿de qué modo conversaría un estándar de este tipo con las construcciones sobre libertad de expresión que se han ido construyendo en nuestra práctica local?

Sigamos con el siguiente supuesto. ¿Qué sucede cuando la asociación se funda en el tercer tipo de vínculo? Allí el autor reconoce que la protección constitucional al derecho de asociarse es más débil puesto que, claro está, son más débiles los vínculos que la fundamentan. En este tipo de casos, dice Saba, el Estado debe analizar la admisión o expulsión de algún miembro de la asociación con el llamado "test de razonabilidad".

Un último comentario general sobre este apartado. Comienzo con dos ejemplos muy sencillos: supongamos que un barrio cerrado no admite personas que profesan la religión judía. O bien supongamos que en un barrio cerrado no se admiten, por ejemplo, parejas homosexuales. ¿Qué tipo de estándar debería aplicarse? ¿Qué tipo de vínculos fundamentan esas asociaciones? Una primera respuesta parecería asumir que estaríamos frente al tercer tipo de casos: personas que solo se reúnen por los beneficios del goce colectivo de ciertos bienes y servicios. Sin embargo, ello no parece ser del todo correcto. Y esto es así, porque lo cierto es que las decisiones por las cuales elegimos unirnos a otras personas, suelen ser decisiones complejas y multicausales. O en términos de la clasificación del autor, responden a diferentes tipos de vínculos al mismo tiempo. En efecto, personas que deciden vivir en un barrio cerrado que no admite familias conformadas por parejas homosexuales –o familias judías–, no solo se vinculan por los beneficios del goce colectivo de ciertos bienes y servicios, sino también porque parecen compartir una cosmovisión determinada acerca de cómo deben constituirse, por ejemplo, las familias, o un credo. Según entiendo, la clasificación que se propone, si bien puede darnos algunas pautas útiles, lo cierto es que para los llamados "casos difíciles" parece brindarnos pocas respuestas consistentes.

En lo que se refiere al derecho a contratar libremente, y tal como fue presentado en relación con el derecho a asociarse, está definido por la libertad del sujeto de elegir con quién quiere contratar y, por tanto, a quién/ es decide excluir como potenciales contratantes. Otra vez, entonces, el interrogante es ¿cuál es la protección constitucional de mi derecho a no contratar con quien no quiero hacerlo?

Para pensarlo, el autor plantea un estándar utilizado en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que traduce como "calificación ocupacional de buena fe". Esta regla consiste, básicamente, en exigir al empleador que en el momento de contratar personal observe dos cuestiones: la legitimidad del fin de la contratación por un lado, y la razonabilidad de los requisitos impuestos para la selección de los contratados por el otro,

que deben seguir criterios funcionales para el fin legítimo buscado (en el caso de los contratos laborales, aclara Saba, sería el de la actividad que desarrolla la empresa contratante). Supongamos, entonces, que un restaurante está buscando personal para desempeñar tareas como camarero/a. La aplicación de la regla antes mencionada impondría en el empleador que solo haga un análisis de la idoneidad de los/as candidatos/as –que sepa servir bebidas y comidas, que conozca ciertas reglas protocolares, etc.–, dejando de lado criterios como la apariencia física, credo, ideas políticas, etc.

Saba manifiesta cierta incomodidad con este tipo de estándar: según él, el problema es que otorga demasiada autoridad al Estado y a los jueces para definir la razonabilidad de los requisitos según cómo se defina el fin de la actividad. El problema que marca, aclaro ahora, no es de tipo práctico sino ideológico: según el autor ni el Estado ni los jueces estarían legitimados para hacer este tipo de análisis.

Al contrario, yo creo que este tipo de exigencia sí es razonable y consistente con la protección del principio de igualdad sin vulnerar el derecho a contratar libremente. En rigor de verdad, creo que las exigencias en la contratación de trabajadores solo deberían estar vinculadas a la funcionalidad de las tareas. Y nada más.

Utilizo un ejemplo, real por cierto. Una empresa que se dedica a hacer alfajores –y productos asimilables– ha decidido abrir una serie de locales donde, además de vender sus productos, sirve café. Para ello necesita, claro, de personas que trabajen tanto de camareros/as como de vendedores/as, cajeros/as. Supongamos, entonces, que se presenta una persona con referencias laborales que demuestran que está en perfectas condiciones de realizar las tareas que requiere el trabajo. Pero esta persona tiene una peculiaridad: se encuentra visiblemente excedida de peso. Supongamos, luego, que la empresa decide no contratarlo/a y cuando nuestro/a interesado/a requiere de razones, se le explica –y, de vuelta, esto es un caso real– que dado que la empresa vende productos de alta intensidad calórica, es necesario que quien las venda sea “flaco/a”, pues de lo contrario –i.e., si el/la vendedor/a se encuentra excedido/a de peso– los clientes sentirán que al comprar un producto estarán engordando –lo que, por otro lado, es objetivamente cierto– disuadiéndolos de seguir adquiriendo sus productos, lo que redundaría en un perjuicio económico.

Creo poder afirmar que Saba sostendría que si existen razones fundadas en criterios comerciales que no resulten del todo irrazonables, no se debería limitar este derecho a no contratar con quien no se quiere. Al

contrario de ello, según el estándar antes mencionado, la decisión de la empresa es claramente irrazonable en tanto la exigencia de una apariencia física no se condice con las tareas para las cuales se requiere. Estoy de acuerdo con ello: en Argentina la práctica de contratar está limitada por el principio de igualdad. ¿Esto vuelve más costosa dicha práctica? Pues sí. Pero en todo caso, tengo para mí que los patrones de discriminación que versan sobre ciertas personas –por ejemplo, sobre los/as obesos/as–, solo pueden ser removidos o modificados en la medida en que se limite este tipo de decisiones.

