

La igualdad estructural de
oportunidades en la Constitución
Lucas Sebastián Grosman*

* Agradezco a la Universidad de Palermo por el apoyo brindado para la realización de este trabajo.

1. Aspiraciones e instituciones

Los derechos individuales son mecanismos mediante los cuales la sociedad promueve sus ideales más preciados, como la libertad, el progreso económico, la democracia o la igualdad. La persecución de ideales sociales es lo que justifica, desde el punto de vista social, que se reconozcan derechos y se financien con fondos públicos los mecanismos necesarios para tutelarlos.¹ Pero los derechos tienen vida propia. De hecho, parte de la importancia de los derechos es que, una vez establecidos, no pueden ser desplazados invocando los ideales que los justifican desde el punto de vista social. Los derechos promueven ideales sociales en forma general; las instancias particulares en las que eso no ocurre no bastan para socavar los derechos. En este sentido, es parte de la lógica de los derechos que, al hacerlos efectivos, se prescindan de los ideales sociales.

Algunos derechos, no obstante, están estructurados de tal forma que es imposible darles contenido sin hacer referencia a los ideales sociales que los animan. Un caso paradigmático es el derecho de igualdad. Este derecho, como con frecuencia se señala, tiene un contenido impreciso.² ¿Qué quiere decir que dos personas son tratadas en forma igualitaria? Si la regla de oro es que los casos iguales deben tratarse en forma igual y los casos distintos en forma distinta,³ ¿cómo definimos las características relevantes que determinan que dos casos sean iguales o distintos en un contexto dado? ¿Puede usarse la estatura como criterio de acceso a un profesorado?⁴ ¿Puede tenerse en cuenta la raza a la hora de fijar las condiciones de ingreso en una facultad de medicina?⁵ ¿Pueden brindarse beneficios sociales sólo a quienes sean ciudadanos?⁶ Para responder estas preguntas, debemos atender a los ideales sociales incluidos en las fuentes de derecho. De esas fuentes, la más importante es la Constitución. Ella recoge los ideales sociales más significativos y, al hacerlo, establece la relevancia legal de las diferencias y semejanzas entre las personas. Los ideales constitucionales —aquellos ideales sociales que han encontrado su sitio en la Constitución— dan contenido al derecho de igualdad.

Sin embargo, existe cierta manera de interpretar la igualdad para la cual esa búsqueda de contenido no es necesaria, ni siquiera pertinente. Tal concepción, predominante en los Estados Unidos, es lo que Owen Fiss llama “principio antidiscriminación” en su seminal artículo de 1976, “Groups and the Equal Protection Clause”.⁷ De acuerdo con Fiss, el principio antidiscriminación se concibe como una protección frente a las distinciones arbitrarias realizadas por el Estado.⁸ La validez de una distinción, dentro de esta concepción, depende de la adecuación racional entre medios y fines: el Estado viola el derecho de igualdad si realiza una distinción que no es un medio racional para alcanzar el fin que persigue.

La racionalidad medio-fin es, en consecuencia, el núcleo del principio antidiscriminación. Pero este principio requiere, a su vez, que se juzgue el criterio en el que se basa la distinción y la validez del fin perseguido por el Estado, ya que, sin importar cuán adecuado es un medio para perseguir un fin, la distinción no es constitucional si el fin perseguido no es legítimo. El análisis de estos dos aspectos —el criterio usado y el fin perseguido— conforma lo que Fiss denomina la superestructura del principio

¹ Ver al respecto Stephen Holmes y Cass Sunstein, *The Cost of Rights: How Liberty Depends on Taxes* (1999).

² Ver Jonathan Miller, María Angélica Gelli, Susana Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos* Vol. 2, p. 1523 (1991). Ver también Roberto Saba, “(Des)Igualdad Estructural”, en este volumen.

³ Ver *Caille*, *Fallos* 153:67 (1928).

⁴ Ver *Arenzon c/ Nación Argentina*, *Fallos* 306:400 (1984).

⁵ Ver *Regents of the University of California v. Bakke*, Corte Suprema de Estados Unidos, 438 U.S. 265 (1978).

⁶ Ver Owen Fiss, *Una comunidad de iguales* (2002).

⁷ 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).

⁸ *Id.* p. 109.

antidiscriminación.⁹ Como corolario de esta superestructura, algunos criterios se consideran “sospechosos”, porque no se relacionan con ningún fin válido. Si el criterio es sospechoso, el análisis debe incluir un “escrutinio estricto”, y sólo un interés estatal “decisivo” podrá justificar la distinción bajo análisis. El mismo standard se utiliza si la distinción afecta un derecho fundamental.¹⁰

Los casos paradigmáticos de arbitrariedad, para esta concepción, son aquellos en los que la inadecuación medio-fin es obvia. Estos casos son prácticamente una cuestión de contradicción lógica —el Estado dice perseguir un fin determinado, pero se vale de una distinción que no es idónea para alcanzar ese fin— y por ello invitan a concebir el derecho de igualdad de un modo mecánico y autosuficiente, en el que los ideales constitucionales son innecesarios a la hora de dar contenido al derecho de igualdad.

Para el principio antidiscriminación, toda distinción aparece como sospechosa y da lugar a una presunción de invalidez de peso variable. Esta presunción luego podrá ser rebatida si se demuestra que existe un interés estatal suficientemente importante al que la distinción sirve en forma precisa. El valor último que este enfoque persigue es la neutralidad, y en especial la neutralidad estatal. Pero la neutralidad no es un ideal constitucional. Cualquier concepción de la igualdad, de hecho, debe implicar algún tipo de neutralidad. Si discriminar es distinguir, ser neutral es su reverso: no distinguir. Ni la discriminación ni la neutralidad, despojadas de las connotaciones emotivas que suelen acompañarlas, son ideales que puedan favorecerse o rechazarse en abstracto. Un Estado que es neutral entre quienes delinquen y quienes respetan la ley no es particularmente deseable. El Estado debe, por necesidad, ignorar ciertas diferencias entre las personas y prestar atención a otras. Para decidir cuándo corresponde lo uno o lo otro, debemos atender a los ideales constitucionales, esto es, a los fines que el Estado debe promover de acuerdo con la norma que establece sus funciones y es fuente de su autoridad. Los ideales constitucionales determinan qué distinciones resultan necesarias, admisibles o inadmisibles; ellos son elementos constitutivos del concepto de igualdad, no justificaciones *ex post* para una distinción que se presume inválida.

¿Pero qué es lo que determina que un ideal constitucional sea relevante para decidir un caso de igualdad? Dos factores interactúan. El primero es la importancia del ideal en cuestión. No todos los ideales son igualmente importantes, ni su importancia es constante a través del tiempo. Así, la consolidación de la democracia, un ideal que los jueces Belluscio y Petracchi consideraban central en 1984, al decidir *Arenzon c. Nación Argentina*,¹¹ probablemente sea menos importante en la actualidad. Cada sociedad debe decidir cuán importante es un ideal basada en su realidad y sus aspiraciones. En algunas ocasiones la importancia de un ideal está reflejada con claridad en el texto constitucional, mientras que en otras se construye gradualmente a través de decisiones judiciales, doctrina y prácticas institucionales varias.

El segundo factor es la funcionalidad potencial: ¿qué ideal constitucional se ve afectado por la práctica bajo análisis? La admisión a un profesorado, ¿tiene impacto sobre el ideal de consolidar la democracia? Si lo tiene, entonces este ideal debe contar a la hora de definir el criterio de selección para tal admisión. Así, siguiendo a Belluscio y Petracchi, distinguir a los candidatos sobre la base de su lealtad a la Constitución sería válido, o al menos lo era en el período de transición democrática.¹² Pero la funcionalidad potencial no da lugar a una mera permisión, como resultaría del principio antidiscriminación, sino que es fuente de un deber para el Estado: el deber de utilizar sus herramientas institucionales de tal forma que se honren la promesas que la Constitución contiene. Si la comunidad encuentra que la promoción de un ideal es de máxima importancia, las instituciones que esa comunidad crea y financia deben servir a tal empresa.

⁹ *Id.* pp. 111-2. Pero esta superestructura no siempre se articula en forma sencilla con la infraestructura: ver *id.* p. 143, donde se sostiene que el reconocimiento de una segunda causal de escrutinio estricto por la Corte Warren —la afectación de derechos fundamentales— introdujo un ranking de fines que excede el análisis medio-fin.

¹⁰ *Id.* pp. 113-6.

¹¹ *Fallos* 306:400 (1984).

