

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

*María Sofía Sagüés\**

### 1. PRESENTACIÓN PRELIMINAR

La existencia de grupos de personas sistemáticamente excluidos y discriminados es una realidad que apremia a los ordenamientos jurídicos y exige respuesta por parte de los Estados y los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos. Ahora bien, diseñar respuestas adecuadas muchas veces implica reformular y redimensionar las herramientas tradicionales en tutela de los derechos.

El presente apartado tiene como fin volver la vista a la diversidad y al pluralismo<sup>1</sup> en los sistemas constitucionales, y los mecanismos para garantizar su tutela. En este marco, se procurará analizar la discriminación estructural y las herramientas disponibles en miras a su superación, específicamente las acciones afirmativas como mecanismo para concretar la diversidad a través de una “masa crítica”, como base de una sociedad inclusiva, para luego finalizar ponderando los perfiles del litigio estratégico tendente a canalizar estos conceptos.

---

\* Maestra en Derecho por la Universidad de Georgetown, 2003, abogada por la Universidad Católica Argentina, 1997.

<sup>1</sup> Véase Walzer, Michael, “Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad”, México, FCE, 2015.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

A fin de nutrir el estudio de estas pautas se recurrirá al análisis de respuestas brindadas por diversos sistemas de derecho comparado. Así, se partirá del concepto de discriminación estructural sistematizado por la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez delimitadas las aristas de la figura —en particular la exigencia de grupos sistemáticamente excluidos del goce de sus derechos— se pondrá el acento en la necesidad de que las medidas de reparación tengan una “vocación transformadora” de dicha situación, aspecto que se vincula necesariamente al segundo núcleo conceptual que se asumirá en el presente trabajo, consistente en la viabilidad de las acciones afirmativas como herramientas jurídicas con vocación transformadora de la sociedad como remedio de la discriminación estructural al constituirse como instrumentos tendentes a generar una masa crítica que garantice diversidad.

A tal efecto, se partirá de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, especialmente en cuanto procura implementar las medidas de acción positiva como instrumento de garantía de la diversidad. En este marco, se analizará también la utilización que se ha realizado del dato sociológico, con relación a las instituciones en estudio. Finalmente, con base en los conceptos señalados, se procurará brindar algunas pautas liminares del litigio estratégico a desarrollar frente a supuestos de discriminación estructural.

### 2. DE LA IGUALDAD A LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Las constituciones y convenciones internacionales han aportado un amplio tratamiento del derecho a la igualdad y no discriminación, desde diversas ópticas y perspectivas, que van desde la recepción constitucional del derecho a la “igualdad formal” ante la ley, a la igualdad real, material, o de oportunidades.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Constitución argentina consagra en su art. 16 que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

Por su parte, la tutela se ha brindado a través de cláusulas autónomas o subordinadas. El sistema internacional de los derechos humanos aporta un interesante mosaico de ejemplos. Así, encontramos cláusulas autónomas —por ejemplo, en los artículos 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>3</sup> (PIDCP), entre otros— y cláusulas subordinadas —como el art. 1.1 de la CADH<sup>4</sup> o el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup> (CEDH)—. Asimismo, los ordenamientos brindan herramientas de concreción de tales normas, que llegan a admitir la instrumentación de medidas de acción afirmativa, o discriminación inversa, en miras a una eficacia transformadora de la sociedad.

Sin embargo, este escenario generalizado de tutela del derecho a la igualdad se enfrenta a una realidad apremiante plasmada de desigualdades y discriminación, que en muchos casos se ahonda con dimensiones que se expanden en grupos de personas

---

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”. Paralelamente, el art. 37, segundo párr., establece: 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 en el régimen electoral.

- <sup>3</sup> Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- <sup>4</sup> Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- <sup>5</sup> El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

marginadas, subordinadas, que sobre la base de prácticas sistemáticas generalizadas de exclusión social, llegan a constituirse como castas o parias.<sup>6</sup>

Esta realidad ha exigido el replanteamiento de la tutela jurídica de la igualdad, alertando que su reconocimiento constitucional veda no solo la discriminación, sino también aquellas leyes que crean o perpetúan estructuras generalizadas de sometimiento.<sup>7</sup> Así, la noción de igualdad estructural o como no sometimiento se presenta como una instancia superadora de la concepción individualista de la igualdad,<sup>8</sup> permitiendo acercar la tutela de los derechos a estos grupos desaventajados.

Al concentrarse en la exclusión, marginación o sometimiento, la noción de discriminación estructural se vincula con el concepto denominado como “igualdad como no sometimiento”. Citando a Owen Fiss, Roberto Saba lo explica: “la igualdad como un principio opuesto a la opresión y la imposición de cadenas visibles o invisibles [...] La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o [...] exclusión, alude al imperativo moral de igual libertad como precondition para la autonomía de las personas”.<sup>9</sup>

### 3. LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Un pronunciamiento reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) analiza expresamente la doctrina de la “discriminación estructural”, brindando luz a un concepto que aparecía incipiente en algunas decisiones jurisdiccionales.

---

<sup>6</sup> Fiss, Owen, *A community of equals*, Boston, Beacon Press, 1999.

<sup>7</sup> Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 7.

<sup>8</sup> Véase Saba, Roberto, “Mas allá de la igualdad formal ante la ley”, en *¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, pp. 27 y ss.

<sup>9</sup> Saba, Roberto, *op. cit.*, p. 28.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

En su decisión dictada en *Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, resuelto el 20 de octubre de 2016,<sup>10</sup> la Corte Interamericana aporta elementos que permiten dimensionar de manera técnica esta apremiante situación, al enmarcar su tutela en una “situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores”.<sup>11</sup> El caso se refiere a la omisión y negligencia del Estado para investigar diligentemente la desaparición de dos trabajadores y una práctica de trabajo forzado y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el norte del estado de Pará, Brasil.

La Corte, en el considerando 111 del voto mayoritario, hace mérito del informe de la relatora especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias y sostiene que “a pesar de la abolición legal, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron *causas estructurales* que provocaron la continuación del *trabajo esclavo* en Brasil”.<sup>12</sup>

Así, parte del derecho a la igualdad consagrado por la CADH (considerandos 333 a 335), en virtud de cual los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto* (considerando 336). Seguidamente, enlaza estas pautas con la especial tutela de las personas en situación de vulnerabilidad, al señalar que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” (considerando 337). Finalmente, concluye que “La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, *habiendo discriminación estructural*, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de

---

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 218, párr. 308.

<sup>11</sup> *Ibidem*, párr. 343.

<sup>12</sup> Shahinian, Gulnara, Misión a Brasil, 30 de agosto de 2010, párr. 23, exp. de prueba, fol. 163.

victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido”.<sup>13</sup> Esta discriminación se ve enmarcada en una “*situación de riesgo inmediato* para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, [que] tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de «trabajo esclavo» en el país”.<sup>14</sup>

La doctrina de la discriminación estructural no resultaba ajena a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino que pueden citarse algunos antecedentes. De hecho, puede ser vinculada de manera directa con algunos precedentes especialmente dirigidos a la tutela de grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ejemplo, en la sentencia dictada en 2010 en el caso *Campo Algodonero*, la Corte refiere a una “cultura de discriminación” contra la mujer, que “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad configura un trato degradante, contrario a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de los familiares”.<sup>15</sup> En este punto, el Tribunal

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, párr. 338 (las cursivas son nuestras).

<sup>14</sup> *Ibidem*, párr. 339.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 398.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

sostuvo la discriminación basada en los estereotipos culturales que se ha proyectado históricamente.

El Tribunal concluyó que “teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [...], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]”.<sup>16</sup> En el caso en particular, unos elementos tomados en cuenta fue la extrema pobreza de los trabajadores mencionados.<sup>17</sup>

Cabe recordar que respecto a la discriminación estructural de la mujer en virtud de estereotipos culturales, el comité CEDAW ha señalado que

Las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, tales como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzosos, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer. El efecto de dicha violencia sobre la integridad física y mental de la mujer es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. [...] Estas actitudes también contribuyen a la difusión de la pornografía y a la representación y otro tipo de explotación comercial de la mujer como objeto sexual, antes que como persona. Ello, a su vez, contribuye a la violencia contra la mujer.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 450 (las cursivas son nuestras).

<sup>17</sup> En torno al tema véase Rossetti, Andrés y Álvarez, Magdalena (coords.), *Derecho y pobreza, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Editorial Advocatus, 2015.

<sup>18</sup> CEDAW, La violencia contra la mujer, recomendación general, núm. 19, 11<sup>o</sup> periodo de sesiones, 1992, párrs. 11-12.

Asimismo, en el caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*,<sup>19</sup> también de 2010, el Tribunal analizó “un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.<sup>20</sup>

En *Atala Riffo y niñas vs. Chile*,<sup>21</sup> se identifican los elementos estructurales de discriminación en torno a minorías sexuales, retomando la referencia al elemento histórico que estuvo presente en el caso *Campo Algodonero*. Específicamente, el punto es analizado en el considerando 92, donde “la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”.<sup>22</sup> También el Tribunal enfatiza que

la reproducción de estereotipos que están asociados a la *discriminación estructural e histórica* que han sufrido las minorías sexuales [...], particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214. En el párr. 273 se hace referencia a: “En el presente caso está establecido que la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no solo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación”.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* párr. 2.

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 92.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 267 (las cursivas son nuestras).

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

En 2014, la vulnerabilidad de los migrantes haitianos es ponderada especialmente en la sentencia dictada en *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*,<sup>24</sup> donde se señalan diversos elementos yuxtapuestos que confluyen en acentuar tal situación, como el hecho de ser niños y niñas, carencia de documentación, etcétera.

Del análisis de los precedentes citados se desprende que la doctrina de la discriminación estructural puede encontrar importantes antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal supranacional regional americano. Sin embargo, sus aristas y límites no resultan delimitados de manera definitiva. Por ejemplo, en algunos casos puede encontrarse fuertemente vinculada a elementos culturales e históricos que la sostienen, mientras que en otros casos el elemento temporal o histórico no se hace presente.

El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la causa *Hacienda Brasil Verde*, aporta elementos técnicos interesantes para delimitar las aristas de la doctrina de la discriminación o desigualdad estructural. El juez parte de la generalidad de la tutela brindada por el instrumento internacional, señalando que “la Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de qué grupos «son sometidos a discriminación»”.<sup>25</sup> En este marco, brinda “algunos elementos que deben ser tomados en consideración, a modo enunciativo mas no limitativo, para determinar si derivado del contexto o patrones colectivos o masivos estamos frente a una discriminación estructural”.<sup>26</sup>

(i) En primer lugar, la discriminación estructural exige la presencia de un grupo de personas, o grupos de personas. Esto permite excluir de la noción supuestos exclusivamente individuales de discriminación. Se exige, en consecuencia, la existencia de una *situación “colectiva”*.

