

Pobreza, derechos y desigualdad estructural

Roberto Saba



3

Colección Equidad de género y democracia



México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal.

Pobreza, derechos y desigualdad estructural / Roberto Saba / Colección Equidad de género y democracia, vol. 3; – México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012.

60 p.

ISBN de colección: 978-607-7989-15-8

ISBN: 978-607-7989-58-5

1. Pobreza 2. Derechos 3. No-discriminación

D.R. © 2012

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pino Suárez 2, colonia Centro,
delegación Cuauhtémoc, 06065, México, D. F.
www.equidad.scjn.gob.mx

D.R. © 2012

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Carlota Armero 5000, colonia CTM Culhuacán,
delegación Coyoacán, 04480, México, D. F.
www.genero.te.gob.mx

D.R. © 2012

Instituto Electoral del Distrito Federal

Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica
Huizaches 25, colonia Rancho Los Colorines,
delegación Tlalpan, 14386, México, D. F.
www.iedf.org.mx

Coordinación de la edición: Mónica Maccise Duahye y María Guadalupe Adriana Ortega Ortiz,
Programa de Equidad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Diseño: Ricardo Vázquez Ortega, analista diseñador

Formación: José Luis Guerrero, analista diseñador

Corrección de estilo: María Teresa Sánchez Hermosillo, analista correctora de estilo

Autor: Roberto Saba

Primera edición, diciembre de 2012

ISBN: 978-607-7989-15-8 (Colección)

ISBN: 978-607-7989-58-5

Impreso y hecho en México

Lo expresado en esta obra es responsabilidad exclusiva del autor.

Ejemplar de distribución gratuita, prohibida su venta.

ISBN para versión electrónica: 978-607-7989-65-3

Pobreza, derechos y desigualdad estructural



Roberto Saba

3

—>>> Índice <<<—

Introducción	7
Castas, Desigualdad Estructural y la Igualdad como no-sometimiento	13
Las dos concepciones de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	36
Pobreza y Casta	45
Pobreza Estructural	46
Bibliografía.....	56
El autor.....	59

—>>> Introducción* <<<—

EL LENGUAJE DE LOS derechos es sumamente poderoso. Ser titular de un derecho equivale a poseer una carta de triunfo capaz de derrotar la voluntad de la más abrumadora mayoría alineada detrás de una política pública o de una decisión legislativa.¹

Los escandalosos índices de pobreza que campean en América Latina y el Caribe han llevado a juristas, cientistas políticos y economistas, así como a organismos multilaterales de desarrollo, a establecer un vínculo entre aquellos índices y la afectación de derechos reconocidos en constituciones y tratados internacionales.

En este sentido, es posible identificar al menos tres grandes bloques de argumentos tendientes a poner en evidencia la relación entre pobreza y derechos. En primer lugar, se puede mencionar posturas que conectan la condición de *ser pobre* con la imposibilidad de desarrollar un plan de vida autónomo.

¹El autor desea agradecer a Mónica Maccise Duayhe y Adriana Ortega Ortiz, cuyos agudos comentarios a versiones preliminares de este ensayo le permitieron enriquecerlo y repensarlo.

¹Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

En segundo término, existe una perspectiva que relaciona la pobreza con la incapacidad para satisfacer necesidades básicas tales como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda. En tercer lugar, es posible individualizar una posición que asocia la pobreza con una injusta distribución de la riqueza. Estas tres formas de entender el fenómeno de la pobreza creen encontrar en el reconocimiento de diferentes derechos los argumentos necesarios para exigir cambios en las políticas públicas, y se relacionan con diferentes modos de entender cuáles son las obligaciones estatales respecto de aquellas personas que se encuentran en condición de pobreza.

De este modo, aquellos que relacionan la pobreza con la consiguiente limitación inadmisibles de la autonomía personal o la libertad individual requerirán del Estado acciones tendientes a evitar o compensar esa pérdida de autonomía. Propuestas tales como la asignación de un monto de dinero a cada individuo desde su infancia y hasta la mayoría de edad a modo de dar a todos las mismas oportunidades de desarrollar su

autonomía, se inscriben en esta primera postura. Por su parte, aquellos que consideran que la pobreza es un obstáculo central para el acceso a ciertos bienes o servicios básicos ven en los derechos sociales el fundamento más eficaz para exigir al Estado el aseguramiento de ese acceso a la salud, la vivienda, la educación o la alimentación básicas. Escuelas públicas gratuitas, proyectos de viviendas sociales, servicio de salud gratuito y programas de subsidios a la compra de alimentos, por ejemplo, son modos posibles de asegurar, desde el Estado, esos derechos cuyo ejercicio les estaría vedado a los más pobres. Finalmente, aquellos que consideran injusta la enorme distancia que existe en América Latina entre los que más tienen y los que menos tienen encuentran en la igualdad el fundamento de sus reclamos a favor de una mejor distribución de la riqueza.

Las tres perspectivas del problema de la pobreza, su relación con los derechos humanos y las vías para lograr el efectivo respeto y ejercicio de estos últimos son correctas y tienen mucho sentido en regiones como América Latina. Poco asidero tendría afirmar que las personas que habitan sus países son libres y autónomas, capaces de diseñar sus planes de vida, si carecen de la posibilidad de concretar el más conservador de los sueños o el menos ambicioso de esos planes. La inexistencia de obstácu-

los formales, como, por ejemplo, los legales, para diseñar e implementar un plan de vida no es suficiente para que una persona ejerza su autonomía. Por ese motivo, es clara la necesidad de articular argumentos tendientes a justificar intervenciones activas del Estado para asegurar esa autonomía y no sólo requerir la inacción de éste de modo que no se interponga entre la voluntad de una persona y la efectiva posibilidad de desarrollar su plan de vida.

También es cierto que la condición de pobreza impide a una enorme cantidad de personas en América Latina acceder a los bienes y servicios más básicos para el desarrollo de una vida digna y de la propia autonomía. De hecho, fue esa convicción la que llevó al reconocimiento legal, constitucional y en derecho internacional de los denominados derechos económicos y sociales. Más allá de las posiciones ideológicas que se abracen, existe un consenso generalizado de todo el espectro ideológico, de derecha a izquierda, respecto de la necesidad de reducir los escandalosos índices de pobreza en la región. El pensamiento más conservador o de derecha propone generalmente lograrlo por medio de políticas de liberalización de la economía que aspiran a que una vez que aumente la riqueza total de una nación, ella se “derrame” sobre los que menos tienen por medio, por ejemplo, de la generación de

empleo. La izquierda, por su parte, aspira a alcanzar la meta por medio de una expansión del Estado de Bienestar. Ambos proyectos parecen centrar su atención en la necesidad de desarrollar políticas económicas que reduzcan la cantidad de pobres por una u otra vía.

Sin embargo, mientras las posiciones más libertarias no vinculan esas políticas con el reconocimiento de derechos, las posiciones de tendencia socialdemócrata atan la implementación de políticas anti-pobreza con la necesidad de que el Estado asegure el ejercicio de los denominados derechos sociales.² Hoy ya son múltiples las constituciones de la región, así como los tratados internacionales que casi todas las naciones de América Latina han suscrito, que reconocen estos derechos. Por ello, no se encuentra hoy en debate la existencia o el reconocimiento de estos derechos, sino la modalidad del deber de efectivo cumplimiento de los Estados en el sentido de si éstos deben asegurar su ejercicio inmediatamente o en forma progresiva.³ También, y en relación con ese debate, existen grandes tensiones entre los poderes políticos y quienes imparten justicia debido a que no termina de conformarse una teoría clara

del control judicial de constitucionalidad que permita delimitar cuál es el alcance y los efectos de un reclamo por esos derechos ante los tribunales.⁴ Estos dos debates, el referido a la modalidad de cumplimiento de las obligaciones del Estado y el relacionado con el rol que deben tener los tribunales frente al incumplimiento, afectan el modo en que se entiende o debería entenderse el vínculo que existe, o debería existir, entre las políticas que buscan reducir la pobreza y el reconocimiento de algunos derechos en parte de nuestras constituciones y los tratados internacionales.

En suma, el vínculo entre pobreza y derechos se establece, generalmente, en la literatura, el discurso político y en algunas pocas decisiones judiciales, en torno al supuesto de que para terminar con la primera es necesario responder al imperativo de acceder a niveles mínimos de alimentación, vivienda, educación e, incluso, trabajo. Los derechos económicos y sociales, reconocidos en varias constituciones de América Latina y en tratados internacionales suscritos por la mayoría de los países de la región, como por ejemplo la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, reflejan aquel imperativo, cuya justificación es obje-

²Ludolfo Paramio, *La socialdemocracia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2010, p. 37.

³Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

⁴*Idem.*

to de debate. Por un lado, hay quienes los fundan en su carácter instrumental para poder acceder a otros derechos,⁵ mientras que, por otra parte, hay quienes los justifican en su valor intrínseco como parte de una noción expandida de libertad y autonomía.⁶ También existen teorías que al considerar insuficientes o poco convincentes ambos enfoques, proponen una tesis según la cual los derechos económicos y sociales se justifican en el concepto de autonomía social.⁷

Por último, para muchos resulta sumamente injusto que mientras algunas pocas personas poseen grandes riquezas, la mayoría abrumadora de la población carece de los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades más básicas. Esta noción de injusticia se asocia generalmente a un tipo de desigualdad económica que también busca respaldo en el lenguaje de los derechos humanos. América Latina, en este sentido, es la región más desigual del planeta, y ello parece exigir acciones estatales tendientes a reducir esa brecha entre los más ricos y los más pobres. La situación ha mejorado en la última década o década

y media en la mayoría de estos países,⁸ pero los números siguen siendo la expresión de una situación dramática para millones de personas, incluso cuando muchos de estos países han experimentado en los últimos lustros crecimientos sumamente inusuales en el resto del mundo y en forma sostenida. Por otra parte, el crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) no ha encontrado como correlato en los países de la región una mejor distribución de la riqueza creciente. El GINI, índice que muestra la distancia que existe entre aquellos que más tienen y los que menos tienen, no solo no arroja el dato de una reducción de esa brecha, sino de una expansión de la misma.⁹

Si bien estas tres posturas –la de la expansión de la autonomía, la de la protección de los derechos sociales y la de la concreción de la justicia social– se apoyan en argumentos y datos sólidos, se considera que ellas soslayan, o al menos no asignan el énfasis que se considera necesario, a una consecuencia fundamental y altamente perni-

⁵Ver Regina Kreide, “Neglected Injustice: Poverty as a Violation of Social Autonomy”, en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?* Oxford University Press, 2007, p. 159.

⁶*Idem*, pp. 160-161.

⁷*Idem*, pp. 162-165.

⁸Paul Krugman, “Putting the GINI back in the bottle”, en *The New York Times*, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2012/04/11/putting-the-gini-back-in-the-bottle/>. Ver también Cornia, Giovanni Andrea, *WP/09 Inequality Trends and their Determinants: Latin America over 1990-2010*, United Nations University, Enero de 2012, en http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/2012/en_GB/wp2012-009/.

