

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Integración Final de ABOGACIA

El Principio de Razonabilidad en la aplicación de Discriminación Inversa

Racca Agustina LU: 1026285

Carrera: Abogacía

Tutor: Castillo Argañarás, Luis Fernando

Firma tutor:

Fecha de presentación: 15/09/2014

Turno de cursada de Seminario de Práctica Corporativa

INDICE

1. Resumen	3
2. Introducción.....	4
3. Capítulo I. La Igualdad	6
3.1. Introducción	6
3.2. Igualdad. Nociones Generales. Evolución luego de la Reforma de 1994 ...	6
3.3. Igualdad y Libertad	12
4. Capítulo II. Medidas de Acción Positiva	14
4.1. Introducción	14
4.2. Rasgos generales sobre la discriminación	14
4.3. Origen y características de las medidas de acción positiva	15
4.4. Argumentos a favor y en contra de las medidas	18
5. Capítulo III. La Discriminación Inversa y el Principio de Razonabilidad	23
5.1. Introducción	23
5.2. Análisis de Fallos	23
5.2.1. Fundación de Mujeres en Igualdad c/ Freddo	23
5.2.2. Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen	25
5.2.3. Marco DeFunis Jr. c/ Odegaard	27
5.2.4. Universidad de California c/ Allan Bakke	29
5.3. El Principio de Razonabilidad como pauta fundamental	29
6. Conclusión	32
7. Bibliografía	34

RESUMEN

Las acciones positivas o medidas de discriminación inversa han sido creadas tendientes a contrarrestar desigualdades sufridas a lo largo de los años por grupos minusvalorados o desprestigiados.

Raza, religión, sexo, entre otras cosas, eran barreras que restringían derechos básicos, tales como trabajo o educación, a sectores discriminados.

El análisis de la jurisprudencia reinante en el derecho comparado (Estados Unidos y Europa, principalmente) así como la jurisprudencia a nivel nacional nos demuestran como los Estados deben promover la igualdad real de oportunidades y legislar medidas de acción positiva tendientes a eliminar desigualdades de hecho.

El desarrollo del presente trabajo se centralizara en demostrar que dichas medidas deberán aplicarse enmarcadas en un principio de razonabilidad para evitar afectar el principio constitucional de igualdad.

El análisis de los argumentos a favor y en contra de este tema tan controversial nos permitirá arribar a una conclusión que refuerce la hipótesis.

No se trata de que las medidas de discriminación inversa beneficien a algunos perjudicando a otros, por tal motivo, los parámetros de razonabilidad deberán ser tenidos en cuenta por los tribunales.

Toda acción positiva deberá aplicarse cautelosamente con el propósito de evitar un impacto social negativo como consecuencia de la restricción o perjuicio del derecho de terceros.

INTRODUCCION

A lo largo de la historia, han existido grupos desprestigiados, minusvalorados, discriminados por razones de sexo, raza, color, religión, entre otras, a los cuales se les han negado o restringido sus derechos básicos, tales como el trabajo o la educación. Con el objetivo de eliminar estas situaciones de desigualdad, los Estados han adoptado medidas tendientes a favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, lo que se conoce como “discriminación inversa”. Pero estas medidas, jurídica y moralmente muy discutidas, requieren de una aplicación conforme al principio de razonabilidad, debido a que, de lo contrario, se tornan arbitrarias, afectando el principio constitucional de igualdad, y perjudicando, en consecuencia, los derechos fundamentales de las personas.

El presente trabajo de investigación está orientado a analizar estas medidas tendientes a favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales que han sufrido desigualdades a lo largo de los años, así como su aplicación sin hacer uso del principio de razonabilidad, afectando en consecuencia, el principio de igualdad y los derechos de terceros a quienes no ampara la medida.

Para ello:

- Se deberá analizar el principio de igualdad imperante en nuestra Constitución Nacional y su evolución luego de la Reforma Constitucional de 1994.
- Se llevará a cabo un análisis detallado de las medidas de acción positiva, evaluando sus ventajas y desventajas, y su aplicación a casos concretos profundizando la investigación con la jurisprudencia más relevante en la materia.
- Se analizará el principio de razonabilidad para demostrar la estricta relación que debe existir entre éste y las medidas de discriminación inversa para evitar que se afecte el principio de igualdad.

