

CAPÍTULO XXVII

IGUALDAD, CLASES Y CLASIFICACIONES: ¿QUÉ ES LO SOSPECHOSO DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS?

Por ROBERTO P. SABA¹

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, inspirada en la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, estableció que las distinciones que el Estado realice entre las personas dirigidas a justificar un trato diferente y que estén basadas en criterios tales como la nacionalidad² o el

¹ Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Director ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles. Agradezco a Flora Sofia Acselrad, Mariela Belski, Nadia Rzoncinsky y a Laura Saldivia por los comentarios y las sugerencias que hicieron respecto de versiones previas de este artículo. También agradezco a Juan González Bertomeu, Andrea Gualde, Sebastián Schwartzman y a Alejandro Segarra por las discusiones que me ayudaron a comprender mejor algunos de los temas que aquí trato. Por supuesto, la responsabilidad de que este trabajo no sea mejor, pese a sus agudas observaciones, es absolutamente mía.

² Corte Sup., 8/11/1988, "Repetto, Inés v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 311:2272, voto de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué (se consideró que el establecimiento de la nacionalidad como criterio para limitar el ejercicio del derecho a enseñar era inconstitucional por violar el derecho de igualdad ante la ley). Corte Sup., 16/11/2004, "Hoofft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 327:5118 (en este caso la Corte entendió que la nacionalidad no era un criterio constitucionalmente válido para ejercer la judicatura). Corte Sup., 4/9/2007, "R. A., D. v. Estado nacional, recurso de hecho", R. 350 XLI, voto de los jueces Enrique Petracchi, Carmen Argibay y Juan Carlos Maqueda (la Corte Suprema entendió que el requisito de veinte años de residencia en el país para que un extranjero pudiera recibir una pensión por discapacidad, cuando no se le exigía a los nacionales, era violatorio de la igualdad ante la ley). Corte Sup., 8/8/2006, "Gottschau,

sexo³ se presumen inconstitucionales por violar el derecho a la igualdad ante la ley establecido en la Constitución Nacional en su art. 16⁴. Esa presunción en contra de la categoría o criterio escogido sólo podrá ser superada por el Estado si éste demuestra la existencia de un *interés estatal urgente* que justifique en forma excepcional la aplicación de esa categoría⁵ que, en el lenguaje del tribunal de los Estados Unidos, se ha calificado como “sospechosa”. El examen que proponen ambas Cortes Supremas es conocido como el test de “escrutinio estricto” y pone en cabeza del Estado, con el fin de derribar esa presunción, la carga de justificar el trato diferente exigiéndosele que demuestre que *no está violando* el principio de igualdad constitucional. La persona afectada, asimétricamente, tiene la prerrogativa de no tener que argumentar que ha sido afectado su derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, pues en el caso de tratos diferentes fundados en categorías sospechosas, se presume que la afectación existió por el solo recurso a un criterio de esas características.

Este juego de presunciones que favorece a la persona supuestamente afectada torna de fundamental importancia el establecimiento de aquellos elementos que permiten identificar cuándo una categoría utilizada para fundar tratos diferentes es sospechosa. Además de las categorías hasta ahora reconocidas por la Corte Suprema de Argentina, ¿cuáles otras merecen este calificativo y su consiguiente juego de presunciones asociado a ellas? ¿Qué característica comparten estas categorías para formar parte de una misma familia de criterios? ¿Es la edad de una persona una categoría sospechosa?⁶

Evelyn Patricia v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo”, recurso de hecho, G 841.XXXVI y G 835.XXXVI, Fallos 329:2986 (en este caso la Corte Suprema equipara a nacionales y extranjeros en el derecho a acceder a cargos públicos, en particular en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

³ Corte Sup., 19/9/2000, “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659, voto del juez Petracchi (en este caso la Corte Suprema decidió que la erradicación del requisito de ser varón para poder ingresar a un colegio público no violaba ningún derecho de los alumnos que habían ingresado cuando ese requisito estaba vigente y que reclamaban que no fuera modificado).

⁴ Art. 16, CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

⁵ Caso “Repetto”, cit., voto del juez Petracchi.

⁶ Ver SCHVARTZMAN, S., “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?”, *Suplemento de Derecho Constitucional*, octubre de 2002, p. 7, LL 2002-F-455, comentando el fallo Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, “Salgado, Graciela B. v. GCBA”.