¹² *Id.*

Como lo anterior sugiere, las dos maneras de encarar la relación entre la igualdad y los ideales constitucionales que he descripto reflejan dos concepciones distintas de la Constitución y del Estado. La defensa de la neutralidad en la que se basa el principio antidiscriminación corresponde a la idea del Estado como una amenaza para el individuo, donde la Constitución aparece como una mera barrera frente a su potencial abusivo. Las limitaciones de este enfoque son claras. Un Estado cuya única obligación es no abusar del individuo no es mejor que un guardaespaldas cuyo único compromiso es no atacar a su propio cliente. Tal Estado carece de justificación para existir, ya que el único servicio que presta es evitar los riesgos que él mismo genera.

Si, en cambio, entendemos al Estado como la institución encargada de desarrollar las numerosas funciones que la Constitución le asigna, las cosas se ven diferentes. La Constitución pasa a ser una carta de navegación, la consagración de los ideales que la sociedad privilegia, no una mera barrera para tener al Estado a raya. Desde este punto de vista, las distinciones que realice el Estado, en la medida en que promuevan ideales constitucionales, deben ser bienvenidas.

El siguiente ejemplo ayudará a entender este enfoque. Supongamos que un terremoto devasta un área densamente poblada. Los recursos sanitarios resultan insuficientes, y es inevitable que algunas personas mueran por falta de atención o medicamentos. El problema, entonces, es cómo debería decidir el Estado a quién se atiende primero.¹³ El principio antidiscriminación prohibiría elegir sobre la base de la raza, la religión, el género, etc. Prohibiría, también, que se privilegie a los amigos o parientes de los gobernantes de turno. Poco agregará el principio antidiscriminación a esta lista de prohibiciones. Tal vez, su compromiso con la neutralidad lleve a favorecer métodos supuestamente más neutrales de selección, como el azar o el orden de llegada. Tales criterios, se dirá, son objetivos; es improbable que el gobierno se valga de ellos para favorecer a sus amigos o perjudicar a sus enemigos. En otras palabras, si no queda más remedio que elegir quién se salvará y quién no, que sea una elección lo más neutral posible.

Ahora bien, imaginemos que el gobierno deja de lado el método preferido por el principio antidiscriminación y decide tratar preferencialmente a algunas personas: los bomberos, médicos y socorristas. Estas personas, sostiene persuasivamente el gobierno, ayudarán a superar la catástrofe más rápidamente y a reducir el número de víctimas. La razón para tratar preferencialmente a estos individuos no es, desde ya, que ellos sean más valiosos como personas, sino que son necesarios para afrontar la crisis. Creo que todo esto no debería ser materia de demasiada controversia, pero resulta muy significativo para entender el alcance del derecho de igualdad. En este caso, no diríamos que el trato preferencial a algunas personas, incluso a costa de la salud o la vida de otras, atenta contra la igualdad. El ideal de salvar la mayor cantidad de vidas humanas no justifica en una etapa ulterior del análisis una conducta presuntamente ilegal, sino que define, desde el inicio, el tipo de criterio a utilizar. Tal ideal determina el contenido que debemos dar al derecho de igualdad en este caso en particular.

La Constitución no se limita a establecer lo que el Estado no puede hacer. Nos indica, también, lo que el Estado debe hacer. El cumplimiento de este deber implica realizar las distinciones que sean necesarias para promover un ideal determinado. Por eso, si partimos de los ideales que el Estado debe alcanzar, una distinción como la que el caso hipotético involucra aparecerá como algo no sólo tolerado sino exigido por la Constitución. Distinto es afirmar que el interés estatal en ocasiones justifica una distinción a priori inválida, como ocurre si operamos dentro de la órbita del principio antidiscriminación. Para tal enfoque, la idea es que distinguir es presuntamente inválido pero un interés estatal suficientemente importante puede rebatir esta presunción. Para la postura que estoy ofreciendo, en cambio, los ideales constitucionales no llegan en una segunda etapa para salvar una distinción inválida sino que determinan, desde el primer momento, qué distinciones se deben realizar. Los límites a las distinciones que el Estado puede hacer en procura de un ideal constitucional vienen dados por otros ideales constitucionales. El Estado, por ejemplo, no podría esclavizar a los médicos para garantizar que

¹³ Para una discusión cabal del problema de *triage* causado por un hipotético terremoto en San Francisco, ver Gerald R. Winslow, *Triage and Justice* (1982).

se salven más vidas. Estas cuestiones deben resolverse caso por caso en el nivel de los ideales constitucionales, en base a la importancia de cada ideal y cómo lo afecta la promoción de otros ideales.

En definitiva, si vemos a la Constitución como la consagración de los ideales máspreciados de la sociedad, y a los derechos, incluido el de igualdad, como los mecanismos creados para alcanzar esos ideales, no queda espacio para una preferencia residual por la neutralidad estatal.

2. La igualdad como ideal constitucional

Los casos de catástrofes naturales o guerras nos permiten reflexionar acerca de ideales cuya importancia es difícil negar, como por ejemplo el ideal de reducir el número de víctimas. Pero la Constitución incluye otros ideales igualmente importantes, aunque tal vez menos obvios. La igualdad es uno ellos. Como tal, la igualdad es un factor que debemos tener en cuenta a la hora de definir qué distinciones son adecuadas en un contexto determinado. Por eso, la igualdad opera tanto en el nivel de los ideales como en el de los derechos. Este doble status es parte de lo que hace de la igualdad un concepto tan rico y complejo.

El derecho de igualdad es un derecho a ser tratado de cierta manera. Este, como dije, es sólo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que no es reductible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad debe ser. Así, es común afirmar que una sociedad es igualitaria si no hay una gran brecha entre ricos y pobres,¹⁴ o si sus miembros pueden alcanzar puestos de poder, éxito económico o prestigio social más allá de su sexo, su raza, o la clase social de sus padres. La igualdad, en estos casos, se vincula con los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social.

Consideremos las acciones positivas. Si entendemos a las acciones positivas como una institución en favor de la igualdad, es porque estamos pensando en la igualdad como un ideal social, no como una forma de tratar a los individuos. Al fin y al cabo, si a un individuo se lo favorece con una acción positiva para ingresar en una facultad (por ejemplo, por ser negro o hispano, como ocurre en Estados Unidos) no es porque esta persona lo merezca más que otras, ni porque ella en particular esté siendo resarcida por injusticias pasadas, sino porque la presencia de minorías desaventajadas en ciertas instituciones contribuye a mejorar el status social de estos grupos.¹⁵ Lo mismo se aplica a la decisión del presidente español Rodríguez Zapatero de componer su gabinete de ministros con igual cantidad de hombres y mujeres, o a la iniciativa del presidente Kirchner de nombrar dos mujeres en la Corte Suprema. También a estas decisiones las vinculamos con la igualdad, pero no porque las personas particulares que se han beneficiado con ellas necesariamente merezcan haber sido elegidas para esos puestos más que cualquier otro candidato varón. No diríamos, por ejemplo, que la Dra. Elena Highton merecía ser designada más que un hombre de méritos comparables para la función. En términos de merecimiento, uno y otro candidato estarían en las mismas condiciones, y, en consecuencia, la Dra. Highton no habría sido tratada en forma desigual si el otro individuo de méritos comparables hubiese sido designado en su lugar. Sin embargo, tendemos a invocar la igualdad para justificar, incluso para exigir, la designación de una mujer en ese caso, y esto es así, nuevamente, porque estamos pensando en la igualdad como un ideal social, no como una forma de tratar a las personas.

¹⁴ La diferencia puede medirse en ingreso, status, capacidad para funcionar, etc. No es importante, en este punto, ser más preciso al respecto; la idea es reflejar el modo en que concebimos la igualdad.

¹⁵ Owen Fiss, "Affirmative Action as a Strategy of Justice", 17 *Philosophy and Public Policy* 37 (1997).

Dado que el derecho de igualdad debe definirse en función de los ideales constitucionales, la igualdad como ideal social impacta en la definición de la igualdad como derecho. Desde esta perspectiva, si las acciones positivas contribuyen al ideal de la igualdad, es natural verlas como algo *prima facie* compatible con el derecho de igualdad; no habría razón para recibir esta práctica con suspicacia o escepticismo, ya que sería parte de lo que la Constitución nos demanda. Esto no será así, sin embargo, si nos guiamos por el principio antidiscriminación.

Como vimos, un aspecto central de la retórica de este principio es la neutralidad: el gobierno debe ser neutral; no debe tratar a la gente en forma diferente en virtud de sus propias preferencias. Ciertas características, como la raza, no constituyen diferencias relevantes entre las personas, y de allí la imagen del Estado ciego frente a tales características. Por eso, para el principio antidiscriminación en estado puro,¹⁶ una ley que individualiza a un grupo desaventajado para denegarle a sus miembros una oportunidad de la que el resto goza es indistinguible de otra que se vale de la misma clasificación para darle un trato preferencial a este grupo. La ceguera del Estado alcanza a todas las clasificaciones por igual.