⁹Ver Marcelo Alegre, “Extreme Poverty and Extreme Wealth: What Justice Demands Today”, en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, Oxford University Press, 2007, p. 237.

cosa de una clase particular de pobreza que tiene relación con un tipo de trato desigual que se opone al reconocimiento del derecho a la igualdad de trato que todas las constituciones de la región, así como el derecho internacional suscrito por la mayoría de los países de esa parte del planeta, reconocen. Se alude al modo en que la pobreza puede ser la causa de la generación de un sistema de castas repugnante a cierta noción de igualdad que se denominará igualdad como no-sometimiento. En este sentido, este ensayo no pretende proponer una teoría alternativa a las mencionadas respecto de la relación entre pobreza y derechos, sino un enfoque diferente que, en principio, no es contradictorio con ninguna de ellas, sino que se encuentra fundado en un aspecto que las aproximaciones mencionadas parecen soslayar: la obligación constitucional y del derecho internacional de que los Estados y los particulares honren el principio de igualdad y, específicamente, la noción de igualdad que la caracteriza como asociada al principio de no-sometimiento, en lugar de aquella que la construye como correlato del ideal de no-discriminación.¹⁰

¹⁰Roberto Saba, "(Des)igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Ver también Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84

Es cierto que es posible, y frecuente, articular una justificación de los derechos económicos y sociales fundada en cierta idea de igualdad, en el sentido de que todas las personas, en virtud del derecho a recibir niveles mínimos e imprescindibles de alimentación, educación, vivienda, salud y trabajo, deben ser tratadas como iguales respecto de poder *efectivamente* acceder a esos bienes, lo cual genera obligaciones positivas por parte del Estado.¹¹ Sin embargo, esta noción de igualdad como piso mínimo de ingresos o de satisfacción de necesidades básicas margina un elemento que está presente en la noción de igualdad entendida como no-sometimiento y que implica que ninguna persona, por pertenecer a un cierto grupo o clase, puede recibir un trato peor que el que reciben otras personas o el resto de la comunidad política, pues ese trato implica una situación de sometimiento del grupo afectado que es incompatible con el imperativo de la igualdad que exige una democracia liberal.¹²

Se entiende que esta idea de igualdad aporta un argumento potente respecto al derecho que tienen las personas a no sufrir los efectos de *ser pobres en un sentido*

¹¹Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

¹²Roberto Saba, "(Des)igualdad estructural", *op. cit.* Ver también Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *op.cit.* p. 84.

estructural y, en consecuencia, justifica la demanda de obligaciones estatales respecto de aquellos que se encuentran en esa situación para sacarlos de ella desmantelando las condiciones que los colocaron en esa posición en primer lugar. A diferencia de la noción de derechos económicos y sociales como instrumentos para el goce de otros derechos, fundar el reclamo dirigido al Estado en el compromiso de la comunidad política con la igualdad como no-sometimiento, convierte esa demanda en un valor en sí mismo y no en un medio para lograr otros fines. El problema de instrumentalizar la demanda por el acceso al goce de ciertos bienes como los vinculados con los derechos económicos y sociales que ella se ve debilitada por argumentos que demuestren la falta de relación entre ellos y los fines buscados o la existencia de otros instrumentos supuestamente más eficaces, como políticas “solidarias” o subsidios entendidos como dádivas y no como derechos valiosos en sí mismos. Por otro lado, a diferencia de la noción de los derechos económicos y sociales como expresión de una concepción expandida de libertad, la fundamentación del carácter compulsivo de las obligaciones estatales de acción sobre las condiciones que generan una casta

de pobres estructurales ofrece, a la vez, un tipo de obligación ineludible y un límite a esa obligación, estableciendo una distinción entre los deberes del Estado respecto de pobres estructurales y respecto de aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza no estructural.

En síntesis, la propuesta de este ensayo consiste en ofrecer una fundamentación basada en la noción de igualdad estructural para establecer la existencia de derechos por parte de aquellas personas que se encuentran en situación de pobreza estructural, a la vez que aspira a justificar la existencia de obligaciones por parte del Estado respecto de esas personas. Para ello, se articularán, en primer lugar, las características distintivas del concepto de desigualdad estructural o de igualdad como–no sometimiento. Luego, se definirá aquello que se denomina pobreza estructural y sus manifestaciones. Finalmente, se señalará qué tipo de obligaciones tiene el Estado como producto de esa concepción de igualdad al diseñar políticas públicas, así como el tipo de decisiones que quienes imparten justicia podrían adoptar al ejercer el control de constitucionalidad en situaciones de desigualdad estructural provocada por condiciones de pobreza estructural.

—>>> Castas, Desigualdad Estructural <<<— y la Igualdad como no-sometimiento*

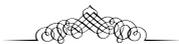
DISCRIMINAR ES HACER distinciones.¹³ Es trazar una línea que permite distinguir gru-

*Esta sección reproduce, en parte, los argumentos que ya desarrollé en Roberto Saba, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

¹³La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre “distinguir” y “discriminar”. Respecto del primero, señala que “se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará (...) para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable (...). La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas (...) una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho (...) no sólo debe buscar un fin legítimo (...) el art. 14 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo (...) no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente (...). De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, puntos 82 al 96. Esta diferencia entre “distinguir” y “discriminar”, pese a que el uso de las palabras es diferente, no se distingue de la que aquí se propone pese a que creo que discriminar es siempre hacer distinciones.

pos de personas a las que se tratará de un modo diferente en función de algún criterio. Ese criterio, que determina por dónde pasa la línea clasificatoria, puede ser una conducta (como las diferencias en el trato que establece el Código Penal entre personas que cometen delitos y aquellas que no, con miras a aplicar sanciones a las primeras y no a las segundas), una capacidad o habilidad (saber manejar un vehículo nos hace merecedores de una licencia de conducir, mientras que aquellos que no posean esa habilidad o conocimiento no obtendrán el permiso), o un rasgo de la personalidad (ser simpático para la audiencia televisiva nos puede hacer elegibles para conducir el noticiero del canal estatal, mientras otras personas que no posean esa cualidad no lo lograrán).

Nadie objeta que el Estado tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente basándose en algunos criterios, categorías o requisitos. Como sucede con toda facultad legalmente reconocida, el Estado debe respetar ciertos límites en el ejercicio de su poder para trazar esas



“Todas las personas son iguales
ante la ley. En consecuencia,
tienen derecho, sin
discriminación, a igual
protección de la ley”



Líneas que justifican los tratos diferenciados prescritos por la ley, producto de prácticas del gobierno o de prácticas y acciones de los particulares reguladas (permitidas o prohibidas) desde el poder estatal. Detectar por qué la distinción que hace el Estado en un caso concreto es un trato diferente constitucionalmente prohibido es una tarea compleja, sobre todo cuando las normas constitucionales o de derecho internacional que establecen la protección de la igualdad ante la ley se expresan en un lenguaje abierto, como sucede por ejemplo, con el artículo 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* cuando establece que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. También es posible ver este tipo de lenguaje impreciso que exige una necesaria interpretación normativa en la Constitu-

ción Política de México cuando establece, en su artículo 1°, según la reforma de junio de 2011: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. En el mismo sentido, el artículo 4° establece que “El varón y la mujer son iguales ante la ley”.¹⁴

Esta inevitable indeterminación radical del texto normativo¹⁵ requiere ser precisada por medio de su interpretación para que la norma que él expresa pueda ser aplicada. Algunos tribunales y autores han interpretado que el principio de igualdad se asocia al rechazo de tratos arbitrarios, por lo que se exige que el criterio escogido por el Estado para hacer distinciones válidas, o constitucionales (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), guarde una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa

¹⁴ Ver Josefa Montalvo Romero, “Igualdad laboral y no discriminación en el contexto mexicano”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL (2007) 229-242, p. 232

¹⁵ Sobre la idea del concepto de indeterminación radical del texto normativo ver Carlos Nino, *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 30 y ss.

acción o al establecer la regulación. En otras palabras, este enfoque coloca como *principio intermediario*¹⁶ rector entre el texto constitucional y la interpretación judicial al principio de igualdad como no-discriminación, entendido como la exigencia de que los tratos diferentes, para ser consistente con el principio de igualdad, deben ser *razonables* o *no arbitrarios*.¹⁷

El principio de no-discriminación entiende que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de *funcionalidad*.¹⁸ En este sentido, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya postura ha sido breve y agudamente presentada por los ministros y la ministra que articularon su voto mino-

ritario en el amparo de revisión 543/2003, interpuesto en contra del artículo 68 de la *Ley General de Población*:

“A los efectos de realizar el control de constitucionalidad de las leyes en casos en los que se planteen cuestiones de igualdad, por lo tanto, lo esencial es explicitar sobre la base de qué criterios y con qué fines deben considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones. Sólo así será posible marcar la necesaria diferencia entre las distinciones que son constitucionalmente legítimas y aquellas ilegítimas que caen dentro de la prohibición de discriminación establecida de modo específico en el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución. Esta Suprema Corte, ante un caso en el que la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario,

¹⁶Un “principio intermediario”, concepto acuñado por el profesor Owen Fiss, es aquel que se yergue entre los jueces que deben aplicar la Constitución y el texto constitucional, a fin de dar significado y contenido al ideal establecido en ese texto. Ver Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84. Ver también, Roberto Saba, “Desigualdad estructural”, op. Cit.

¹⁷Ver Josefa Montalvo Romero, op. cit., p. 231. Ver también José Luis Soberanes Fernández, “Igualdad, Discriminación y Tolerancia en México”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 22, Enero-Junio, 2010, p. 262.

¹⁸Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 18.



El principio de no-discriminación entiende que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines



constituye una ‘discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas’”.¹⁹

El voto de la minoría en este caso, recogiendo la añeja jurisprudencia de la Suprema Corte, propone determinar, primero, si la distinción que hizo el legislador obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. Segundo, si medió racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador, es decir, si la distinción es un medio apto para alcanzar el fin u objetivo pretendido por el legislador. Tercero, que se cumple el requisito de proporcionalidad de la medida legislativa bajo examen. Cuarto y último, determinar respecto a qué se está predicando la igualdad o la desigualdad en el caso concreto, pues, como dice el voto, “la igualdad es siempre un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo. La igualdad o la desigualdad, en otras pa-

¹⁹ Voto en minoría de los ministros de la Corte Suprema de México, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Gudiño Pelayo y Margarita Beatriz Luna Ramos, en relación con el Amparo de Revisión 543/2003, contra del artículo 68 de la Ley General de Población.

labras, se predica siempre de algo, y este referente es relevante a la hora de realizar el control de constitucionalidad de las leyes”.²⁰

El problema es que el principio de no discriminación, que asocia el ideal de la igualdad con el del trato no arbitrario, no refleja correctamente la aspiración igualitaria de la mayoría de las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos que establecen el derecho a la igualdad ante la ley, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.”²¹ La idea de igualdad como razonabilidad ha sido criticada, por ejemplo, por quienes, dentro de la doctrina jurídica mexicana, reclaman algo más que una actitud pasiva y no arbitraria del Estado que pueda justificar, por ejemplo, acciones afirmativas.²²

El principio de no discriminación y el principio de razonabilidad que lleva implícito, entendido como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no considera relevante tomar en cuenta la situación que afecta *de hecho* a

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Artículo 75.23 de la Constitución Nacional Argentina incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.

²² Nuria González, “El principio de Igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos Fundamentales y Estado*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, IIJ-UNAM, México 2002, p. 385.

aquellas personas que forman parte de ciertos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria o de calidad superior, o de los servicios públicos más básicos por el solo hecho de ser miembros de ese grupo. Dicho en otras palabras, el principio de no discriminación (o de razonabilidad, o de relación medio-fin) lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural) de algunos grupos. Si no se dan estas condiciones, el principio de no discriminación “llega tarde” y puede ser un excelente instrumento, a menudo utilizado sin conciencia de sus efectos, para la perpetuación y reforzamiento de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural. El siguiente ejemplo grafica lo que señalo:

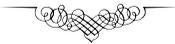
En los Estados Unidos, en la década de los setenta, con el fin de evitar una exten-

didá práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas municipales, las audiciones en las que se probaban a los postulantes para formar parte de ellas, se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato o candidata de los miembros del jurado examinador. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no se pudiera deducir el sexo de la persona sometida a prueba por el sonido de sus pasos provocado por el tipo de zapatos que se llevara. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia externa de la persona, todas ellas características irrelevantes para la selección de que se trataba (sólo sería relevante tener la habilidad necesaria para ejecu-

tar un instrumento musical), se encontraban completamente detrás del “velo de ignorancia” –casi sin metáforas– del comité examinador, de modo que la decisión de contratar a una de esas personas estuviera basada solamente en la calidad del sonido emitido por el instrumento ejecutado. Según Robert Post, “el músico se convertía en un instrumento perfectamente descor-



**El principio de
no-discriminación es
relevante sólo si se
presumen ciertas
condiciones de igualdad
de oportunidades y
no-sometimiento de
algunos grupos**



porizado (*disembodied*)”.²³ Este sistema de selección, absolutamente ciego de las diferencias entre las personas que no fueran relevantes para la selección de que se trata (la raza, la nacionalidad, el sexo, la religión, la apariencia física, la condición social, etc), resulta ser el método correcto de selección de acuerdo con las exigencias del principio de igualdad como no discriminación. La línea que se traza repartiendo a las personas a uno u otro lado de ella es aquella que aísla la única característica relevante en este caso para justificar un trato diferente: la idoneidad como ejecutor o ejecutora de un instrumento musical.