En lo que respecta a la metodología utilizada para el desarrollo del trabajo, el mismo será de tipo teórico-descriptivo. Se llevó a cabo un profundo análisis gramatical, sistematizado y lógico de los textos, legales, doctrinarios y jurisprudenciales existentes sobre la materia.

El abordaje tanto a nivel nacional como internacional nos permite un exhaustivo análisis del tema de estudio, para descubrir y refinar los interrogantes de la investigación.

Para comprender mejor las denominadas medidas de acción positiva, incorporadas a la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 23, luego de la reforma constitucional de 1994, analizaremos otros aspectos relevantes que nos permitirán arribar a conclusiones sobre la legitimidad de las mismas. Para ello, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos, destinado el primero de ellos a analizar el “Principio de Igualdad”. Se analizará su evolución en el sistema constitucional luego de la reforma de 1994, se hará referencia a su estrecha relación con el derecho a la libertad, y se profundizará sobre los distintos aspectos a los que hace referencia este principio.

En un segundo capítulo se realizará un estudio de las “Medidas de Acción Positiva”, su origen y evolución, la figura en el derecho comparado, los argumentos a favor y en contra de las mismas y su inclusión en la Constitución Nacional Argentina a partir de la reforma de 1994.

En el tercer capítulo del se analizará la “Discriminación Inversa y el Principio de Razonabilidad”, la relación que existe entre ambos, la desproporcionalidad de las medidas y la afectación al principio de igualdad como consecuencia. Se analizará la jurisprudencia reinante en el derecho comparado, principalmente en Estados Unidos y Europa, y la jurisprudencia a nivel nacional.

El desarrollo del presente trabajo nos llevará a concluir que las medidas desproporcionadas de discriminación inversa afectan el principio constitucional de igualdad.

Los debates generados a raíz del tema en discusión y las diferentes opiniones al respecto, despiertan el interés de profundizar el análisis del mismo. En el transcurso de la investigación se aprecian diferentes posturas, a favor y en contra de las medidas, que no hacen más que reforzar la necesidad de la cautela y la razonabilidad en la aplicación de las mismas.

CAPITULO I

LA IGUALDAD

i. INTRODUCCION.

Para el desarrollo de este capítulo se analizará el principio constitucional de igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Se definirán conceptos básicos que nos permitirán adentrarnos en los temas objeto del presente trabajo.

A su vez, se hará referencia a la evolución de este principio en el sistema constitucional luego de la reforma de 1994, abarcando no sólo la igualdad jurídico-formal prevista en el artículo 16, sino también una igualdad jurídica-real.

Se identificará el derecho a la igualdad previsto en la normativa nacional vigente, así como en tratados de derechos con jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc 22, entre los cuales se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Por otra parte, se analizará la estrecha relación existente entre el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad de las personas, los cuales suelen entrar en conflicto, debido a que, como menciona Ronald Dworkin en su obra “Los derechos en serio”, “para proteger la igualdad se necesitan leyes, y las leyes son, inevitablemente, compromisos que afectan a la libertad”.¹

ii. IGUALDAD. NOCIONES GENERALES. EVOLUCION LUEGO DE LA REFORMA DE 1994.

¹ DWORKIN, Ronald; “Los Derechos en Serio”; Buenos Aires: Ed. Ariel; 2010; pág. 380 y ss.

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

Si bien en un lenguaje común, la palabra igualdad parece tener un significado claro, en el ámbito jurídico se trata de un complejo y polémico concepto, cuya evocación provoca las más diversas reacciones, lo que genera, en consecuencia, que no sea fácil elaborar un concepto totalizador, que logre abarcar todos sus contenidos y consecuencias.

La Constitución Argentina consagra en su artículo 16 la igualdad ante la ley. Esto constituye la regla genérica de igualdad, una mera igualdad formal, un principio rector que establece que todos los habitantes son iguales ante la ley. “La palabra ley está tomada como sinónimo de derecho, es decir que la igualdad no se limita al tratamiento de las normas emanadas del Poder Legislativo, sino que ella también se garantiza frente a los otros dos poderes del Estado e incluso frente a los particulares.”²

Para Germán J. Bidart Campos, “todos los hombres participan de una igualdad elemental de status en cuanto personas jurídicas. Tal es el concepto básico de la llamada igualdad civil, consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas.” Considera que “la igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos civiles. Esto requiere, imprescindiblemente:

- que el estado remueva los obstáculos de tipo social, cultural, político, y económico, que limitan ‘de hecho’ la libertad y la igualdad de todos los hombres.
- que mediante esa remoción exista un orden social y económico justo, y se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad.

² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; “Tratado de Derecho Constitucional”; Tomo II; Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994; pág. 147.

- que se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales por parte de todos los hombres y sectores sociales.”³

Sin embargo, la igualdad jurídica debe reflejar las desigualdades naturales de las personas. Cada individuo es, en su esencia, distinto de todos los demás y existen diferencias que deben considerarse para evitar incurrir en el trato igual de los desiguales. “La regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.”⁴

“La igualdad constitucional no anula las diferencias que la naturaleza establece entre los hombres, porque ello importaría un trato igualitario ante distintas circunstancias y situaciones, conduciendo paradójicamente a una desigualdad. La igualdad jurídica, traducida en la igualdad ante la ley, significa que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y las mismas condiciones razonables frente al poder estatal.”⁵

La igualdad, por lo tanto, requiere que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en las mismas circunstancias, evitando que se les concedan a unos privilegios o excepciones, excluyéndoles a otros en iguales situaciones.

Así, “la reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la mera igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social, y completando las normas de la constitución histórica.”⁶ Se debe distinguir la igualdad jurídica formal de una igualdad real o fáctica. “La primera pretende que no se discrimine arbitrariamente en las posibilidades teóricas que tiene cada individuo para realizarse. La

³ BIDART CAMPOS, Germán J.; “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”; Tomo I; Buenos Aires: Ed. Ediar; 1992; pág. 251 y ss.

⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., p. 251 y ss.

⁵ BADENI, Gregorio; “Reforma de la Constitución Nacional e instituciones políticas”; Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 1994; pág. 120 y ss.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán J.; “Manual de la Constitución Reformada”; Tomo I; Buenos Aires: Ed. Ediar; 2009; pág. 530 y ss.

igualdad real, en cambio, requiere una conducta positiva que haga probables y accesibles a cada individuo, aquellas posibilidades teóricas.”⁷

“Pero la referencia constitucional no se agota con el art. 16, pues existen otras disposiciones complementarias que, en forma expresa o implícita, desarrollan el principio de la igualdad. Así, el art. 15 prohíbe la esclavitud y todo contrato de compra y venta de personas. El art. 14, en forma igualitaria, reconoce las libertades constitucionales a todos los habitantes del país. El art. 20 extiende a los extranjeros el reconocimiento de todas las libertades civiles de los ciudadanos, enunciando la de ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes. El art. 14 nuevo, incorporado en 1957, asegura a los trabajadores igual remuneración por igual tarea. El art. 8 afirma que los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás provincias.”⁸

Por su parte, el artículo 75 en su inciso segundo establece que las contribuciones directas que imponga el Congreso deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación; el artículo 37 establece la igualdad del voto y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios; en el artículo 75, inciso 19, se establece la sanción de leyes de educación que consoliden la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y el mismo artículo, en su inciso 23, establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dentro de los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, previstos en el artículo 75, inciso 22, abundan las cláusulas sobre la igualdad, las minorías y la no discriminación.

Para citar algunos ejemplos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo primero establece que los Estados Partes se comprometen a respetar los

⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 133 y ss.

⁸ BADENI, Gregorio, Op. Cit., p. 120 y ss.

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.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, en su segundo artículo obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Establece, en el artículo 24, que todas las personas son iguales ante la ley y, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, manifiesta en su preámbulo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros; y en su artículo segundo considera que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

La Declaración Universal de Derechos Humanos coincide en su artículo primero con el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En el artículo 2 considera que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, ni autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Y, conforme al artículo 7, todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la misma. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, considerando que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la misma contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación, y deseando poner en práctica los principios consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y con tal objeto asegurar que se adopten lo antes posible medidas prácticas, acuerdan que los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas.

Cada Estado Parte se compromete a: no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; tomar medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial.

Por último, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Se compromete a: consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar la realización práctica de ese principio; adoptar medidas adecuadas,

legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

iii. IGUALDAD Y LIBERTAD.

La forma de estado democrática consiste en el reconocimiento de la libertad. Esta aparece, como pauta genérica, en el Preámbulo de la Constitución Nacional, cuando propone como uno de los fines del Estado asegurar los beneficios de la libertad.