Según Owen Fiss, este no es el propósito para el que el derecho de igualdad fue establecido en Estados Unidos, y mucho menos el sentido que hoy debe dársele. El principal objetivo de este derecho, dice Fiss, es proteger a los grupos desaventajados frente a normas que puedan agravar o perpetuar su condición social de subordinación.¹⁷ Esto se aplica en especial a los negros, “la eterna clase subordinada de Estados Unidos”.¹⁸ A esta interpretación del derecho de igualdad propuesta por Fiss hace ya varias décadas se la conoce como principio antisubordinación, antisubjugación de grupos, o anticastas.

El trato preferencial a los negros no es problemático desde el punto de vista del principio antisubordinación.¹⁹ No sólo lo permite, sino que hasta podría exigirlo, si las cosas evolucionaran en esa dirección.²⁰ Las acciones positivas son un medio de desactivar una estructura de castas mediante la mejora de la posición relativa de los miembros del grupo desaventajado, y por ende del grupo mismo.²¹ Es, por eso, un mecanismo emblemático del principio antisubordinación.

El argumento de Owen Fiss, en especial en lo concerniente al trato preferencial, muestra que el principio antidiscriminación no es capaz de dar cuenta de aspectos importantes de lo que entendemos por igualdad. El trato preferencial de minorías desaventajadas es un dolor de cabeza normativo y conceptual dentro del esquema del principio antidiscriminación.²² ¿Pero puede el principio antisubordinación agotar el significado del derecho de igualdad? Pensemos, nuevamente, en *Arenzon*. En este caso, el Estado había denegado al actor el ingreso a un profesorado porque no alcanzaba la altura mínima de un metro y medio exigida por las normas vigentes. ¿Podríamos haber basado la inconstitucionalidad de la distinción en el principio antisubordinación? No lo creo. Los bajos no son un grupo subordinado en la sociedad; de hecho, ni siquiera son un grupo.²³ Si creemos que el caso involucra el derecho de igualdad, este derecho no puede limitarse al principio antisubordinación.

Es verdad que, para alcanzar un caso como *Arenzon*, alguien comprometido con el principio antisubordinación podría argumentar que Gabriel *Arenzon* fue tratado en forma injusta.²⁴ Sin embargo, esto nos haría perder de vista que casos como este involucran un

¹⁶ Esto es, sin extenderlo mediante una redefinición del concepto de interés estatal. Ver Fiss, nota 7, p. 124; ver también Saba, nota 2, que se refiere al intento de Dworkin de expandir los fines de la educación.

¹⁷ Fiss, nota 7, p. 157.

¹⁸ *Id.* p. 150.

¹⁹ *Id.* pp. 171-2.

²⁰ *Id.*

²¹ Ver Fiss, nota 15.

²² Ver Fiss, “Another Equality”, p. 3, en *Issues in Legal Scholarship: The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, www.bepress.com/ils/iss2/art20 (2004).

²³ En Fiss, nota 7, p. 148, se discute el concepto de grupo.

²⁴ Fiss, *id.* p. 159, sugiere que los casos de discriminación que no involucran la subordinación de un grupo pueden ser considerados “trato injusto”, y en tal carácter se pueden encarar a través de

costado igualitario. Aunque el trato justo y la igualdad son dos conceptos que en buena medida se superponen, si algo los distingue es precisamente que la igualdad tiene una dimensión relativa que no tiene por qué estar presente en el primero. Puedo ser tratado en forma injusta más allá de cómo se trate a los demás. Todos, en teoría, pueden ser tratados en forma injusta. El trato justo se vincula con la idea de dignidad, y esta idea es en alguna medida independiente de las consideraciones relativas que caracterizan a la igualdad.

Podemos pensar en otros casos, como cuando se prohíbe a los varones formarse como enfermeros,²⁵ o se cobran impuestos más altos en base a características tales como cultivar uvas en vez de otro fruto²⁶ o ser propietario de tierra rural en vez de urbana.²⁷ Estos casos escapan al marco del principio antisubordinación. Si bien es innegable que, nuevamente, los podríamos ver como casos de trato injusto, involucran también un aspecto igualitario, y es por eso natural encararlos desde el derecho de igualdad, como lo han hecho los tribunales. Esta cuestión conceptual se torna legalmente significativa en aquellos países que, como Argentina, no poseen una disposición constitucional específicamente destinada al trato injusto. Para este tipo de casos se ha invocado, justificadamente, el derecho de igualdad.

Si ello es así, existe un aspecto del derecho de igualdad que el principio antisubordinación no logra capturar. Esto no es problemático desde la perspectiva que he ofrecido, basada en una distinción entre la igualdad como derecho y la igualdad como ideal. La mejor forma de concebir el principio antisubordinación es como un ideal constitucional que, como tal, influye en la determinación del contenido del derecho de igualdad, pero no lo agota. Es un ideal que, por su importancia, desplazará a otros ideales en muchos contextos —sin duda resultará preeminente cuando el trato preferencial de un grupo desaventajado esté en juego— pero esto no quita que otros ideales gobiernen la determinación del contenido del derecho de igualdad en casos en los que el principio antisubordinación no está involucrado, como Arenzon.

En una sociedad como la estadounidense, que puede ser descripta, aun metafóricamente, como una estructura de castas, deberíamos esperar que el principio antisubordinación sea un ideal constitucional de suprema jerarquía, y que como tal cumpla un rol central en casos paradigmáticos del derecho de igualdad. El principio antisubordinación puede ser la mejor interpretación del derecho de igualdad en tales casos, como sostienen sus defensores, sin que por ello tenga que ser el único ideal que da contenido a dicho derecho.

Con esto en mente, pasemos ahora a analizar el caso argentino. ¿Es también el principio antisubordinación un ideal que da contenido al derecho de igualdad en nuestra Constitución? En “(Des)igualdad estructural”,²⁸ Roberto Saba plantea, precisamente, que la reforma de 1994 ha significado la adopción de dicho principio. La Constitución reformada establece que el Congreso debe sancionar leyes que establezcan “acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos” (art. 75 inc. 23). Como vimos, el principio antidiscriminación no tiene espacio para las acciones positivas, mientras que el principio antisubordinación da perfecta cuenta de ellas. Por esta razón, tras la reforma, dice Saba, debemos entender que el principio antisubordinación complementa al artículo 16, que él identifica con el principio antidiscriminación.²⁹ Este planteo de Saba motivará dos consideraciones de mi parte. La primera se refiere a la supuesta adopción del principio antidiscriminación en Argentina; la segunda, al papel del principio antisubordinación en nuestra Constitución.

la cláusula de debido proceso en vez de la de igualdad. Ver también *id.* p. 172, nota 83, donde Fiss afirma que una versión “pelada” del principio antidiscriminación, sólo enfocada en la racionalidad medio-fin, podría anclarse en la cláusula de debido proceso.

²⁵ Ver *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982)

²⁶ Ver *Viñedos y Bodegas Arizu c/ Provincia de Mendoza*, Fallos 157:539 (1930).

²⁷ Ver *Cobo de Macchi di Cellere c/ Provincia de Córdoba*, Fallos 190:231 (1941), disidencia de Nazar Anchorena.

²⁸ Nota 2.

²⁹ *Id.*

Con respecto a la primera cuestión, soy renuente a conceder que el artículo 16 haya sido tradicionalmente interpretado como el principio antidiscriminación, como sostiene Saba. Uno de los casos que Saba cita como ejemplo de esto es, justamente, *Arenzon*. Debe reconocerse que *Arenzon* parece encajar cómodamente en el modelo del principio antidiscriminación. Según explicó la Corte al declarar inconstitucional la exclusión del actor en virtud de su corta estatura, tal rasgo no se vincula con la aptitud de un profesor para enseñar. En otras palabras, el medio no sirve para alcanzar el fin buscado, y este es precisamente el supuesto que el principio antidiscriminación paradigmáticamente alcanza.