El objeto de las normas protectoras de la igualdad, entendida como garantía contra la arbitrariedad del Estado y desde una interpretación individualista de las cláusulas constitucionales protectoras de la igualdad, como podrían ser los artículos 1º y 4º de la Constitución mexicana, es el de intentar construir desde el derecho el mismo tipo de panel opaco, pero normativo y virtual, entre el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el Estado o un particular (sometido a regulaciones estatales),

y el sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger. De este modo, se busca evitar el prejuicio y la selección de personas sobre la base de criterios ajenos a los estrictamente funcionales. El principio de no discriminación (construido sobre el estándar de razonabilidad) se funda en la idea de que la ignorancia o la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación aseguran neutralidad en la toma de decisiones. La misma idea de un derecho ciego a las diferencias, imagen que se asocia a la idea de una justicia ciega canónicamente representada como una mujer con sus ojos vendados, se apoya sobre esta noción de razonabilidad y perfecta relación de medio y fin.²⁴ La mampara opaca del ejemplo es el símbolo de la ignorancia de las diferencias irrelevantes y de la carencia de prejuicios que permite evaluar a los candidatos y candidatas sólo sobre la base de sus aptitudes como ejecutores de instrumentos musicales. Como sostiene Post, cada postulante “es como si fuera un instrumento en sí mismo”.²⁵ En un mundo ideal, este modo de seleccionar miembros de una orquesta,

²³El ejemplo es ofrecido por Robert Post en Robert Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 18-19. La traducción es mía. Ver también “American Orchestras: All Ears”, *The Economist*, 30 de Noviembre de 1996, p. 89.

²⁴Ver Martin Jay, “Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law”, en *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Costas Douzinas and Lynda Nead (eds.), The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 19.

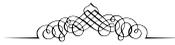
²⁵Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, *op. cit.* p. 18.

permitiría elegir a los/las mejores músicos sin resultar influenciados por prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, mujeres o afroamericanos, que correspondían a grupos históricamente ausentes de estas orquestas municipales en los Estados Unidos, y de muchos otros ámbitos de la vida social, económica, cultural y política de ese país. El jurado debe ser completamente ciego o ignorante respecto de las diferencias que sean irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, la selección aparentemente neutral y desprejuiciada, fundada en el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega, y por lo tanto no neutral, respecto del tipo de personas que se presentan como postulantes para formar parte de la orquesta.

Supóngase que debido a ciertas condiciones y prácticas sociales, las mujeres no se presentaran a este concurso para cubrir puestos vacantes en la orquesta. Esto es perfectamente imaginable si se piensa que algunas sociedades asignan cultural e informalmente a las mujeres un rol social que se limita, por ejemplo, a las actividades domésticas. Presúmase que dado el hecho de que la mayoría de las orquestas,

hasta el momento, no cuentan con mujeres, éstas pueden bien pensar que, incluso en el caso de ser aceptadas, su situación dentro de la orquesta no sería sencilla, debiendo enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos mientras ejecutan sus obligaciones. Supóngase que algo de esto sucediera y que los postulantes para los puestos vacantes en la orquesta, aquellos cuyos rostros no son vistos por los jurados ubicados detrás de la mampara opaca, fueran todos varones. En este caso, resulta difícil afirmar, sin algún grado (importante) de duda, que esa selección ha sido totalmente neutral. Quizá fue neutral por no haber mediado acción o intención de desplazar a postulantes pertenecientes a ciertos grupos como

el de las mujeres, pero no fue neutral en el sentido de que se *omitieron* tomar medidas paliativas de una situación de segregación estructural que impidió que existieran postulantes mujeres. Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, no parece ser *absolutamente* irrelevante el *dato* de quiénes llegan a participar de la instancia de selección detrás del “velo de ignorancia” del jurado. Esta crítica a la concepción de la igualdad como no discriminación se



La discriminación indirecta se refiere a situaciones aparentemente neutrales



apoya en un argumento similar al que conduce a Kurczyn Villalobos a articular el concepto que ella denomina “discriminación indirecta” y que se refiere “a situaciones aparentemente neutrales, a regulaciones o prácticas que tienen por resultado el tratamiento desigual de personas con ciertas características”.²⁶

Existe otra forma de entender el mandato constitucional de evitar tratos desiguales y ella se refiere a la idea de igualdad como no-sometimiento o no exclusión. Para esta visión de la igualdad, lo que sucede *de hecho* antes del momento de la selección ciega es un dato para nada irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia, contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley (entendido como contrario al sometimiento de un grupo por otro).²⁷ Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando,

²⁶ Patricia Kurczyn Villalobos, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVIII legislatura-UNAM, 2a. ed., México 2001, p. 43.

²⁷ Sobre una idea similar, crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males “más profundos” como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1990. Ver especialmente el Capítulo 7, “Affirmative Action and the Myth of Merit”, pp. 192-225.

por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en las orquestas, no sólo no sería contrario al principio de igualdad como no-sometimiento, sino que sería requerido por éste, mientras que ello resultaría muy probablemente inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. Con aparente paradoja, “ser mujer” sería un criterio insostenible para hacer distinciones y desplazarlas del acceso a ciertas (o a todas las) actividades, como el empleo, al tiempo que sería relevante –y constitucionalmente requerido– para brindarles un trato privilegiado justificado con el propósito de garantizar su acceso a esas mismas actividades²⁸. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio no puede ser utilizado para perpetuar situaciones de exclusión y sí debe ser usado para revertirlas y desmantelarlas.

La función regulatoria del Estado, así como el desarrollo de algunas de sus facultades, como por ejemplo la de contratar personal para su planta de empleados, requiere hacer distinciones entre las personas. Esas distinciones se hacen sobre la base de criterios o categorías que identifican grupos de personas con características

²⁸ Ruth B. Ginsburg, *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p. 89.

comunes. El principio de no discriminación limita la discrecionalidad del Estado para hacer esas diferencias y tiende a evitar su arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades. Según Owen Fiss, el principio de no discriminación se construye en tres pasos.

En primer lugar, reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato (“las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar”).²⁹ La Corte Suprema argentina, por citar sólo un ejemplo en la región, ha seguido en este punto la tradición interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*³⁰ (1920), cuando sostuvo que “la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo”.³¹ La interpretación que la Suprema Corte de Justicia mexicana lleva a cabo de los artículos 1° y 4° de la Constitución de este país se inscribe en la misma tradición, según se vio más arriba.

En segundo término, según Fiss, el principio de no discriminación exige considerar como un hecho aceptable que el Estado haga distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente de cómo trata a otras. Por ejemplo, continúa, el menos controvertido de los Códigos Penales establece distinciones entre las personas sobre la base de sus diferentes conductas.³² De este modo, resulta inevitable e, incluso, justo trazar líneas que permitan hacer estas distinciones. La finalidad del principio de no discriminación es identificar qué líneas o distinciones son permisibles. Las únicas distinciones prohibidas, de acuerdo con este principio, son las arbitrarias.³³

El tercer paso está dado por el método que se debe seguir para determinar cuándo la distinción es arbitraria, dado que ello no surge explícitamente de la cláusula que establece la protección de la igualdad en la Constitución. El método tiene dos fases *a)* la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada,³⁴ y *b)* considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona

²⁹Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *op. cit.*, p. 86.

³⁰*Ibid.*

³¹En el caso de México, por ejemplo, los factores prohibidos de discriminación están descritos de manera enunciativa y no limitativa en el artículo 1° constitucional.

²⁹Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *op. cit.*, p. 85.

³⁰253 U.S. 412

³¹La traducción es mía.



Existen dos modos que el medio puede no ajustarle al fin: el sobreinclusivo o subinclusivo



con el fin o propósito que persigue el Estado.³⁵ La selección de empleados de la administración pública nacional sobre la base de la raza de las personas, por ejemplo, sería una distinción arbitraria y, por lo tanto, inadmisibles, a la luz de las cláusulas de igualdad ante la ley incluidas en constituciones nacionales como la argentina y la mexicana interpretadas mediante el principio de no discriminación.

Por otro lado, para completar el panorama, Tussman y tenBroek han señalado que la relación entre medio y fin no es siempre tan clara como para dar lugar a una opción dicotómica, es decir, si hay una relación entre el medio y el fin, o si no la hay. La cuestión no se reduce a si el medio está relacionado con el fin o si no lo está, sino que la interrogante es *en qué medida* el medio (o el criterio escogido) está relacionado con el fin o propósito del Estado. Los autores mencionados explican que dado un cierto propósito estatal, existen dos

modos en los que el medio puede no ajustarse al fin (que sea *ill-fit* o desajustado): o bien que sea sobreinclusivo (abarcando más personas de las necesarias dentro del grupo que recibe el trato diferente), o bien subinclusivo (alcanzando con la distinción en el trato a menos personas que las que correspondería).³⁶ Un ejemplo de categoría sobreinclusiva sería la de aislar geográficamente a todos los japoneses que vivían en los Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial porque se tenía evidencia de que algunos de ellos eran espías que tramaban una conspiración contra los Estados Unidos en beneficio de su país de origen, en guerra con su país de residencia. Un ejemplo de subinclusión estaría dado, en el mismo caso, por no ordenar el aislamiento de los alemanes en una situación y contexto similares. En estos casos, el juez debe, por un lado, determinar cuál es el criterio escogido para hacer la distinción. Luego, es preciso que establezca cuál es el propósito de la regulación o de la decisión. Una vez logrado esto, debe determinar la legitimidad del propósito y, finalmente, debe establecer si existe una relación de funcionalidad entre el criterio y el propósito. Sin embargo, como esa relación no responde a una opción dicotómica, será necesario saber si, en caso

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Tussman y tenBroek, "The Equal Protection of the Laws", en 37 *Calif. L. Rev.* 341 (1949).

que no haya una perfecta y directa relación entre el criterio y el propósito, el criterio fue sobre o subinclusivo y en qué medida, pues, como se verá más adelante, no en todos los casos de desajuste habrá una arbitrariedad tal que invalide la clasificación. En ciertos casos en los que la arbitrariedad no sea palmaria o que se den otros requisitos, se podrá permitir algún nivel de desajuste (*ill-fitness*) y, por lo tanto, de arbitrariedad, por ejemplo, si la distinción que hace el Estado para entregar licencias de conducir se basa en el requisito de aprobar un examen de manejo de automóviles y resulta que el examen es demasiado sencillo, de modo de que algunas personas que no saben conducir muy bien igual acceden a la licencia. Si el criterio escogido para realizar el trato diferente es “sospechoso”, estos autores no toleran ningún grado de desajuste, a menos que el Estado demuestre un interés perentorio que desplace a la presunción de arbitrariedad. He aquí la relevancia de determinar qué hace a una categoría sospechosa.