¿Y la estatura?⁷ ¿Y un cierto patrón estético?⁸ ¿Es posible identificar un “listado” de categorías sospechosas? ¿No está acaso la Corte Suprema de nuestro país presuponiendo la posibilidad de producir este listado *a priori* y en abstracto cuando resuelve que resulta impugnable “una categoría infraconstitucional basada en el ‘origen nacional’ [por considerarla] sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”?⁹

La Ley Antidiscriminatoria¹⁰ señala aquellas características de las personas en virtud de las cuales está prohibido discriminar (religión, raza, nacionalidad, ideología, sexo, opinión política o gremial, posición económica, condición social y características físicas). Esta norma establece sanciones civiles contra aquellos que realicen acciones desvaliosas contra otras personas por su condición asociada a alguna de esas categorías. También establece sanciones penales contra los individuos que realicen conductas motivadas en el odio hacia diferencias raciales, políticas, religiosas, étnicas o nacionales. ¿Podría sostenerse, en igual sentido que en los casos anteriores señalados por la Corte Suprema de nuestro país, que son estos rasgos de la identidad personal que establece la ley los que deberían recibir el trato legal de las categorías sospechosas? La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 1° prescribe que la obligación de los Estados firmantes de respetar los derechos allí mencionados establece que éstos se comprometen “a respetar los derechos y libertades reconocidos en [la Convención] 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”. ¿Es posible sostener que estas categorías son sospechosas y por lo tanto merecedoras de un escrutinio estricto? ¿Qué convierte a una categoría en sospechosa? ¿Qué es lo sospechoso de una categoría sospechosa?

⁷ Corte Sup., 15/5/1984, “Arenzón, Gabriel Darío v. Nación Argentina”, Fallos 306:400.

⁸ Como sucede con la Ordenanza del Municipio de Santa Cruz, California, de enero de 1992, prohibiendo la discriminación en el empleo sobre la base de la apariencia. Ver POST, R., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en POST, R. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 2.

⁹ Ver el caso “Hooft”, cit., consid. 4° y sus citas. Ver también el caso “Gottschau”, cit., consid. 5°.

¹⁰ Ley 23.592.

Asignarle a una categoría el estatus de sospechosa es sumamente relevante, pues coloca al Estado (y quizá también al particular atacado de violar el derecho a ser tratado igual¹¹) que base en ella el trato diferente en una situación de desventaja frente a quien denuncia el trato desigual inconstitucional. Este último básicamente deberá esperar que el acusado demuestre que la presunción en su contra no se sostiene. Por lo tanto; si la designación de la categoría como sospechosa tiene terna relevancia, determinar qué es lo que convierte un criterio diferenciador del trato en sospechoso es de suma importancia y trascendencia, pues distribuye cargas argumentativas en forma desigual entre las partes del pleito tornando sumamente difícil justificar el trato diferente y elevando la protección del supuestamente afectado.

Con miras a establecer el rasgo que permite distinguir las categorías sospechosas de las que no lo son, encontramos tres argumentos que la Corte argentina utiliza indistinta y alternativamente, como si todos ellos tuvieran un juego armonioso y carente de tensiones¹². En primer lugar, se arguye que la categoría es sospechosa de ser contraria a la Carta Magna porque su utilización para hacer distinciones confronta con una clara prohibición constitucional. Esto sucede en los casos en los que el criterio utilizado es el de la nacionalidad, cuando la Constitución Nacional establece en su art. 20 que nacionales y extranjeros gozan de los mismos derechos civiles¹³. Por otro lado, en algunos votos de algunas sentencias se establece que la categoría es sospechosa porque es palmariamente irrazonable, es decir, que es prácticamente imposible encontrar algún caso en el que la categoría podría justificar un trato diferente en virtud del principio de razonabilidad. En este sentido, y apoyándose en este principio (entendido como relación funcional de medio a fin), es muy difícil imaginar que el sexo¹⁴, la nacionalidad¹⁵ o los diferentes tipos de ciudadanía¹⁶ (o la raza, en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁷)

¹¹ No trataré el caso del trato desigual entre particulares en este ensayo.

¹² No soy experto en jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, pero entiendo que este tribunal incurre en un problema similar al que aquí señalo padece nuestra Corte. Más adelante me referiré a algunos casos en los que esa confusión de justificaciones parece emerger.

¹³ Este argumento surge en el voto conjunto de los jueces Petracchi y Bacqué en el caso "Repetto" y en el voto del juez Maqueda en el caso "R. A., D.", cits.

¹⁴ Caso "González de Delgado", cit.

¹⁵ Caso "Repetto", cit.

¹⁶ Caso "Hooff", cit.