El caso es de una simpleza asombrosa. El objetivo del Estado es excluir a los malos profesores, pero se basa en una distinción que presupone que los bajos son malos profesores. La falsedad de esto parece tan obvia que nada más hace falta para declarar la práctica inconstitucional. ¿Para qué, entonces, recurrir a los ideales constitucionales? Sin duda, pocas veces encontraremos en la actualidad ejemplos más groseros de inadecuación medio-fin que *Arenzon*. Sin embargo, incluso en este caso es posible entrever la presencia de ideales sociales en disputa. Esto aparece con más claridad en el voto concurrente de Petracchi y Belluscio, al que ya hice referencia. El Estado, para defender la distinción, había invocado estudios que mostraban que ser muy bajo afectaba el desempeño de un profesor.³⁰ La base del argumento era que al profesor muy bajo le resultaría difícil imponer su autoridad sobre los alumnos. Para Petracchi y Belluscio, esta justificación revelaba una ética elitista, perfeccionista y autoritaria. La norma, de hecho, había sido emitida por funcionarios de facto de la dictadura que regía el país tan solo un año atrás. En ese contexto, más que la inadecuación medio-fin, la distinción en cuestión revelaba la aplicación de valores erróneos, propios de un régimen estructurado en torno al terror. En virtud de esos valores, la educación se basaba en la fuerza y el más débil era un ser inferior. Por eso, razonaron Petracchi y Belluscio, en lugar de imponer requisitos de altura mínima, debía exigirse que los profesores juraran que defenderían los valores de la Constitución, ya que esto sería más compatible con la democracia.

Podemos ver en *Arenzon* dos concepciones de la autoridad en disputa: una basada en la fuerza, la otra en la democracia. Al menos para dos ministros de la Corte, la adecuación de la distinción no dependía del análisis mecánico distintivo del principio antidiscriminación, sino que se debía determinar cuál de esas dos concepciones generales tenía cabida en la Constitución. En consecuencia, incluso en un caso tan sencillo como *Arenzon*, vemos a los jueces inclinarse por analizar el derecho de igualdad con referencia a los ideales constitucionales más generales y no a la mera racionalidad de la distinción.

Otros casos presentan el mismo rasgo. Por ejemplo, al interpretar el principio de “igual remuneración por igual tarea” (art. 14 bis), la Corte ha considerado que no se viola tal principio si se paga un salario más alto al empleado casado con hijos, dado que la Constitución contempla como objetivo la protección de la familia.³¹ El mismo objetivo fue invocado para concluir, en un caso posterior, que resulta inconstitucional no incrementar el salario de aquellos trabajadores que se tomaron una licencia por maternidad.³² No me parece, en definitiva, que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio antidiscriminación que ha prevalecido en Estados Unidos.

Pasando a la segunda cuestión, tampoco creo que la relación entre el principio antidiscriminación y el principio antisubordinación sea de complementariedad, como la presenta Saba. No cabe entender que dos enfoques son complementarios si hay un área central en la que se contradicen, como ocurre con el principio antidiscriminación y el principio antisubordinación respecto del trato preferencial de un grupo desaventajado. Podría decirse que ambos son complementarios si uno tendiera a abarcar supuestos que el otro no contempla, o incluso si existiera alguna contradicción en un tema marginal, pero esto no es lo que ocurre en este caso. Que una persona sea tratada en forma preferencial en atención a su raza o género en aspectos

³⁰ El gobierno no invocó explícitamente estos estudios en *Arenzon*, pero sí en un caso similar, y por ende Petracchi y Belluscio se refirieron a ellos para entender la lógica subyacente en *Arenzon*. Ver *Arenzon*, voto de Petracchi y Belluscio.

³¹ Ver *Ratto c/ Productos Stani*, Fallos 265:242 (1966).

³² Ver *Del Papa c/ Sur Cía. Argentina de Seguros*, Fallos 308:359 (1986).

tan centrales de su vida como el acceso a la universidad o a un empleo se encuentra en el centro de lo que uno y otro principio pretenden regular, y lo hacen en forma opuesta.

No obstante, el planteo de Saba podría adaptarse al modelo que he presentado: la determinación del contenido del derecho de igualdad debe ser sensible (y, en Argentina, en alguna medida lo ha sido) a los ideales constitucionales; por eso, tras la reforma de 1994, un ideal constitucional central, y que como tal debe impactar en la determinación del contenido del derecho de igualdad, es el principio antisubordinación. Aunque tal enfoque no sería irrazonable, pretendo defender algo distinto. Concuero con Saba en que la Constitución Argentina incluye, tras la reforma, una visión distinta del derecho de igualdad. Esta visión se vincula con el principio antisubordinación, pero, como veremos a continuación, es más amplia.

3. Un nuevo ideal constitucional

La reforma de 1994 introdujo un nuevo ideal en la Constitución Argentina. Este ideal puede inferirse especialmente de las siguientes fuentes:

Primero, el art. 37 establece que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y el régimen electoral”. Esta norma fue una ratificación implícita de la ley de 1991 que impuso una cuota de 30% de mujeres en las listas electorales y en consecuencia elevó significativamente la presencia femenina en el Congreso y otros organismos colegiados.

Segundo, el art. 75 inc. 19 dispone que corresponde al Congreso sancionar leyes que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal.

Tercero, el art. 75 inc. 23 prevé que el Congreso debe promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el goce pleno de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Cuarto, el art. 75 inc. 2 prescribe que la distribución de la recaudación impositiva entre la Nación y las provincias será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Estas cuatro normas aluden a una noción particular de igualdad, la igualdad de oportunidades, y la vinculan con las acciones positivas, la educación pública gratuita, el goce pleno de los derechos humanos y la distribución de la recaudación impositiva. La Constitución no pretende garantizar la mera igualdad de oportunidades, sino la igualdad real de oportunidades, y en este punto se distancia de una noción más delgada de igualdad de oportunidades que Robert Post identifica con el principio antidiscriminación.³³ Para esta noción más delgada, la igualdad de oportunidades consiste en juzgar a las personas por su mérito individual; su objeto último es descubrir la verdadera capacidad de una persona para realizar un trabajo.³⁴ Ahora bien, si la igualdad de oportunidades es, para la Constitución Argentina, un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa, y del modo de distribuir la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación. Tal concepción presupone que la igualdad de oportunidades se alcanza si prohibimos distinciones basadas en prejuicios, pero no aspira a modificar la estructura social que creó o favoreció esos prejuicios. Su objetivo último es juzgar al individuo por su mérito intrínseco, no indagar en las condiciones sociales que determinaron la forma en que ese mérito se construyó. Se asegura que la línea de partida será igual para todos, pero no se presta atención a las condiciones en las que se llega a esa línea ni al modo en que nuestras circunstancias afectan nuestro rendimiento. Una concepción de la igualdad que se apoya en la distribución de la recaudación impositiva, las acciones positivas y la

³³ Ver Post, nota 16, especialmente p. 21.

³⁴ *Id.* p. 16.

educación pública gratuita va más allá. Al vincular la igualdad de oportunidades con la distribución de la recaudación impositiva, la Constitución deja en claro que para que la igualdad de oportunidades sea real, hace falta no un estado neutral sino uno activamente involucrado en la provisión de beneficios sociales. Las acciones positivas y la educación gratuita y equitativa, por su parte, son remedios estructurales contra la desigualdad. Su propósito es modificar la estructura social, porque presuponen que para el momento en que se llega a la línea de partida ya es demasiado tarde. Por eso, igualdad real de oportunidades es, para la Constitución Argentina, igualdad estructural de oportunidades: un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos. Este es el ideal social que la reforma de 1994 introdujo en la Constitución Argentina.

Para entender los alcances de este ideal, será útil, nuevamente, pensar en un caso hipotético. En “The Idea of Equality,”³⁵ Bernard Williams nos invita a imaginar una sociedad en la que pertenecer a la clase guerrera es fuente de enorme prestigio. En el pasado, los guerreros se reclutaban solamente entre las familias ricas, pero, gracias a reformas igualitarias, ahora se los busca en toda la sociedad. El criterio de selección es exclusivamente la fuerza física, que se mide mediante una competencia “adecuada”. El efecto de esta competencia, no obstante, es que casi todos los guerreros aún provienen de las familias ricas, ya que el resto de la población está tan desnutrido como consecuencia de años de pobreza que su fuerza física no logra equipararse a la de los ricos.

Este resultado no sería problemático para una visión delgada de la igualdad de oportunidades, como la que el principio antidiscriminación refleja. Todos tienen la oportunidad de convertirse en guerreros. De hecho, la competencia que determina quién lo logra es neutral en dos sentidos. Primero, el criterio de selección es el más relevante para la práctica en cuestión: los mejores guerreros son los más fuertes. Segundo, podemos suponer que la competencia es conducida en forma transparente: los jueces son imparciales, incorruptibles, tal vez incluso recurren a un velo de ignorancia que esconde las diferencias irrelevantes entre los concursantes, como por ejemplo su clase social.³⁶ Para una visión delgada de la igualdad de oportunidades, esto es más que suficiente. Pero Williams, con razón, considera que tal visión de la igualdad de oportunidades es hueca, e insiste en que para alcanzar una verdadera igualdad de oportunidades debemos ir más allá, dado que existe un nexo causal entre la pobreza y la desnutrición, y entre ésta y la debilidad física.