Ahora bien, si el ajuste (*fit*) entre el medio y el fin no es perfecto, y existe una gradación de posibilidades que van de un ajuste paupérrimo a uno óptimo, no siendo todas esas posibilidades inválidas (algún nivel de sub o sobreinclusión sería, como se vio, tolerable en este tipo de casos), la cuestión a determinar será cuál es el es-

tándar que permitirá establecer que un cierto desajuste es tan grave que hace al criterio inválido y, por este motivo, catalogar su elección de arbitraria y, por lo tanto, inválida, o que no es lo suficientemente grave (la relación medio-fin no es perfecta pero es tolerable) y por lo tanto constitucionalmente correcta. En este punto, es donde la Corte Suprema de los Estados Unidos genera los estándares de “categoría sospechosa” (como la raza) y “derecho fundamental” (como el voto) con el fin de presumir inconstitucional algunas distinciones en las que no sería tolerable un ajuste imperfecto de medio a fin (a menos que el Estado demuestre su interés urgente). Al contrario de lo que sucede con el “escrutinio mínimo” o el estándar de “mera racionalidad”, según los cuales los niveles de sub y sobreinclusión tolerables son muy altos, en los casos de la categoría sospechosa y del derecho fundamental el ajuste del medio al fin debe ser el máximo. De este modo, cualquier nivel de sub o



La relación medio-fin no es perfecta pero es tolerable y es constitucionalmente correcta



sobreinclusión “evitable” sería inadmisibles. El rasgo de “evitable” establecido por la Corte de los Estados Unidos le deja al Estado una ventana de trato arbitrario justificado en casos de categorías sospechosas o de derechos fundamentales afectados cuando no hay otro modo de lograr el propósito buscado que no sea a través del recurso a un criterio que no se ajuste perfectamente al propósito,³⁷ que es el interés estatal urgente que el gobierno alegó en *Korematsu* sobre la base de que a través del arresto y reclusión de todos los descendientes de japoneses se evitaba posibles atentados contra la seguridad nacional llevados a cabo por miembros de esa comunidad supuestamente colaboracionistas con el Imperio japonés (existen grandes dudas acerca de la verdad de esa amenaza e, incluso, hoy muchos historiadores coinciden en que ésta no existió).³⁸

³⁷Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *op. cit.*, pp. 90-91.

³⁸Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law*, Quinta Edición, University Casebook Series, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 310.

La mayoría de los ordenamientos constitucionales de América Latina surgidos en el siglo XIX, así como muchas normas de derecho internacional referidas a la protección de derechos humanos, han nacido, los primeros más que las segundas, bajo la marcada influencia de una concep-

ción clásica de libertades civiles de corte liberal, caracterizada por una visión individualista de los derechos, por una noción de neutralidad de la ley marcada por el presupuesto de que ella debe ser ciega respecto a quienes se aplica, y por una concepción del Estado como enemigo de la libertad.³⁹ Ambos ordenamientos, sin embargo, han sido testigos del paulatino reconocimiento de si-

tuaciones en las cuales esa visión de los derechos, esa noción de neutralidad de la ley y esa concepción del Estado resultaban inapropiados para tratar a algunos grupos específicos –como, por ejemplo, mujeres e indígenas– del modo que exigían concepciones muy extendidas de



Los ordenamientos
constitucionales de
América Latina en el
siglo XIX, han nacido
bajo la influencia
de una concepción de
libertades civiles
de corte liberal



³⁹Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p.195.

justicia y, tributariamente, de igualdad. Los tribunales, por su parte, tanto a nivel nacional como internacional, han ido corrigiendo una antigua concepción de igualdad que, sin resultar equivocada, era insuficiente para encarar tratos desiguales estructurales y conducentes a la cristalización de verdaderas castas.

La interpretación del principio de igualdad que entiende que éste requería que el Estado evitara tratos desiguales irrazonables, apoyándose en una visión de la igualdad asociada al denominado principio de no-discriminación, compite con la noción de igualdad que la asocia a la exigencia de dismantelar situaciones de sometimiento de grupos. El principio de no-discriminación⁴⁰ establece que la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad; se asocia con una visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables y tiene por objeto impedir que las decisiones estatales y de particulares se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto

de las cláusulas constitucionales que prohíben las distinciones con base en ciertos criterios, entendidos desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación o contratación en cuestión. El Estado y los particulares deben ser ciegos a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que la persona en cuestión aspira a realizar (por ejemplo, acceder a un empleo público o privado).

Esta perspectiva acerca de cómo entender la igualdad constitucional debe ser revisada porque existen grupos de personas cuyos integrantes pueden merecer un trato especial por el hecho de ser parte de esos grupos y, en segundo término, porque algunos grupos de personas merecen un trato diferente del Estado, el cual debe apuntar a dismantelar aquellas condiciones que los constituyeron en –y mantienen como– una casta o grupo sistemática e históricamente tratado de modo excluyente, sin oportunidad de que sus integrantes realicen su autonomía. Estas dos ideas impactan sobre la noción misma de igualdad demandando de ella, primero, que abandone, al menos en estos casos, la noción de neutralidad que la obligaba a no hacer distinciones entre las personas –representada en la iconografía

⁴⁰ Owen Fiss, *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 3-29.

por la ceguera de la ley— y, consecuentemente, que no sólo se observe la razonabilidad del criterio escogido para hacer distinciones, sino las situaciones de hecho que, pese a existir criterios razonables, producen efectos que cristalizan la exclusión del grupo y lo convierten en una casta. Esta noción de igualdad es la que la doctrina identifica con el principio de igualdad como no-sometimiento.⁴¹

Como consecuencia de estas críticas que podrían hacerse a la concepción individualista de la igualdad, autores como Fiss,⁴² Post,⁴³ Siegel⁴⁴ o MacKinnon,⁴⁵ entre otros, proponen una versión del principio de igualdad que Fiss asocia con una concepción “estructural” y que se relaciona con lo que Post llama una versión *sociológica* de la igualdad. Para Fiss “el principio de no-discriminación encierra una con-

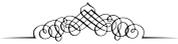
⁴¹ Roberto P. Saba, “Desigualdad estructural” en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

⁴² Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

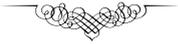
⁴³ Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, *op.cit.*, p.1-53.

⁴⁴ Reva B. Siegel, “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 99-152.

⁴⁵ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, pp. 102-103.



Para Fiss el principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad



cepción muy limitada de igualdad... [y por ese motivo se propone] delinear otro principio intermedio —el principio del grupo desaventajado— que tenga si no uno mejor, sí un buen argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley”.⁴⁶ Esta concepción del principio de igualdad de trato que presupone la existencia de tratos desiguales estructurales, surgidos a partir de la ley o de prácticas de particulares, no considera como determinante la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos

⁴⁶ Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos. Para estos autores, existe una contradicción entre aquello que el principio de igualdad reclama y la cristalización de castas o grupos considerados parias, condición que adquieren como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado⁴⁷ es lo que fundamenta el establecimiento del principio de igualdad ante la ley.

Esta concepción de la igualdad ante la ley encuentra fundamento en argumentos elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente, a partir de la opinión del juez Brennan en casos tales como *Plyler v. Doe*⁴⁸ (1982), en el que se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación en materia educativa autorizando a las escuelas negar la inscripción en éstas a niños y niñas que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos. El caso consistía en una acción de clase en la que se exigía la declaración de inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de

los Estados Unidos. El argumento de la defensa se centró en que la Enmienda XIV establece “que ningún estado (...) negará a ninguna persona bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes” (una cláusula sumamente emparentada con la idea de “igualdad de trato ante la ley y en que, debido a su status legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, “personas bajo su jurisdicción”. Brennan se opuso a este argumento y sostuvo que más allá del status que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos “son claramente ‘personas’ en el sentido más ordinario del término”. En este sentido, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley, similar a la idea de igualdad como no-sometimiento que persigue impedir la cristalización de grupos excluidos que se constituyan como “castas” o “parias” sociales:

“La más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ (*shadow population*) de inmigrantes ilegales –que llega a ser de millones– dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espec-

⁴⁷ Fiss los denomina “castas”, Owen Fiss, *A Community of Equals*, p. 12.

⁴⁸ 457 U.S. 202

tro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de sus problemas más complejos para una nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley”.⁴⁹

Los demandantes en este caso no eran los padres ilegales, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. Brennan agrega mayor definición a lo que es para él este particular grupo de “marginados”, cuando sostiene, citando a *Trimble vs Gordon*⁵⁰ (1977), que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status (...) utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia.”⁵¹ De esta última afirmación, se desprende un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado y que podría estar dado

por su falta de responsabilidad respecto de su propia situación o su contracara: la ausencia de posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran. En esta caso, los niños no son responsables por una situación que se encuentra su raíz en la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país.

MacKinnon, siguiendo a Fiss, sostiene, en referencia al acoso sexual contra las mujeres trabajadoras,⁵² que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres ‘desaventajadas’*.”⁵³

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el “dato” sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no se adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios),

⁴⁹ La traducción y el énfasis son del autor.

⁵⁰ 430 U.S. 762, 770.

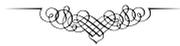
⁵¹ *Ibidem*. La traducción y el énfasis son míos.

⁵² Ver *supra* nota 35.

⁵³ *Ibidem*, pp. 103. La traducción y el énfasis son míos.



El Estado promoverá que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados



sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no-sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no-discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto.

Diversas normas constitucionales de países de América Latina han reconocido esta concepción de la igualdad como no-sometimiento y lo han hecho por medio de la incorporación de la noción de grupos en situación de sojuzgamiento y desigualdad estructural y, por ello, se hacen merecedores de un trato diferente y preferente que no sólo no es incompatible con la idea de igualdad, sino que resulta exigido por ella, siempre que se la entiende desde la perspectiva de la concepción de igualdad como no-sometimiento. También se han sancionado en la región normas de nivel legislativo que reconocen esta concepción

de la igualdad. En este sentido, se pueden citar cláusulas de las constituciones de Colombia y de Argentina y la Ley antidiscriminatoria de México.

El artículo 13 de la Constitución colombiana, por ejemplo, establece que:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

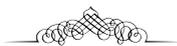
Y el artículo 75.23 de la Constitución de Argentina, en un sentido similar, prescribe que le corresponderá al Congreso:

“23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

En suma, como señala Miguel Carbonell aludiendo al principio aristotélico, la justicia demanda un trato igual de los iguales pero uno desigual de los desiguales, siendo injusto tratar del mismo modo a quienes se encuentran en una situación desigual.⁵⁴ Sin embargo, es necesario ser más precisos en la identificación de la desigualdad que requiere un trato desigual, pues, según se ve, no es suficiente con señalar que la desigualdad relevante para demandar tratos activos del Estado es la que se refiere a las diferencias entre las personas que no son relevantes para que ellas reciban tratos arbitrarios, sino que la desigualdad que exige el trato diferente es la que surge de una situación de subordinación que, en lugar de requerir un trato no arbitrario, demanda un trato preferente.

Por su parte, la *Ley Federal de México para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (2003), también se inscribe en la misma tradición de las cláusulas constitucionales de Colombia y Argentina cuando define discriminación en su artículo 4º, y antes cuando hace referencia directa a la relevancia de observar lo que sucede *de hecho*, tal como lo requiere la concepción de igualdad como no-sometimiento:

⁵⁴Miguel Carbonell, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2004, p. 39.



Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas



Artículo 4: Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Artículo 2: Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida

política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

También es relevante en este sentido el reconocimiento que esta norma hace de las obligaciones estatales relacionadas con la implementación de medidas y políticas positivas (artículo 5)⁵⁵ y luego en la referencia expresa que realiza a los grupos que deberían ser beneficiarios de ellas (Capítulo III) a saber: mujeres (artículo 10), niños y niñas (artículo 11), mayores de sesenta años (artículo 12), personas con discapacidad (artículo 13) y población indígena (artículo 14).