Un último punto que el autor trata sobre este apartado es el famoso “derecho de admisión”. Y aquí, otra vez, la regla debería ser la razonabilidad: no se puede negar el ingreso a un local a quien incumple un requisito que no es funcional al servicio ofrecido. Pero entonces, ¿qué sucede, por ejemplo, con el derecho a ingresar a un local bailable? En principio, la respuesta sería: la ropa o la apariencia física no son requisitos razonables para el ingreso. Sin embargo, es igualmente cierto que este tipo de actividad comercial suele tener, entre sus objetivos, el de trabajar con cierto tipo de clientes, i.e., con clientes que respondan a criterios o pautas estéticas determinadas. Este tipo de decisión, ¿pasaría el examen de la razonabilidad aquí propuesto?

Una última cuestión que me parece especialmente relevante en el capítulo bajo comentario está relacionado con un punto del “Caso Álvarez”: cuando se produce un despido laboral por razones discriminatorias, ¿cuál es el remedio que resulta consistente con nuestros compromisos constitucionales? ¿Debe indemnizarse –agravadamente– a la víctima o se la debe reincorporar?

La postura del autor no es del todo clara pues afirma que “pagar para indemnizar [...] podría, quizá, ser admisible en casos aislados de tratos discriminatorios por arbitrarios y no razonables, pero será inadmisible en casos de discriminación estructural desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento”²² Más allá de que la distinción, a mi entender, no encuentra fundamento normativo alguno –un punto, por lo demás, que no es especialmente relevante ni persuasivo–, yo sería más terminante: la única manera de terminar con los comportamientos discriminatorios en un trabajo es obligando al empleador a reincorporar a la víctima. De lo contra-

22. SABA, R., ob. cit., p. 215.

rio se produciría una regla no solo curiosa sino injusta: la posibilidad o no de discriminar dependerá de los recursos económicos del discriminador: si tengo dinero, discrimino y luego indemnizo. Creo que esto es inadmisible si tenemos como objetivo tomarnos en serio el derecho a la igualdad.

III. CUARTO CAPÍTULO: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

En el capítulo 4²³ se aborda una de las cuestiones más trascendentales y delicadas de la actualidad jurídica de nuestro país y tal vez de todos aquellos sistemas nacionales de nuestra región que han adoptado un modelo de control judicial de constitucionalidad inspirado en *Marbury vs. Madison*. Me refiero al modo de ejercer este control en el contexto de casos colectivos. Y más específicamente, en el contexto de casos colectivos de índole estructural.

El autor desarrolla aquí una crítica del modelo tradicional de control de constitucionalidad, al cual considera abiertamente inadecuado para enfrentar situaciones de desigualdad estructural.

La construcción de esta crítica parte de dos premisas fundamentales. La primera –hilo conductor de todo el libro– es una noción de igualdad que implica entenderla “en clave de no subordinación de grupos” y “como no sometimiento que se articula como defensa constitucional frente a situaciones de desigualdad estructural”. La segunda es el lugar que ocupan los jueces en nuestro sistema político-institucional, donde operan como “responsables de identificar casos de desigualdad estructural y exigir al Estado o los particulares involucrados en la afectación el consiguiente respeto del principio constitucional de igualdad ante la ley”.

En opinión de Saba, el ejercicio del control de constitucionalidad (instrumento esencial de la función judicial) es más complejo en el marco de situaciones de desigualdad estructural que en los casos de desigualdad producida por tratos arbitrarios, lo cual obedece a “una serie de obstáculos vinculados a ciertas características de la estructura clásica del modelo de control judicial de constitucionalidad” que importamos desde los Estados Unidos de América a mediados del siglo XIX.

23. Comentarios a cargo de Francisco Verbic (UNLP).

En este orden, propone como objeto de análisis y discusión dos problemas que presenta dicho modelo clásico. El primero se encuentra en el modo en que fue aplicado a lo largo del tiempo. Un modo que “resistió ser utilizado para resolver casos en los que estuvieran en juego afectaciones estructurales de derechos”. El segundo problema que advierte el autor es el tipo de remedio que los jueces han ordenado en aquellos casos donde se vieron “forzados a hacerse cargo de este tipo de afectaciones”.

Para trabajar sobre tales problemas identifica y analiza críticamente cinco “elementos constitutivos” del modelo clásico, los cuales considera “se presentan como escollos a la posibilidad de que los jueces no solo acepten intervenir en estos litigios, sino que demás ofrezcan remedios eficaces en casos de afectaciones estructurales de derechos como el derecho a la igualdad”. Ellos son: (i) la concepción de derechos constitucionales como derechos negativos; (ii) la actitud deferente de los jueces hacia el poder político; (iii) la concepción individualista de los derechos; (iv) los remedios entendidos generalmente como órdenes de no hacer; y (v) el foco en la reparación de hechos pasados.

Cada uno de estos elementos es abordado y analizado en apartados específicos del capítulo en comentario. En cada uno de tales apartados Saba no solo se ocupa de cuestionarlos, sino también de proponer lecturas alternativas que permitan un ejercicio del control judicial de constitucionalidad adecuado a las premisas a que nos referíamos: igualdad como no sometimiento y jueces responsables de garantizar tal derecho fundamental frente a violaciones estructurales que afectan a grupos de personas.

En primer lugar, frente a la concepción de los derechos constitucionales como derechos negativos (esto es, entendidos exclusivamente como un límite frente a la interferencia del Estado), el autor destaca la necesidad de internalizar una concepción que entienda a los derechos como un título suficiente para exigir al Estado conductas y medidas positivas. Aquí Saba toma como ejemplo de esta última posición a los derechos económicos, sociales y culturales, critica la idea de “justiciabilidad débil” derivada del principio de progresividad y señala también que los derechos civiles han evolucionado para asumir una faceta positiva que antes les resultaba ajena.