Del derecho a la libertad se desprende la igualdad. “Los conceptos de libertad e igualdad están indisolublemente ligados, si bien reflejan ideas diferentes. La libertad es la energía natural que determina la acción social del hombre, sujeta a las limitaciones legales necesarias para proteger las libertades de los demás, posibilitar una relación social armónica y dar cumplimiento a los fines que motivan la creación de la organización política global. La igualdad es la nivelación externa de los hombres para el ejercicio de la libertad.

Si se pretende nivelar todas las desigualdades existentes entre los hombres, será necesario limitar sus libertades. Asimismo, si se pretende resguardar la libertad en sus más amplias expresiones, necesariamente se desembocará en el reconocimiento de las desigualdades humanas.”⁹

Para proteger la igualdad entre las personas es necesario que existan leyes, las cuales, inevitablemente, afectan y restringen la libertad.

El equilibrio para una manifestación armónica de ambos valores en una democracia constitucional se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad.

⁹ BADENI, Gregorio, Op. Cit., p. 120 y ss.

Todo lo expuesto nos permite llegar a la conclusión de que la relación existente entre la libertad y la igualdad es intensa. “No puede haber una auténtica libertad sin igualdad, ni tampoco igualdad sin libertad.”¹⁰

Es el Estado, conforme al artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, quien debe promover y llevar a cabo medidas que hagan accesible a los individuos una efectiva igualdad real de oportunidades. Esto se conoce como medidas de acción positiva, las cuales se analizarán en el siguiente capítulo.

¹⁰ Ibidem, p. 120 y ss.

CAPITULO II

MEDIDAS DE ACCION POSITIVA

i. INTRODUCCION.

En el presente capítulo se analizarán las denominadas “medidas de acción positiva” o “discriminación inversa”, previstas en nuestra Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 23.

Pero para comenzar con el análisis de las mismas, primero se explicarán los motivos que llevaron a su creación.

Estas medidas surgen para tratar de equilibrar y compensar la marginación o el relegamiento de determinados grupos sociales perjudicados y minusvalorados a lo largo de la historia, por lo que para introducirnos en la explicación de las mismas se requiere inevitablemente comprender primero la discriminación.

Una vez conocida la causa que motivó el planteamiento de estas medidas, nos adentraremos a desarrollarlas tanto desde sus orígenes en el derecho comparado, como su incorporación en el actual contenido de la normativa constitucional a partir de la reforma de 1994, donde se incorporó el deber del Congreso de dictar y promover medidas de acción positiva.

Asimismo, y para finalizar el capítulo II del presente trabajo, se expondrán los diferentes argumentos a favor y en contra de estas medidas, moral y jurídicamente, muy controvertidas.

ii. RASGOS GENERALES SOBRE LA DISCRIMINACION.

“En el ámbito de la naturaleza, los hombres son esencialmente desiguales en su conformación física. El color de la piel, el sexo, el peso, las dimensiones, los rasgos, son algunos de los elementos físicos que evidencian la desigualdad.”¹¹

“Igualdad y discriminación son en verdad conceptos opuestos, en la medida en que toda discriminación importa atribuir desigualdades, y toda igualdad implica omitir discriminaciones.”¹²

“Se reputan especialmente como actos u omisiones discriminatorias los basados en motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social, o caracteres físicos.”¹³

“Las discriminaciones arbitrarias configuran una negación de la igualdad.”¹⁴

Conforme al artículo 1 de la ley nacional n° 23.592, se considera acto discriminatorio aquel que arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

“La Constitución reformada de 1994, al incorporar numerosas disposiciones sobre la igualdad real de oportunidades, sobre la obligación de promoverla, sobre la adopción de medidas de acción positiva, etc., ha venido a anatematizar discriminaciones, y a tutelar en pro de la igualdad tanto el pluralismo como el derecho a la identidad y a las diferencias.”¹⁵

iii. ORIGEN Y CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS DE ACCION POSITIVA.

Conforme lo establece Ruiz Miguel Alfonso, en su obra “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, “la discriminación inversa, al parecer, nació en la India, ya en los años 30, como una política aceptada por los colonizadores británicos para intentar superar la

¹¹ BADENI, Gregorio, Op. Cit., p. 120 y ss.

¹² GUIBOURG, Ricardo A.; “Igualdad y Discriminación”; Portal Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho; núm. 19; 1996; pág. 87-90.

¹³ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., p. 530 y ss.

¹⁴ Ibidem, p. 530 y ss.