---

<sup>24</sup> Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

<sup>25</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 5, voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 80 voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El Juez citado refiere a que tal grupo debe presentar, en principio, las siguientes singularidades:

- a) “tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona [...],
- b) o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias, y
- c) pudiendo ser este grupo de personas minoría o mayoría”.<sup>27</sup>

Nótese que el voto en análisis permite identificar un supuesto de discriminación estructural sin necesidad de la existencia del elemento temporal prolongado —o “histórico”— de subordinación.

Sin embargo, la pauta señalada en el inciso *a* implica replicar los elementos que tradicionalmente se han tenido en cuenta a los fines de categorizar la tutela del derecho a la igualdad desde la perspectiva individual. Sin embargo, debe recordarse que, desde el punto de vista de la doctrina constitucional estadounidense, se ha señalado que la doctrina de la desigualdad estructural procura ser superadora de la concepción individualista de la igualdad.<sup>28</sup>

(ii) “que estos grupos se han encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano”.<sup>29</sup>

El segundo elemento expresado por Ferrer Mac-Gregor parece apuntar al núcleo central de la noción de discriminación estructural: la situación generalizada de desventaja, exclusión, subordinación, marginación o sometimiento.

Nuevamente, Ferrer Mac-Gregor presenta el elemento histórico como una pauta que permite a fin de identificar la discriminación estructural. Al respecto, resaltamos que Ferrer Mac-Gregor enfatiza que los elementos reseñados son enunciativos, por lo que puede concluirse que la referencia a una situación histórica de exclusión no siempre es exigible, en la medida en que se cons-

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Véase Saba, Roberto, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

<sup>29</sup> *Idem.*

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

tate la sistematicidad o proyección generalizada de la marginación, subordinación o exclusión que actúa como valla u obstáculo para el goce de los derechos fundamentales. La pregunta fundamental sería si, a fin de verificar la exigencia de discriminación estructural, es exigencia fundamental la presencia de un sometimiento o marginación prolongado en el tiempo con tal magnitud que es susceptible de ser considerado como “histórica”.

El tema no es menor, ya que de la respuesta no solo se concluirá que la figura tiene proyecciones de diversa magnitud —ya que la exigencia de discriminación estructural histórica podrá predicarse solo de determinados grupos—, sino que también aporta a la doctrina un elemento de naturaleza “reivindicatorio”, que impacta sobre los fines u objetivos de las herramientas que instrumente el ordenamiento jurídico en miras a paliar tal discriminación estructural. Es decir, estas podrían ser concebidas que o bien una especie de reparación a tal discriminación histórica, o, por el contrario, un instrumento de transformación social en miras a una sociedad más justa e inclusiva.

Estimamos que la respuesta debe orientarse hacia la negativa. Efectivamente, la noción de discriminación estructural resulta apropiada para canalizar la situación de grupos históricamente excluidos, pero no se agota en ellos. Por el contrario, principio de no sometimiento *antisubjugation* se proyecta a todos los órdenes sociales.<sup>30</sup>

De hecho, como surge de la reseña formulada anteriormente, en los casos citados en los que la Corte Interamericana ha ponderado elementos estructurales que han contribuido a la exclusión sistemática de determinados grupos del goce de sus derechos fundamentales, no siempre se ha partido de considerar la existencia de factores históricos que conllevan a tal discriminación —presentes, por ejemplo, en el caso de la mujer o las minorías sexuales—, sino la especial situación sistemática y generalizada de la afectación de sus derechos —por ejemplo, el caso de vulnerabilidad de una comunidad originaria o migrantes indocumentados—.

---

<sup>30</sup> Fiss, Owen, *op. cit.*, p. 15.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

Asimismo, la experiencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos también permite acentuar el elemento de la generalización o sistematización en la exclusión de determinados grupos del goce de sus derechos, más allá de la existencia o no de discriminación histórica. De esta manera se vincula la doctrina en estudio con la exigencia de sistematicidad o “disfusión sistémica inadmisibles” o problema generalizado como elemento determinante de la adopción de sentencias pilotos por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En consecuencia, la multiplicación, generalización y sistematización de la marginación y exclusión en el goce de los derechos constituye el elemento determinante de la discriminación estructural, a lo que se suma en numerosas oportunidades el condimento histórico o cultural, aunque no como elemento indispensable.

(iii) Seguidamente, el voto en estudio aporta pautas que contribuyen con la perspectiva amplia de aplicación de la doctrina. Así, señala “que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado que en algunos casos puede ser intergeneracional”.<sup>31</sup>

(iv) Por último, aporta un elemento determinante. La discriminación estructural encuentra su base en la noción de discriminación *de facto*, no *de iure*. Se señala “que las personas pertenecientes a estos grupos, sin importar la intención de la norma, la neutralidad o la mención expresa de alguna distinción o restricción explícita basada en las enunciaciones e interpretaciones del artículo 1.1 de la Convención Americana, son víctimas de discriminación indirecta o bien de discriminación *de facto*, por las actuaciones o aplicación de medidas o acciones implementadas por el Estado”.<sup>32</sup>

Resta sumar un elemento que el Tribunal ha considerado presente en los supuestos en que se ha constatado la existencia de

---

<sup>31</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 80, voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

<sup>32</sup> *Idem*.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

discriminación estructural, y es la necesidad que las medidas de reparación tengan una “vocación transformadora” de dicha situación (v.gr. los caso *Campo algodónero*<sup>33</sup> y *Atala Riffo*<sup>34</sup>). Este punto se vincula necesariamente con las potestades de los tribunales constitucionales y organismos supranacionales como agentes de cambio social,<sup>35</sup> tema cuyo análisis específico excede los límites del presente estudio.

Ello nos lleva necesariamente al segundo núcleo conceptual aquí planteado, consistente en la viabilidad de las acciones afirmativas como herramientas jurídicas con vocación transformadora de la sociedad frente a la discriminación estructural.

### 4. ACCIONES AFIRMATIVAS COMO HERRAMIENTA DE SUPERACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

#### 4.1. Presentación preliminar

A modo introductorio, puede señalarse que la acción afirmativa implica la utilización de protección especial sobre determinados sectores sociales o grupos de personas, en miras a procurar una solución transitoria que permita garantizar la igualdad de oportunidades. Explica María Angélica Gelli que “las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbordando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos”.<sup>36</sup>

Técnicamente se las presenta como el uso de “pasos positivos designados para eliminar una discriminación existente y continuada, para eliminar efectos de discriminaciones pasadas,

---

<sup>33</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*, *supra*, párr. 450.

<sup>34</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*, *supra*, párr. 267.

<sup>35</sup> Véase Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII, Montevideo, 2011, pp. 527-541.

<sup>36</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 597.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

y para crear sistemas y procedimientos para prevenir futuras discriminaciones”.<sup>37</sup>

Así, consisten en “favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor protección de otras, si mediante esa “discriminación” se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician”.<sup>38</sup> En la práctica, tradicionalmente constituyen la instrumentación de programas basados en clasificaciones que tienen en consideración, por ejemplo, la raza o el género, en miras a, específicamente, beneficiar minorías históricamente discriminadas.<sup>39</sup>

El carácter polémico de las figuras se debe a que empíricamente constituyen un tratamiento privilegiado de un sector, que en términos fácticos es discriminado, excluido o sometido. Dado que tienen su origen a fin de paliar situaciones sistemáticas de discriminación estructural histórica, se ha sostenido que “inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales herederos de los sectores o los grupos otrora explotadores”.<sup>40</sup>

Estas características la han delimitado como una medida de naturaleza restrictiva. Así, ha imperado generalmente un espíritu medido en la aplicación, tanto en torno a la modalidad de instrumentación, los supuestos de aplicación, como los fines que las inspiran. Los autores puntualizan la necesidad de que “deberán extremarse los recaudos a fin de evitar que, bajo el pretexto de remediar discriminaciones pasadas no se incurra en privilegios indebidos para un grupo o clase determinado con notoria afecta-

---

<sup>37</sup> *Black's Law Dictionary*, 6ª ed., Centennial edition 1891-1991, West Publishing, 1991. p. 38.

<sup>38</sup> Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada a 200-2001, Buenos Aires, Ediar, t. I-B, p. 80.

<sup>39</sup> Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *Constitutional law*, 2ª ed., Little, Brown and Company, 1994, p. 553.

<sup>40</sup> Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. 2, p. 552.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

ción del principio de igualdad sentado por el artículo 16 de nuestra Constitución”.<sup>41</sup>

Tradicionalmente, los sectores doctrinarios se han mostrado proclives a apoyar la línea jurisprudencial tradicional estadounidense, que ataba a la acción positiva con la discriminación histórica de un colectivo.<sup>42</sup>

Sin embargo, su proyección supera esa hipótesis. Así, “la discriminación inversa parece hallar eventualmente justificación: a) para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y b) como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada”.<sup>43</sup>

En esta orientación, en los pronunciamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la figura toma una nueva perspectiva, acentuando su objetivo de instrumento generador de tolerancia en una sociedad pluralista. Esta pauta, que se desprende de los precedentes que se analizarán en el presente apartado, aporta toda una nueva serie de posibilidades a la aplicación de la figura a supuestos de discriminación estructural en general.

### 4.2. Referencias normativas en el derecho constitucional argentino

Las acciones afirmativas o acciones positivas se han presentado tras la reforma constitucional argentina de 1994 como una de las nuevas posibilidades y perspectivas que se le presentan al operador constitucional argentino.

Reguladas normativamente en los artículos 75, inciso 23 y 37 del texto supremo argentino, la figura aparece como un invita-

---

<sup>41</sup> Vítolo, Alfredo M., “Luces y sombras en la nueva constitución”, en *Estudios sobre la reforma constitucional*, Juan Carlos Cassagne (dir.), Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 390.

<sup>42</sup> 438 U.S. 265 (1978).

<sup>43</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional, ...cit.*, p. 552.

do cauteloso, medurado en cuanto a su instrumentación práctica. Sin embargo, en los ordenamientos jurídicos donde se ha forjado su gestación, su instrumentación ha tomado un rol protagónico, de especial impacto en la realidad social.

El artículo 75, inciso 23 realiza una referencia genérica a este tipo de medidas, al sostener la facultad del Congreso de sancionar leyes estableciendo acciones positivas a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

Esta norma ha sido especialmente receptada por reciente jurisprudencia del Tribunal cívico de la Nación. Así, se ha sostenido que “Del texto constitucional y la intención del constituyente surge que la reforma ha introducido nuevos conceptos en materia de educación que se incorporan como principios rectores: gratuidad y equidad, como así también solidaridad, igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna y educación de alta calidad”.<sup>44</sup>

En el mismo sentido, en el voto del doctor Lorenzetti en la causa *Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*, se ha expresamente señalado que “el art. 16 de la Constitución nacional establece la regla de la igualdad y justifica la distribución diferenciada a través de medidas de *acción positiva* destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.<sup>45</sup>

El artículo 37 de la Constitución nacional hace expresa mención a una modalidad de acción afirmativa, en materia de igualdad en el ejercicio de los derechos políticos. Así, consagra “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios [que] se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Finalmente, la disposición transitoria segunda aclara que las acciones positivas aludidas en dicha norma

---

<sup>44</sup> CSJN, fallos: 322:875.