Sobre la actitud deferente de los jueces hacia los poderes políticos, el trabajo pivotea sobre la existencia de una “percepción” de tales funcionarios respecto “de su propia función dentro del modelo de control”. Es muy interesante lo que señala Saba con relación al fundamento de esta deferencia del Poder Judicial hacia los otros departamentos de Estado. Una

deferencia que hizo tolerar a lo largo de la historia Argentina numerosas y delicadas violaciones colectivas y estructurales de derechos.

El autor analiza el surgimiento y evolución jurisprudencial de la noción de “cuestiones políticas no justiciables”, la herramienta discursiva utilizada por los jueces a partir de 1867 para mantenerse al margen de ciertos casos que traían consigo discusiones cuya decisión podía afectar a grandes números de personas y tener por tanto una alta repercusión social, económica, cultural o política. En este contexto critica fuertemente algunas de tales decisiones, e insiste con la idea de que la deferencia hacia los poderes políticos “no se basaba sobre una teoría democrática radical, sino sobre una simple complacencia ante quien posee el poder en un momento dado”.

Tal vez el ejemplo más infame de nuestra historia (citado por el autor en su análisis) sea la Acordada CSJN del 10/09/1930, donde el tribunal sostuvo entre otras cosas “Que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas cuando se ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y seguridad social”.

Con relación a esta parte del capítulo entiendo oportuno señalar un par de cuestiones para aportar a la discusión. En primer lugar, debemos tener presente que el planteo de casos estructurales, con la consiguiente mayor exigencia de intervención de los jueces en el campo de las políticas públicas, es un fenómeno que ha trasladado al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.

Esta afirmación, que parece una obviedad, tiene sin embargo implicancias de suma trascendencia para la dinámica de distribución y ejercicio del poder público en nuestro país, ya que no es lo mismo discutir sobre la igualdad –entendida como no sometimiento– en el Congreso o una reunión de gabinete, que hacerlo en el contexto de un proceso judicial. Entre las consecuencias que genera este “corrimiento del ámbito de discusión” hacia el interior del Poder Judicial para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas, pueden señalarse al menos las siguientes: (i) imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aún en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos; (ii) fuerte restricción en el manejo del

tiempo de la discusión y de las decisiones, por no decir pérdida de control sobre estas cuestiones (al menos en los papeles); (iii) puesta en juego ante la sociedad de la responsabilidad de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones; (iv) mayor riesgo de exposición mediática de los conflictos, lo cual influye en el posicionamiento de los factores de poder involucrados, concurre a mejorar la transparencia en la discusión y por tanto también a aumentar la necesidad de rendición de cuentas; (v) traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios a manos ajenas (a manos de los jueces); (vi) obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas y frente a un tercero independiente e imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en directrices políticas.

Tal vez sea esta una de las razones por las cuales a más de veinte años del establecimiento constitucional de derechos y legitimaciones colectivas en la República Argentina no se ha sancionado todavía un sistema procesal idóneo para brindar respuestas adecuadas a diversos conflictos que aquejan a grupos específicos de la sociedad y que no encuentran cauce de debate en los canales tradicionales de diálogo institucional. Tal vez también sea esta una buena razón para que el fenómeno de los procesos donde se discuten este tipo de casos comience a ser estudiado con mayor profundidad no solo por abogados sino también por sociólogos, politólogos y economistas.

En segundo lugar, me interesa señalar que la doctrina sobre "cuestiones políticas no justiciables" ha sido en gran medida desplazada de los repertorios jurisprudenciales luego de la reforma constitucional del año 1994. Esto no significa, sin embargo, que los jueces hayan abierto indiscriminadamente sus puertas a pretensiones de tipo estructural. Muy lejos se encuentran de eso a pesar de su rol de custodios del núcleo duro de nuestra democracia que Saba toma como premisa para su trabajo. Lo que ha sucedido es que el lugar de dicha doctrina fue ocupado primero por la doctrina de "falta de legitimación activa" y más recientemente por la noción de "inexistencia de causa o controversia". Todas estas doctrinas, como es bien conocido, no son más que instrumentos discursivos que utiliza el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones.²⁴

24. Sobre la función política que tuvo en este sentido la doctrina sobre legitimación colectiva es particularmente ilustrativo el alcance que la CSJN acordó a la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación en los diez primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994. En cuanto a la noción de "causa o controversia", y a pesar de ha-

El tercer obstáculo que debe enfrentar el modelo clásico de control judicial de constitucionalidad para atender casos de desigualdad estructural se encuentra en la concepción individualista de los derechos que dicho modelo supone. De acuerdo con esta concepción “la afectación de un derecho suele originarse en una acción intencional –o negligente– de una persona respecto de otra, sin otorgar relevancia alguna al contexto social específico que se presenta en determinado momento en determinada comunidad”.

Frente a esto, el autor acude a la doctrina que Owen Fiss construyó sobre la *injunction* estructural con motivo de la experiencia estadounidense con los litigios en defensa de derechos civiles durante la década del 60'. Sobre estas ideas Saba sostiene otro argumento de gran relevancia para demostrar la inadecuación del modelo clásico de control judicial de constitucionalidad en este campo: la resolución (aun correcta) de un caso constitucional individual “no impacta en las causas estructurales de la violación de derechos [...] y tampoco evita que esos hechos se reproduzcan en el futuro, pues los factores estructurales que provocaron las afectaciones del derecho en primer lugar no se han modificado”.