Como se vio hasta aquí, si bien existe una sólida tradición interpretativa del principio de igualdad entendido como no-discriminación y no arbitrariedad, ella convive, sobre todo en tiempos más recientes, con una noción de igualdad como no-sometimiento que resulta sensible a la situación de hecho de grupos sistemáticamente tratados con desventaja respecto de otros grupos o del resto de la sociedad. La superposición de estas dos tradiciones o

enfoques acerca del significado de la igualdad constitucional genera a veces confusión y consecuencias incluso contradictorias con los objetivos que una u otra perspectiva apuntan a lograr o producir como consecuencias prácticas. Interesantes ejemplos de ello son los casos Coahuila⁵⁶ y Veracruz,⁵⁷ decididos por la Corte Suprema de México, y las legislaciones estatales sobre las que ellos tratan. Estas normas se refieren al establecimiento en los Códigos Electorales de esos dos estados de un límite máximo y uno mínimo de porcentajes (70/30) para que personas de un mismo género integren las listas electorales de los partidos con el objeto de promover la participación de mujeres en los órganos legislativos. Sin embargo, creo que tanto el diseño de la legislación referida como el argumento que utiliza la Suprema Corte de Justicia para defender su constitucionalidad se apoyan erróneamente en una noción de igualdad como no-discriminación, en lugar de hacerlo en el de igualdad como no-sometimiento, como se entiende debería haber ocurrido. Ello porque pese a las intenciones de favorecer al grupo desaventajado en la participación política –las mujeres–, la utilización de esa concepción de igualdad como no-discrimi-

⁵⁵ Artículo 5: No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes: I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades (...).

⁵⁶ Acción de inconstitucionalidad 2/2002.

⁵⁷ Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009.



La infrarrepresentación política de las mujeres no se origina en sus elecciones, sino en la historia injusta de relegación social de la mujer en el ámbito de lo público



minación aplicado a un sistema de cuotas para listas electorales confunde y provoca efectos contrarios a los buscados en el sentido de revertir una situación de desigualdad estructural de las mujeres en la vida política de los estados referidos. Si bien es cierto que, como señala Marisa Iglesias Vila, “el presupuesto que da sentido a esta acción positiva es que la infrarrepresentación política de las mujeres no se origina en sus elecciones, sino en la historia injusta de relegación social de la mujer en el ámbito de lo público”,⁵⁸ el instrumento utilizado fue la antigua noción de igualdad como no discriminación, no arbitrariedad y razonabilidad, en lugar de la de igualdad como no exclusión, conclusión que se basa en dos razones:

⁵⁸ Marisa Iglesias Vila, “La acción positiva en la forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz”, http://www.te.gob.mx/CCJE/Archivos/ponencias/marisa_iglesias.pdf. 2.

En primer lugar, considérese el diseño de la norma. El artículo 21 de la *Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales* para el estado de Coahuila establece que: “En el caso de que los partidos políticos o coaliciones opten únicamente por una lista de preferencias para la asignación de diputados de representación proporcional, no podrán registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género. Se exceptúan de esta disposición las listas de preferencias conformadas por los partidos políticos a través de procedimientos democráticos de selección de candidatos. La lista de preferencias de candidaturas de representación proporcional se conformará por bloques de tres personas, los cuales no deberán exceder del 70% de un mismo género.”⁵⁹

Nótese que a diferencia de un sistema de cuotas tradicional que identifica un grupo al que se le provee un trato preferencial —como, por ejemplo, las mujeres—,⁶⁰ este diseño legislativo no identifica a ningún grupo particular y prohíbe que cualquier grupo, el de los varones o el de las

⁵⁹ El énfasis es mío.

⁶⁰ En el caso argentino, por ejemplo, la ley de cuotas para candidaturas políticas al Congreso Nacional prevé la obligación de que los partidos incluyan un mínimo de 30% de mujeres en sus listas electorales dispuesta de modo que ellas tengan las mismas chances que los varones de esa lista de ser electas, disponiéndose una mujer por cada tres candidatos en la lista. ver Ley 24.012 de 1991.

mujeres, domine las listas electorales. Más allá de las buenas intenciones que seguramente tiene la legislación aludida, y que a nadie se le escapa que persigue el objeto de asegurar la participación de las mujeres en la vida política mexicana, el fundamento de la norma que surge a partir de su diseño está más relacionado con la concepción de igualdad como no-discriminación que con la de no-sometimiento. Ello se debe a que, en primer lugar, el trato que la norma prescribe alcanza a los dos grupos por igual, en el sentido que así como no puede haber más de un 70% de candidatos varones en una lista, tampoco podrá haber más de un 70% de mujeres. La norma tiene, lo que el autor ha llamado en diversos artículos, un alcance simétrico,⁶¹ pues aplica un criterio de trato igual para ambos grupos y no un trato preferente para el grupo sometido. La opción por este método implica el no reconocimiento explícito de la situación de sometimiento y exclusión de la política de las mujeres como grupo, e intenta utilizar la visión tradicional de la igualdad de trato fundada en reglas de aplicación simétrica como aquellas que prohíben la utilización de criterios como el sexo para hacer distinciones. En efecto, podemos suponer que el

legislador intentó, por medio de esta estrategia legislativa, no utilizar el sexo, ningún sexo, como criterio que justifique un trato diferente y preferente hacia el grupo sometido a una situación de desigualdad estructural. Si bien es cierto que esta estrategia tiene un impacto positivo en el trato que recibirán las mujeres, pues al menos un 30% de las listas deberán estar conformadas por ellas, impone un tope injustificado del 70% a su participación. Ese límite es el que no encuentra razón de ser dado que, en un contexto en el que los varones no forman parte de un grupo sistemática y estructuralmente sometido, no mediarían razones por las que ellos deberían recibir el trato preferente que sí encuentra justificación en el caso de las mujeres. En otras palabras, el hecho que una lista electoral esté conformada sólo por varones, por ejemplo, atenta contra la igualdad de trato entendida como no-sometimiento del grupo de las mujeres. Sin embargo, la situación opuesta no es simétrica, pues una lista conformada en un 100% por mujeres no es una amenaza para la posición dominante en la que se encuentran los varones en el terreno de la política mexicana. La razón por la que se eligió este modelo simétrico en lugar del modelo asimétrico parecer ser el rechazo a la idea de igualdad como no-sometimiento y, con ello, el reconocimiento del derecho de las mujeres a recibir un

⁶¹ Ver Roberto Saba, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.

trato preferente, optándose por un trato igual para todos sin importar su situación relativa en la estructura social.

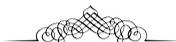
La segunda razón por la que es posible afirmar que la noción que subyace a la legislación es la de igualdad como no-discriminación, en lugar de la de igualdad como no-sometimiento, tiene que ver con los argumentos de la Suprema Corte al decidir la validez de la política expresada en la norma referida en el caso Coahuila de similar resolución que el caso Veracruz. En este caso, el Tribunal entiende como lo ha hecho tradicionalmente, que:

“El principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho. Así, la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes,

de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lo anterior significa

que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada”.

Esta lógica responde con precisión a la visión de la igualdad como no-discriminación sometiendo los tratos diferentes propinados desde el Estado al test de razonabilidad para determinar su justificación constitucional. De este modo, la aplicación de este razonamiento basado en la pers-



El principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad



pectiva de la igualdad asociada con la idea de trato no arbitrario conduce a la Corte a sostener la validez del artículo 21 de la ley de marras, dado que entiende que ella “permite que ambos géneros participen en igualdad de circunstancias en una contienda electoral”. Si bien la Corte reconoce a lo largo de la sentencia que las mujeres han sido sistemática e históricamente tratadas peor que los varones en cuanto a su participación en la vida política de México, reconstruye la justificación del sistema de cuotas indeterminado, por decirlo de algún modo, al ser simétrico, de modo que su validez se sostenga en virtud de la aplicación del principio de igualdad como no-discriminación pero no del principio de igualdad como no-sometimiento. Esta estrategia argumentativa le permite mante-

nerse dentro del paradigma tradicional de la igualdad de trato en igualdad de circunstancias, siempre que las circunstancias sean razonables (que cumplan con la relación de funcionalidad de medio a fin), sin derribar la validez del sistema de cuotas. Esto es posible gracias a que el diseño antes aludido de ese sistema en la ley tampoco identifica un grupo merecedor de un trato diferente y preferente, lo cual tiene las consecuencias perniciosas aludidas y provoca el correspondiente debilitamiento de la idea de igualdad como no-sometimiento. A fin de evitar este tipo de confusiones y de consecuencias no deseadas –suponiendo que sean no deseadas–, es preciso establecer con precisión de qué tipo de igualdad se habla cuando intentamos justificar una política o una interpretación constitucional.

—>>> Las dos concepciones de igualdad <<<— en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

EL ARTÍCULO 24⁶² de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* es el que se refiere a la protección del derecho a la igualdad de trato. Aunque no totalmente distinta de cláusulas constitucionales que consagran el principio de igualdad como no discriminación, la cláusula contenida en la Convención aspira a lograr mayor precisión en el diseño de la norma. La Convención ofrece más detalles sobre casos, criterios y reglas que ilustran el contenido de la igualdad ante la ley. Esa información parece sugerir que la norma internacional se apoya sobre el principio de igualdad como no-discriminación, sobre todo cuando, en su artículo 1.1, prescribe una serie de criterios que, según la doctrina, fungen como categorías no razonables y, por lo tanto, no utilizables por los Estados firmantes para justificar tratos diferentes:⁶³

⁶²“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

⁶³Ver Ariel E. Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Anuario Nro. 3, Año 2007, pp. 15-32.

“Los Estados parte 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.”

El artículo 24, por su parte, sobre todo leído en consonancia con el 1.1, ha dado lugar a interpretaciones de la Corte Interamericana, de la Comisión y de la doctrina especializada que están muy en línea con el principio de igualdad como no-discriminación, poniendo en el centro de esa lectura la exigencia de razonabilidad de los criterios escogidos para llevar a cabo tratos diferentes por parte de los Estados firmantes. En este sentido, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han hecho propia la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual los tratos diferentes debían

perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados para llevarlos a cabo debían guardar una relación razonable de proporcionalidad entre el medio utilizado (el criterio o requisito exigido) y el fin buscado.⁶⁴ La Corte Europea ha dicho, respecto de la cláusula de igualdad de la Convención Europea, que:

“Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14. Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin le-

gítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.”

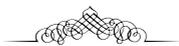
“(…) En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención.”⁶⁵

Siguiendo estos lineamientos interpretativos, la Corte Interamericana ha sostenido en la Opinión Consultiva 4 (OC) que:

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden

⁶⁴ Para un análisis de esta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver Claudio Nash Rojas y Valeska David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, Lima, pp. 159-212.

⁶⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de julio de 1968, volumen 6, Serie A, párrafo 10.



Los Estados podrán establecer distinciones objetivas que se realicen con respeto a los derechos humanos



de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo,

verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

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

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

Ahora bien, la enumeración del artículo 1.1 ha sido interpretada como un conjunto de criterios que siendo sospechosos de no ser razonables, deben presumirse como prohibidos a menos que cuando el Estado aplique alguno de ellos, se esmere en demostrar que esa presunción no es válida para el caso particular de que se trate sobre la base del argumento de que existen razones imperiosas para que ellos sean utilizados. En otras palabras, aplica

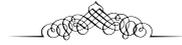
el test del escrutinio estricto que desarrolló la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁶⁶ En este sentido, Dulitzky afirma que “El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, que denominan ‘categorías sospechosas’ de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad”.⁶⁷

Como se señala en otro trabajo, esta noción de categorías sospechosas como categorías *a priori* irrazonables es tributaria del principio de igualdad como no-discriminación⁶⁸ y tiene dos efectos. Por un lado, convierte a las categorías prohibidas en categorías de carácter simétrico, por ejemplo, no es posible usar la categoría “sexo” en ningún caso, y no sólo para justificar tratos ventajosos hacia los varones, sino tampoco hacia las mujeres. Por ese motivo y como segundo efecto, esas categorías, así entendidas, operan

⁶⁶Víctor Ferreres Comellas, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 242-268.

⁶⁷Ver Dulitzky, *supra* nota 47, p. 20.

⁶⁸Ver Roberto Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.