<sup>45</sup> CSJN, fallos: 328:566.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

no podrán ser inferiores a las vigentes al sancionarse la Constitución reformada, y durarán lo que la ley determine.

Señala Horacio Daniel Rosatti que las acciones afirmativas en materia electoral “deben ser complementadas con aquellas otras normas antidiscriminatorias que —en punto al derecho electoral pasivo— emergen de tratados internacionales invocados en el artículo 75, inciso 22, a los que se asigna “jerarquía constitucional”, tales serían el artículo 23, inciso 1, apartado c del Pacto de San José de Costa Rica, y el artículo 25, inciso C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>46</sup> A ellos también se suma la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.<sup>47</sup>

La normativa infraconstitucional en dicho aspecto se encuentra constituida por la ley nacional 24.012, conocida como “ley del cupo”, la cual establece que un mínimo de 30% de mujeres deberán ser tenidas en los cargos a elegir con posibilidad de ser electas por las listas a oficializarse.<sup>48</sup> La finalidad de la norma consistía en lograr la integración efectiva de las mujeres en la actividad política evitando la postergación que conllevaba el excluir candidatas femeninas en las listas de candidatos con expectativa de resultar electos. En consecuencia, se dictó el decreto reglamentario 379/93 que establecía que en las listas partidarias se debe ubicar una mujer entre los tres primeros puestos, y así sucesivamente, y en caso de ser dos candidatos, una debe ser mujer.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Rosatti, Horacio Daniel, “Derechos Electorales”, en *La reforma de la Constitución*, explicada por miembros de la Comisión de Redacción, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 55.

<sup>47</sup> Véase Gelli, María A., *op. cit.*, p. 330, con cita a Albanese, Susana, en *La Ley de cupos femeninos para los cargos electivos. Resarcimiento histórico*, El Derecho, 9 de diciembre de 1991, pp. 146-997.

<sup>48</sup> Expresamente, se incorporó en el art. 60 del Código Nacional Electoral, la siguiente fórmula: “las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos”.

<sup>49</sup> Véase Morales, Rubén, “Ejercicio pleno de los derechos políticos y partidos políticos”, en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. I, p. 392.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

Ahora bien, se verificó la existencia de diversos criterios generales en la aplicación de la norma citada, frente a lo cual se ponderó necesario unificar los mismos, a fin de que en todos los partidos políticos y alianzas se dé un tratamiento homogéneo al tema tratando de evitar posteriores impugnaciones partidarias o judiciales.

Así, el poder ejecutivo consideró que a pesar de la intención integradora de la normativa legal, el diferente criterio aplicado por los distintos partidos políticos y los fallos también discordantes de los respectivos tribunales, hicieron indispensable dictar una norma que tenga en cuenta las más claras y garantizadas interpretaciones judiciales. Al respecto, se sostuvo que uno de los criterios más divergentes corresponde a la ubicación de las candidatas mujeres en las listas, lo que había motivado en muchos casos que estas estén conformadas por varones en los lugares expectables, contrariando lo dispuesto por la referida ley 24.012, que claramente indica que las mujeres deben ocupar como mínimo el *treinta por ciento* —30%— de la lista en lugares con posibilidad de resultar electas.<sup>50</sup> La jurisprudencia, por

---

<sup>50</sup> Finalmente, se procedió al dictado del decreto 1246/2000 por medio del cual se procedió a la derogación del decreto reglamentario 379/93 y se resolvió:

- 1) Que el ámbito de aplicación del artículo 60 del Código Electoral Nacional abarcará la totalidad de los cargos electivos de Diputados, Senadores y Constituyentes Nacionales.
- 2) El treinta por ciento (30%) de los cargos a integrarse por mujeres, según lo prescripto por la Ley N° 24.012, es una cantidad mínima. En los casos en que la aplicación matemática de este porcentaje determinare fracciones menores a la unidad, el concepto de cantidad mínima será la unidad superior.
- 3) El porcentaje mínimo requerido por el artículo 60 del Código Electoral Nacional sustituido por la Ley N° 24.012 se aplicará a la totalidad de los candidatos de la lista respectiva que cada partido político, confederación o alianza transitoria nomine, pero solo se considerará cumplido cuando se aplique también al número de cargos que el partido político, confederación o alianza transitoria renueve en dicha elección.
- 4) Cuando algún partido político, confederación o alianza, se presentara por primera vez o no renovara ningún cargo o bien renovara uno (1) o dos (2) cargos, en uno (1) de los dos (2) primeros lugares de la lista deberá nominarse siempre, como mínimo, una mujer. No se considerará cumplido el artículo 6° del Código Electoral Nacional cuando, en

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

su parte, se ha mostrado amplia en la aplicación de las pautas citadas,<sup>51, 52</sup>

Finalmente, los autores también consideran que la regulación de los pueblos indígenas argentinos, contemplada en el artículo 75, inciso 17, también puede ser considerada un ejemplo de discriminación inversa.<sup>53</sup>

Un punto interesante de análisis se encuentra en la disposición transitoria segunda citada, puesto que la misma puede ser imputable de “cristalizar” la acción positiva, determinando la imposibilidad de la flexibilización de su aplicación, lo cual se encontraría en pugna con el espíritu transitorio y restrictivo de la institución. Explica María Angélica Gelli que “la cláusula transitoria está constitucionalizando —es decir, haciendo permanente, salvo reforma constitucional— una medida que por naturaleza debe ser transitoria”.<sup>54</sup> Conforme una lectura del tenor literal de la disposición transitoria segunda se desprendería que “la legislación, entonces, podrá aumentar pero no disminuir, (por un tiem-

---

el supuesto de que se renueven uno (1) o dos (2) cargos, se incluya una sola candidata mujer ocupando el tercer término de la lista. Cuando se renovaran más de dos (2) cargos, debe figurar una mujer como mínimo, en alguno de los tres (3) primeros lugares.

Cuando se renueve uno (1), dos (2) o más cargos, el cómputo siempre se hará a partir del primer lugar y la lista deberá tener por lo menos una (1) mujer cada dos (2) varones para que se cumpla el porcentaje mínimo que exige el artículo 60 del Código Electoral Nacional. En todos los casos se privilegiarán medidas de acción positiva a favor de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos.

- <sup>51</sup> Así, puede citarse el ejemplo de la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, en la causa *Paz, Marta y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ proceso de conocimiento*, se reconoció el derecho de las mujeres matriculadas a integrar las listas de candidatos a los órganos de gobierno de la institución citada. Aunque también debe ser aclarado que la Corte Suprema se ha pronunciado en torno a que la aplicación de la norma citada resulta, en principio, ajena a la instancia extraordinaria.
- <sup>52</sup> CSJN, Baroni, María C., (21/4/94), referente a la normativa en torno al tema de la Provincia de Chaco, cit., por Gelli, María A., *op. cit.*, p. 331.
- <sup>53</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 80.
- <sup>54</sup> Gelli, María A., *op. cit.*, p. 330.

po que ella misma determinará), lo que la ley 24.012 ha atribuido a la mujer en materia electoral”.<sup>55</sup>

Sin embargo, señalan algunos autores una mayor flexibilidad de la norma, al sostener que “la ley 24.012 en nuestro criterio no integra la Constitución y en consecuencia, puede ser limitada en el tiempo por el legislador, e igualmente, cuando este considere que la mujer no precisa de una protección especial, la podrá modificar, limitar en el tiempo o derogar”.<sup>56</sup>

### 4.3. Acciones afirmativas en el derecho internacional de los derechos humanos

Las medidas de discriminación inversa forman parte del sistema internacional de protección de derechos humanos, como una variable de las obligaciones asumidas por los Estados, especialmente a la luz de instrumentos internacionales orientados a la lucha contra la discriminación.

Ya desde 1958 el Convenio 111 de la OIT, relativo a discriminación en materia de empleo y ocupación, señala que “las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”.<sup>57</sup>

Así, ha expresado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, interpretando el PIDCP, que:

[...] el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que

---

<sup>55</sup> Morales, Rubén, *op. cit.*, p. 392.

<sup>56</sup> Lazzarini, José Luis; Mayón, Carlos A.; Ziulu, Adolfo G.; Cenicacelaya, María de las Nieves; Ramírez, Luis A. y Carrillo Bascari, Miguel, “Pautas en materia de derechos políticos, partidos políticos y sistema electoral”, en *Leyes Reglamentarias de la Reforma Constitucional, Pautas y Sugerencias fundamentales*, Capital Federal, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 133.

<sup>57</sup> Art. 5.1.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.<sup>58</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a la obligación de los Estados de adoptar medidas específicas, destinadas a la corrección de desigualdades.<sup>59</sup> Un antecedente determinante es la opinión consultiva 18/03 de 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, donde especialmente sostiene que “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.<sup>60</sup>

Los instrumentos internacionales enfocados en la tutela del derecho a la igualdad hacen especial referencia, a este tipo de medidas. Así, por ejemplo, la CEDAW establece en su artículo 4, inciso 1, que “la adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad

---

<sup>58</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, observación general 18, párr. 10, 37º periodo de sesiones, 1989.

<sup>59</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo y Sanchez Duque, Luz María, Art. 24, igualdad ante la ley, en Convención Americana sobre Derechos Humanos, fundación Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2014, p. 605.