Asimismo, se trae a la discusión aquí la reforma constitucional de 1994 y, especialmente, la incorporación del amparo colectivo y los derechos de incidencia colectiva en el marco del art. 43 de la CN. Siguiendo la interpretación del autor podríamos afirmar que en la actualidad la concepción individualista de los derechos presupuesta por el modelo clásico ya no puede ser considerada como un obstáculo para ejercer el control de constitucionalidad en casos de desigualdad estructural. Sucede que si es deber de los jueces garantizar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales, desde el momento que los derechos de incidencia colectiva fueron plasmados en la CN aquellos ya no pueden desentenderse de dicha faceta estructural.²⁵

berse reconocido su faceta colectiva en “Halabi”, la reciente experiencia vinculada con los procesos judiciales que impugnaron las modificaciones de diversos cuadros tarifarios de servicios públicos en todo el país demostró la relevancia de este recurso discursivo para evitar atender muchas de las discusiones que se pretendieron plantear al respecto.

25. La CSJN dejó esto bien en claro cuando sostuvo en “Halabi” que la manda del art. 43 CN es “claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular” (considerando 12º del voto de la mayoría).

En cuarto lugar el autor aborda el problema del tipo de remedios que los jueces suelen ordenar cuando deben resolver un caso constitucional, consistentes por lo general en órdenes de no hacer. En opinión Saba, esto obedece a dos de los obstáculos ya analizados: la orientación individualista sobre la naturaleza de los derechos y la postura deferente del Poder Judicial hacia los órganos políticos. Desde esta posición, afirma, los jueces han sido usualmente reticentes “a considerar aquellos casos en que el remedio previsible sería una orden de hacer a los poderes políticos y, sobre todo, en el sentido de desarrollar una política pública o desmantelar una política existente”.

En este apartado Saba critica la postura de autores como Ferrajoli, Abramovich y Courtis, quienes “atribuyen la causa de esta postura judicial autolimitativa y deferente a una matriz constitucional liberal previa al surgimiento de lo que identifican con el denominado ‘Estado social de derecho’”. Por el contrario, sostiene el autor, “detecto la causa de esa deferencia y esa autolimitación radical antes en la práctica judicial que en la matriz constitucional” y que “los principios liberales expresados en la Constitución de 1853 pueden interpretarse en clave de liberalismo igualitario”.

La principal derivación de esta concepción que asume Saba respecto de nuestra Constitución histórica, con directo impacto en el tipo de remedios que los jueces pueden ordenar en casos constitucionales, es “reconocer que el Estado tiene obligaciones tanto negativas como positivas en cuanto a la protección de derechos desde el comienzo de la vida constitucional Argentina”.

El último de los elementos constitutivos del “modelo clásico” es el foco en la reparación de hechos pasados. Según el autor “este enfoque retrospectivo soslaya las causas estructurales de las afectaciones de derechos que nos interesan”. Nuevamente vuelve aquí sobre una de las premisas fundamentales de su trabajo al señalar que “si bien es cierto que el jueces no debe reemplazar al legislador, también es cierto que la obligación de los magistrados es hacer efectivos los mandatos de la norma fundamental”.

Sobre este piso de marcha el autor destaca que si los jueces detectan violaciones de derechos con causa en políticas públicas inconstitucionales o inexistentes pero las pasan por alto “no estarán resolviendo correctamente el caso”. El enfoque de Saba en este punto coincide con la postura de Chayes, quien hace más de 40 años sostenía que en el contexto de casos de reforma estructural los contornos de la remediación no se derivan lógica-

mente de la violación a un derecho ya determinada por la decisión de mérito, como sucede en el modelo tradicional de litigio constitucional, sino que la elaboración de la sentencia “es en gran medida un proceso discrecional en el cual el juez debe evaluar y valorar las consecuencias de programas alternativos que pudieran corregir la falla sustancial ya determinada. Tan- to en la fase de conocimiento como en la de remediación, el interrogante más relevante es siempre el mismo: ¿cómo pueden, en un caso concreto, aplicarse de la mejor manera posible las políticas públicas establecidas por una determinada ley?”.

Luego de deconstruir los cinco elementos analizados hasta aquí, Saba se ocupa de subrayar la “sólida coherencia” que guardan entre sí y la directa influencia que tienen para definir un modelo clásico de control judicial de constitucionalidad al cual denomina “de máxima autorrestricción”, un modelo que a su juicio “resulta absolutamente inadecuado para aquellos casos en que esté afectada la igualdad entendida como no sometimiento”, así como también en general para “todas aquellas afectaciones que tienen matriz estructural”.

Tomando como ejemplo la litigación de casos por derecho a la salud y la experiencia jurisprudencial argentina, brasileña y colombiana, el trabajo afirma que “el modelo de control requerido para que los tribunales puedan atender correctamente las violaciones estructurales de cualquier derecho [...] debe conformarse con elementos radicalmente diferentes de los que componen el sistema tal como funciona hoy en muchos contextos nacionales”. Estos elementos se presentan en su mayoría como oposición a los analizados anteriormente, a saber: (i) una conceptualización de derechos cuyo ejercicio se entienda a partir de acciones del Estado, y no solo a partir de su no interferencia; (ii) nuevas reglas procesales, apropiadas para “los reclamos colectivos, estructurales o no”; (iii) redefinición del tipo de remedios judiciales que permita dictar órdenes de hacer más o menos complejas y progresivas en su implementación; (iv) redefinición del rol de los jueces para avanzar hacia una concepción que los entienda como “guardianes de los límites establecidos en la norma fundamental” en lugar de “prescindentes y diferentes de cara a los poderes políticos”; (v) poner el foco en la función prospectiva del remedio ordenado, en lugar de hacerlo exclusivamente en la reparación de hechos pasados.

Es interesante ver cómo tres de estos cinco elementos califican como cuestiones procesales. Me refiero al que apunta en términos generales al mé-

todo de debate y a los dos vinculados con el tipo de remedio que corresponde utilizar en estos contextos de debate y sus modos de implementación.