¹⁷ Caso "Strauder v. West Virginia", 100 US 303 (1879).

puedan ser categorías que resulten funcionales a algún tipo de propósito estatal (o privado, aunque en este caso será necesario un análisis aparte¹⁸). ¿En qué caso podríamos imaginar que el fin de una acción o de una regulación estatal justificaría tratar a las personas desigualmente sobre la base de su sexo, de su origen nacional, de su ciudadanía o de su raza? Al parecer, prácticamente en ninguno. Por otro lado, la presunción en contra del criterio escogido no es insuperable, pues el Estado aun podría demostrar un *interés estatal urgente* que justifique excepcionalmente el trato diferente¹⁹. Si dejamos a un lado el primer argumento, que creo es el más débil por asociarse a una afirmación dogmática propia del positivismo ideológico, la segunda caracterización de categoría sospechosa parece estar exclusivamente asociada a su irrazonabilidad. Sin embargo, existe una tercera forma de identificar a las categorías sospechosas y que la Corte Suprema de Argentina (y también de los Estados Unidos) ha puesto de manifiesto aunque sólo por medio del voto del juez Petracchi en el caso "Delgado". Según esta visión de las categorías sospechosas, ellas se reconocen por su asociación con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados (como puede ser el caso de los afrodescendientes en los Estados Unidos, o de las mujeres en nuestro país, por citar aquellos que los tribunales mencionados han reconocido como tales). Las categorías utilizadas para hacer distinciones en el trato proporcionado a las personas serán sospechosas, desde esta perspectiva, en la medida en que ellas sean utilizadas por el Estado para justificar un trato que perjudique a esos grupos, presumiéndose inconstitucionales y merecedoras de una consideración tan especial como la del escrutinio estricto. Por ejemplo, si las mujeres han sido históricamente excluidas y postergadas de los ámbitos de la política, el mercado laboral o la educación superior, entonces la utilización del sexo como justificación de tratos diferentes entre personas que resulte en un perjuicio de las mujeres y perpetúe esa exclusión debería ser tratada como una categoría sospechosa de modo de volverla presuntamente inconstitucional y así proteger a las mujeres de este trato excluyente.

Esta yuxtaposición de caracterizaciones y justificaciones de las categorías sospechosas no es inocua y pone de manifiesto la tensión entre concepciones de igualdad constitucional que no pueden aplicarse indistintamente por ser, a veces, contradictorias, dependientes y hasta excluyentes.

¹⁸ Como señalé anteriormente, no me referiré al caso de tratos desiguales entre privados en este artículo, aunque sí lo hago en un ensayo que se encuentra en preparación.

¹⁹ Casos "Repetto" y "Hooff", cits.

La confusión o agregación de principios y argumentos apoyados en diferentes visiones acerca de lo que la igualdad constitucional exige trae aparejados algunos riesgos y provoca discusiones y controversias que parecen apoyarse en un malentendido. Aquellos que difieren en torno a cuáles son las categorías sospechosas o cómo se reconocen, en verdad están discrepando sobre lo que la igualdad de trato establecida en nuestra Constitución realmente exige. Esta discrepancia conduce a consecuencias prácticas relevantes muy diferentes. Veamos un ejemplo. Por un lado, el sexo puede ser identificado como un criterio presuntamente irrazonable pues es una categoría respecto de la cual resulta prácticamente imposible encontrar casos en los que funcione como el medio necesario para lograr un fin o propósito estatal legítimo. Por ello, el sexo podría ser una categoría "sospechosa" de ser irrazonable, a menos que el Estado demuestre su interés urgente en utilizarla en una situación excepcional (supongamos que el Estado argumente que entiende que es mejor para la población de una cárcel de varones que algunos de los roles de vigilancia sean ejercidos sólo por personal penitenciario masculino). En este sentido, si la sospecha reside en que la categoría del sexo es casi en todos los casos irrazonable, entonces, dado que ella se refiere simétricamente tanto a varones como a mujeres, su aplicación no persigue la protección de ningún grupo o clase de personas en particular, sino que previene de un trato arbitrario llevado a cabo contra cualquier persona, hombre o mujer, a quien se le proporcione un trato que no esté estrictamente fundado en su idoneidad o cualidades necesarias para alcanzar un fin legítimo, y para lo que el sexo, cualquier sexo, será siempre, *a priori*, un requisito inadmisibles. Por otro lado, si entendemos que la categoría utilizada para realizar la distinción busca la protección de las mujeres frente a tratos histórica, sistemática y estructuralmente excluyentes y desiguales, entonces la referencia al sexo como categoría sospechosa no resulta adecuada, pues, si lo que se busca es proteger a las mujeres de ese trato constitucionalmente prohibido, entonces habrá casos en los que sería procedente establecer como categoría prohibida aquella que indique que "sólo los varones" podrán desarrollar ciertas actividades o gozar de ciertos derechos, al tiempo que podría ser una categoría permitida la que haga "sólo a las mujeres" merecedoras de un cierto trato preferencial tendiente a dismantelar una situación de desigualdad estructural. Entender al sexo como categoría sospechosa implica considerar arbitrario cualquier trato diferente que se funde en ella, pero esa clasificación no permite lograr el objetivo protectorio de la clase sojuzgada. La estrategia de proteger a las mujeres por medio del trato especial que recibe la categoría sospechosa "sexo" podría ser opuesta por los

varones para resistir tratos preferenciales de las mujeres (como las acciones afirmativas) tendientes a revertir una situación de exclusión estructural de ellas por considerar a esos tratos fundados en una distinción irrazonable construida sobre la sospechosa categoría del sexo.