<sup>60</sup> Corte IDH, OC 18/03, párr. 104.

y trato”. En segundo lugar, puntualiza que “la adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

Por su parte, el Comité CEDAW ha enfatizado la trascendencia de las medidas de discriminación inversa en la tutela de los derechos de la mujer. Así, ha señalado que:

Las medidas que se adopten en virtud del párrafo 1 del artículo 4 por los Estados parte deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. El Comité considera la aplicación de estas medidas no como excepción a la regla de no discriminación sino como forma de subrayar que las medidas especiales de carácter temporal son parte de una estrategia necesaria de los Estados parte para lograr la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien la aplicación de medidas especiales de carácter temporal a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados parte tienen la obligación, en virtud de la Convención, de mejorar la situación de la mujer para transformarla en una situación de igualdad sustantiva o *de facto* con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados parte que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención no discriminan contra el hombre.<sup>61</sup>

Ahora bien, también ha puntualizado sus particularidades, sobre la base de delimitar que

Los Estados parte deben distinguir claramente entre las medidas especiales de carácter temporal adoptadas en virtud del párrafo 1 del artículo 4 para acelerar el logro de un objetivo concreto relacionado con la igualdad sustantiva o *de facto* de la mujer, y otras políticas sociales generales adoptadas para mejorar la situación de la mujer y la niña. No todas las medidas que puedan ser o que serán favorables a las mujeres son medidas especiales de carácter tem-

---

<sup>61</sup> CEDAW, Medidas de carácter temporal, recomendación general núm. 25, 30º periodo de sesiones, 2004, párr. 18.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

poral. El establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña y que tengan por objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación no pueden ser llamadas medidas especiales de carácter temporal.<sup>62</sup>

La discriminación inversa ha sido también reconocida por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que establece en su artículo 1.4 que:

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

### 5. LINEAMIENTOS DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN EL SISTEMA DE ESTADOS UNIDOS

#### 5.1. Antecedentes

La Suprema Corte estadounidense ha elaborado parámetros o estándares para ponderar cuando una clasificación de los sectores sociales puede resultar aberrante e inconstitucional.<sup>63</sup> Así, ha establecido diversos niveles de escrutinio, cuya gravedad es proporcional a lo “sospechoso” del criterio utilizado en la selección del grupo. El estándar de menor rigurosidad es denominado “revisión de bases racionales”, bajo el cual la legislación social y económica se presume constitucional si está racionalmente ba-

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>63</sup> Se sigue en este punto a Huskey, Libby, “Affirmative Action in Higher Education—Strict in Theory, Intermediate in Fact? *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003)”, en *Wyomin Law Review*, vol. 4, núm. 1, pp. 439-476.

sada en un interés legítimo del Estado.<sup>64</sup> Un nivel intermedio de gravedad del escrutinio se da cuando el Estado está diferenciado a sectores de manera “cuasisospechosa”. Ello se da cuando la característica distintiva del grupo social determinado no se basa en elementos sensibles para un tratamiento diferenciado. Como elemento no sensible, por ejemplo, se ha considerado al uso del género como patrón diferenciador, en determinadas materias.<sup>65</sup> Por último, para el caso de mayor activismo judicial revisor, se aplica el criterio de estricto escrutinio, cuando el gobierno intencionalmente discrimina a un sector utilizando categorías o pautas “sospechosas”. Por ejemplo, la raza es considerada un elemento cuya utilización torna automáticamente sospechosa la clasificación estatal.<sup>66</sup>

Tras un profundo y conflictivo desarrollo jurisprudencial en torno a discriminación e integración social,<sup>67</sup> el criterio respecto a la revisión constitucional de las acciones afirmativas había sido vertido por la Corte en *Regents of University of California vs. Bakke*,<sup>68</sup> bajo la pluma del ministro Powell. En dicho caso se ventilaba la constitucionalidad de un programa designado para aumentar los candidatos pertenecientes a minorías que se enrolaban en la Escuela de Medicina de la Universidad de California, mediante la aplicación de cupos o cuotas benignas. En dicho programa, sesenta de cien puestos eran separados cada año para ser ocupados por los miembros de grupos minoritarios, conforme seleccionara un comité especial. El voto de la Corte fue sumamente dividido. Mientras que cuatro jueces se mostraron a favor de la convalidación del sistema gracias a la aplicación de un nivel de escrutinio intermedio, otros cuatro magistrados postularon la inconstitucionalidad del método en virtud de ser violatorio de la igualdad ante la ley. Finalmente, Powell, dirimiendo el conflicto con un voto que no coincide con ninguna de las dos propuestas, sostiene que “las clasificaciones basadas en la raza —incluso

---

<sup>64</sup> *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S., 432, 440, 1985 U.S.

<sup>65</sup> *Cleburne*, 473 U.S. at 440.

<sup>66</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216, 1944.

<sup>67</sup> En este sentido, puede consultarse, Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, capítulo V.

<sup>68</sup> 438 U.S. 265 (1978).

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

aquellas que supuestamente benefician una minoría racial— son sospechosas y deben ser sometidas al más riguroso control”.<sup>69</sup> Concluye que en la causa, el interés del Estado en redimir una discriminación pasada no se verificaba, en cuanto no se había demostrado el carácter histórico de la situación discriminatoria.<sup>70</sup>

Las pautas son revisadas en dos fallos dictados en junio de 2003, en los que se analizan los planes de acciones positivas propuestas por la Universidad de Michigan. En primer término, la Suprema Corte utiliza un criterio estricto de revisión de las medidas. En segundo lugar, el Tribunal procura analizar la vinculatoriedad de sus precedentes, teniendo como pauta determinante el andamiaje de consenso y práctica social que los mismos han recibido. Así, no solo se resuelve un tema sensible para la sociedad americana, tal cual es la integración racial, lo cual se proyecta en la noción misma de acción positiva y su aplicación por los diversos países que adoptaron tales figuras, como Argentina, sino también se recibe a la sociedad y sus prácticas como colaboradora en la creación normativa del *common law*.

Los pronunciamientos en torno a la evaluación de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, dictados en 2003 por la Suprema Corte estadounidense, pueden ser considerados como una amplia victoria de las acciones afirmativas estructuradas en torno al criterio de la búsqueda de “diversidad” como aspiración, tomando como base un patrón racial, entre otros aspectos. Asimismo, en *Grutter vs. Bollinger*<sup>71</sup> se indican las pautas instrumentales que han superado el control de constitucionalidad para la obtención de dicho objetivo. Así, se establece que las mismas deben encontrarse “específicamente destinadas” a procurar dicha diversidad. En miras a circunscribir el espectro constitucional de los límites de objetivos y de instrumentación práctica de las acciones afirmativas, es necesario un análisis coordinado de ambos precedentes.

---

<sup>69</sup> Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, pp. 553 y ss.

<sup>70</sup> Véase el desarrollo del pronunciamiento explicado por Stone, Geoffrey R.; Seidman, Louis M.; Sunstein, Cass R. y Tushnet, Mark V., *op. cit.*, p. 554.

<sup>71</sup> Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

La vital diferencia entre *Grutter* y *Gratz vs. Bollinger*<sup>72</sup> se refiere a los modos en que ambas escuelas pertenecientes a la Universidad procuraban la obtención de diversidad en sus claustros de alumnos.

- En *Grutter*,<sup>73</sup> la Escuela de Derecho otorgaba un significativo pero no automático ni definido “plus” a ciertos postulantes afroamericanos, latinos y nativos americanos, en miras a asegurarse que en sus claustros se conformara una “masa crítica” de alumnos tendentes a garantizar diversidad.

Básicamente, la Escuela de Derecho remite a una categorización flexible de cada candidato tendente a lograr su objetivo de la configuración de dicha “masa crítica”. Además de la ponderación de los resultados académicos, la Facultad valora variables “blandas”, tales como en entusiasmo de las referencias, la calidad de la educación anterior, la calidad del ensayo de aplicación, capacidad de liderazgo, experiencia laboral, talentos únicos, selección de cursos en la escuela inferior, etc. Dichas variables pueden compensar un bajo rendimiento académico. La pertenencia a un grupo minoritario es vista, justamente, como una variable blanda más.<sup>74</sup>

- En el caso *Gratz*,<sup>75</sup> en cambio, la metodología es más automática. La escuela superior otorgaba automáticamente un sustancial y determinado número de bonos (20) a cada afroamericano, latino y nativoamericano que aplicara. Estos veinte puntos extra eran sumamente determinantes, más allá de que posteriormente la institución admitía una revisión individualizada de las solicitudes de admisión.

El debate de la constitucionalidad de las acciones afirmativas instrumentadas por la Universidad de Michigan en los casos *Grutter* y *Gratz* se realiza con base en los siguientes focos de razonamiento:<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411, 2417 (2003).

<sup>73</sup> Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

<sup>74</sup> Libby Huskey, *op. cit.*, p. 440.

<sup>75</sup> *Gratz vs. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411, 2417 (2003).

<sup>76</sup> American Bar Association, Preview of United States Supreme Court Cases, 2002-2003 Term, núm. 8, 1 de agosto de 2003, 8 Preview 475, Subject: Equal Protection.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

- a) ¿Es la diversidad racial del cuerpo de alumnado un interés relevante bajo el principio de la igualdad ante la ley (EPC) que puede justificar el uso de la raza como criterio para seleccionar los candidatos a ser admitidos en universidades públicas?
- b) Para el caso de una respuesta afirmativa, ¿superan ambas políticas mencionadas el test de usar el factor clasificatorio de la raza de manera específicamente dirigido<sup>77</sup> a procurar la diversidad, como para superar la revisión bajo la igualdad ante la ley (EPC)?

Las respuestas que otorgó la Suprema Corte fueron las siguientes:

- a) La diversidad educacional puede constituir un interés estatal que compele a los fines del escrutinio estricto de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, bajo el principio de igualdad ante la ley.<sup>78</sup>
- b) Solo un proceso de selección fluido y personalizado, teniendo en cuenta la totalidad de la formación y antecedentes de cada particular candidato puede ser considerado como “específicamente limitado”, y en consecuencia, un mecanismo constitucional de obtención de diversidad en el alumnado.

### 5.2. Razonamiento jurisdiccional realizado en los casos *Grutter* y *Gratz*

El criterio jurisprudencial se desarrolla primordialmente en *Grutter*, bajo la pluma de O'Connor, quien sigue la línea doctri-

---

<sup>77</sup> La Suprema Corte utiliza la fórmula *narrowly tailored*, cuya traducción podría ser “limitada o específicamente dirigido” a la búsqueda de la diversidad. Esa relación de medio-objetivo constituye una pauta fundamental en el análisis jurisprudencial realizado en ambos pronunciamientos.

<sup>78</sup> Debe recordarse que este tipo de escrutinio o test se aplica, bajo la igualdad ante la ley (EPC) a todas aquellas diferenciaciones o clasificaciones realizadas por el Estado que utilizan o tienen en consideración formalmente la raza de los individuos involucrados en la distribución de beneficios o costos.

naria instaurada por el juez Powell en *Regents of the University of California vs. Bakke*.<sup>79</sup>

Como se ha señalado precedentemente, en aquel caso el juez Powell desarrolló una opinión que no fue seguida en su totalidad por los restantes miembros de la Corte. Powell consideraba que el procurar un cuerpo estudiantil diverso en distintas facetas puede ser un interés relevante para una Universidad pública de Medicina. Así, basándose en una tradición de libertad universitaria, Powell sostuvo que el futuro de la nación depende de líderes entrenados en una amplia exposición a las ideas y valores de estudiantes tan diversos como la nación.<sup>80</sup>

Dentro de esta línea, sostiene que procurar la constitución de un cuerpo de alumnos diverso constituye un interés compelente, en cuanto la diversidad no se encuentra solo limitada a diversidad racial. Como una consecuencia, admitido el carácter de interés compelente que reviste la diversidad, se justifica la distinción basada en raza. Finalmente, dicho interés puede ser considerado como una decisión pedagógica que ha tomado la Universidad, teniendo en cuenta dicho aspecto de diversidad como un elemento necesario a fin de mejorar la educación de abogados y líderes políticos.<sup>81</sup>

Continuando el desarrollo en *Grutter*, el voto mayoritario redactado por O'Connor estima que el objetivo de la diversidad debe ser procurado a través de un sistema que permita la ponderación de cómo cada candidato en particular colaborará con dicha diversidad, teniendo en cuenta la totalidad de su formación y rasgos personales, entre los cuales puede ser también tenida en consideración su raza. Este principio, denominado “*persona toda*”, implica que todos los elementos de cada candidato deben ser ponderados. Entre ellos, también, pero no solamente, su raza.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> 438 U.S. 265 (1978).