En lo que respecta al método de debate en general, considero que a esta altura del desarrollo del tema a nivel jurisprudencial, legislativo y reglamentario es posible identificar los perfiles de un verdadero y propio derecho constitucional a un debido proceso colectivo en Argentina. Un derecho enraizado en el art. 43 CN y que debería asegurar, cuanto menos, lo siguiente: (i) el efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos; (ii) una temprana determinación de las reglas del juego para permitir a las partes saber si el proceso tramitará en clave individual o colectiva; (iii) una representación del grupo adecuada y acorde con los intereses en disputa, controlada y supervisada por el juez de la causa; (iv) el respeto a la autonomía individual y al debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos; (v) un debate amplio, público, robusto e informado, que incluye el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar y una preferencia por la discusión oral (si bien todavía no profundizada como debería); (vi) la amplia difusión hacia la sociedad de información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos; y (vii) una sentencia colectiva efectiva, cuyo contenido y mecanismos de implementación o ejecución sean acordes con la complejidad de las soluciones que demandan la inmensa mayoría de esta clase de conflictos y con las tensiones políticas que supone su solución por parte del Poder Judicial en un sistema republicano de gobierno.

Los potenciales beneficios que han traído consigo las innovaciones reglamentarias y jurisprudenciales de la CSJN en este campo son evidentes, ya que todas ellas intentan romper con un molde procesal clásico que ha derivado en Argentina en el dictado de relevantes decisiones sobre conflictos de interés público (estructurales y de otro tipo) tomadas en la oscuridad y secretismo de un expediente casi puramente escrito, como fruto de un debate entre pocos, sin inmediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos de intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurrieran a garantizar transparencia y control social sobre la discusión. Sin embargo, el problema –una vez más– son las prácticas. Sigue que la implementación efectiva, regular y sistemática de tales reglamentaciones y criterios jurisprudenciales es todavía un gran desafío para la CSJN y los tribunales inferiores.

Una vez realizado todo este análisis conceptual, el trabajo afirma que se encuentra en paulatino y tímido desarrollo un nuevo modelo de control de constitucionalidad en la Argentina. A tal fin se ocupa de revisar diversos precedentes de la CSJN y tribunales inferiores que “comenzaron a alterar ese modelo establecido de extrema autolimitación y deferencia”. Entre tales precedentes se cuentan “Viceconte”, “Badaro”, “Mendoza”, “Verbitsky” (al cual dedica el análisis más profundo) y “Río Negro”.

¿Cuáles son las causas que explican dichos precedentes y la sugerida paulatina mutación en el modelo de control de constitucionalidad? Según Saba el fenómeno obedece a la reunión de cuatro factores: (i) el desarrollo y perfeccionamiento de prácticas de litigio estratégico por parte de organizaciones de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos; (ii) la inclusión del amparo colectivo en la CN; (iii) la modificación en la integración de la CSJN a partir del año 2004; y (iv) los desarrollos similares operados en otros tribunales superiores de la región latinoamericana, la India y Sudáfrica.

Como aporte para la discusión me permito agregar otro factor relevante para el impulso de estos desarrollos. Sucede que no ha sido solo el trabajo de las organizaciones en el campo internacional lo que ha permitido avanzar en este campo, sino también el que han desplegado antes distintos tribunales de nuestro país mediante el planteo de casos que configuran, a mi modo de ver, una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública, mediante la cual se ha logrado exigir la toma de ciertas decisiones gubernamentales imposergables que, no obstante revestir tal carácter, eran efectivamente diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda pública.

El capítulo en comentario termina concluyendo que “la concepción de igualdad como no sometimiento se construye necesariamente sobre la noción de afectación estructural, que a su vez requiere un tipo de control de constitucionalidad que supere aquel que tan bien se ajustaba al tratamiento de casos en los que se veía afectada la igualdad como no discriminación”. Esta noción de igualdad “necesita un nuevo modelo de intervención judicial”. Y para ello, afirma Saba, “el gran desafío sigue siendo” no solo la reconceptualización del derecho de igualdad en sí mismo (como propone a lo largo de todo el libro), sino especialmente “identificar los remedios apropiados que los jueces podrían ordenar en casos de violaciones estruc-

turales del derecho a ser tratado igual, sin que eso implique un cambio radical del régimen democrático, uno que sustraiga de los ámbitos de la democracia la decisión sobre políticas públicas".

He señalado en otra oportunidad que el gran problema que enfrentamos en Argentina es la ausencia de reglas en función de las cuales debatir argumentos y tomar decisiones dentro del Poder Judicial con suficiente legitimidad política en el delicado campo de los conflictos colectivos. Un campo que se torna más delicado aun cuando el remedio exigido por el conflicto es de tipo estructural y, por ende, prospectivo. Esto, a su turno, es fruto de otro problema todavía más grave y actual: la falta de un debate público franco y sincero sobre este tema para generar consensos mínimos respecto de cómo deben diagramarse estas nuevas (e imprescindibles) reglas procesales.

Afirmo que estas reglas son imprescindibles debido al alto impacto social, político y económico que tienen tanto la discusión como la resolución de conflictos de interés público en sede judicial. Si tenemos esto en consideración, no parece razonable permitir que el gran poder político que hoy tienen los jueces al actuar en este campo sea ejercido mediante decisiones tomadas en procesos tramitados sobre la base de reglas de debate que no cumplen con los estándares mínimos de publicidad, transparencia y participación social que demanda la discusión de asuntos colectivos fuera de las arenas del Estado con representación mayoritaria.

Desde este punto de vista, tampoco parece razonable que a esta altura de los tiempos y siendo plenamente conscientes de las complejidades involucradas en toda decisión de política pública, esas reglas de debate mediante las cuales estamos (ni más ni menos que) controlando la actuación de los poderes elegidos por sufragio popular, no estén preparadas para incorporar adecuadamente el trabajo interdisciplinario de expertos y entidades científicas, aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías de la información, ni generar mecanismos de diálogo más fluidos para solucionar estos conflictos.