Previamente señalé que existen consecuencias prácticas problemáticas provocadas por la falta de claridad en torno a qué es lo que hace sospechosa a la categoría sospechosa. Ahora seré más específico y me referiré, a modo de ejemplo, a una consecuencia en particular y, desde mi punto de vista, de la mayor relevancia: la relación entre esas categorías y los tratos preferenciales. Esta ambigüedad acerca de los elementos idiosincrásicos de las categorías sospechosas, alimentada por la yuxtaposición de ideas de igualdad diferentes que dan fundamento a concepciones diferentes de esas categorías, da lugar a dos posibles paradojas. En primer término, si lo que se encuentra detrás de la creación de las categorías sospechosas y del escrutinio estricto que se exige cuando se las utiliza es el principio de no discriminación (trato desigual irrazonable²⁰), entonces ellas podrían ser un obstáculo a la implementación de tratos diferenciales tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural. Si, por el contrario, lo que justifica la consideración especial de las categorías sospechosas es el fin igualitario de dismantelar situaciones de trato diferente estructural (en el sentido de la igualdad como no sometimiento²¹) que aspira a favorecer a los grupos vulnerables y sistemáticamente excluidos, entonces ellas no pueden estar sujetas al acotado, individualista y estrecho principio de razonabilidad y no discriminación, pues la aspiración de razonabilidad y no arbitrariedad "protege" a los dos sexos en forma simétrica y no reconoce la situación de hecho de que uno de ellos es una clase sometida y sojuzgada mientras la otra es una clase dominante o beneficiaria de la situación de exclusión estructural imperante de la primera. En suma, si el principio de no discriminación, entendido como el que exige distinciones razonables, es el que define el carácter sospechoso de la categoría, entonces el sexo será sospechoso y los tratos preferenciales de grupos vulnerables y estructuralmente desiguales estarán más expuestos a posibles ataques por trato desigual injustificado. Si el principio de no sometimiento es el que justifica la calificación como sospechosa de una categoría, entonces el requisito de "ser varón", por ejemplo, para postular

²⁰ Ver SABA, R., "(Des)igualdad estructural", en ALEGRE, M. - GARGARELLA, R. (comps.), *El derecho a la igualdad. Aportes a un constitucionalismo igualitario*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.

²¹ SABA, R., "(Des)igualdad...", cit.

a un contrato laboral, será sospechoso y, en cambio, el requisito “ser mujer”, para un caso similar, podría ser justificado, incluso cuando excluyera a los varones de esos empleos con el fin de dismantelar una situación de exclusión de la mujer del mercado laboral²².

Entender el modo en que operan los principios de no discriminación y de no sometimiento puede ayudarnos a determinar cuáles son las categorías sospechosas o, incluso, si ellas son una contribución a la implementación del principio de igualdad constitucional o si se convierten en un obstáculo a su aplicación. Reconocer cuál de estos principios se halla detrás del concepto de categoría sospechosa puede incluso ayudarnos a identificar casos en los que ella no debería ser opuesta como obstáculo frente a políticas de acción afirmativa o si el interés estatal urgente podría ser el que surja de la obligación del Estado derivada del principio de igualdad constitucional (como no sometimiento) de dismantelar situaciones de exclusión sistémica. Mi objetivo en este artículo es mostrar un posible modo de ordenar esta discusión con el fin de evitar justificar las categorías sospechosas en principios equivocados o contradictorios y superar así algunos malentendidos.

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE NO SOMETIMIENTO

Discriminar es hacer distinciones²³. Es trazar una línea que permite distinguir grupos de personas a las que se tratará de un modo diferente en

²² Si bien se refiere a un caso entre privados y, en este artículo, me refiero exclusivamente a tratos desiguales implementados desde el Estado, resulta ilustrativo en este sentido el fallo de la C. Nac. Civ., sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro v. SA s/amparo”, que obligó a un particular a contratar mujeres dado que su política de no hacerlo se consideró violatoria del principio de igualdad constitucional.