En función del reconocimiento
de la igualdad ante
la ley, se prohíbe todo
tratamiento discriminatorio
de origen legal



como obstáculo para llevar adelante políticas afirmativas que favorezcan a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño e implementación tienen por objeto dismantelar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato,⁶⁹ en línea con lo que requiere el principio de igualdad como no-sometimiento. Por ello, no es posible asociar estos listados de criterios prohibidos *a priori* con políticas tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural

⁶⁹*Ibidem*. Una estrategia de rescate de ese tipo de categorías y del escrutinio estricto podría ser la de entender a las acciones afirmativas como fundadas en un interés estatal urgente que derrote a la presunción de invalidez que se le asigna a su uso, de este modo, habría una especie de reconocimiento de la situación de exclusión y ella sería “asimilada” por la noción de igualdad como no-discriminación. Sin embargo, se discrepa con esta estrategia por las razones expuestas en “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *supra* nota 53.

de grupos, pues ambos conceptos, el de categorías simétricas y el de tratos preferenciales a grupos son, en principio, contradictorios.⁷⁰

Esta visión de la igualdad como no-discriminación con su aplicación simétrica y extendida a todos los casos, se ve reflejada en las afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 4:

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

⁷⁰Por ello, se considera que no es posible afirmar, como sostiene Dulitzky, que “El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto”, pues por ejemplo, el criterio “sexo”, no se asocia a un grupo estructuralmente desigual, como por ejemplo las mujeres, sino al hecho de que es un criterio irrazonable y prohibido simétricamente para unos y para otras. Por ese motivo, se dice que estos criterios tienen efectos simétricos, pues “sexo” se refiere a *cualquiera* de los sexos y no a un grupo específico. Ariel E. Dulitzky, *supra* nota 47, p. 20.

en la Convención es per se incompatible con la misma.

54. Por su lado, el artículo 24 de la Convención establece: artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

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

Sin embargo, la Corte Interamericana, enfrenteada a casos de desigualdad estructural, corrige su noción de igualdad como no-discriminación con ideas que parecen estar más cerca de una noción de igualdad como no-sometimiento. Así, por ejemplo,

lo que la Corte Interamericana sostuvo en la Opinión Consultiva 18:

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

Si bien la referencia a los *grupos* que hace la Corte en esta oc-18 sigue presumiendo un alcance simétrico de los criterios prohibidos, pues no agrega que el grupo debe encontrarse en una situación de desventaja estructural, las referencias a la *discriminación de facto*, así como la mención de *prácticas* prohibidas de funcionarios públicos, introduce aquel factor *sociológico* que Owen Fiss y Robert Post consideraban tan esencial para la idea de igualdad como no-sometimiento. Sin embargo, hasta aquí no surge la noción de grupo puesto en situación de desigualdad estructural, que parece emerger en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs.*

México, cuando la Corte Interamericana sostiene que:

401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (*supra* párr. 398), es posible asociar la *subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas*, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de la policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.



La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer



450. La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrafos 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación”.⁷¹

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras (Campo Algodonero) vs México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205. párrafo 401. El énfasis es mío.

Esta cita parece ser evidencia de la incorporación de la noción de desigualdad estructural en el pensamiento y el lenguaje de la Corte Interamericana. La referencia a que la “subordinación de la mujer [se debe] a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas” y, luego, la mención del concepto mismo de “desigualdad estructural” en el párrafo siguiente muestran que la Corte se ha inclinado por leer el artículo 24 de la Convención a la luz del principio de igualdad como no-sometimiento y no, al menos no exclusivamente, a través del prisma de la noción de igualdad como no-discriminación.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha transitado esa misma huella cuando sostuvo en su Informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* que:

72. El principio de no discriminación aplicado a los problemas de género puede tener diferentes significados que denotan distinto alcance en su protección. Una primera formulación de este principio, más restringido en términos de su protección, condena las normas, las prácticas y políticas por las cuales un hombre, por el sólo hecho de ser hombre o por supuestos rasgos o condicio-

nes que serían inherentes al hombre, es elegido para un trabajo o un cargo. Por ejemplo, son discriminatorias aquellas normas que postulan que sólo los hombres podrán estudiar una carrera profesional, ejercer determinado trabajo o ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal. En consecuencia, en este sentido, el principio de no-discriminación postula que las personas no deben ser tratadas desigualmente en base a su sexo, ya que está comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos independientemente de su sexo. Este enfoque presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres.⁷²

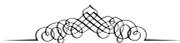
75. Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación) condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción, la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone

un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide.

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

99. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitra-

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007.



La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos



rias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.⁷³

En síntesis, dos nociones de igualdad compiten en la arena interpretativa en la que diferentes actores, sobre todo legisladores, jueces y juristas, intentan darle sentido a las normas legales, constitucionales y convencionales que establecen el derecho a la igualdad de trato. Ambas nociones, la de la igualdad como no-discriminación y la de la igualdad como no-

sometimiento, surgen una y otra vez en sentencias judiciales, normas positivas y políticas públicas antidiscriminatorias, arrojando efectos a veces contradictorios y desconcertando a quienes tratan de darles sentido o se ven sometidos a sus dictados. Si bien es cierto que la visión de la igualdad como no discriminación o no arbitrariedad en el trato forma parte de la mirada dominante sobre la igualdad, también es verdad que normas constitucionales de reciente sanción en diferentes países de la región, legislaciones antidiscriminatorias y fallos judiciales o decisiones de cortes supremas y de tribunales u órganos internacionales han comenzado a reconocer el carácter limitado de la perspectiva de la igualdad como no-discriminación y aluden, cada vez más articulada y explícitamente, a la idea de igualdad como no-sometimiento. Este material normativo en formación brinda una herramienta de enorme valor para enfrentar un viejo problema con una nueva perspectiva y estrategia: el de la pobreza estructural. En la siguiente sección, se explora la utilidad de la noción de la igualdad como no-sometimiento para enfrentar desde el Estado un tipo particular de pobreza asociado con la desigualdad estructural.

⁷³ *Ibidem.*

—>>> Pobreza y Casta <<<—

DIFERENTES CAUSAS CONDUCEN a que una persona sea pobre o indigente. Esas causas determinan el tipo de pobreza que esa persona sufre y cada tipo de pobreza requiere un tratamiento distinto y una reacción estatal diversa. De los muchos tipos de pobreza que se puede identificar en relación con sus causas, hay uno en particular que preocupa en este ensayo y es aquel que resulta determinante para la conformación de una casta, pues ello pone de manifiesto la afectación del principio de igualdad como no-sometimiento expresado en normas constitucionales y de derecho internacional tal como se ilustró en secciones anteriores de este ensayo. Si fuera posible establecer un vínculo entre un tipo particular de pobreza y la afectación consiguiente del derecho a ser tratado igual, entonces estaríamos ante un argumento capaz de justificar la responsabilidad *constitucional* o *de derecho internacional* del Estado de dismantelar las causas que llevan a esa afectación. Determinar en qué condiciones las personas que son víctimas de un tipo de pobreza que se puede enten-

der como estructural constituyen un grupo sometido o sojuzgado —en el sentido descrito por Fiss—, lo cual los coloca en situación de ver afectado su derecho a la igualdad, conllevaría a la identificación de obligaciones *de hacer* a cargo del Estado, tendientes a dismantelar aquellas condiciones. Para ello, es necesario determinar si las personas que sufren este tipo particular de pobreza son un grupo sometido y cuáles son los factores que llevan a ese grupo de personas a convertirse en una casta subordinada. A fin de articular este argumento, es preciso: *a)* determinar de qué tipo de pobreza estamos hablando; *b)* si las personas que se encuentran en condición de (ese tipo de) pobreza son un



Diferentes causas conducen a
que una persona sea pobre o
indigente



grupo en el sentido que requiere la noción de desigualdad estructural, y c) cuáles son los factores que indican esa situación de desigualdad y de qué modo el Estado, ya sea el gobierno o los jueces, pueden contribuir a desmantelarlos.

Pobreza Estructural

El factor que determina el tipo de pobreza que preocupa en este ensayo y que se llamará estructural es, fundamentalmente, el carácter de inevitable por parte de quien la padece. Esa inevitabilidad queda en evidencia por medio de un aspecto central en este tipo de pobreza: su transmisión intergeneracional. Aquellas personas que padecen la pobreza estructural no han llegado a asumir esa condición por decisión propia ni por haber realizado decisiones en su vida que, previsiblemente o no, las han colocado en esa situación. Por el contrario, no ha sido la mala suerte, la falta de esfuerzo o la opción por planes de vida opuestos a los que el mercado premia lo que ha llevado a esas personas a constituirse en pobres estructurales, sino que sus condiciones de nacimiento determinaron su pertenencia al grupo de pobres estructurales. En suma, el individuo que se identifica como pobre estructural es víctima de un contexto sobre el cual no tiene prácticamente ningún control. *Ser pobre*, en este particular senti-

do, parece asemejarse a otros rasgos de la personalidad o de la identidad que las personas no controlan, como la pertenencia a un grupo étnico, la posesión de una determinada condición sexual, la creencia en una determinada religión o en ninguna, o la pertenencia a un grupo cultural o a una nación. Ser pobre en un sentido estructural sería equivalente, en referencia a la capacidad de control de la persona sobre esa condición, a ser afrodescendiente, ser latino, ser mujer, ser homosexual, ser judío, ser indígena, ser adulto mayor o ser palestino. Si una persona, por ejemplo, como consecuencia de pertenecer a una etnia no encuentra trabajo porque todos aquellos que la podrían contratar son racistas y detestan la etnia a la que esa persona pertenece, entonces ese individuo no puede escapar a su destino sin importar qué decisiones tome. En este sentido, la pobreza estructural o intergeneracional se diferencia de otros tipos de pobreza que se asocian a opciones de vida desafortunadas o que condujeron a una persona que podría no haber sido pobre a serlo.

Es necesario aclarar que no se está emitiendo aquí ningún juicio respecto de estos últimos tipos de pobreza o acerca de cuáles deberían ser las obligaciones estatales respecto a ese tipo de situaciones, sino que sólo se les distingue de aquellas en las que la pobreza que afecta la vida de una persona

es de carácter estructural o intergeneracional. Este tipo de pobreza ha sido caracterizado, por ejemplo, por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) cuando se refiere a la necesidad de “romper la reproducción intergeneracional de la pobreza” y evitar que se “perpetú[e] la desigualdad a lo largo de la vida y entre generaciones”.⁷⁴ La pobreza que se perpetúa intergeneracionalmente afecta a aquel que la padece más allá de lo que pueda hacer o decidir, lo afecta más allá de su control y lo convierte en miembro de una casta, tal como sucedía con los niños del caso *Plyler* mencionado más arriba, que no podían hacer nada con el *hecho* de ser hijos de padres ilegales, tal como señala el juez Brennan en su voto.

¿Son los pobres estructurales una casta?