El ejemplo de Williams es persuasivo, pero propongo que modifiquemos algunas cosas para hacerlo más realista. En primer lugar, la conexión entre debilidad física y pobreza suena un poco forzada. La fuerza física rara vez es patrimonio exclusivo de los ricos; al fin y al cabo, los pobres tienden a depender de ella más que los ricos para realizar los trabajos que la sociedad les reserva. Además, es improbable, en la actualidad, que la fuerza física sea la carta de entrada a las posiciones de mayor prestigio social. En segundo lugar, el presupuesto de que años de pobreza y desnutrición han causado debilidad física hace que el argumento sea demasiado fácil: quienes hoy se benefician con este test supuestamente neutral —los ricos— son aquellos que, gracias a años de opresión, condenaron a los pobres a la debilidad física. Es como si una persona usurpara un inmueble en un momento dado y acto seguido estableciera un sistema riguroso de inviolabilidad de la propiedad privada. Sin duda nos opondríamos a este sistema. Pero las cosas son menos claras, y también más realistas, cuando la conexión entre opresión en el pasado y postergación social en el presente es más débil o incluso inexistente. En este supuesto, la responsabilidad de que algunas personas carezcan de la destreza que el test neutral evalúa no puede ser atribuida a quienes sí poseen esa destreza, y por ende la sensación de obvia injusticia que el ejemplo original transmite tiende a diluirse.

Para reflejar estas consideraciones, pensemos en la siguiente variante. El proceso para seleccionar a las personas que accederán a puestos de gran prestigio social consiste en un test neutral que mide no la fuerza física sino la habilidad verbal. Los pobres, que estadísticamente

³⁵ En *Justice and Equality*, p. 116, Hugo A. Bedau Ed. (1971).

³⁶ Esto estaría en línea con la idea de seleccionar músicos para una orquesta tras una pantalla opaca que impide ver el género del ejecutante. Ver Robert Post, nota 16, pp. 18-21.

tienen un peor desempeño que los ricos en este test verbal, son en general inmigrantes recientes. Los ricos de esta sociedad, por ende, no pueden ser culpados de la situación social de los pobres, ni se han beneficiado de tal situación de modo alguno. En esta variante, aún terminamos en una situación en la cual los ricos se quedan con casi todos los puestos de gran prestigio social. Pero, primero, el proceso de selección se basa en características que son fuente de valor social genuino, ya que, podemos suponer, la destreza verbal es de relevancia para el puesto; y, segundo, que algunas personas (los pobres) carezcan de tal destreza no puede ser atribuido directamente a otras personas (los ricos) que sí las poseen y se ven favorecidas por el test neutral.

Creo que aun con estas dos modificaciones el test neutral en cuestión no lleva a una genuina igualdad de oportunidades. Sin embargo, para llegar a esta conclusión es necesario analizar la situación desde la óptica de lo que he llamado igualdad estructural de oportunidades. Esta concepción nos obliga a mirar más allá del merecimiento y la justicia individual —si los ricos son culpables del padecimiento de los pobres o si una persona en particular merece el puesto que el test neutral le otorgaría— para concentrarnos en el modo en que opera la estructura social. Deberíamos preguntarnos, por ejemplo, en qué medida la dificultad para acceder a estos puestos de gran prestigio social será en el futuro una causa (y no sólo una consecuencia) de la falta de habilidades verbales, qué dinámicas sociales se derivarán de esto, y si estas dinámicas son compatibles con la Constitución. Este es el tipo de análisis que la igualdad estructural de oportunidades involucra.³⁷

Para una concepción estructural, la clave está en el efecto estadístico de las dinámicas sociales. Determinar las causas de un fenómeno social es importante para diseñar el remedio adecuado, no para identificar a las personas o grupos responsables que deban hacerse cargo del costo de tales remedios. El objetivo no es atribuir culpas y merecimientos sino erradicar dinámicas sociales incompatibles con la real igualdad. De allí que si entendemos a las acciones positivas desde una óptica estructural, no es relevante que las víctimas del pasado coincidan o se vinculen con los beneficiarios del presente. El trato preferencial, en este caso, es un paso en procura de la modificación de dinámicas sociales perversas que imponen a ciertos grupos un techo estadístico de progreso social contrario a la Constitución. No es la culpa o el merecimiento individual lo que justifica el trato preferencial.

Como señalé, Owen Fiss ha defendido las acciones positivas desde una perspectiva estructural.³⁸ También ha adoptado tal perspectiva para analizar si la denegación de servicios sociales a los inmigrantes ilegales en Estados Unidos es compatible con el derecho de igualdad.³⁹ Su respuesta es que no lo es, aunque admite que el gobierno puede evitar por la fuerza el ingreso de inmigrantes ilegales y deportarlos si se encuentran en suelo estadounidense en violación de normas inmigratorias. Más aún, para Fiss, aunque una persona en particular prefiera permanecer en Estados Unidos como un paria en vez de regresar a Guatemala como un ciudadano pleno, tal alternativa no cuenta con respaldo constitucional. La Constitución no prohíbe que el gobierno restrinja la inmigración, pero sí que algunos miembros de la comunidad tengan un status inferior, incluso cuando tal status pueda resultar, para alguno de ellos, preferible a la deportación.⁴⁰ Este planteo le ha valido a Fiss que se lo acusara de ser contradictorio.⁴¹ Sin embargo, para quien procura desterrar las dinámicas sociales que son incompatibles con la Constitución, como Fiss, aquí no hay contradicción alguna. Este tipo de preocupación es, precisamente, lo que distingue a los enfoques estructurales.

Tanto el principio antisubordinación defendido por Fiss como la igualdad estructural de oportunidades son concepciones estructurales de la igualdad. No obstante, hay diferencias

³⁷ El impacto de los tests laborales en la igualdad racial en Estados Unidos se discute en Fiss, nota 23, p. 8.

³⁸ Ver Fiss, nota 15.

³⁹ Ver Fiss, nota 6.

⁴⁰ *Id.* Es similar, en este punto, el planteo sobre la inmigración de Michael Walzer en *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983), aunque éste, a diferencia de Fiss, parece más preocupado por el aspecto político que por el económico de la exclusión del inmigrante.

⁴¹ Ver Mark Tushnet, “Fronteras abiertas,” en *id.*

importantes entre ellas. El principio antisubordinación, en la versión original de Fiss, sólo concierne el status de los grupos, mientras que la igualdad estructural de oportunidades es más amplia. Por supuesto, la igualdad estructural de oportunidades no debe hacer caso omiso del grupo al que uno pertenece, ya que la situación de tal grupo puede ser un determinante central de nuestras oportunidades; pero éstas dependen también de otros factores sociales, y, por ello, la igualdad estructural de oportunidades debe tener un enfoque que vaya más allá. De hecho, un factor paradigmático que, dado su impacto sobre nuestras oportunidades, la igualdad estructural de oportunidades debe tener en cuenta es la pobreza; ésta, sin embargo, no es una categoría relevante en sí misma para el principio antisubordinación: tal como Fiss reconoce, ser pobre no es una característica definitoria de un grupo social,⁴² ya que su inestabilidad —el status de pobre varía tan rápido como el nivel de ingreso— se da de bruces con tal noción.

Esta diferencia entre el principio antisubordinación y la igualdad estructural de oportunidades no debe sorprendernos. La sociedad argentina y la estadounidense enfrentan historias y dinámicas sociales muy distintas. La importancia de la raza como razón de exclusión en Argentina, aunque dista de ser insignificante, es mucho menor que en Estados Unidos. Allí, el status social inferior de ciertos grupos, y en especial de los negros, ha dominado, y por buenas razones, las preocupaciones del pensamiento igualitario. No podría decirse lo mismo en el caso argentino.

Debo insistir, sin embargo, en que la igualdad estructural de oportunidades no es incompatible con el principio antisubordinación al respecto, sino que es más amplia. La igualdad estructural de oportunidades también concierne el status de los grupos sociales, y la introducción de las acciones positivas en la Constitución Argentina sin duda da cuenta de ello. Pero las acciones positivas son sólo la punta del iceberg. Nuestra Constitución ha incorporado un ideal que, como expliqué, alcanza distintos contextos. Las acciones positivas son un mecanismo para perseguir este ideal en algunos contextos, pero no en otros. En el área de la educación, por ejemplo, la Constitución no se refiere a las acciones positivas como modo de promover la igualdad estructural de oportunidades; alude, en cambio, a la educación gratuita y equitativa.⁴³ Esta norma refleja la preocupación por el impacto de la riqueza, no de la pertenencia a un grupo social.