²³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre “distinguir” y “discriminar”. Respecto del primer término, 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 afir-

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 realizan ciertos actos y aquellas que no los llevan a cabo 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 líneas que justifican los tratos diferenciados que prescribe la ley, o son el 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. Más aún cuando la norma fundamental que guía nuestro juicio es el elusivo art. 16 de la Constitución Nacional y otras no menos imprecisas normas constitucionales o de derecho internacional (hoy con jerarquía constitucional), tales como el art. 75.23 de la Carta Magna o el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta inevitable indeterminación radical del texto constitucional²⁴ requiere ser precisada por medio de la interpretación de ese texto para que la norma que él expresa pueda ser aplicada.

marse 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 17/9/2003, sobre la condición jurídica y los 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 aquí propongo pese a que creo que discriminar es siempre hacer distinciones.

²⁴ NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 30 y ss.

Desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar significado al art. 16. Según el tribunal, este principio exige que el criterio escogido por el Estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación. En otras palabras, la Corte ha escogido como *principio intermediario*²⁵ rector entre el texto constitucional y la interpretación judicial al principio de igualdad como no discriminación.

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*²⁶. Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo²⁷, el principio de no discriminación no refleja correctamente la aspiración igualitaria del art. 16, sobre todo, pero no solamente, después de la incorporación constitucional en 1994 de la obligación estatal de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad 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”²⁸. 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 consideran relevante tomar en cuenta la situación que afecta *de hecho* a 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 más básicos servicios públicos 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 rele-

²⁵ Un “principio intermediario”, concepto acuñado por el Prof. 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 FISS, O., “Groups and the Equal Protection Clause”, en COHEN, M. - NAGEL, T. - SCANLON, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, 1977, p. 84. Ver también, SABA, R., “(Des)igualdad...”, cit.

²⁶ POST, R., *Prejudicial Appearances...*, cit., p. 18.

²⁷ SABA, R., “(Des)igualdad...”, cit.

²⁸ Art. 75.23, CN, incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.

vante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento de algunos grupos (en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural). 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, perpetuador y reforzador de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural. El siguiente ejemplo grafica lo que señalo.

En los Estados Unidos, en la década del setenta, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas municipales, las audiciones en las que se probaba 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. 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 ejecutar 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 descorporizado (*disembodied*)”²⁹. Este sistema de selección, absolutamente ciego de las diferencias entre las personas que no fueran relevantes para la selección de que se trataba (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 protectorias de la igualdad entendida como garantía contra la arbitrariedad del Estado y desde una interpretación individualista del art. 16, es el de intentar construir desde el derecho el

²⁹ El ejemplo es ofrecido por Robert Post en POST, R., *Prejudicial Appearances...*, cit., ps. 18-19. La traducción es mía. Ver también “American Orchestras: All Ears”, *The Economist* del 30/11/1996, p. 89.

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 su 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 idea de razonabilidad y perfecta relación de medio y fin³⁰. La referencia a la inexistencia de prerrogativas y a la idoneidad como única condición para el empleo que establece el art. 16 de la Constitución Nacional se acomoda perfectamente con este principio de no discriminación. La mampara opaca de nuestro 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*³¹. En un mundo ideal, este modo de seleccionar miembros de una orquesta permitiría elegir a los/as 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.

Supongamos 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 pensamos que algunas

³⁰ Ver JAY, M., "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en DOUZINAS, C. - NEAD, L. (eds.), *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 19.

³¹ POST, R., *Prejudicial Appearances...*, cit., p. 18.

sociedades asignan cultural e informalmente a las mujeres un rol social que se limita, por ejemplo, a las actividades domésticas. Asumamos que dado el hecho de que la mayoría de las orquestas, hasta el momento, no cuentan con mujeres, éstas pueden bien suponer 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. Supongamos 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 *omitió* tomar medidas paliativas de una situación de segregación estructural. 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.

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. Ése 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 otro³²). Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en 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

³² Sobre una idea similar, crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males "más profundos" como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, ver YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990. Ver especialmente el Capítulo 7, "Affirmative Action and the Myth of Merit", ps. 192 a 225.

desplazarlas del acceso a ciertas (o a todas las) actividades, como el empleo, al tiempo que sería relevante —y constitucionalmente requerido— para brindarles a las mujeres un trato privilegiado justificado para acceder a esas mismas actividades³³. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio no puede ser utilizado para perpetuar situaciones de exclusión y debe ser usado para revertirlas y desmantelarlas.