<sup>80</sup> American Bar Association, *Preview...*, *cit.*

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> Núm. 02'241, junio 23 de 2003.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

Por último, se remarca el carácter transitorio de este tipo de instituciones, señalando que en 25 años estas preferencias raciales no serán necesarias.<sup>83</sup>

Una vez determinado que la búsqueda de diversidad en el alumnado puede constituir un interés compelente del Estado, se abre el debate respecto de si las dos políticas instrumentales resultan constitucionales en su estructura.

### *5.2.1. Ponderación del sistema instrumentado por la Facultad de Derecho (Grutter)*<sup>84</sup>

La Corte sostiene que el interés en la diversidad justifica que la Facultad de Derecho procure tener entre sus alumnos una “masa crítica” de grupos minoritarios, en miras a estimular la discusión, el intercambio de ideas, el quiebre de estereotipos y el aumento de la diversidad racial en ambientes económicos, sociales y gubernamentales tras la graduación de los alumnos.<sup>85</sup>

Al respecto, O’Connor tiene particularmente en cuenta el carácter político de la Universidad de Derecho. No debe perderse de vista que en diversos casos relativos a aspectos políticos, la Corte también venía procurando acentuar facetas tales como diversidad e inserción de grupos minoritariamente representados e históricamente discriminados.<sup>86</sup>

O’Connor parte de sostener que no existe en el lenguaje del juez Powell en *Bakke* referencia a que un plus obtenido por el candidato en virtud de su raza necesariamente sea un obstáculo al programa. Por ejemplo, nada se dice respecto a que la raza pueda ser usada solo como un último criterio para resolver una decisión entre dos candidatos exactamente iguales que presenten iguales notas, resultados en test previos, formación anterior.

---

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, los casos referentes sistemas electorales, composición de los jurados, etcétera.

Bárbara Grutter alega, junto con el apoyo de *amicus curiae*, que en la práctica el factor raza no actúa como una mera pauta, sino que se ha transformado en un punto predominante que tira abajo todo el criterio y torna al programa inconstitucional, ya que establecería una “cuota”. Así, analiza la información estadística existente en torno a la evolución de los grupos minoritarios en el establecimiento educativo, llegando a la conclusión de que efectivamente así actúa. A ello se sumaría que el porcentaje de minorías se mantendría prácticamente regular a lo largo de los años.<sup>87</sup>

Si bien el número de representantes de sectores minoritarios no varía notoriamente año tras año, conforme a la Suprema Corte, ello se considera justificado porque la Universidad debe asegurar esa “masa crítica” de alumnos minoritarios. A fin de evitar que el alumno minoritario se sienta aislado y solitario en el grupo, para asegurar la existencia de un amplio espectro de puntos de vista y para garantizar que en la mayoría de los grupos haya diversidad. Una sola persona, por sí, no puede aportar mucha diversidad, por eso es necesario que exista una masa crítica de alumnos que aporten diversidad. Esto no implica implementar un sistema de cuotas, sino tener un objetivo concreto: el garantizar la existencia de un grupo suficientemente amplio que permita garantizar la existencia de diversidad en términos de eficacia.<sup>88</sup> Es decir, sostiene que resulta razonable la necesidad de que dicho programa que procure generar una masa crítica contribuya a la selección de un número más o menos estable de estudiantes minoritarios, ya que la reducción del mismo podría acarrear la ineficacia del sistema por la influencia del factor aislamiento, la acotación de los puntos de vista disponibles y el sentimiento de soledad que se genere en los estudiantes minoritarios. Esto no significa el crear una cuota, pero permite que la institución educativa tenga en mente un objetivo tendente a garantizar la masa crítica procurada.<sup>89</sup>

Por otra parte, la Facultad pondera otros tipos de diversidad, como son la social o la económica, haciendo que la raza sea solo

---

<sup>87</sup> American Bar Association, Preview..., *cit.*

<sup>88</sup> Núm. 02'241, junio 23 de 2003.

<sup>89</sup> *Idem.*

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

uno de los temas a tener en cuenta. Diversidad racial es solo una de las formas de diversidad procuradas por la Universidad. La vital prueba aportada por la Universidad, que da sostén a la postura mayoritaria, se basa en considerar que la política de admisión universitaria se estructura en un análisis personalizado, donde otros factores más allá de la raza, tales como manejo de lenguas extranjeras, títulos de posgrado, realización de estudios en otros campos, etcétera.<sup>90</sup>

Como el sistema usado en la Facultad de Derecho implica esta ponderación individual de cada alumno en particular, es considerado, en consecuencia, un método constitucional que procura el interés de la diversidad del alumnado y, por tanto, un sistema constitucional.<sup>91</sup>

### 5.2.2. Ponderación del sistema instrumentado por la escuela superior (Gratz)<sup>92</sup>

En primer lugar, cabe señalar que en *Gratz* la Corte hace uso de una facultad extraordinaria e inusual al otorgar *certiorari* previo al dictado de la sentencia de la Cámara de Apelaciones. La necesidad de otorgar una respuesta coherente en ambos precedentes más la presión de los medios de comunicación, pudieron llevar a este raro fenómeno procesal en Estados Unidos.

La Suprema Corte culmina concluyendo que el sistema implementado por la Escuela Superior, al contrario, no comparte las características señaladas en el punto anterior respecto al caso *Grutter*.<sup>93</sup>

El núcleo del razonamiento radica en que otorgar 20 puntos<sup>94</sup> automática, pura y exclusivamente por cuestión de raza no cons-

---

<sup>90</sup> American Bar Association, Preview..., *op. cit.*

<sup>91</sup> Núm. 02-241, junio 23 de 2003.

<sup>92</sup> *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

<sup>93</sup> *Idem*.

<sup>94</sup> Teniendo en cuenta los restantes puntajes respecto a promedios, etc., estos 20 puntos prácticamente garantizaban la admisión del candidato.

tituye un sistema específicamente dirigido a obtener un alumnado diverso. La crítica se centra en que este sistema es mecánico, menos fluido e individualizado y no refleja el principio de la “persona toda” mencionado *supra*.

### 5.2.3. Evaluación del sistema consagrado por la Corte

Los autores coinciden en reputar de “confuso” el criterio sentado en *Grutter*.<sup>95</sup> El temor se basa en que elementos concomitantes, tales como la nota política de la educación en la escuela de Derecho, contribuyen a la ponderación de la constitucionalidad del plan de acciones afirmativas impuesto, lo cual conlleva a un casuismo peligroso debido a la falta de patrones unificados.<sup>96</sup>

En concreto, se considera que la referencia a la necesidad de que el plan se encuentre “específicamente destinado” a crear diversidad —el *narrowly tailored* estándar—, constituye una pauta insuficiente, dado que la remisión a patrones particulares lo convierte en demasiado flexible, ambiguo y confuso.<sup>97</sup> Lo que se critica es que se ha evitado otorgar un estándar objetivo de delimitación de la constitucionalidad de las acciones afirmativas, de tal manera que los sistemas instrumentados en las diversas instituciones educativas respondan a patrones certeros. El problema radica en que el test de la necesidad de verificar que el método se encuentre “específicamente dirigido” a lograr la diversidad recae en apreciaciones casuísticas que tienen en cuenta los otros aspectos que se ponderan en el otorgamiento del privilegio, así como las características propias de la institución que instrumenta la acción.

Algunos autores críticos presentan voces disidentes con miras a soluciones alternativas. Así, por ejemplo, se sostiene que hubiese sido conveniente admitir el sistema de cuotas, puesto que el mismo resulta más transparente y controlable que el sistema de creación de una “masa crítica” con base en una selección

---

<sup>95</sup> Véase Pauline T. Kim, “The Colorblind Lottery”, en *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 1, 2003, pp. 9-39.

<sup>96</sup> Libby Huskey, *op. cit.*

<sup>97</sup> *Idem.*

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

personalizada que evalúe a la “persona toda”. En otro extremo, Libby Huskey, entre otros, propone la utilización de un estándar más limitado para estas hipótesis, en lugar de la referencia a la condición particular del establecimiento educativo.<sup>98</sup>

Cabe aclarar que en el caso *Parents Involved in Community Schools vs. Seattle School District No. 1*, dictado en 2007, la Suprema Corte de Estados Unidos adopta una posición de retroceso en la temática, al criticar un método de aplicación de acciones afirmativas que tiene en cuenta directa y automáticamente la raza como factor determinante, sobre la base de sostener que los sistemas de las escuelas públicas no pueden procurar o mantener la integración a través de medidas que tengan en cuenta expresamente la raza de un estudiante.

### 5.3. El análisis sociológico en la revisión judicial de las acciones afirmativas y la tutela de las minorías

Numerosa evidencia sociológica fue presentada en los casos en comento, ya sea para acreditar la conveniencia educativa de la creación de la masa crítica estudiantil, también como para demostrar que el sistema en la práctica funcionaba de manera similar a las cuotas.<sup>99</sup>

No es la primera vez que la evidencia sociológica golpea las puertas de la Suprema Corte de Estados Unidos. De hecho, el primer antecedente que se caracteriza por la incorporación de abundante evidencia de las ciencias sociales constituye *Brown vs. Board of education*.<sup>100</sup> En dicho fallo, la Suprema Corte refirió al uso de evidencia psicológica y social, a través de informes, cuasiexperimentos, etc., cuya certeza y exactitud fue duramente controvertida, con miras a sostener su criterio de que la segregación es inherentemente desigualitaria, especialmente a la luz de la impopularidad de la decisión y su cuestionable fundamento legal.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> *Idem*.

<sup>99</sup> *Grutter*, 123 S. Ct. at 2341., conforme Timothy Zick, *op. cit.*

<sup>100</sup> 347 U.S. 483, 74 St. Ct. 686, 98. L.Ed. 873 (1954).

<sup>101</sup> High Court Case Summaries, Constitutional Law, West Group, 2001, p. 84.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

Esta referencia al dato sociológico encuentra su basamento en la naturaleza del conflicto sobre el que se aboca la medida. Efectivamente, el enfoque de la desigualdad estructural “considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad”.<sup>102</sup>

Por su parte, la interacción entre sociología y derecho no es un fenómeno nuevo. Ya desde 1912, Roscoe Pound explica que “el jurista sociológico procura un estudio comparativo de los sistemas, doctrinas e instituciones legales como fenómeno social, y critica a ellos con respecto a su relación con las condiciones y progreso social”.<sup>103</sup> Sin embargo, el estimar como función jurisdiccional la comprensión y respuesta a la realidad social reviste una especial consideración.