Incluso en aquellos contextos en los que la Constitución establece un nexo directo entre la igualdad estructural de oportunidades y las acciones positivas, algunas de las categorías de personas que incluye desafían la noción de grupo. Así, el art. 75 inc. 23 se refiere a las mujeres, los niños, los ancianos y los discapacitados. Si nos detenemos por un instante a pensar en las acciones positivas en estos casos, advertiremos que no todos ellos pueden encajar en el paradigma del principio antisubordinación. De hecho, tal vez sólo en el caso de las mujeres la conexión resulte clara.

¿Cómo podría promoverse la real igualdad de oportunidades en el caso de los niños? El mismo artículo nos da una pista. El párrafo que sigue al que reconoce las acciones positivas prevé que “[corresponde al Congreso] 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 período de

⁴² Ver Fiss, nota 7, pp. 161-4. Sin embargo, en “Another Equality,” nota 23, pp. 21-23, Fiss parece dispuesto a incluir la protección de los pobres *qua* pobres bajo el paraguas del principio antisubordinación. Pero su objetivo, según lo entiendo, es alcanzar a aquellas personas cuya pobreza es tan extrema que genera una división social que “desfigura a la sociedad”, como lo hicieron la esclavitud o el régimen de Jim Crow (*Id.* p. 21). La igualdad estructural de oportunidades, en cambio, se vería amenazada mucho antes de llegar a ese estado de división desfigurante. Por eso, incluso si entendemos el principio antisubordinación de modo tal que cobije a los pobres, sigue siendo cierto que la igualdad estructural de oportunidades requiere una protección más amplia para ellos.

⁴³ Art. 75 inc.19.

lactancia”.⁴⁴ No hay duda de que aquí la Constitución se preocupa por los efectos de la pobreza sobre los menores. Es en ese sentido, entonces, que debemos entender a las acciones positivas, previstas en el párrafo anterior, en el caso de los niños: como un trato preferencial para los niños necesitados (y sus madres como consecuencia lógica) para que puedan llegar a la línea de largada en buenas condiciones. Los niños, claro está, no pueden constituir un grupo en el sentido fissiano; si tuviéramos que nombrar un caso paradigmático de status transitorio, seguramente pensaríamos en la edad. El tipo de protección que esta norma prevé, sin embargo, es característico de la igualdad estructural de oportunidades.

4. Oportunidad y competencia

La igualdad estructural de oportunidades aspira a igualar el impacto de la estructura social sobre las oportunidades de las personas. El énfasis que esta concepción pone en las oportunidades obsta a garantizar resultados concretos o niveles absolutos de goce; nos obliga, en cambio, a estar atentos a los procesos sociales mediante los cuales se definen las posibilidades de vivir una vida plena. En nuestra sociedad, estos procesos son eminentemente competitivos. Por ello, la igualdad estructural de oportunidades es especialmente sensible a la dimensión competitiva de las interacciones sociales.

De hecho, las dos instituciones que la Constitución expresamente conecta con la igualdad estructural de oportunidades tienen fuertes implicancias competitivas. El proceso electoral es el arquetipo de la competencia: está organizado en torno a la idea de ganadores y perdedores, y el recurso que reparte es nada menos que el poder político, el poder de conducir el Estado. De allí que ya en 1991, el afán de promover la igualdad estructural de oportunidades llevó a la adopción de acciones positivas —una cuota para mujeres— en las listas electorales; la reforma de 1994, que introdujo la igualdad estructural de oportunidades, ratificó este sistema. Este parece ser el punto de partida natural si uno se preocupa por la competencia, dado que esta competencia en particular derramará su influencia sobre vastas áreas de la vida social.

La otra institución que la Constitución expresamente vincula con la igualdad estructural de oportunidades es la educación. Nuevamente, esta elección no es sorprendente. La educación tal vez sea el factor más importante en la determinación de la capacidad competitiva de un individuo, y de allí que la Constitución reserve un lugar especial para ella. Más aún, las implicancias competitivas de la educación nos fuerzan a concebirla en términos relativos, es decir, en referencia a lo que los otros obtienen. En este sentido, como señaló el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Thurgood Marshall en su disidencia en el caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, “de poco sirve a un niño que reside en un distrito pobre obtener educación ‘suficiente’ si quienes viven en los alrededores obtienen una educación que es más que ‘suficiente’.”⁴⁵ Si bien Marshall estaba especialmente preocupado por el impacto de las diferencias educativas en la arena política, sus consecuencias en el mercado económico no son menos obvias ni, por cierto, menos importantes. Nuestra habilidad para competir en tal mercado determinará, en buena medida, cuán satisfactoria será nuestra vida. Como el ejemplo de la educación revela, algunos recursos son de tal importancia competitiva que cualquier desventaja relativa que enfrentamos al acceder a ellos tenderá a retroalimentarse, generando así un círculo vicioso que limitará significativamente nuestras posibilidades de desarrollo personal. Para evitar este efecto, la competencia debe ser una preocupación central. Esto es, precisamente, lo que la igualdad estructural de oportunidades implica.

⁴⁴ Germán Bidart Campos expresa que este párrafo, aun cuando se refiere a la seguridad social, debe ser entendido como una continuación del anterior, referido a las acciones positivas. Ver su *Manual de la Constitución Reformada* Vol. III 126 (1997).

⁴⁵ 411 U.S. 89 (1973), p. 115, nota 72.

Existen concepciones alternativas de la igualdad que aluden a esta dimensión relativa, pero tienden a quedarse cortas a la hora de apreciar su importancia y enmendar sus efectos.⁴⁶ Otras, en cambio, directamente rechazan la idea de competencia, y optan por presentar a la sociedad como un sistema de producción cooperativa.⁴⁷ Creo que tal enfoque es engañoso. Aunque la sociedad es sin dudas una empresa cooperativa, también es una empresa competitiva. En las economías de mercado, la distribución de recursos depende del desempeño de cada uno, no de la membresía en la empresa común. Es verdad que muchas veces quienes describen a la sociedad como una empresa cooperativa también rechazan la economía de mercado. Para ellos, que algunos aspectos centrales de nuestra vida se resuelvan en forma competitiva es problemático. Este planteo, por cierto, no carece de plausibilidad. Sin duda, un grado excesivo de competencia empobrece las relaciones sociales. Pero la competencia es un mecanismo importante de distribuir recursos económicos. Ella favorece que la sociedad sea más rica, ya que maximiza los niveles de producción, y crea incentivos para que los individuos canalicen sus habilidades hacia actividades que otras personas valoran y están dispuestas a remunerar. En este sentido, la competencia implica que la retribución que obtenemos por nuestro trabajo sea sensible al impacto que ese trabajo tiene en los demás. Esta es una razón de peso para estar a favor de la competencia. La igualdad estructural de oportunidades, en vez de rechazar la competencia, aspira a que ella se desarrolle en condiciones genuinamente igualitarias.

5. Desventajas y deberes

En general se acepta que para que un resultado sea moralmente merecido, debe ser producto de una decisión genuina. Muchas de las teorías igualitarias más importantes, incluidas la de Rawls,⁴⁸ Dworkin⁴⁹ y Nagel⁵⁰, se asientan sobre esta premisa. Pero de ello no se sigue que todos los resultados que no se merezcan desde un punto de vista moral deban ser neutralizados por las instituciones sociales, o que todos ellos den lugar a un derecho de igual intensidad. Incluso si resulta moralmente indistinto que la incapacidad de una persona para progresar socialmente provenga de problemas genéticos o de la falta de educación —en ambos casos sería mala suerte— tal diferencia es importante a la hora de definir los deberes de una sociedad comprometida con la igualdad estructural de oportunidades. Para promover esta concepción de la igualdad, debemos distinguir, entre todas las desventajas sociales inmerecidas moralmente, aquellas que pueden ser vinculadas en forma más directa con una causa socioestructural. La falta de educación es una de tales causas, ya que las condiciones de acceso a la educación dependen del modo en que la sociedad decide organizarse. Las deficiencias genéticas, por su parte, no presentan, al menos por el momento, un vínculo tan directo con la estructura social. Del mismo modo, ciertas enfermedades sólo pueden ser entendidas con referencia al contexto social en el que se gestan —esto típicamente ocurre con las enfermedades de la pobreza, que no en vano son también llamadas enfermedades sociales— mientras que otras son relativamente independientes de las dinámicas sociales, y, en consecuencia, se caracterizan

⁴⁶ La teoría igualitaria de Dworkin es, en mi opinión, un ejemplo de esta tendencia. En “Justice, Insurance and Luck”, incluido en *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* 320-350 (2002), Dworkin propone un impuesto a la herencia destinado a asegurar que los niños cuyos padres son pobres tengan un buen comienzo en la vida, para evitar así la estratificación social. Pero si la pobreza tiene el dramático efecto sobre nuestras oportunidades que Dworkin acertadamente identifica, entonces su tratamiento debe hallarse en el centro de su teoría igualitaria, no en un apartado de tres páginas limitado a los niños.