¹⁵ Ibidem, p. 530 y ss.

aguda división en castas de aquella sociedad. Su conocimiento y extensión actual, sin embargo, procede de su introducción en los Estados Unidos a partir de principios de los años 70".¹⁶

En dicho país, "a causa de reclamos sociales y éticos, se ha elaborado una legislación sobre derechos civiles que prácticamente ha impuesto el trato igualitario aun entre particulares en amplios sectores de la actividad humana. Así, la ley de derechos civiles de 1964 establece la prohibición de discriminación o segregación en razón de la raza, color, religión u origen nacional, en los lugares públicos, servicios públicos, escuelas, empleos, procesos judiciales, etc. Establece también una comisión de derechos civiles y subsidios de fondos especiales del gobierno federal para programas de 'acción afirmativa' ".¹⁷

Las medidas de acción positiva se incluyen en nuestra Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. El artículo que las contiene es el 75, en su inciso 23, el cual establece que "corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."

"En un sistema democrático constitucional el individuo constituye la causa, fundamento y fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, con todas las técnicas y procedimientos implementados a tal fin, responden al propósito exclusivo de concretar la libertad y dignidad del hombre. En la democracia constitucional, valores tales como el Estado, la nación, un determinado grupo social, racial, político o religioso, no están para ser servidos por el individuo sino, por el contrario, y en función de la idea política dominante, para servir al hombre con el propósito de alcanzar su libertad y dignidad en un proceso inagotable de enriquecimiento espiritual y de bienestar material."¹⁸

"En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa 'discriminación' se procura compensar y

¹⁶ RUIZ MIGUEL, Alfonso; "La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke"; Portal Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho; núm. 19; 1996; pág. 123-140.

¹⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 151.

¹⁸ BADENI, Gregorio, Op. Cit., p. 120 y ss.

equilibrar la marginación o el relegamiento desiguales que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido reglamento.”¹⁹

Como considera Miguel Ángel Ekmekdjian, en su “Tratado de Derecho Constitucional”, “existen sectores importantes de individuos que por motivos económicos, culturales, de sexo, de edad, etc., necesitan más apoyo o ayuda que otros, para desarrollar sus aptitudes vitales. No basta la posibilidad teórica de la no discriminación estatal, sino que es necesaria una ‘acción afirmativa’ del Estado, que se traduzca en el otorgamiento de beneficios especiales a aquellos sectores carenciados, para mantener la igualdad real.

A partir del avènement del constitucionalismo social la igualdad ya no se limita al simple rechazo de cualquier privilegio o discriminación. Al contrario, se le reclaman al Estado acciones afirmativas consistentes en el otorgamiento de beneficios especiales a determinadas categorías de individuos, para remover los obstáculos de tipo social y económico que, de hecho, limitan la igualdad de posibilidades.”²⁰

Un ejemplo relevante en nuestro país de medida de acción positiva puede ser la ley de cupo femenino, ley N° 24.012 por la que se sustituyó el artículo 60 del Código Electoral Nacional y su Decreto Reglamentario N° 379 del 8 de marzo de 1993, según la cual las listas de candidatos que se presenten ante el juez por los partidos políticos 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.

A su vez, la ley N° 22.431, sobre el Sistema de protección integral de los discapacitados, del 16 de marzo de 1981, establece en su artículo 8 (artículo sustituido por la ley N° 25.689 del 03 de enero de 2003), que el Estado nacional, entendiéndose por tal los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., p. 530 y ss.

²⁰ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 133-141.

(4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas.

El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de cumplimiento obligatorio para el personal de planta efectiva, para los contratados cualquiera sea la modalidad de contratación y para todas aquellas situaciones en que hubiere tercerización de servicios. Asimismo, y a los fines de un efectivo cumplimiento de dicho 4% las vacantes que se produzcan dentro de las distintas modalidades de contratación en los entes arriba indicados deberán prioritariamente reservarse a las personas con discapacidad que acrediten las condiciones para puesto o cargo que deba cubrirse. Dichas vacantes deberán obligatoriamente ser informadas junto a una descripción del perfil del puesto a cubrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos quien actuará, con la participación de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas, como veedor de los concursos.