En torno a la incorporación del análisis sociológico en el discurso jurisdiccional en Estados Unidos, se puede encontrar como originariamente se cuestionó la postura clásica con respecto a que la lógica puede determinar una respuesta individual correcta para un caso judicial, para dar lugar a la posición de que “la correcta respuesta a los problemas legales varía de acuerdo con el contexto social”.<sup>104</sup> Así, desde la perspectiva histórica, la incorporación del dato sociológico en el discurso jurisdiccional posee una reciente partida de nacimiento, y debe su generación a la denominada “jurisprudencia realista”.<sup>105</sup>

En general, se procura una atenuación de la brecha realidad/norma, mediante una “jurisprudencia realista” que tenga en cuenta las circunstancias sociales y, desde ese dato empírico, se construya de manera progresiva.<sup>106</sup> Así, se habría producido, en

---

<sup>102</sup> Saba, Roberto, *op. cit.*, p. 30.

<sup>103</sup> Pound, Roscoe, “The scope and purpose of sociological jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 25, núm. 6, 1912, pp. 489-512, trad. por la autora.

<sup>104</sup> Monahan, John y Walker, Laurens, *Social Science in Law*, 5ª ed., Nueva York, Foundation Press, 2002, p. 2.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>106</sup> En torno a estos temas, puede consultarse a Holmes, Oliver Wendell Jr., *The Common Law*, Pound, 2013; Roscoe, *op. cit.*, y White, Edward, “From sociological jurisprudence to realism: Jurisprudence and social change in

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

la década de los treinta, el nacimiento de dicha corriente jurisprudencial, que parte de la base de que el derecho se encuentra en permanente movimiento y formación, en servicio de los fines sociales, por lo que las reglas normativas —que generalmente responden a una descripción de la situación actual tal cual es— resultan insuficientes, y las Cortes deben tomar un rol más activo, evaluando particularmente los efectos de las decisiones jurisdiccionales sobre la sociedad.<sup>107</sup>

La jurisprudencia realista repercutió en la búsqueda de “principios neutrales” del proceso legal que permitan al juez construir su discurso jurídico. Así, se incorporó al accionar judicial el estudio del Derecho, Economía y Sociología en la ley.<sup>108</sup> En la actualidad, nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales se hacen eco de la necesidad de compenetrar el análisis jurídico constitucional con la realidad social. Así, el empirismo constitucional constituye un “método de adjudicación constitucional y construcción que se vuelca a los datos empíricos, métodos científicos, convenciones científicas, con miras a buscar una mayor objetividad y veracidad en las decisiones”.<sup>109</sup>

Conforme a la doctrina moderna, existe una triple tipología del dato sociológico, es decir, una primera clasificación respecto a qué tipo de información social puede llegar a ser usada en la función jurisdiccional: en primer lugar, los datos sociales adjudicativos, los datos de autoridad social o datos sociales legislativos y, finalmente, el dato del entorno social.<sup>110</sup>

La primera categoría de datos sociales refiere a aquellos que constituyen hechos —de carácter social— que son base de las

---

early twentieth century in América”, en *Virginia Law Review*, vol. 58, 1972, p. 999.

<sup>107</sup> Llewellyn, Karl N., “Some realism about realism—responding to Dean Pound”, en *Harvard Law Review*, vol. 44, núm. 8, 1931, pp. 1222-1264.

<sup>108</sup> Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

<sup>109</sup> Zick, Timothy, “Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths”, en *The North Carolina Law Review*, vol. 82, 2003, p. 115.

<sup>110</sup> Se sigue en este sentido la terminología usada por Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

pretensiones o defensas de las partes en un caso. Si bien es información de la realidad social, son hechos que se invocan como base particular de los argumentos presentados por una de las partes en un proceso en concreto, por ello, reciben el nombre de *datos sociales adjudicativos*.<sup>111</sup>

Kenneth Culp Davis explica que en algunas circunstancias los jueces actúan como órganos legislativos “produciendo normas” que van más allá de la mera resolución de la controversia del caso concreto.<sup>112</sup> Se denomina a tal incorporación datos con *autoridad social*,<sup>113</sup> porque constituyen evidencia sociológica que justifica el cambio en la política legislativa, mediante la actuación del Tribunal. También son calificados como *datos sociales legislativos*.

Este tipo de información, por ejemplo, fue utilizada en la causa *Brown vs. Board of Education*,<sup>114</sup> a fin de acreditar el efecto psicológico de la segregación compulsiva en niños de color.<sup>115</sup> Nótese cómo aquí no se utiliza la información a fin de fundamentar que la segregación perjudica al actor en concreto o a los estudiantes de una escuela en particular —particularidad que sí se invocaba en el dato adjudicativo—, sino el carácter pernicioso de este tipo de política segregatoria.<sup>116</sup>

La solución aportada por estos autores sostiene que:

[...] cuando los hechos usados en la producción legal son acotados y específicos, centrales o críticos, no mezclados con el juicio o política, acreditables, y en cierta manera sobre las partes o conocidos mayormente por ellos, las partes claramente deben tener una posibilidad de debatirlos, y ello debe ser requerido en miras al debido proceso. Pero cuando los hechos son amplios y generales,

---

<sup>111</sup> Davis, Kenneth Culp, “An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, núm. 3, 1942, p. 402.

<sup>112</sup> *Idem*.

<sup>113</sup> “Social authority”, Davis, *op. cit.*

<sup>114</sup> Supreme Court of the United States, 1954, 347 U.S., 74 S.Ct. 86, 98 L.Ed. 873.

<sup>115</sup> Véase Deutscher, Max y Chein, Isidor, *The Journal of Psychology*, vol. 26, p. 259 (1948), cit. por Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, p. 188.

<sup>116</sup> *Idem*.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

circunstanciales o periféricos, no controvertidos, y mezclados con elementos de juicio o política, no fácilmente acreditables y lejanos a las partes, una Corte o agencia del poder ejecutivo puede usarlos sin siquiera advertir cualquier posible problema de procedimiento. Si estos ítem se encuentran mezclados, las dos preguntas de cuánto apoyo los hechos deben recibir y cuánta protección procesal hay que otorgar a las partes puede ser dificultosa.<sup>117</sup>

Finalmente, se indica cómo se ha desarrollado una tercera tipología de dato sociológico que no es articulado por las partes como un hecho adjudicativo de la causa propiamente, ni como un elemento determinante de un cambio de política en concreto, sino que se refiere a aspectos de ambos. Estos constituyen *datos del entorno social*, ponderaciones generales de las ciencias sociales que son invocadas a los jueces de una causa para determinar hechos en el caso concreto.<sup>118</sup>

En *Grutter y Gratz*, a pesar de que la Suprema Corte citó alguna evidencia sociológica para dar base a su conclusión, fundamenta su postura directamente en la aserción de la Universidad de que la diversidad fue un interés relevante en el contexto educacional,<sup>119</sup> obviando, a través de dicho extremo, el análisis de los datos empíricos que sí había sido realizado por el Tribunal de Alzada.

En la Corte inferior se había analizado, en primer lugar, si la evidencia sociológica sostenía el reclamo de que la diversidad era un interés relevante y, en segundo lugar, si la Universidad había implementado un sistema que en la práctica no era otro que el de cuotas; todo ello a través de evidencia sociológica.<sup>120</sup> En dicho Tribunal de Alzada, la postura mayoritaria se basó en tal estudio, y el juez Clay, en su voto concurrente, calificó al informe sociológico como un estudio de suma importancia que acompaña una amplia escala de análisis en torno a una extensa categoría de efec-

---

<sup>117</sup> Monahan, John y Walker, Laurens, *op. cit.*, p. 184.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>119</sup> Grutter, 123 S. Ct. at 2341, conforme Timothy Zick, *op. cit.*

<sup>120</sup> Patricia Gurin, reporte presentado en favor de la Universidad de Michigan, *Michigan Journal Race & Law*, vol. 5, 1999, p. 363, conforme Zick, Timothy, *op. cit.*

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

tos de un ambiente de estudio diversificado. Así, para dicho magistrado, los datos empíricos fueron suficientes para proclamar los beneficios de la diversidad educativa desde el punto de vista estadístico.<sup>121</sup> Este análisis no se realiza en la postura mayoritaria de la Suprema Corte.

Sin embargo, la referencia a la base sociológica sí es acentuada por la Suprema Corte en *Grutter* al ponderar la aplicación al caso del criterio del juez Powell en *Bakke*. Así, al referir a las prácticas sociales de las universidades públicas y privadas en la instrumentación de acciones afirmativas, la Corte parece remitir a datos sociales de “autoridad social”, para dar fundamento a la vinculatoriedad de criterios jurisprudenciales anteriores, como se analizará en los siguientes puntos.

Finalmente, cabe señalar un detalle relativo a la vinculatoriedad del precedente utilizado por la Suprema Corte en estos pronunciamientos.

El *stare decisis* vigente en el *common law* contribuyó a la consolidación del rol de intérprete constitucional de la Suprema Corte de Justicia y a la profundización de su papel como Tribunal Constitucional concentrado en la práctica.<sup>122</sup>

El sistema se consolida a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte, de manera evolutiva. Una vez determinada la revisión de constitucionalidad con base en un control difuso a través del caso *Marbury vs. Madison*,<sup>123</sup> donde la Suprema Corte consagra para sí la facultad de “decir qué es lo que la Constitución y otras leyes dicen, así como invalidar aquellos actos de otras ramas del poder que entren en conflicto con la Constitución”,<sup>124</sup> el segundo

---

<sup>121</sup> *Grutter*, 288 F.3d at 759-60, conforme Zick, Timothy, *op. cit.*

<sup>122</sup> Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil actual de la Suprema Corte estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de «Lawrence vs. Texas»”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, núm. 1, 2004, pp. 201 y ss.

<sup>123</sup> 51 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Posteriormente, en *Martin vs. Hunter's Lessee*, (14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816), la Corte amplía su ámbito de control de constitucionalidad a casos decididos por Cortes estatales.

<sup>124</sup> 51 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), traducción de la autora.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

gran salto cualitativo en dicho sentido puede encontrarse en el caso *Cooper vs. Aarón*,<sup>125</sup> donde el Tribunal se perfila a sí mismo como una jurisdicción constitucional de acción concentrada al resolver su monopolio en la interpretación constitucional.<sup>126</sup>

El sistema del *stare decisis* y la vinculatoriedad de los precedentes de la Suprema Corte toma un nuevo giro en la postura mayoritaria en los casos contra la Universidad de Michigan en estudio.

En los casos *Grutter* y *Gratz*, como se ha comentado, un tema que resultaba sumamente importante era la vinculatoriedad o no de la doctrina sentada por el ministro Powell en *Bakke*, pero que no fue adoptada por los restantes signatarios de la mayoría. Es decir, se cuestionaba si aspectos del voto Powell en *Bakke* eran o no vinculantes, ya que no configuraban la decisión mayoritaria. La problemática de la vinculatoriedad de los precedentes de la Corte toma un protagonismo de relevancia interesante. Así, David G. Savage sostiene que el tema crucial en dichos casos era “derogar o no derogar” los precedentes.<sup>127</sup>

Ahora bien, la innovación en *Grutter* está dada en que O'Connor, al redactar el voto mayoritario de la Corte, parece aportar una nueva dimensión en torno a la vinculatoriedad del precedente, dándole eficacia vinculante a aquella doctrina que la sociedad adquiere como propia e incorpora a sus prácticas. El consenso social actuaría, entonces, como fuente de vinculatoriedad de políticas jurisdiccionales.