El concepto de desigualdad estructural se apoya sobre la noción de que existe un grupo de personas que constituye una casta, la cual, por definición, se halla subordinada al resto de la sociedad o a una parte de ella. La identificación de esos grupos requiere de una teoría que establezca aquellos indicadores que lo definen. Fiss lleva a cabo este esfuerzo intelectual y señala, en

referencia al caso particular de la situación de los afrodescendientes en su país, que:

“En Estados Unidos existen clases naturales o grupos sociales de ese tipo, y el de los afroamericanos es uno de ellos. Ellos son vistos como un grupo; se ven a sí mismos como un grupo, su identidad se encuentra definida, en buena medida, por su pertenencia a tal grupo; su estatus social está vinculado al de su grupo, y gran parte de nuestra manera de actuar, tanto institucional como personal, está basada en este tipo de perspectiva. Utilizo el término ‘grupo’ para referirme a un grupo social, y según entiendo, un grupo social es más que una serie de individuos que, por tomar un ejemplo extremo, se encuentran por azar en una esquina, en el mismo momento. Tal como empleo el término, un grupo social tiene otras dos características. Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tienen una identidad propia. Es posible así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo se encuentran interrelacionados. Los miembros del grupo

⁷⁴ CEPAL, Naciones Unidas, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, 2010, Trigésimo tercer período de sesiones de la CEPAL, pp. 46 y 195.

se autoidentifican –explican quiénes son– refiriéndose a su condición de miembros del grupo, y su estatus resulta determinado en parte por el estatus del grupo”.⁷⁵

Fiss reconoce que el concepto de grupo que construye tiene sus complicaciones y aspectos criticables, pero defiende su utilidad como categoría necesaria para su teoría acerca de la igualdad como no-sometimiento que, entiende, es el principio que debe guiar la interpretación de la igualdad constitucional en su país. Fiss agrega, entonces, un par de características más con la intención de adjudicar a los afroamericanos la categoría de grupo:

“La primera es que los afroamericanos se encuentran en una posición socioeconómica muy mala (en términos de bienestar material sólo se encuentran detrás de los indios americanos), y además han estado ocupando dicha posición durante siglos. En algún sentido, podría decirse que constituyen, en Norteamérica, una clase inferior permanente. Son estas dos características –la posición ocupada en el grupo, y el tiempo durante el cual el mismo ha ocupado

dicha posición– lo que justifica que se defiendan los esfuerzos por mejorar el estatus del grupo. Esta redistribución podría encontrar fundamento en una teoría sobre la compensación –los afroamericanos–, como grupo, fueron situados por otros en dicha posición, por lo que son acreedores a medidas redistributivas destinadas a compensarlos por tal situación. Esta deuda, entonces, es vista como debida por la sociedad, otra vez considerada colectivamente.”⁷⁶

Sin embargo, Fiss también sostiene que la teoría de la compensación no es necesariamente inevitable, sino que lo relevante es la situación de subordinación del grupo. La perdurabilidad en el tiempo, hacia el pasado o el futuro, tampoco es lo que determina el estatus de subordinado, aunque son factores que contribuyen a identificar la existencia de dicho grupo. Finalmente, Fiss afirma que “así, los cambios en la estructura jerárquica de la sociedad –la eliminación del sistema de castas– podría encontrar su justificación como formas de a) preservar la paz social; b) mantener la comunidad como una comunidad, esto es, como un todo cohesionado, y c) permitir el pleno desarrollo de los miembros individuales del grupo subordinado, individuos que, de lo contrario, podrían ver su estatus inferior como un techo a sus aspiraciones y logros”.⁷⁷

⁷⁵Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, cita de la traducción de Roberto Gargarella, en su libro editado bajo el título *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, 1999, pp. 138 y 139.

⁷⁶*Idem*, p.140.

⁷⁷*Idem*, p.141.

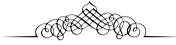
En esta breve referencia a un marco conceptual relativo a la idea de grupo que resulta necesaria para caracterizar a la desigualdad estructural, se encuentran algunas claves para explorar la posibilidad de asignarle al colectivo de personas estructuralmente pobres el carácter de grupo subordinado y, consecuentemente, concebirlas como depositarias de un derecho constitucional a reclamar al Estado el desmantelamiento total de la “estructura social jerárquica”, o del sistema de castas, que los perjudica en forma persistente generación tras generación. De este modo, se puede reconocer aquellos elementos que constituyen, según Fiss, al grupo subordinado, para el caso particular de los pobres estructurales. En primer lugar, los pobres estructurales, aquellos que, usando el lenguaje referido de la CEPAL, reciben su condición intergeneracionalmente, son vistos como un grupo por terceros y, en particular, por el Estado, quien desarrolla políticas públicas dirigidas a ellos. Por otro lado, los miembros del colectivo de personas que identificamos como pobres estructurales se ven a sí mismos como un grupo y su identidad se encuentra definida, en forma relevante, por

su pertenencia al grupo. Ello parecería estar indicado por los rasgos culturales del grupo, su música, su arte, sus actividades deportivas, sus medios de comunicación, etcétera.

La concentración territorial del colectivo de pobres estructurales en barrios, como las *villas miseria* en Argentina o las *favelas* en Brasil, por ejemplo, contribuyen a esta

conformación de un grupo cultural. Además, el estatus social de cada individuo está vinculado al de su grupo, para bien o para mal. Es conocida la dificultad que tienen los habitantes de aquellos barrios para conseguir trabajo por el sólo hecho de habitarlos. Por su parte, la manera de actuar del resto de la sociedad, tanto institucional como personal, está

basada en este tipo de perspectiva. De este modo y sujeto a una serie de demostraciones empíricas cuyos resultados parecen ser pre-
visibles, el grupo de pobres estructurales constituye una entidad con una existencia distinta de la de sus miembros, quienes tienen identidad propia. Fiss afirmaba también que el grupo se distingue por la condición de la interdependencia: los miembros del grupo se encuentran interrelacionados, así



La concentración territorial del colectivo de pobres estructurales en barrios conforman un grupo cultural



como la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo se encuentran interrelacionados. Esto resulta evidente en el caso de los pobres intergeneracionales. A todos estos rasgos del colectivo de personas en situación de pobreza estructural e intergeneracional, se debe agregar el tiempo transcurrido en que el grupo, es decir, la suma de varias generaciones a través de décadas, ha estado en esa posición de desventaja, lo cual agrega el dato de la *perpetuación* de la condición que el informe aludido de la CEPAL, identifica como un rasgo particular de este tipo de pobreza. Nuevamente, en términos de Fiss, la posición ocupada por los miembros del grupo y el tiempo durante el cual esos individuos y su grupo han padecido esa situación de pobreza estructural, conducen a justificar la obligación del resto de la sociedad y del Estado de dismantelar las causas que llevaron y mantienen esa situación de subordinación. En resumen, la pobreza estructural limita la posibilidad de elegir libremente el plan de vida a las niñas o niños nacidos en esa condición. Esto pone en evidencia la cristalización de un grupo social que resulta desaventajado por la estructura jerárquica de una sociedad organizada a partir de un verdadero sistema de castas que requiere su dismantelamiento en virtud del principio constitucional y de derecho internacional de igualdad como no-sometimiento.

El debate sobre pobreza en América Latina tiene múltiples enfoques. Se sabe que esta región es la más desigual del planeta, si nos atenemos a la noción de igualdad dada por la brecha que existe entre los ingresos de aquellos que más tienen y aquellos que casi no poseen nada.⁷⁸ También se sabe que la situación de estos últimos es mejor que la de sus pares en África y el sur de Asia.⁷⁹ Sin embargo, la desigualdad a la que alude este ensayo está dada por la pertenencia a un grupo que resulta sometido por el resto de la sociedad o por sus grupos más favorecidos. Es preciso aclarar que para ejercer ese poder sobre los semejantes sometidos no es necesario tener la intención de someterlos, sino que alcanza con que exista una casta formada por personas que reciben un trato peor, sistemático, intergeneracional e ineludible por parte del resto de la sociedad. El carácter de “inescapable” de esa condición de sometido, de estar determinado a ser pobre por el sólo hecho de pertenecer a la casta, es lo que coloca a esa persona en situación de no poder gozar de la promesa de igualdad enarbolada por las Constituciones liberales de la región y el derecho internacional.

⁷⁸ Krugman, Paul, “Putting the GINI back in the bottle”, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibidem.*



En América Latina, los indígenas son generalmente pobres, esa situación es por factores ajenos a su voluntad y a sus decisiones



Es necesario resaltar que la condición de pobre estructural coincide muchas veces con otros rasgos de la identidad o de la personalidad que también son característicos de grupos sometidos o sojuzgados, como la etnia o el género y que, combinados con la pobreza estructural, refuerzan ese carácter de grupo sometido o sojuzgado. Incluso es posible muchas veces asociar ese otro rasgo con una de las causas de la pobreza y, por ende, esta última se constituye en un indicador palmario del sometimiento o el sojuzgamiento. Este es el caso, por ejemplo, de los afrodescendientes en los Estados Unidos, donde existe una clara superposición entre aquellas personas que viven en una pobreza profunda, que afecta a familias y generaciones enteras, y aquellas que son de ascendencia africana.⁸⁰ No importa cuánto se esfuercen esos indivi-

⁸⁰Owen Fiss, *A Way Out. America's ghettos and the legacy of racism*, Princeton University Press, 2003, pp. 3-6.

duos, la etnia a la que pertenecen está determinando su suerte, razón por la cual es necesario que un tercero, en este caso el Estado, regule las relaciones entre las personas y entre las personas y el Estado, con el fin de intentar evitar las consecuencias que esos tratos o políticas racistas tienen sobre la cristalización de una verdadera casta.⁸¹

En América Latina, por ejemplo, los indígenas son generalmente pobres. Resulta ingenuo asignar esa relación a una casualidad o a alguna característica propia del grupo en cuestión. Si los indígenas son mayoritariamente y de forma abrumadora pobres y esa condición se perpetúa por generaciones, sin que cientos de miles de individuos pertenecientes al grupo tomen ninguna decisión coordinada de permanecer en esa situación de pobreza profunda, entonces se debe deducir que esa situación es producto de factores ajenos a su voluntad y a sus decisiones. Algo similar sucede con las mujeres, quienes, en un número considerable, se convierten en madres y deben abandonar sus empleos o solicitar licencias que son caras para el empleador. Por ese motivo, muchos prefieren no contratar mujeres, a menos que existan regulaciones que apliquen sanciones u obligaciones resarcitorias a quienes lleven a cabo ese tipo de

⁸¹*Ibidem.*

contrataciones discriminatorias. En suma, este tipo de pobreza estructural, identificada por el carácter colectivo e intergeneracional de aquellos que la padecen y que les convierte en una verdadera casta, no es incompatible con la obligación constitucional del Estado de respetar y hacer respetar la igualdad ante la ley que todas las Constituciones de América Latina establecen, así como la Convención Americana de Derechos Humanos y una multiplicidad de normas de derecho internacional.

Es verdad que la conformación, y la consiguiente identificación, de la casta no resulta ser una tarea sencilla. Sin embargo, creo que hay tres situaciones concretas que, con efectos meramente enunciativos y no limitativos, podrían señalar la existencia de un grupo sometido, caracterizado por compartir una situación de pobreza estructural: Una es la concentración geográfica de la casta o grupo de personas en espacios donde sólo habitan personas igualmente pobres. La segunda, relacionada con la primera, es la dificultad o imposibilidad para acceder a servicios públicos básicos imprescindibles para desarrollar un plan de vida decente y modesto, tales como la seguridad, la educación o la salud. La tercera es la transmisión y perpetuación intergeneracional de situaciones como las que se ponen de manifiesto a través



Existe suficiente evidencia empírica de que las personas pobres en muchos países de América Latina se concentran en áreas geográficas determinadas



de los dos casos anteriores; es decir, descendientes que no pueden dejar el asentamiento y que padecerán las mismas privaciones que les impedirán escapar de una situación vital a la que están determinados desde el nacimiento.

Existe suficiente evidencia empírica de que las personas pobres en muchos países de América Latina se concentran en áreas geográficas determinadas, generalmente en los anillos que rodean a las grandes urbes, en las cuales el Estado está absolutamente ausente. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a un estudio reciente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el que se elabora un denominado “mapa de la seguridad” de la ciudad de Buenos Aires.⁸² Este

⁸² Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver nota en diario *La Nación*, 14 de abril de 2012, p. 2.

estudio demuestra que las zonas en las que se registra un mayor número de víctimas fatales de crímenes violentos coincide con aquellos espacios geográficos en los que se expandieron los denominados barrios de emergencia o *villas miseria*. Del total de 168 víctimas de homicidios dolosos registrados por la Corte Suprema a fines de 2011, 15 de ellas se hallaron en la Villa 31 (Barrio del Retiro), 15 en la Villa 21-24 (Barrio de Barracas) y 17 en la Villa 1-11-14 (Barrio de Flores). La falta de urbanización de las *villas* priva a sus habitantes de tener un domicilio, lo cual dificulta enormemente o hace imposible ser contratados en un empleo, dada la mayor complicación del empleador para localizar a su empleado en caso de que necesite hacerlo. Los habitantes de estos asentamientos carecen de servicios públicos básicos como agua potable, luz y gas. En este último caso, por ejemplo, la falta de conectividad a la red de gas natural que provee al resto de los habitantes de la ciudad, los obliga a comprar gas envasado, el cual es más caro y su uso más riesgoso que el servicio del resto de la población. La policía y las ambulancias, como consecuencia de los altos niveles de delincuencia y criminalidad de los que son víctimas los habitantes de la *villa*, muchas veces se niegan a ingresar por temor a sufrir los efectos de

esa criminalidad. Si bien no hay estudios estadísticos confiables; en el caso argentino, es posible afirmar, con alguna certeza, que las personas que nacen en una *villa* muy difícilmente podrán salir de ella, reproduciéndose, así, generación tras generación la misma situación de pobreza e incapacidad para desarrollar el propio plan de vida.