Me refiero tanto a mecanismos de diálogo que vinculen a los propios tribunales que componen el sistema de administración de justicia a fin de compartir información y experiencias, como a mecanismos que tiendan a vincular con mayor fluidez a tales tribunales con los poderes del Estado que fueron elegidos en forma directa por la sociedad para decidir las prioridades de la agenda pública y determinar el modo de asignar los recursos estatales a fin de satisfacer las necesidades de la población.

No hay duda que necesitamos un nuevo modelo de control de constitucionalidad para procesar y resolver adecuadamente pretensiones colectivas de derechos. Especialmente cuando estas pretensiones son de índole estructural y resultan promovidas en beneficio de grupos que padecen las consecuencias de una sociedad cada vez más desigual.

El trabajo de Saba es un aporte de gran relevancia para profundizar en esta discusión y avanzar en la construcción de un modelo de control de constitucionalidad que se aparte del modelo clásico. Un modelo clásico ideado, diagramado y utilizado desde hace más de 200 años para ser el último reducto de defensa de los derechos de las minorías blancas, ricas y poderosas en lugar de ser una herramienta de tutela y emancipación social para quienes más necesitan de esa protección del Estado: los grupos afectados por situaciones de desigualdad estructural, desventajados, débilmente protegidos y tradicionalmente postergados del diálogo institucional.

IV. EPÍLOGO: DESIGUALDAD ESTRUCTURAL Y POBREZA

En el Epílogo²⁶ a su libro Saba se refiere al problema de la pobreza “extrema, persistente, perpetua y transmitida de generación en generación”, y argumenta que las constituciones y los tratados de derechos humanos comprometidos con el ideal de la igualdad imponen a los gobiernos y a los Estados la obligación de actuar sobre las circunstancias que causan este tipo particular de pobreza. Si bien es un tema que se aborda en solo doce páginas, y el autor aclara que es una breve exploración inicial que no contiene el estudio exhaustivo de los demás capítulos, se trata de un excelente trabajo que plantea adecuadamente uno de los problemas centrales de desigualdad en Argentina y brinda algunas herramientas conceptuales valiosas e indispensables para analizar la problemática y disparar una necesaria discusión sobre el tema.

La pobreza en general, y en particular la pobreza extrema y transmitida de generación en generación, conlleva numerosas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos más básicos. Ya sea que se mida en función de la falta de ingresos suficientes para atender a necesidades humanas esenciales, en función de los indicadores de necesidades básicas in-

26. Comentarios a cargo de Dalile Antúnez (ACIJ).

satisfechas, u otros índices de vulnerabilidad social y económica, va acompañada de numerosas privaciones que colocan a la persona en situación de subordinación en diferentes esferas de la vida. Compromete su capacidad para vivir vidas humanas autónomas, dignas y valiosas –de acuerdo con su ideal particular del bien–, y genera una estigmatización y segregación social y espacial que profundiza su exclusión.

Una duda o interrogante que genera la primera parte del epílogo es qué justificación, contornos, impactos concretos y consecuencias tiene una primera distinción de situaciones que se formula entre dos tipos de pobreza. Allí se diferencia entre los casos en los que la pobreza de una persona se relaciona con decisiones más o menos afortunadas que la persona ha tomado, la elección de planes de vida que el mercado no valora, u oportunidades en las que la suerte o el contexto macroeconómico no acompañan a las personas; y aquellos otros en los que la condición de pobreza en grados extremos es producto de factores que la persona no puede controlar en absoluto, a menudo creados por políticas o regulaciones del estado o prácticas sociales; cuando además reviste ciertas características que hacen que se perpetúe de generación en generación, y cuando incluso la motiva o la agrava la raza, el sexo, la discapacidad u otra condición humana por la cual ni siquiera ha optado. El autor señala que en este último caso la acción o inacción del Estado que contribuye a semejante perduración de esas violaciones y de esa condición entran en conflicto con el compromiso contraído con el valor de la igualdad expresado en la Constitución, y que en el primer caso, es probable que muchas de estas situaciones generen reclamos basados en derechos, o que se exijan políticas públicas tendientes a compensar los efectos de un mercado que no recompensa positivamente ciertas elecciones de vida.

Creo que es difícil afirmar en cualquier caso que la pobreza de una persona, cuando ella no se ha transmitido de generación en generación, o no es extrema, se relaciona con decisiones más o menos afortunadas de la persona. En todos los casos opera, de manera más o menos evidente, la acción e inacción del Estado para generar condiciones estructurales que favorecen o permiten que la persona se encuentre en situación de pobreza, y que están fuera de su alcance. Si bien es claro que el autor también plantea probables respuestas frente a las situaciones en las que a su juicio la pobreza no tendría las características que la dotan de un carácter “estructural”, no se comprende por qué en tales casos no afirma claramente que allí también hay un evidente conflicto con el valor de la igualdad como

no sometimiento expresado en la Constitución, aun cuando fuera posible distinguir situaciones más o menos permanentes o difíciles. Resulta poco clara la distinción entre la pobreza producto de factores que la persona no puede controlar, y aquellos otros casos. No creo que sean relevantes o deban tener peso los motivos por los cuales una persona se encuentra en situación de pobreza, ya que en cualquier caso, el solo hecho de encontrarse en esa situación conlleva privaciones que comprometen el ideal de la igualdad constitucional. Aún si se trata de una pobreza reciente, producto de lo que se considera una elección profesional desacertada que el mercado no valora, es problemático sostener que los factores que llevaron a la persona a encontrarse en situación de pobreza estaban en la esfera de su control. Habida cuenta nuestro especialmente fuerte compromiso constitucional con la igualdad, y también el amplio reconocimiento de derechos sociales, en la medida en que una persona se encuentre en situación de pobreza el ideal de igualdad constitucional se encuentra afectado en virtud de todas las afectaciones que la pobreza genera, y ello conlleva la obligación constitucional de remediar la situación, aún en los caso de pobreza no reciente o pobreza no extrema.