O'Connor realiza en *Grutter* una particular ponderación de lo que debe ser considerado precedente de la Suprema Corte y su vinculatoriedad respecto a actuales pronunciamientos. Como se ha mencionado, el tema que se planteaba era si la Corte debía seguir o no los criterios enunciados por Powell en *Regents of the University of California vs. Bakke*. Al referir su vinculatoriedad, la ministro sostiene que la clave que marca que el precedente debe ser mantenido se halla en el hecho de que numerosas insti-

---

<sup>125</sup> 358 U.S. 1 (1958).

<sup>126</sup> Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *cit.*, pp. 201 y ss.

<sup>127</sup> Savage, David G., *Precedential Veto: Overruling May No Longer Rule as Court Takes On Affirmative Action*, Gay Rights, 89 A.B.A.J. 26.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

tuciones del sistema educativo se han basado en él con el fin de estructurar sus acciones afirmativas.

Ello introduce una idea de precedente como “precedente social” y no solo “precedente judicial”. Es decir, el reconocimiento y práctica social del precedente hace a su vinculatoriedad más allá de si dicho criterio ha sido dictado por la Corte en sí.

En primer lugar, O'Connor pretender ponerse a un lado de la necesidad de referir a la vinculatoriedad del voto introducido por Powell en *Bakke*, mediante la fórmula “nosotros no encontramos necesario el decidir la cuestión porque hoy nosotros compartimos el punto de vista de Powell en torno a que la diversidad del cuerpo estudiantil es un interés relevante”.<sup>128</sup> Así, hace propia, y mayoritaria, la postura referenciada, y de manera directa refiere a ella para delimitar las pautas de su decisión.

Ahora bien, explica O'Connor que uno de los argumentos que sostienen esa intención de continuar con la postura de Powell, es encontrado en el hecho de que “desde que la Corte dictó su decisión en *Bakke*, la opinión de Powell anunciando la decisión del Tribunal ha servido como la piedra fundamental para el análisis constitucional de las políticas de admisión que toman en cuenta la raza. Tanto las universidades públicas como privadas de la nación han moldeado sus propios programas de admisión basados en las consideraciones de Powell, en consecuencia, —señala O'Connor— analizaremos la opinión del Ministro Powell en mayor detalle”.<sup>129</sup>

La ABA sostiene que ese “en consecuencia” carece de sentido salvo en lo que refiere a la referencia del contexto social como soporte de la vinculatoriedad del criterio mencionado. Conforme a dicha asociación, lo que O'Connor quiere demostrar es que no reviste tanta importancia llamar a *Bakke* precedente vinculante o no. Lo que sí contaría es que la sociedad ha conocido y aceptado la visión dada por Powell. Así, se ha unido la perspectiva del mundo legal al mundo de la gente real.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> American Bar Association, “Preview...”, *op. cit.*

<sup>129</sup> 123 S.Ct. at 2336.

<sup>130</sup> American Bar Association, Preview... *op. cit.*

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

O'Connor ha referido al consenso social en otros pronunciamientos. Así, en *Planned Parenthood vs. Casey*,<sup>131</sup> ella votó para mantener lo que consideraba era la esencia de *Roe vs. Wade*,<sup>132</sup> más allá del hecho de que había sido sumamente crítica de la decisión de *Roe* y su resultado en anteriores comentarios. Sin embargo, la ministro manifiesta en *Casey* que mantiene *Roe*, en gran parte porque una generación ha contado con él y “por dos décadas de desarrollo económico y social, la gente ha organizado relaciones íntimas y ha hecho elecciones que definen sus percepciones de sí mismos y su posición en la sociedad, teniendo en consideración la posibilidad de realizar un aborto en casos en que falle la contracepción”.<sup>133</sup>

Asimismo, ABA considera que la opción efectuada por O'Connor de apoyar la fuerza vinculante del criterio de Powell en *Bakke* en el consenso social, tiene un límite al referir que las acciones afirmativas admitidas se esperan no sean necesarias en 25 años.<sup>134</sup> Conforme a dicha asociación, el mensaje sería el siguiente. No se confíen en esta autorización para siempre, puesto que dicha confianza en 25 años será irrazonable y no recibirá la protección actual”.<sup>135</sup>

Nótese que este análisis práctico y efectivo de la vinculatoriedad de un precedente es también realizado por Kennedy en *Lawrence vs. Texas*.<sup>136</sup> Allí, Kennedy pondera si el precedente *Bowers vs. Hardwick*<sup>137</sup> se encontraba acertado o no, y concluye que el mismo se encontraba equivocado al momento de haber sido dictado; y también sería equivocado mantenerlo en la actualidad, por lo que lo deja de lado. Resulta interesante el análisis que realiza Kennedy respecto a si la ponderación efectuada por la Corte en el precedente resultaba acorde a los criterios existentes en esa época y en la actualidad en los diversos estados nortea-

---

<sup>131</sup> 505 U.S. 833 (1992).

<sup>132</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>133</sup> *Casey*, 505 U.S. at 856.

<sup>134</sup> 123 S.Ct. at 2347.

<sup>135</sup> American Bar Association, “Preview...”, *op. cit.*

<sup>136</sup> 539 U.S. (2003).

<sup>137</sup> 478 U.S. 186 (1986).

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

americanos, así como en el derecho comparado, especialmente en la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos (ello así atento a que la Corte en *Bowers* se había referido al criterio imperante en las civilizaciones occidentales).<sup>138</sup>

El procurar otorgar al análisis constitucional de las medidas afirmativas un tinte práctico, también se plasmó en el debate oral frente a la Corte durante las audiencias del caso *Gratz*.<sup>139</sup> Allí los ministros, en particular Scalía y Ginsburg, se refirieron especialmente a la eficacia de medidas de esta índole en otros países en los cuestionamientos efectuados a Olson. Por ejemplo, es remarcable el particular interés de Scalía respecto a la eficacia de medidas afirmativas en otros países. Sus preguntas llaman especialmente la atención si se tiene en consideración la general postura desconfiada que Scalía muestra hacia el derecho comparado como elemento de construcción del discurso judicial de la Suprema Corte estadounidense.<sup>140</sup> Sin embargo, este tipo de cuestionamientos también reflejan, aunque desde una óptica distinta, el interés por la visión práctica de las decisiones jurisdiccionales.<sup>141</sup>

En consecuencia, en el voto mayoritario de *Grutter* se perfila la idea de que un criterio jurisdiccional aceptado y respetado por la sociedad, e incorporado a sus prácticas, reviste vinculatoriedad, independientemente de si era o no precedente con la autoridad conforme al *stare decisis* clásico.

### 6. LA ACTUALIDAD DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. EL CASO *FISCHER* (2016)

Recientemente, en 2016, la Suprema Corte de Estados Unidos convalidó los criterios anteriores, rechazando un planteamiento

---

<sup>138</sup> Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *op. cit.*, pp. 199.

<sup>139</sup> *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

<sup>140</sup> Véase Sagüés, María Sofía, “Perfil...”, *op. cit.*

<sup>141</sup> *Gratz vs. Bollinger*, núm. 02-516, debates orales llevados a cabo el 1 de abril del 2003.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

to de inconstitucionalidad contra un programa de admisión de la Universidad de Texas, en Austin, que tomaba a la raza como un elemento determinante, en el fallo *Fisher vs. University of Texas*.

Bajo el programa de admisiones de la Universidad de Texas se garantiza la admisión a los mejores estudiantes en cada escuela secundaria en el estado. Si bien el porcentaje de corte puede variar según el año, a menudo se denomina el programa *Top 10 percent*. Este mecanismo ha producido una importante diversidad racial y étnica.<sup>142</sup>

En la segunda parte del programa, los estudiantes restantes de Texas y otros lugares se consideran bajo estándares que toman en cuenta el logro académico y otros factores, incluyendo raza y etnicidad. Este aspecto fue la base del cuestionamiento a la constitucionalidad del sistema, introducido por Abigail Fisher, una mujer blanca que dijo que la Universidad había negado su admisión basándose en su raza. Ella se ha graduado en la Universidad Estatal de Luisiana.

El planteamiento fue rechazado por la Corte, que dejó el criterio del precedente *Grutter* intacto. El mensaje nuclear del pronunciamiento del Tribunal es que los funcionarios de admisiones pueden seguir considerando la raza como un factor entre muchos con miras a asegurar un cuerpo estudiantil diverso. La Corte reafirmó muy convincentemente la importancia de la diversidad, si bien cabe aclarar que el caso se refería a un programa inusual y contenía una advertencia para las otras universidades, en el sentido de que no todos los programas de acción afirmativa se reputan constitucionales.

Los partidarios de la acción afirmativa elogiaron la decisión como un hito. Incluso recibió, en su momento, elogios del entonces presidente Obama, quien sostuvo: “Me complace que la Corte Suprema haya confirmado la noción básica de que la diversidad es un valor importante en nuestra sociedad [...] No somos un

---

<sup>142</sup> En 2011, por ejemplo, 26% de los estudiantes de primer año que se inscribieron en el programa eran hispanos y 6% eran negros. La población de Texas es de alrededor de 38% de hispanos y 12% de negros.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

país que garantice resultados iguales, pero nos esforzamos por proporcionar un tiro igual a todos”.<sup>143</sup>

La decisión fue reñida, por un voto de 4 a 3.<sup>144</sup> El juez Anthony M. Kennedy fue autor de la opinión mayoritaria, en la que señaló que los tribunales deben reconocer a las universidades un margen sustancial, pero no total, en el diseño de sus programas de admisión. Así, expresó que “Se debe una deferencia considerable a la Universidad al definir aquellas características intangibles, como la diversidad de los estudiantes, que son fundamentales para su identidad y misión educativa”. De hecho, puntualizó que “Una Universidad se define en gran parte por esas cualidades intangibles que son incapaces de medir objetivamente pero que hacen para la grandeza”.

El juez Kennedy rechazó los argumentos de la señora Fischer. Expresó que los objetivos de diversidad de la universidad no eran amorfos, sino “concretos y precisos”, satisfaciendo el requisito constitucional de que las clasificaciones raciales gubernamentales adelanten un interés convincente.

Seguidamente, señaló que la Universidad estaba justificada al afirmar que el plan de los diez primeros no solo producía suficiente diversidad, agregando que la parte holística del programa de admisiones “tuvo un efecto significativo, aunque limitado, sobre la diversidad de la clase de primer año de la Universidad”.