En caso de que el ente que efectúa una convocatoria para cubrir puestos de trabajo no tenga relevados y actualizados sus datos sobre la cantidad de cargos cubiertos con personas con discapacidad, se considerará que incumplen el 4% y los postulantes con discapacidad podrán hacer valer de pleno derecho su prioridad de ingreso a igualdad de mérito. Los responsables de los entes en los que se verifique dicha situación se considerarán que incurren en incumplimiento de los deberes de funcionario público, correspondiendo idéntica sanción para los funcionarios de los organismos de regulación y contralor de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

El Estado asegurará que los sistemas de selección de personal garanticen las condiciones establecidas en el presente artículo y proveerá las ayudas técnicas y los programas de capacitación y adaptación necesarios para una efectiva integración de las personas con discapacidad a sus puestos de trabajo.

iv. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LAS MEDIDAS.

Argumentos a favor:

- “La acción afirmativa (concepto elaborado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos) puede ser definida como el otorgamiento de determinado trato preferencial a ciertos grupos que tradicionalmente han estado en situación de inferioridad, por razones de raza, religión, color de piel, etc., a fin de subsanar esa desventaja, permitiéndoles competir con los otros grupos en condiciones de paridad.”²¹
- “No sólo no repugnan al principio de la igualdad, sino que contribuyen a robustecerlo, ya que restablecen el equilibrio roto; otorgando reales oportunidades de desarrollar sus aptitudes a grupos que por diversas causas están en inferioridad de condiciones respecto de otros y que, de no recibir esos beneficios, no tendrían posibilidades de desarrollo.”²²
- “Las discriminaciones o beneficios que tengan una causa razonable no son violatorias del principio de la igualdad.”²³

Argumentos en contra:

- “Si bien esta ‘categorización’ del principio de la igualdad lo ha hecho más justo, esto es, más adecuado a su finalidad fundamental, paradójicamente lo ha relativizado y, en consecuencia, minimizado, haciéndolo depender totalmente del criterio subjetivo del juzgador. A partir de entonces se hizo necesario discernir, en cada caso concreto, cuándo una discriminación es válida o no. Para ello es menester adentrarse en las características que determinan la clase o la circunstancia, lo cual da mucho margen a interpretaciones políticas que permiten convalidar verdaderos atropellos a la igualdad. Es necesario en cada caso concreto remitirse al criterio de razonabilidad, afirmando que son constitucionalmente válidas aquellas discriminaciones que respondan a causas razonables.”²⁴

²¹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 151.

²² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 133-141.

²³ Ibidem, p. 133-141.

²⁴ Ibidem, p. 133-141.

- “Esta relativización del concepto hace que la decisión sobre la validez o invalidez de una norma en relación con el art. 16 de la Constitución Nacional, tenga aspectos políticos, sociales y económicos, mucho más condicionantes para el juez que el razonamiento puramente jurídico constitucional, como debiera ser.”²⁵
- “Cualquier discriminación racial, aunque su propósito sea beneficiar a las minorías, de hecho será nociva para ellas, porque el prejuicio se favorece toda vez que se toleran distinciones raciales, con cualquier propósito que sea.”²⁶
- “Incluso si la discriminación inversa beneficiara a la larga a las minorías y redujera el prejuicio, seguiría siendo incorrecta, porque las distinciones raciales son en sí mismas injustas. Y lo son porque violan derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen, que por ello pueden quedar discriminados.”²⁷
- “Es posible, se dice, que los pobres, los negros, los ignorantes y los trabajadores no cualificados tengan un derecho abstracto a la igualdad, pero los ricos, los blancos, los educados y los capacitados tienen también un derecho a la libertad, y cualquier esfuerzo de reorganización social que quiera favorecer el primer conjunto de derechos debe tener en cuenta al segundo y respetarlo. Todos, excepto los extremistas, reconocen por ende la necesidad de establecer un compromiso entre la igualdad y la libertad. Cada ejemplo concreto de legislación social importante, tratándose de política impositiva o de planes de integración, está configurado por la supuesta tensión entre estos dos objetivos.”²⁸
- “El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración.”²⁹

²⁵ Ibidem, p. 147-148.

²⁶ DWORKIN, Ronald, Op. Cit., p. 327-348.

²⁷ Ibidem, p. 327-348.

²⁸ DWORKIN, Ronald, Op. Cit., p. 380-395.

²⁹ Ibidem, p. 327-348.