Sin perjuicio de la duda que genera esa primera distinción que se realiza en el epílogo, creo que es importante y extremadamente valiosa la dedicación del autor a iluminar en particular el grave problema y la singular forma de injusticia que sufren las personas que desde su nacimiento están condenadas a vivir en la pobreza, y que se encuentran en una situación de marginación y exclusión tales que resulta realmente imposible que puedan salir de ella sin la adopción de políticas públicas estructurales deliberadamente orientadas a reparar esa discriminación, y revertirla en las futuras generaciones. Las formas de exclusión y privación que determinan esa clase de pobreza que denomina “estructural” son particularmente graves y acuciantes. También es atinada la referencia particular que se hace en el epílogo a la problemática que se vive en villas o asentamientos informales como una de las manifestaciones más frecuentes de la desigualdad estructural en los países de América Latina. En ese sentido, es correcta la decisión del autor de evocar la idea de castas, al hacer referencia a la situación de pobreza estructural de quienes viven en villas. Otros términos similarmente fuertes que han utilizado otros autores para aludir a esas situaciones y a la marginación socio-espacial de la pobreza urbana aluden a la idea de apartheid urbanos, o guetos urbanos, término que también utiliza el autor. Como se señala, son palabras fuertes, pero no excesivas o inapropiadas

para describir la situación de marginación, exclusión y subordinación que conlleva la pobreza extrema.

Como bien afirma Saba, son miles las decisiones gubernamentales que, combinadas y sumadas a evidentes o sutiles prácticas de una enorme cantidad de individuos, terminan generando los factores de perpetuación de la extrema pobreza de millones de sus conciudadanos, y es posible que ni siquiera seamos capaces de identificar con claridad cuáles fueron esos factores. Es importante la forma en que en el trabajo se plantea el vínculo causal estrecho entre esa situación de pobreza estructural y las políticas públicas estatales que abiertamente (por acción u omisión) discriminan a los más pobres, o que generan o mantienen las condiciones estructurales para que esa pobreza no se revierta. El problema de la pobreza extrema no es un accidente de la naturaleza que se pide al Estado que remedie, sino que es provocado por las propias políticas públicas que crean sistemas sociales injustos y discriminatorios. Pese a que el Estado debería guiar sus políticas públicas con el objetivo de remediar la pobreza estructural, con frecuencia las políticas públicas priorizan precisamente a quienes más tienen en la asignación de los recursos públicos. El trabajo enumera otra serie de ejemplos en los que la acción y omisión estatal es determinante para remediar situaciones desiguales, y señala acertadamente que se trata de obligaciones constitucionales, derivadas de la aceptación del principio de igualdad como no sometimiento.

Vale agregar, como una manifestación más de este tipo de enfoque, y de aquel que analiza las causas estructurales de la pobreza estructural, el análisis de los sistemas tributarios –una tendencia que están impulsando cada vez con más fuerza diferentes grupos movilizados por la justicia tributaria– y las políticas de gastos, así como de otras prácticas y políticas que generan, mantienen y profundizan la exclusión, las que deberían ser parte de un estudio más profundo que visibilice el rol del Estado como generador activo y a menudo invisible de las situaciones de opresión. En ese sentido, sería interesante complementar el análisis con los déficits estructurales de nuestros sistemas de representación y sistemas electorales, que sistemáticamente presentan barreras a la participación de los sectores en pobreza extrema, y que favorecen la sobrerepresentación de intereses, preferencias y puntos de vista de quienes cuentan con mayores recursos económicos. A modo de ejemplo, basta recordar las actuales discusiones sobre las iniciativas para permitir aportes empresarios en las campañas electorales.

Es interesante notar que el ejemplo hipotético que da el autor sobre un sistema de premiación a maestros de escuela primaria que conduce a que docentes con mejores cualificaciones se desempeñen en las zonas más aventajadas y quienes se considera que tienen un peor desempeño concurren mayoritariamente a las zonas más pobres no está alejado de la realidad de algunos distritos de Argentina, como por caso, la Ciudad de Buenos Aires.

El autor muestra con impecable línea argumental que el principio de igualdad constitucional implica que las personas que padecen pobreza extrema tienen un derecho constitucional a salir de ella, y el Estado la consiguiente obligación constitucional de tomar todas las medidas necesarias para desmantelar las condiciones que generan la desigualdad estructural que sufre determinado grupo. Señala que ello requiere la implementación de políticas públicas de trato preferente, y regulaciones que generen los incentivos necesarios para modificar prácticas sociales surgidas a partir de relaciones entre particulares. Una manifestación particular de las obligaciones estatales que parece especialmente relevante agregar a las mencionadas en el trabajo, y que resulta instrumental a la exigibilidad de las obligaciones estatales en la materia, es la obligación estatal de producir y dar acceso a información que dé cuenta de los avances y retrocesos en los derechos, información adecuadamente desagregada que permita identificar disparidades geográficas, por condición social y económica, los efectos de las políticas en el nivel de cumplimiento de los derechos, e información muy detallada que de realmente cuenta de las políticas públicas implementadas por el Estado, entre otras. De otra forma, es imposible saber cuál es la situación, y emprender acciones concretas y eficaces para remediar la desigualdad estructural. Otra vez, el ejemplo utilizado en el epílogo para poner de manifiesto como una política aparentemente neutral de asignación de docentes puede tener un efecto discriminatorio, nos recuerda los déficits en la producción de información sobre el tema. En algunos distritos de Argentina, si bien es casi un lugar común escuchar referencias a disparidades generadas por los sistemas de asignación de docentes, no hay información pública que permita documentar adecuadamente la situación.