Si bien el sistema de *Top Ten Percent* tenía límites incorporados, “una política de admisión que se basa exclusivamente en el rango de la clase crea incentivos perversos para los solicitantes”. Expresó que “Los planes de porcentaje «alientan a los padres a mantener a sus hijos en escuelas segregadas de bajo desempeño y desalientan a los estudiantes a tomar clases desafiantes que podrían reducir sus promedios de calificaciones»”. Concluyó que “Dondequiera que el equilibrio entre los planes de porcentaje y la revisión holística debe descansar, una política de admisiones

---

<sup>143</sup> Disponible en [https://www.nytimes.com/2016/06/24/us/politics/supreme-court-affirmative-action-university-of-texas.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2016/06/24/us/politics/supreme-court-affirmative-action-university-of-texas.html?_r=0)

<sup>144</sup> La jueza Elena Kagan no participó de la decisión por haber intervenido en el caso como abogada general.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

eficaz no puede prescribir, de manera realista, el uso exclusivo de un plan de porcentaje”, escribió el juez Kennedy.

Ruth Bader Ginsburg, Stephen G. Breyer y Sonia Sotomayor enfatizaron el valor de la diversidad, señalando que “sigue siendo un desafío duradero para que el sistema educativo de nuestra nación concilie la búsqueda de la diversidad con la promesa constitucional de igualdad de trato y dignidad”.

El juez Alito, junto con el juez John G. Roberts Jr. y el juez Clarence Thomas se pronunciaron en una enfática disidencia. El juez Samuel A. Alito Jr. sostuvo que la Universidad no había demostrado la necesidad de admisiones por motivos raciales y que el programa de Texas benefició a las personas más favorecidas sobre los empobrecidos.

Expresó que los objetivos de “la destrucción de estereotipos”, promover “la comprensión racial” y preparar a los estudiantes “para una fuerza de trabajo y una sociedad cada vez más diversa” eran resbaladizos e impermeables al escrutinio judicial.

### 7. LITIGIO ESTRUCTURAL Y ACCIONES AFIRMATIVAS

Delimitados entonces los conceptos de discriminación estructural, y las acciones afirmativas como herramientas de transformación en miras a una sociedad que respeta la diversidad como valor o interés constitucionalmente tutelable, es necesario analizar los mecanismos procedimentales que permiten la concretización de tales postulados.

Como se ha señalado en los puntos anteriores, es el Estado quien adopta este tipo de medidas, a través de instrumentos constitucionales o legislativos. Sin embargo, la experiencia comparada nos plantea frente a la necesidad de ponderación de la viabilidad, en su caso, de la aplicación de instrumentos de control de inconstitucionalidad por omisión en aquellos supuestos en los que, frente a la existencia de discriminación estructural, los Estados omiten la adopción de medidas de discriminación inversa con vocación reformadora de tal realidad.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

Existen antecedentes específicos que permiten vislumbrar el tema. Por ejemplo, en Argentina, en el caso *Sisnero*, una mujer sostuvo que fue discriminada en virtud de haberse postulado en reiteradas oportunidades para ocupar un cargo de chofer en una línea de transporte público de pasajeros, no habiendo sido nunca contratada. Los legitimados activos, la víctima y una OSC, acumularon dos pretensiones, una de naturaleza individual, cuyo objeto mediato era la contratación de la mujer, y una de naturaleza colectiva, que tenía como objeto que se instrumente una acción afirmativa en virtud de la cual las empresas de transporte público demandadas se vean obligadas a contratar personal femenino hasta alcanzar 30% de la planta de choferes.<sup>145</sup>

También puede recordarse el caso *Ana Cristina Paz Gil vs. Alcaldía Mayor de Bogotá y Empresa Transmilenio, S.A.*, resuelto el 1 de abril de 2014 por la Corte Constitucional de la Repúbli-

---

<sup>145</sup> CSJN, 337:611, sentencia de fecha 20 de mayo de 2014. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que corresponde dejar sin efecto la sentencia que al revocar la admisión de la acción de amparo que ordenó el cese de la discriminación por razones de género, dispuso que las empresas de transporte público demandadas contraten personal femenino hasta alcanzar un treinta por ciento de la planta de choferes, concluyó que no se había acreditado un acto discriminatorio toda vez que el tribunal no valoró adecuadamente la prueba obrante en el expediente ni respetó los criterios del Tribunal en materia de cargas probatorias, de modo que las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas no pueden ser calificados como un motivo objetivo y razonable para destruir la presunción de que se incurrió en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra la actora en particular. Señaló que para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación, y si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Se recomienda sobre el tema a Puga, Mariela y Otero, Romina, “Igualdad, género y acciones afirmativas, la justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 341 y ss.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

ca de Colombia,<sup>146</sup> en el que el Tribunal, frente a una acción de tutela incoada por una persona con discapacidad que no podía utilizar el servicio público de transporte, ya que este no disponía de las adaptaciones necesarias, resuelve tutelar los derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad humana, a la igualdad y a la libertad de locomoción de la actora, y en consecuencia, ordenar al Distrito Capital y a Transmilenio, S.A., que en el término máximo de dos años a partir de la notificación de la presente providencia, diseñe y ponga en ejecución un plan orientado a garantizar el acceso de personas en condición de discapacidad, como la actora, al Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas. El diseño de dicho plan de acción debe llevarse a cabo dentro de los primeros seis meses del término mencionado y, deberá atender las necesidades reales de esa población. Efectivamente, este no es un caso de acción afirmativa a través de un cupo, sino una perspectiva más genérica, que implica un trato diferenciado a un sector excluido en el goce de sus derechos, con miras a procurar su acceso.

Estos antecedentes nos llevan necesariamente a preguntarnos si es viable la creación pretoriana de una acción positiva frente a supuestos de discriminación estructural. La respuesta procedimental estará condicionada por los aspectos relativos a los elementos propios de la discriminación estructural, así como de la herramienta tendente a paliarla, la acción afirmativa.

Al respecto, debe recordarse que las medidas de acción afirmativa consistentes en discriminación inversa parten de un supuesto fáctico fundamental de *naturaleza colectiva*: actúa frente a supuestos de naturaleza grupal, un colectivo sistemáticamente excluido, sometido o marginado, que puede, aunque no siempre, ser históricamente discriminado —afroamericanos, mujeres, discapacitados, etc.—.

La naturaleza colectiva de la discriminación estructural requiere que la medida de acción afirmativa que instrumente mecanismos de discriminación inversa con vocación reformadora de tal situación también reciba elementos colectivos. Ello contri-

---

<sup>146</sup> Sentencia T-192/14.

## MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

---

buye a determinar un primer elemento característico del proceso tendente a concretarla, que es su idoneidad para producir un pronunciamiento con efectos expansivos sobre la totalidad del grupo o colectivo que requiere tutela.

En este marco se plantean dos opciones viables. En primer lugar, resulta acorde un proceso constitucional objetivo de control de inconstitucionalidad por omisión que tenga por objeto el dictado de la norma que consagre la acción afirmativa, con carácter general.<sup>147</sup>

Ahora bien, cabe preguntarse si es posible la adopción de un mecanismo de tal naturaleza a través de procesos subjetivos. La pregunta reviste un particular interés en sistemas de control difuso como el argentino, donde no se prevén expresamente procesos objetivos de control de las omisiones constitucionales, sino que su canalización procesal exige su articulación en procesos en los que se verifique la exigencia de “caso” o controversia.

Ahora bien, el marco procesal del litigio individual parece insuficiente para la canalización de una situación que, al encontrarse intrínsecamente dirigida a la vocación de transformación de una situación colectiva de discriminación estructural, exige la articulación de un proceso colectivo que, a su vez, presente particularidades procesales específicas acordes a la naturaleza del conflicto subyacente.

Así, por ejemplo, es necesario que dicho proceso canalice el diálogo institucional necesario para brindar de legitimación a una medida de la naturaleza de las analizadas que, como se ha señalado, exige un tratamiento prudente a fin de no proyectar apreciaciones limitadas que procuren otorgarle el lugar de “privilegio”.

Este diálogo no debe limitarse a los diversos departamentos del Estado, sino que debe enlazar a la sociedad en general, a través de mecanismos tales como el *amicus curie*, o la incorporación del dato sociológico a que se ha hecho referencia con anteriori-

---

<sup>147</sup> Me remito en torno a este punto a Sagüés, María Sofía, *Las garantías del control de la inconstitucionalidad por omisión. Garantías y procesos constitucionales*, María G. Ávalos (coord.), Ed. Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389-425.

## Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico

---

dad, y cuya ponderación es fundamental debido a la necesidad de análisis de la dimensión estructural de la discriminación en estudio.

En síntesis, a fin de lograr una adecuada tutela jurisdiccional de la desigualdad estructural mediante la instrumentación de acciones afirmativas de discriminación inversa, es necesario un litigio complejo estructural a través de procesos constitucionales objetivos —de inconstitucionalidad por omisión— o bien subjetivos de naturaleza colectiva, acorde con las características que exige la ponderación de las acciones positivas.

### 8. PONDERACIÓN

El derecho a la igualdad ha recibido una relectura, abandonando su fórmula de “igualdad ante la ley”, por la de “igualdad de oportunidades”. Ahora bien, situaciones colectivas de discriminación estructural plantean también la necesidad de proyectar las medidas adoptadas por los Estados con miras a su transformación.

Las acciones afirmativas constituyen mecanismos de apuntalamiento de la tolerancia en una sociedad pluralista que puede contribuir a la vocación de superación de la discriminación estructural.

En este sentido, coincide con la doctrina en aplaudir la decisión de la Suprema Corte estadounidense de procurar la búsqueda de la diversidad como interés no solo admitido, sino también requerido con miras a la generación de una sociedad tolerante. Así, las medidas en estudio dejan de ser vistas solamente como un instrumento de saneamiento de la discriminación histórica, para pasar a constituir herramientas de consolidación del espíritu democrático de la sociedad.

Estos lineamientos brindados en los fallos estudiados resultan acordes al orden internacional de derechos humanos y al techo ideológico constitucional argentino, en cuanto procuran apuntalar valores tales como la diversidad educativa y la diversidad cultural, los cuales, conforme señala Bidart Campos y Gelli, en el ordenamiento argentino “resultan emergentes de la coordina-

ción entre los párrafos tercero y cuarto del inciso 19 del artículo 75”.<sup>148</sup> Asimismo, se refieren en concreto al espíritu de tolerancia democrática que se desprende de los artículos 37 y 38 de la Constitución nacional.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional de las situaciones colectivas de discriminación estructural en miras a la articulación de acciones afirmativas de discriminación inversa requiere la previsión de procesos constitucionales idóneos para canalizar su protección. A tal efecto, resultan recomendables los procesos constitucionales objetivos de control de inconstitucionalidad por omisión o, en caso de no preverse tal poción, un proceso subjetivo de naturaleza colectiva, que permita garantizar el diálogo institucional y la incorporación de los datos de naturaleza sociológica necesarios para solventar un instrumento como nuestro objeto de estudio.

---

<sup>148</sup> Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, p. 76, con cita a Gelli, María A., “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994”, en *La Ley*, 5 jul 1995.