⁴⁷ Rawls, en *A Theory of Justice* (1971), enfatiza la dimensión cooperativa de la producción de riqueza social. Ver también Elizabeth Anderson, “What is the Point of Equality,” 109 *Ethics* 287, pp. 318, 321-6 (1999).

⁴⁸ Ver *A Theory of Justice* (1971).

⁴⁹ Ver *Sovereign Virtue* (2002).

⁵⁰ Ver *Equality and Partiality* (1991).

por su falta de correlación con el nivel socioeconómico. Incluiría al mal de Chagas entre las primeras, y a la mayoría de los tipos de cáncer entre las segundas.

Esta distinción no pretende ocultar que la estructura social siempre impactará en la extensión y gravedad de cualquier desventaja. Se podría decir, en este sentido, que la gravedad de ser no vidente dependerá del modo en que la sociedad trata a los no videntes, del mismo modo que la gravedad de ser analfabeto dependerá de la importancia que cada sociedad otorgue a la expresión escrita. Esto es trivialmente cierto. Pero, nuevamente, no debemos inferir de ello que la sociedad es igualmente responsable por todas las desventajas. Nuestra responsabilidad central como sociedad comprometida con la igualdad estructural de oportunidades es evitar que la estructura social opere en sí misma como causa de desigualdad.

Podríamos basar esta responsabilidad en el hecho de que, en el caso de las desventajas socioestructurales, es la sociedad, justamente, la que ha causado la desventaja en cuestión. Al fin y al cabo, haber causado un daño es una fuente habitual de obligaciones. Sin embargo, para la igualdad estructural de oportunidades no importan tanto las causas como las consecuencias de una desventaja. Como dije, la igualdad estructural de oportunidades se vincula con las dinámicas sociales. El problema particular que presentan las desventajas causadas en forma más directa por la estructura social es que tienden a reproducir las dinámicas sociales que les dieron origen. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente círculo vicioso, algo simplista pero estadísticamente verdadero: si uno es pobre no logra acceder a una educación competitiva, y sin tal educación es difícil dejar de ser pobre. O recordemos sino la variante que propuse al caso hipotético de Williams, en la que un test neutral reproducía las dinámicas que determinaban quién poseía las capacidades que el test evaluaba (en ese caso, la destreza verbal que los ricos ostentaban de manera desproporcionada). Esta dinámica auto-reproductiva es típica de las desventajas socioestructurales, y de allí que la igualdad estructural de oportunidades se concentre en su erradicación.

El carácter socioestructural de una desventaja es relevante tanto para definir la extensión de la obligación social de paliarla como para entender el tipo de remedios necesarios para hacerlo. Si la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, esto quiere decir que los remedios deben enfocarse específicamente en tal estructura. El remedio debe ajustarse a la fuente de desigualdad; debe estar diseñado de tal forma que logre modificar aquellos aspectos de la estructura social que afectan en forma desigual nuestra capacidad de competir.

Se podría temer que este énfasis en las desventajas socioestructurales deje sin amparo a quienes padecen desventajas naturales, como los discapacitados o los menos inteligentes. Tal temor no está justificado. En primer lugar, el énfasis de la igualdad estructural de oportunidades en las desigualdades socioestructurales se refiere a su importancia relativa, pero no significa que estas sean las únicas desventajas que una sociedad decente debe paliar. En segundo lugar, creo que muchas teorías sobre la igualdad tienden a sobrestimar la importancia de la inteligencia y otras características naturales para vivir una vida plena, lo que las lleva a situar la compensación de las incapacidades en el centro del análisis.⁵¹ En las sociedades contemporáneas, las fuentes de prestigio, ingresos y satisfacción personal son diversas. Son pocas las personas que hacen todo bien, y menos aún las que hacen todo mal. Las incapacidades reales existen, por supuesto, pero son la excepción, y en consecuencia deben ser tratadas en forma excepcional. Es un error tratar de modelar la distribución de recursos escasos sobre la base de que las personas deben ser compensadas por sus incapacidades. Ello hace que perdamos de vista aquellas áreas en las que la sociedad es primariamente responsable por impedir que compitamos en condiciones igualitarias.

⁵¹ Esto, entiendo, ocurre en el caso de la literatura que Elizabeth Anderson, nota 49, ha denominado “*luck-egalitarianism*”, algo así como “igualitarismo del azar”. Entre los seguidores de esta línea, Anderson incluye a Ronald Dworkin (quien, vale aclarar, rechaza el mote: ver “Sovereign Virtue Revisited,” 113 *Ethics* 106), Thomas Nagel, Gerard Cohen, Richard Arneson, y Eric Rakowski. Daniel Markovits, en su artículo “How Much Redistribution Should There Be?,” 112 *Yale L. J.* 2291, llama a esta visión “*responsibility-tracking egalitarianism*” y a la suya “*equal-agent egalitarianism*”.

Más aún, muchos de los factores que tendemos a percibir como desventajas naturales pueden ser, en realidad, eminentemente socioestructurales. La inteligencia es una instancia paradigmática de este fenómeno. Veamos, en este sentido, algunas de las enseñanzas que los tests de coeficiente intelectual nos han dejado. Durante la primera guerra mundial, el psicólogo estadounidense Robert M. Yerkes tomó estos tests a 1,75 millones de soldados.⁵² Yerkes y su equipo creían que con ello lograrían medir la inteligencia innata, pero la realidad es que los resultados reflejaban principalmente la influencia de los factores sociales. En primer lugar, los tests estaban contaminados por prejuicios culturales.⁵³ Incluían varias preguntas que debían resultar desconcertantes para todos aquellos reclutas que habían inmigrado recientemente a Estados Unidos y, por ende, no conocían su cultura. Por ejemplo, tomemos la analogía “Washington es a Adams lo que primero es a ...”; o el multiple-choice “Christy Mathewson es un famoso escritor, artista, jugador de baseball o comediante”.⁵⁴ El prejuicio cultural también estaba presente, aunque de manera más sutil, en los tests para analfabetos. Estos tests eran gráficos, pero requerían, de todos modos, estar familiarizado con prácticas tales como el bowling o el tenis,⁵⁵ y, en forma más general, con los números.⁵⁶

Sin duda los tests de inteligencia pueden ser mejorados de forma tal que resulten más inmunes a los prejuicios culturales que los tests de la primera guerra. En buena medida, esto ya se logró. Pero los resultados de estos tests dependen del contexto social en otro sentido más sutil, y también más importante para esta discusión. Esto surge con claridad si se atiende al desempeño de los distintos grupos étnicos. En los tests de la primera guerra, por ejemplo, los soldados negros obtuvieron puntajes bastante bajos, al igual que los judíos y otros inmigrantes recientes.⁵⁷ Los racistas invocaron estos datos como confirmación empírica de que ciertas razas eran menos inteligentes. Esto, decían, justificaba políticas tales como la limitación del acceso de los negros a la educación superior, la regulación eugenésica de la reproducción y la restricción de la inmigración.⁵⁸

Estas lecturas racistas, sin embargo, mal podían explicar por qué los negros del norte de Estados Unidos habían obtenido puntajes significativamente superiores que los negros del sur.⁵⁹ Si la inteligencia innata estaba determinada por la raza, ¿por qué personas de una misma raza se desempeñaban de forma tan disímil en función de su ubicación geográfica? Más aún, ¿por qué el desempeño de los inmigrantes se encontraba correlacionado de forma tan clara con la cantidad de años que habían residido en Estados Unidos?⁶⁰ Aunque la explicación más

⁵² Stephen Jay Gould, *The Mismeasure of Man*, p. 194 (1981).

⁵³ *Id.* pp. 199-214. Ver también Claude S. Fischer et. al., *Inequality by Design: Cracking the Bell Curve Myth* (1996).

⁵⁴ Gould, nota 52, p. 199. Traducido por el autor.

⁵⁵ Los reclutas debían completar una serie de dibujos, como por ejemplo uno en el que una bola de bowling había sido borrada de la mano del jugador, u otro en el que la red había sido borrada de una cancha de tenis. Ver *id.* p. 211.

⁵⁶ *Id.* p. 207, donde se indica que una sección del test Beta (para analfabetos) requería no sólo contar objetos sino también escribir el número correspondiente, y que otra sección requería comparar series de números, una tarea mucho más difícil para quien ve a los números como símbolos sin significado.