III. ¿QUÉ ES LO SOSPECHOSO DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS?: UNA RESPUESTA POSIBLE DESDE EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación parece haber guiado la tarea interpretativa de la Corte Suprema de Argentina al crear en nuestra jurisprudencia el concepto de categorías sospechosas y sus consecuencias desde el punto de vista de las cargas argumentativas que distribuye el test de escrutinio estricto que se asocia a ellas. Como dijimos, esta creación se inspiró en un desarrollo jurisprudencial de la Corte de los Estados Unidos³⁴. En otras palabras, para la Corte de nuestro país o, más específicamente, para los jueces Petracchi y Bacqué, primero, y para los jueces Argibay y Maqueda, más tarde, las categorías sospechosas en el derecho argentino son, fundamentalmente pero no exclusivamente, un derivado del principio de no discriminación. Digo “no exclusivamente” porque creo que la propia Corte, o más específicamente Petracchi en su voto del caso “Delgado”, parece también asociar las categorías sospechosas con el principio intermediario competidor del principio de no discriminación con miras a determinar el significado del derecho al trato igual que establece el art. 16: el principio de no sometimiento. Me referiré a la influencia de este último principio y a su impacto sobre el concepto de categorías sospechosas de la Corte en la próxima sección de este artículo. Sin embargo, puedo adelantar que esta ambigüedad en el modo de interpretar dicha cláusula y de justificar las categorías sospechosas a un mismo tiempo en dos principios que se encuentran en tensión recíproca traerá algunos problemas más o menos graves al momento de precisar el significado de esa provisión y el alcance y contenido de las categorías sospechosas.

³³ GINSBURG, R., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, West Publishing, St. Paul, 1974, p. 89.

³⁴ GUNTHER, G., “Individual Rights”, en *Constitutional Law*, 5ª ed., Foundation Press, Westbury, 1992, ps. 307 a 349.

A juzgar por las categorías que hasta ahora ha elegido la Corte para asignarle el tratamiento privativo de las que son sospechosas (sexo³⁵, ciudadanía³⁶ y nacionalidad³⁷), es claro que la justificación está vinculada con la irrazonabilidad que en principio tienen estas categorías para justificar *casi cualquier tipo* de diferencia en el trato que se funde en ellas. Esto es así pues es evidente que la elección de las categorías sexo o nacionalidad, por ejemplo, no se refiere a la protección de algún grupo en particular ni a una estrategia de desmantelamiento de una situación de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas, sino que esas categorías se aplican a todos los sexos y a todas las nacionalidades simétricamente.

Si aceptamos este punto de partida y la relación que las categorías sospechosas parecen tener con la exigencia de razonabilidad, entonces podemos entender que las categorías sospechosas surgen en la jurisprudencia de nuestra Corte (y en la de los Estados Unidos) como un desprendimiento del principio de no discriminación centrando su caracterización en la irrazonabilidad palmaria del criterio escogido para hacer la distinción entre personas. La cuestión es determinar si esa interpretación constitucional es correcta o si, por el contrario, estos intérpretes deberían haber recurrido al principio intermediario de la igualdad como no sometimiento. El modo en que procedieron los jueces de nuestro máximo tribunal a fin de asignarle significado a las categorías sospechosas recurriendo al principio de no discriminación nos obliga a reconocer como tales a criterios como el sexo, sin distinción alguna acerca de si el grupo identificado por la categoría es o no un grupo sojuzgado, sometido o víctima de un trato desigual estructural. En este sentido, siguiendo el razonamiento de la Corte al asociar las categorías sospechosas con el principio de no discriminación, la condición de “ser mujer” para recibir un trato particular del Estado o de las regulaciones que éste establezca es tan irrazonable como la condición de “ser varón”. Desde el punto de vista de la igualdad como no discriminación, lo que es irrazonable como criterio es el recurso al sexo de las personas como eje para realizar la distinción en el trato, no el reconocimiento de un grupo o clase de personas que comparta una determinada sexualidad en particular y cuyos miembros se identifican a partir de los tratos sistemáticos e históricos que han recibido como consecuencia de esa pertenencia grupal. La Corte Suprema argentina parece

³⁵ Caso “Delgado”, cit.

³⁶ Caso “Hooft”, cit.

³⁷ Casos “Repetto” y “R. A., D.”, cits.

compartir esta asociación de las categorías sospechosas con el principio de no discriminación cuando en casos como "Repetto"³⁸, "Delgado"³⁹, "Hooft"⁴⁰, "Gottschau"⁴¹ o "R. A., D."⁴² identifica como sospechosas a las categorías de *nacionalidad* y *sexo*, sin detenerse en un análisis sociológico o histórico de la particular situación del grupo beneficiado con la asociación de su trato a la aplicación de una categoría que será sospechosa, y al escoger como categorías sospechosas a aquellas que no se asocian con ningún grupo en particular (y que por eso son de aplicación simétrica a más de un grupo, incluso a grupos sojuzgados y no sojuzgados por igual).