Obligaciones estatales para dismantelar la situación de subordinación de pobres estructurales

La situación descrita, que pone en evidencia un verdadero sistema de castas, no es el resultado de una sucesión desafortunada de decisiones de un grupo de personas que al diseñar sus planes de vida individuales, no tuvieron suerte o no optaron por planes de vida que pudieran evitar que cayeran en esa situación. Ello es consecuencia de acciones y omisiones estatales que resultan contrarias a su compromiso constitucional y de derecho internacional con el principio de igualdad ante la ley. Si existen mecanismos por medio de los cuales el Estado podría haber evitado la creación y cristalización de la casta a lo largo de generaciones, entonces la omisión de desarrollar esos mecanismos lo coloca en situación de ser responsable por el sometimiento de ese grupo de personas expresado por la imposi-

bilidad sistemática y sistémica, extendida a lo largo del tiempo, de desarrollar libremente sus planes de vida por estar determinados por su pertenencia a una casta. Si esta afirmación fuera cierta, entonces el Estado tendría una obligación constitucional de dismantelar todas aquellas condiciones y estructuras que conducen a la situación de segregación geográfica del grupo y de su sometimiento, traducido en la imposibilidad de que sus integrantes puedan salir, por sus propios medios, de esa situación en la que se encuentran y que no buscaron. A fin de justificar esta responsabilidad estatal, es preciso articular una noción de igualdad que prohíba al Estado realizar acciones o incurrir en omisiones que tengan como consecuencia perpetuar la situación de sometimiento de la casta. En suma, llamamos a esa noción de igualdad, igualdad como no-sometimiento, y asignamos al Estado responsabilidades constitucionales y de derecho internacional tendientes a dismantelar esa estructura de castas contraria a la igualdad. Son dos, fundamentalmente, los poderes estatales que tienen en concreto esta responsabilidad y cuyas acciones deben ser guiadas por los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales de los Estados: el Ejecutivo y el Judicial.

En el caso del poder Ejecutivo, esos imperativos jurídicos relacionados con el

principio de igualdad limitan sus decisiones en materia de políticas públicas. La igualdad ante la ley, establecida en las constituciones nacionales y en el derecho internacional, interpretada como se ha sugerido en este ensayo, en línea con las decisiones jurisprudenciales aludidas, exige del Estado el desarrollo de políticas públicas tendientes a dismantelar aquellas condiciones que perpetúan la situación del grupo que identificamos como el de pobres estructurales. La inexistencia de políticas en este sentido o el desarrollo de políticas negativas que profundizan la situación de subordinación de ese grupo generan, para usar una frase de la Corte Constitucional colombiana, un *estado de cosas inconstitucional*, que requiere cambios urgentes so pena de incurrir en faltas al derecho constitucional e internacional. Son ejemplos de políticas que profundizan el carácter estructural de la pobreza aquellas que no logran asegurar la educación mínima necesaria para salir de la trampa de la pobreza estructural;⁸³ los programas que contribuyen a la generación de guetos que determinan otros factores negativos como la dificultad para los miembros del grupo subordinado de encontrar trabajo justamente por provenir de un gueto; políticas

⁸³ CEPAL, Naciones Unidas, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, 2010, Trigésimo tercer período de sesiones de la CEPAL, pp. 46 y 195.

que, indirectamente, contribuyen a la perpetuación de la situación de subordinación, por ejemplo, asignando como premio a los docentes escolares con mejor desempeño la posibilidad de elegir libremente las escuelas en las que desean trabajar –generalmente no son aquellas a las que asisten los habitantes del gueto–,⁸⁴ políticas de urbanización y parquización que nunca favorecen a los habitantes de barrios marginales o políticas de construcción de viviendas que cristalizan la conformación de barrios que se constituirán irremediablemente en nuevos guetos. En síntesis, la obligación constitucional e internacional del Estado en materia de igualdad entendida como no-sometimiento es la de dismantelar todas aquellas condiciones o reglas que perpetúan la desigualdad estructural; en este caso, como consecuencia de la pertenencia al colectivo de “personas pobres estructurales”.

En la misma línea, quienes imparten justicia, como últimos guardianes de los derechos reconocidos en las constituciones y en el derecho internacional, deben exigir al gobierno el dismantelamiento de aquellas políticas que contribuyen a la perpetuación de la situación de subordinación de los pobres estructurales y orde-

nar, en su lugar, la implementación de políticas tendientes a resolver esas situaciones. Quienes juzgan en América Latina han sido reacios durante los dos últimos siglos a asumir este rol de últimos protectores de los derechos de las personas frente a la omisión o la acción estatal, sobre todo en casos de violaciones estructurales de derechos. Una muestra de ello ha sido el poco avance jurisprudencial que se percibe en la región respecto del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, con el agravante de que estos derechos no requieren ni siquiera la determinación de la situación de subordinación de los afectados en cuanto a grupo. La afectación de la igualdad entendida como no-subordinación requiere de un trabajo más delicado que la aplicación directa de la norma, como en el caso de los derechos sociales, y la identificación de la situación de subordinación de un grupo exige de quienes juzgan un trabajo diferente al que han estado acostumbrados. Sin duda, la jurisprudencia de algunas cortes supremas y constitucionales, como las de Argentina y Colombia y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, alumbró un camino promisorio en este sentido.

⁸⁴ Asociación por los Derechos Civiles, *Desigualdad en el acceso a la educación*, 2009, http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id_categoria=8&id=49

—>>> Bibliografía <<<—

- ABRAMOVICH, Víctor y Curtis C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- ALEGRE, Marcelo, "Extreme Poverty and Extreme Wealth: What Justice Demands Today", en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 237.
- BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, p.195.
- CARBONELL, Miguel, *Igualdad y Constitución*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2004, p. 39.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, *La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir*, Trigésimo tercer período de sesiones de la CEPAL, 2010, pp. 46 y 195.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 68, 20 enero, 2007.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Case Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 10.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (Campo Algodonero vs. México)*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205. Párr. 401.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, puntos 82 al 96.
- DULITZKY, Ariel E., "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Anuario Nro. 3, Año 2007, pp. 15-32, 47.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- FERRERES C., Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 242-268.
- FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.
- "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977, pp. 12, 85-86,90-91.
- "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality*

- and *Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977, cita de la traducción de Roberto Gargarella, en su libro editado bajo el título *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, 1999, pp. 138-141.
- *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon, Boston Press, 1999, pp. 3-29, 103
- *A Way Out. America's ghettos and the legacy of racism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2003, pp. 3-6.
- GINSBURG, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p. 89.
- GONZÁLEZ, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos Fundamentales y Estado, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, p. 385.
- GUNTHER, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, Quinta Edición, University Casebook Series, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 310.
- Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Diario La Nación*, 14 de abril de 2012, p. 2.
- JAY, Martin, “Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law”, en *Law and the Image: The Authority o Art and the Aesthetics of Law*, Costas Douzinas and Lynda Nead (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 19.
- KREIDE, Regina, “Neglected Injustice: Poverty as a Violation of Social Autonomy”, en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 159-165.
- KRUGMAN, Paul, “Putting the GINI back in the bottle”, en *The New York Times*, disponible en <http://krugman.blogs.nytimes.com/2012/04/11/putting-the-gini-back-in-the-bottle/>.
- KURCZYN V., Patricia, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, México, Cámara de Diputados LVIII legislatura-UNAM, 2da ed., 2001, p. 43.
- MACKINNON, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 102-103.
- MONTALVO R., Josefa, “Igualdad laboral y no discriminación en el contexto mexicano”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL, 2007, p. 231-232.
- NASH R. Claudio y Valeska David, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Lima, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, pp. 159-212.
- NINO, Carlos, *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997, p. 30 y ss.
- PARAMIO, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 37.
- POST, Robert C., “American Orchestras: All Ears”, *The Economist*, 30 de noviembre de 1996, p. 89.
- , “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, pp.1-53.
- , “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The*

- Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, pp. 18-19
- SABA, Roberto, "(Des)igualdad estructural", en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, , 2007.
- "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Roberto Gargarella, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 695-742.
- SIEGEL, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How "Color Blindness" Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 99-152.
- SOBERANES F. José Luis, "Igualdad, Discriminación y Tolerancia en México", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 22, Enero-Junio, 2010, p. 262.
- TUSSMAN y tenBroek, "The Equal Protection of the Laws", en 37 Calif. L. Rev. 341 (1949).
- YOUNG, Iris Marion, "Affirmative Action and the Myth of Merit", en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990., pp. 192-225.
- Ley 24.012, Publicación en el Boletín Oficial de 3 de diciembre de 1991, Argentina.
- Acción de inconstitucionalidad 2/2002, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- US Supreme Court, 253 U.S. 412.
- US Supreme Court, 430 U.S. 762, 770.
- US Supreme Court, 457 U.S. 202.
- Voto en minoría de los Ministros de la Corte Suprema de México, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Gudiño Pelayo y Margarita Beatriz Luna Ramos, en relación con el amparo de revisión 543/2003, en contra del artículo 68 de la *Ley General de Población*.

Documentos consultados en la web

Referencias normativas

- Constitución Nacional Argentina, Artículo 75.23.
- Ley Federal de México para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2003, México.
- Asociación por los Derechos Civiles, *Desigualdad en el acceso a la educación*, 2009, disponible en http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id_categoria=8&id=49
- CORNIA, Giovanni Andrea, WP/09 *Inequality Trends and their Determinants: Latin America over 1990-2010*, United Nations University, Enero de 2012, en http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/2012/en_GB/wp2012-009/.
- IGLESIAS V. Marisa, *La acción positiva en la forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz*, disponible en http://www.te.gob.mx/CCJE/Archivos/ponencias/marisa_iglesias.pdf. 2.

—>>> El autor <<<—

Roberto Saba

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Master y doctor en Leyes por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las universidades de Buenos Aires y Palermo. Fue Director Ejecutivo de la Fundación Poder Ciudadano (de 1995 a 1998, organización ubicada en Buenos Aires dedicada a la promoción de la participación cívica, Capítulo Argentino de Transparencia Internacional) y de la Asociación

por los Derechos Civiles (2001-2009, institución dedicada a temáticas tales como discriminación, libertad de expresión, acceso a la información pública, derechos sociales y acceso a la justicia). Autor de numerosos artículos y capítulos de libros sobre derecho a la información, libertad de expresión, igualdad y no discriminación, derechos civiles, teoría democrática, teoría constitucional, transparencia y control de corrupción. Actualmente se desempeña como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

Pobreza, derechos y desigualdad estructural
se terminó de imprimir en Talleres Gráficos
de México, Av. Canal del Norte 80, colonia
Felipe Pescador, 06280, México, D. F., en el
mes de diciembre de 2012. El cuidado de la
edición estuvo a cargo de María Teresa
Sánchez Hermosillo, analista correctora de
estilo. El tiraje fue de 10 000 ejemplares
impresos en papel bond de 75 gramos y
forros en cartulina cuché mate
de 210 gramos. Se utilizaron
las fuentes tipográficas
Goudy y Candara.

Esta obra se difunde en formato pdf en la Biblio-
teca Electrónica del Instituto Electoral del
Distrito Federal desde el 15 de marzo de 2013