El autor también hace referencia al importante rol que cabe al poder judicial, que debe llevar adelante procesos jurisdiccionales adecuados y disponer remedios tendientes a revertir o desmantelar aquellas condiciones y prácticas públicas o privadas que conducen a la perpetuación de la des-

ventaja estructural de grupos. Como es evidente, la aplicación del principio de igualdad constitucional a situaciones de pobreza estructural como las descriptas en el epílogo demanda un Poder Judicial consciente de su rol constitucional, esto es, de su obligación de intervenir para ordenar medidas y remedios estructurales eficaces para impulsar reformas a políticas públicas que tienen efectos discriminatorios. Visiones restrictivas sobre el rol del Poder Judicial en la fijación de estándares que deben guiar la formulación y aplicación de políticas públicas en general, y en particular sobre derechos sociales, son a todas luces incompatibles con la acertada interpretación que realiza el libro de nuestro texto constitucional.

Con relación a la aplicación de un escrutinio estricto a las políticas que tienen un efecto dispar sobre personas en condiciones de pobreza, es interesante notar que son muy pocos los casos en los cuáles los tribunales han resuelto planteos basando su decisión en la aplicación de este estándar. Así, hace unos años la Corte Suprema resolvió un caso planteado contra la discriminación por condición social y económica sufrida por usuarios/as de los trenes del ramal ferroviario Sarmiento en comparación con el ramal Mitre, quienes transitan por zonas más favorecidas, sin decir una palabra sobre las disparidades del servicio entre los ramales. La decisión dio la razón a los demandantes, usando exclusivamente argumentos sobre los derechos de los usuarios/as a un servicio adecuado. Si bien no es necesariamente malo que la Corte haya resuelto favorablemente el caso en base a los derechos de los usuarios/as, y haya juzgado innecesario remitirse a la desigualdad, es claro que esa decisión impacta necesariamente sobre el remedio, y es sugerente que un caso claramente planteado como un caso de discriminación haya sido resuelto exclusivamente como un caso tradicional de usuarios y consumidores. Recientemente, la Corte actual rechazó con un 280 el recurso de queja presentado contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad que incorrectamente declaró abstracto un amparo colectivo contra el estado local por la discriminación estructural sufrida por los habitantes de las Villas, en el acceso y calidad de los espacios verdes y plazas. Próximamente, también, el Tribunal Superior de Justicia debe resolver un caso en el que se cuestiona la discriminación estructural sufrida por habitantes de los distrititos escolares más desfavorecidos en el acceso a la educación primaria de jornada completa. A fin de poner de manifiesto los conflictos de interés que me afectan como autora de este comentario, aclaro que como abogada intervine en todos estos casos, presentados por organizaciones de la sociedad civil. De cualquier

modo, creo que ellos contribuyen a demostrar la actualidad y la relevancia del tema abordado en el epílogo, y la necesidad de que sus reflexiones sean profundizadas y complementadas por otros trabajos y autores que generen discusiones y diálogos reflexivos, argumentativos, sobre el tipo de obligaciones y políticas que debe pueden exigirse y a las que se encuentra obligado el Estado. No obstante las numerosas políticas y prácticas discriminatorias hacia las zonas y grupos más pobres, es llamativa la escasa cantidad de casos en los que el Poder Judicial ha intervenido para remediar alguna de esas situaciones haciendo base en el principio de igualdad y no discriminación, y brillan por su ausencia los casos de aplicación de un escrutinio estricto o riguroso sobre políticas y prácticas que tienen un impacto diferencial por la condición social y económica, y también son escasos los análisis doctrinarios sobre el tema.

Este epílogo es un excelente punto de partida que invita a ser complementado con nuevos análisis y reflexiones que nos permitan avanzar hacia una aplicación efectiva del principio constitucional de igualdad y no discriminación para remediar algunas de las graves injusticias a las que allí se aluden.

El libro que comentamos y el concepto de igualdad que allí se defiende contribuyen a pensar mejor la “(des)igualdad”. Queda en claro que no alcanza solo con discutir concepciones de igualdad sino principalmente abrir el debate sobre a quién se aplica ese mandato, cómo se aplica y cuáles son las obligaciones del Estado, y todos sus poderes, respecto del principio de igualdad. Estos aspectos, abordados en el libro de Saba, deben ser tenidos en cuenta si se busca tomarse en serio el mandato de igualdad constitucional.

Borges solía decir que lo que convierte a un libro en un clásico no es tanto la potencia de su prosa –tampoco su elegancia–, ni el tema o el argumento que presenta. Lo que convertía una obra literaria en un clásico –ganando, entonces, el lugar en el podio del tan vapuleado canon literario– es, entre otros rasgos, la capacidad o aptitud de admitir sucesivas, numerosas y hasta contradictorias lecturas a lo largo del tiempo.²⁷ Italo Calvino, por otro lado, solía representar a los clásicos como aquellos libros que, a pesar de vanos esfuerzos, nunca son indiferentes al lector.

27. BORGES, J. L., “Sobre los clásicos”, en BORGES, J. L., *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1952.

La obra que comentamos, entendemos, tiene la aptitud de convertirse en un clásico en la literatura jurídica sobre el principio de igualdad en nuestra comunidad política. Hoy, podemos decir por ahora, podemos presentarlo como un texto indispensable. Lo demás, es pura una especulación, es cierto; pero creemos que el lector podrá apreciar cuán atinada –o exagerada– es esta hipótesis.

BIBLIOGRAFIA

- BERNAL PULIDO, Carlos, "La ponderacion de la igualdad", en BEADE, Gustavo y CLÉRICO, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado, 2011.
- BORGES, Jorge L., "Sobre los clásicos", en BORGES, Jorge L., *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1952.
- CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín (coord.), *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- DUBET, François, *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- FISS, Owen, "Grupos y Cláusula de igual protección", en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- FRASER, Nancy, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.
- , *El feminismo del 99% y la era Trump*, consultado en [<http://www.laizquierdadiario.com/Nancy-Fraser-el-feminismo-del-99-y-la-era-Trump>].
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995.