En los casos "Repetto", "Gottschau" y "R. A., D.", la nacionalidad, en general (no *una nacionalidad en particular*), que era utilizada por el Estado como criterio para tratos diferentes que perjudican a los extranjeros, es considerada una categoría sospechosa por ser irrazonable y no por ser funcional a una política de desmantelamiento de una supuesta práctica social de discriminación y exclusión de los extranjeros como grupo o de las personas nacidas en los Estados Unidos o en Bolivia como subgrupos dentro del grupo de los extranjeros. Lo único que parece interesarle a la Corte es que el criterio "nacionalidad" no es funcional a los objetivos y propósitos de la regulación o que la regulación persigue fines ilegítimos. En el caso "Delgado", la Corte considera como sospechosa la categoría "sexo", que por abarcar a todos los seres humanos no se refiere a un grupo en particular, y claramente rechaza la *irrazonabilidad* de establecer esa cualidad (el sexo de las personas) como requisito para ser admitido como alumno o alumna de un colegio secundario. El sexo como categoría utilizada para hacer distinciones es irrazonable y afecta, según la Corte, simétricamente a varones y mujeres, aunque en este caso en particular afecta a las mujeres. La identificación del sexo y no del requisito de ser varón para ingresar al Colegio Monserrat indica la intención de vetar como criterio, a través de la calificación de sospechoso, a una categoría que resulta irrazonable en cualquier contexto (sea uno de exclusión de varones o de mujeres de la educación pública), y no a una categoría que atenta contra la exclusión de un grupo particular que padece una historia de exclusión sistemática de la educación de calidad en la

³⁸ Caso "Repetto", cit.

³⁹ Caso "Delgado", cit.

⁴⁰ Caso "Hooft", cit.

⁴¹ Caso "Gottschau", cit.

⁴² Caso "R. A., D.", cit.

provincia de Córdoba. Sin embargo, no todos pasaron completamente por alto los claros indicios de desigualdad estructural presentes en el caso. En este sentido, es preciso aclarar que en el voto de Petracchi hay algunas referencias que parecen indicar que lo que en realidad le molestaba al magistrado no era la elección del "sexo" como requisito de admisión, sino la elección del sexo masculino como requisito excluyente para el ingreso al Colegio Monserrat, dejando fuera de uno de los mejores establecimientos educativos de la provincia de Córdoba a las mujeres que desearan ingresar, tal como venía sucediendo desde su fundación en el siglo XVIII. Me referiré a esta relación entre el concepto de categoría sospechosa y la necesidad de revertir situaciones de exclusión en los votos de Petracchi en ambos casos en una de las siguientes secciones de este artículo. Me limitaré aquí a afirmar que llama la atención esta yuxtaposición de una visión de las categorías sospechosas como expresión e implementación del principio de no discriminación y otra fundada en el principio de no sometimiento, sin percibir que responden a objetivos y valores dispares y, a veces, en conflicto. Me detendré en esta sección en el argumento que identifica a las categorías sospechosas con tratos presuntamente irrazonables y arbitrarios, pues el tipo de categorías que han recibido el calificativo de "sospechosas" en nuestra jurisprudencia (el sexo, la ciudadanía o la nacionalidad) indica que hay una toma de partido fuerte, aunque no unánime ni definitiva, respecto de la relación entre las categorías sospechosas y el principio de no discriminación en nuestra Corte Suprema.

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 comunes. Como sostuve anteriormente, 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"⁴³). Ésta es la misma idea que subyace a la doctrina tradicional de nuestra propia Corte Suprema, inspirada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, y conocida bajo el estándar de

⁴³ Fiss, O., "Groups...", cit., p. 85.

“igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. De este modo, nuestro máximo tribunal ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias⁴⁴. En el caso “Caille”⁴⁵ (1928), por ejemplo, ha sostenido que “la igualdad ante la ley establecida por el art. 16 de la Constitución [...] no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social”. En un sentido similar, en el caso “García Montevavaro v. Amoroso y Pagano”⁴⁶ (1957), la Corte sostuvo que “la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”.

Nuestra Corte Suprema 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”⁴⁷ (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”⁴⁸.

En segundo término, según Fiss, el principio de no discriminación exige como necesario considerar un hecho aceptable que el Estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente de como trata a otras. Por ejemplo, continúa, el menos controvertido de los Códigos Penales establece distinciones entre las personas sobre la base de sus conductas diferentes⁴⁹. De este modo, resulta inevitable e

⁴⁴ Fallos 16:118.

⁴⁵ Fallos 153:67.

⁴⁶ Fallos 238:60.

⁴⁷ 253 US 412.

⁴⁸ La traducción es mía.

⁴⁹ FISS, O., “Groups...”, cit., p. 86.

incluso justo que se tracen 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 arbitrarias⁵⁰.