⁵⁷ El puntaje promedio era 13,08 años de edad mental para los blancos estadounidenses, 11,34 para los rusos, 11,01 para los italianos, 10,74 para los polacos y 10,41 para los negros estadounidenses. Los examinadores consideraban que cualquier persona cuya edad mental iba de 8 a 12 era un retrasado mental. *Id.* p. 197.

⁵⁸ Gould, *id.* p. 233, menciona que, como consecuencia de las severas cuotas que se impusieron a la inmigración proveniente de Europa meridional y oriental en parte a raíz de estos argumentos, muchos judíos que trataron de escapar del Holocausto emigrando a Estados Unidos no fueron admitidos.

⁵⁹ *Id.* pp. 219-20.

⁶⁰ *Id.* p. 220, donde se menciona que los puntajes promedio de los reclutas nacidos en el extranjero mejoraban en forma sistemática cuanto mayor era el tiempo de residencia en Estados Unidos.

plausible era que ello se debía a factores sociales, y en especial la educación,⁶¹ los racistas ensayaron otras respuestas, como que los negros más inteligentes tendían a migrar hacia el norte, o que las oleadas más recientes de inmigrantes eran más oscuras, y de allí su menor inteligencia.⁶² Estos argumentos, que ya resultaban poco convincentes en aquel entonces —por ejemplo, el promedio de los negros en algunos estados norteros era de hecho superior al de los blancos en los estados sureños⁶³— se han tornado simplemente absurdos con el paso del tiempo. Hoy resulta claro que un mismo grupo étnico mejorará sensiblemente su desempeño en los tests de inteligencia a medida que mejore su posición social.⁶⁴ El caso de los judíos en Estados Unidos es emblemático, pero la tendencia es más general.⁶⁵ De hecho, se puede advertir un patrón homogéneo alrededor del mundo. Los grupos de bajo status social sistemáticamente se desempeñan peor en los test de inteligencia y en la escuela que los grupos de status más alto. Esto puede apreciarse si comparamos a los blancos con los negros y los latinos en Estados Unidos; a los ingleses con los irlandeses y escoceses en Gran Bretaña; a los protestantes con los católicos en Irlanda del Norte; a los blancos con los aborígenes en Australia y con los maoríes en Nueva Zelanda; a los franceses con los flamencos en Bélgica; a los judíos con los árabes, y a los judíos de Europa Occidental con los judíos de Europa Oriental en Israel, entre otros casos.⁶⁶ El fenómeno es independiente de la raza o el grupo étnico. En Japón, los descendientes de coreanos, cuyo status social es bajo, en general tienen peor desempeño en la escuela y en los tests de aptitud que la mayoría japonesa. Sin embargo, en Estados Unidos, a los descendientes de coreanos les va muy bien en la escuela y en los tests, al igual que a los descendientes de japoneses. La situación social de ambos grupos étnicos es similar, y, por ende, también lo es su desempeño académico.⁶⁷

Aunque la dificultad de los grupos de bajo status para acceder a una educación competitiva es crucial para explicar este patrón, sería erróneo concluir que ese es el único factor involucrado. Las carencias socioeconómicas afectan el desarrollo intelectual en forma múltiple; ellas se vinculan con la dieta, el cuidado de la salud,⁶⁸ el contexto familiar, los incentivos para esforzarse en la escuela, etc.⁶⁹ Todos estos factores condicionan nuestra capacidad intelectual. La concentración geográfica, como ocurre en los llamados ghettos, profundiza estos efectos, en particular debido al impacto del ambiente social sobre los más jóvenes.⁷⁰ Más aún, el estigma de inferioridad que tiende a acompañar a quienes se encuentran ubicados en los estratos sociales inferiores en sí mismo afecta negativamente el desempeño académico a través de procesos psicológicos complejos pero observables.⁷¹

⁶¹ *Id.* pp. 218-20.

⁶² *Id.* p. 221.

⁶³ *Id.*, at 219-20.

⁶⁴ Ver Fischer *et al.*, nota 53, p. 193.

⁶⁵ Se citan como ejemplos los Burakumin de Japón y los Afrikaaners de Sudáfrica. También los negros en Estados Unidos, a pesar de un persistente status social bajo, han mejorado su desempeño académico y en tests de inteligencia a lo largo del siglo XX. Ver *id.*

⁶⁶ *Id.* p. 192.

⁶⁷ *Id.* p. 191-193.

⁶⁸ Gould, nota 52, p. 218, alega que se puede observar, en los tests de la Primera Guerra, el efecto de la salud, y en especial de las enfermedades relacionadas con la pobreza, sobre los puntajes obtenidos.

⁶⁹ Fischer *et. al.*, nota 53, pp. 194-95.

⁷⁰ *Id.* p. 197.

⁷¹ *Id.* pp. 198-200, donde se citan estudios que muestran que la falta de confianza debida al estigma social de inferioridad afecta el desempeño académico. Por ejemplo, si a las mujeres se les dice de antemano que tienden a desempeñarse peor que los varones en los exámenes universitarios de matemática, les va bastante mal. Pero si se les dice que varones y mujeres tienen un desempeño equivalente, esto es precisamente lo que ocurre. *Id.* p. 198. Podemos advertir, de esta manera, cuánto hay de profecías autocumplidas en los discursos racistas y sexistas. Asimismo, otros estudios muestran que el desempeño de las mujeres en los exámenes

Es fácil advertir que, de esta manera, un círculo vicioso atrapa a quienes no pueden acceder a beneficios sociales competitivos. Los elementos que se suman para conformar este círculo son eminentemente socioestructurales. Por ello, en la medida en que puedan ser modificados, existe un deber de hacerlo.⁷²

No es mi intención sugerir que no existe la inteligencia natural o innata.⁷³ Pero el análisis anterior nos revela la importancia de los factores socioestructurales en nuestro desarrollo intelectual. Si logramos igualar tales factores, los casos remanentes en los que la dimensión natural de la inteligencia limite en forma severa la capacidad de una persona de vivir una vida plena deberían ser francamente marginales. Debemos, por ende, esforzarnos por avanzar hacia esa situación, en vez de centrar el análisis en la compensación a los menos talentosos. La compensación es estática y, por naturaleza, mira hacia atrás; no es capaz de transformar las dinámicas sociales, como la igualdad estructural de oportunidades requiere.

De hecho, creo que la igualdad estructural de oportunidades tiende a ser más sensible a las demandas de quienes peor están que concepciones alternativas basadas en la compensación de la falta de talento. Quienes no logran ser competitivos no aspiran a ser compensados, sino a tener la oportunidad de generar sus propios recursos. No envidian a los ricos por sus talentos superiores, sino que creen que no es el talento, sino la estructura social, lo que marca la diferencia. Nuestros talentos innatos están íntimamente relacionados con nuestra identidad como individuos. Pocas personas, en consecuencia, reniegan de los particulares talentos que les han tocado en suerte, o encuentran allí una fuente de injusticia. Son muchos más quienes con razón se quejan de que la estructura social constriñe su capacidad de desarrollar tales talentos, cualquiera sea su potencial en abstracto, y de usarlos en busca del progreso personal.

Como señala Bernard Williams, las condiciones sociales adversas, si son curables, no son parte de nuestra identidad: son algo externo, algo que se nos hace.⁷⁴ Procurar que tales condiciones resulten compatibles con la igualdad estructural de oportunidades es, en Argentina, un mandato constitucional.

de matemática en distintos países se ve afectado por las oportunidades laborales que se les presentan. *Id.* p. 200.

⁷² Entiendo que este razonamiento estaba presente, en forma incipiente, en *Caille, Fallos 153:67* (1928), *leading case* en materia de igualdad. Allí, la Corte Suprema observó que no es contrario a la igualdad que se trate a las personas en forma diferente cuando ello deriva de diferencias naturales que resulta imposible reparar. No podríamos inferir automáticamente, por supuesto, que la Corte creía que se violaba la igualdad si no se reparaba una desventaja no natural cuando era posible hacerlo. Pero el hecho de que se enfatizara el aspecto natural e irreparable de las desventajas es digno de mención, dado que este es el tipo de distinción al que la igualdad estructural de oportunidades es sensible.

⁷³ Tal parece ser la posición de Lesley Jacobs, quien presenta a todas las desigualdades como sociales. Ver Jacobs, *Pursuing Equal Opportunities* pp. 67-68 (2004). No es esa mi posición. Yo reconozco la existencia de desigualdades naturales pero alego que ellas son mucho menos importantes de lo que las teorías igualitarias tienden a presuponer.

⁷⁴ Ver Williams, nota 38, p. 133.