El tercer paso está dado por el método que debe seguir el juez 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 (ni en la de los Estados Unidos ni en la de Argentina). El método tiene dos fases: a) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y b) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el Estado⁵¹. 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 del art. 16 interpretado a través del 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 el interrogante es acerca de *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 que 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)⁵². 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 esto

⁵⁰ FISS, O., “Groups...”, cit., p. 86.

⁵¹ FISS, O., “Groups...”, cit.

⁵² TUSSMAN, J. - TENBROEK, J., “The Equal Protection of the Laws”, 37 *Calif. Law Review*, 341 (1949).

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 de 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 veremos 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. Como señalaré más adelante, si el criterio escogido para realizar el trato diferente es "sospechoso", estos autores no tolerarán 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 ser considerada como sospechosa.

Un razonamiento más o menos cercano al descripto es el que observamos, por ejemplo, en el voto del juez Fayt en el caso "Repetto"⁵³, donde se discute la razonabilidad del criterio que señala a la nacionalidad argentina de las personas de la provincia de Buenos Aires como requisito para ejercer el derecho a enseñar en escuelas privadas (cuando ya estaba también prohibido en escuelas públicas). El Reglamento General de Escuelas Privadas establecía el requisito de ser argentino nativo o naturalizado con dos años de ejercicio de la ciudadanía para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente de un establecimiento de enseñanza privada. Por su parte, al responder la demanda, la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires intentó justificar la legitimidad del propósito de la regulación estatal y, por ende, la razonabilidad del medio escogido para lograr ese propósito. Así, la Fiscalía expresó que la trascendencia de la educación, sobre todo a nivel elemental o de jardín de infantes-primaria, justificaba la intervención del Estado en virtud del art. 67.16 de la Constitución Nacional⁵⁴, lo que permitiría entender que la idoneidad exige imponer la condición de ser argentino a efectos de salvaguardar el desarrollo de un sentimiento nacional. Por eso, según la Fiscalía, el criterio era razonable.

⁵³ Caso "Repetto", cit.

⁵⁴ Actual art. 75.18, CN.

El juez Fayt analizó el propósito de la regulación, al que evaluó a la luz del devenir histórico, sosteniendo que había sido legítimo en el pasado y que dejó de serlo hoy (para ser preciso, al momento de emitir su voto). El magistrado sostuvo que a través de la educación "se procura la plenitud del hombre [*sic*] al tiempo que asegura dentro de límites sensatos su integración a la sociedad en que vive. Como resultado de ella se procura simultáneamente su realización individual y la continuidad social. Esta continuidad no es, como ha quedado sentado una imposición sin flexibilidad, sino una integración en un cuerpo que posibilitará cambios a su destino, modo de respetar el principio de libertad querido por los constituyentes"⁵⁵. Luego agregó:

"Que la educación caracterizada en el consid. 11 se ha contado señaladamente en la República Argentina entre los fines del Estado. En lo que al caso interesa, en época de integración masiva fueron objetivos declamados que la educación se constituyera en un crisol de razas, de modo que pudieran integrarse efectivamente a la Nación aportes étnicos dispares. En esto la educación sistemática tenía una función importantísima, que lleva a ver en ella un santuario de la racionalidad. Es con este espíritu que se dictaron normas como las aquí cuestionadas. La formación del ciudadano, la socialización de la población toda eran finalidades que animaban esta tendencia"⁵⁶.

Pero finalmente argumenta:

"Que el cuadro histórico ha sufrido grandes modificaciones entre las últimas décadas del siglo pasado [se refiere al siglo XIX] y las primeras de éste [el siglo XX], y la actualidad. El país ha dejado de ser un país de inmigración masiva. La función de socialización se cumple hoy en importantísima medida por la educación no sistemática, sino parasistemática, ejercida en buena parte —al margen de que ello sea deseable o no— por los medios masivos de comunicación: la televisión, la radio, la prensa. Por otra parte, el control administrativo sobre la enseñanza sistemática se halla plenamente asentado, de modo que su eficacia no requiere indispensablemente de la nacionalidad de los docentes como requisito de idoneidad, pues cualquiera sea ella, aquel control, detallado y minucioso, podrá ejercerse por igual, incluirá exigencias sobre la formación y cualidades de maestras y profesores, lo mismo que sobre el modo en que desarrollen sus tareas"⁵⁷.

De esa forma, luego de evaluar que el propósito buscado por el Estado carecía de legitimidad a la luz de los acontecimientos presentes (aun-

⁵⁵ Caso "Repetto", cit., consid. 11 del voto del juez Fayt.

⁵⁶ Caso "Repetto", cit., consid. 13 del voto del juez Fayt.

⁵⁷ Caso "Repetto", cit., consid. 14 del voto del juez Fayt.