- “Cualquier sistema de discriminación inversa, establece un supuesto de responsabilidad indirecta y objetiva carente de justificación.”³⁰
- “La misma palabra lo está diciendo: discriminación inversa, o positiva, pero discriminación a fin de cuentas y, por tanto, injusta; el fin no justifica los medios y la igualdad entre hombres y mujeres no puede conseguirse mediante discriminaciones.”³¹
- “Si mala fue la discriminación contra unos grupos en el pasado, eso no justificaría la revancha y siempre será conveniente prevenir similares injusticias en el futuro.”³²
- “La discriminación inversa prescinde del criterio de los méritos, que es asunto sensible en sociedades ideológicamente meritocráticas como las occidentales.”³³
- “La discriminación inversa, aun siendo justa, puede suscitar efectos sociales negativos que sería necio desconsiderar: las reacciones de agravio comparativo, la posible reestigmatización social de las personas inversamente discriminadas (‘entró por la cuota, pero no vale nada’) y otras objeciones semejantes, que no deben aceptarse acriticamente sino que han de contrastarse sociológicamente, pueden constituir serios obstáculos de hecho a la extensión de las medidas de discriminación inversa, que han de valorarse políticamente.”³⁴

La discriminación inversa ha sido doctrinariamente muy discutida por ser considerada un instituto controvertido tanto moral como jurídicamente, pero es en su aplicación a casos concretos donde se encuentran las mayores dificultades. En el próximo capítulo se analizará la jurisprudencia nacional e internacional más relevante en la materia, lo que

³⁰ ATIENZA, Manuel; “Un Comentario al Caso Kalanke”; Portal Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho; núm. 19; 1996; pág. 111-122.

³¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit., p. 123-140.

³² Ibidem, p. 123-140.

³³ Ibidem, p. 123-140.

³⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit., p. 123-140.

nos permitirá comprender los riesgos de la aplicación de medidas de acción positiva sin considerar al principio de razonabilidad como requisito fundamental.

CAPITULO III

LA DISCRIMINACION INVERSA Y EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

i. INTRODUCCION.

El presente capítulo está destinado, principalmente, a analizar la jurisprudencia reinante sobre discriminación inversa, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Dentro de la jurisprudencia Argentina se analizará el fallo “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo” del 16 de diciembre de 2002, el cual puso de manifiesto la cuestión de la discriminación inversa al adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de las mujeres.

A nivel internacional se estudiará el fallo de la Corte de Justicia Europea “Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen” del 17 de octubre de 1995 y dos fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos, “Marco DeFunis, Jr. c/ Odegaard” del 23 de abril de 1974 y “Universidad de California c/ Allan Bakke” del 28 de junio de 1978.

El análisis de estos casos nos ayudará a comprender la controvertida aplicación de medidas de acción positiva y la estricta relación que debe existir entre éstas y el principio de razonabilidad para evitar afectar la igualdad como consecuencia.

ii. ANALISIS DE FALLOS.

a. FUNDACION DE MUJERES EN IGUALDAD C/ FREDDO (2002).

La Fundación Mujeres en igualdad interpuso una acción de amparo contra la empresa Freddo S.A. alegando que ésta rechazaba la contratación de personal femenino, generando una discriminación contra las mujeres.

Dentro de las pruebas que fundamentaban su pretensión se encontraban avisos periódicos mediante los cuales la empresa solicitaba empleados, siendo un requisito

exigido el “sexo masculino” o utilizando términos con cierta alusión al mismo como “empleado” o “repartidores”.

Según un informe del ANSES, la empresa contaba, en diciembre de 1999, con 681 empleados, de los cuales 646 eran hombres y sólo había 35 mujeres.

La empresa reconoció que tomaba empleados de sexo masculino, pero no con el objetivo de discriminar a las mujeres, sino de protegerlas, ya que dentro las tareas que se debían llevar adelante se encontraban, por ejemplo, la preparación del producto, la limpieza del local, la carga de baldes cuyo peso, con el contenido del producto, es de 10 kgs, el ingreso a pozos de frío con profundidades importantes y temperaturas bajas, entre otras. Estas tareas, a su vez, debían ser desempeñadas en horarios rotativos hasta altas horas de la madrugada. A su vez, la representante de la empresa Freddo S.A., informó que en el año 1998, de los 638 empleados que ingresaron a la empresa, sólo 18 eran mujeres, existiendo un avance en 1999, cuando de 297 empleados que ingresaron, 33 eran de sexo femenino.

El juez de primera instancia rechazó el amparo por considerar que:

1. la actora no logró probar la presencia de mujeres en las convocatorias de la empresa y el rechazo de las mismas por su condición;
2. la ley no permite que las mujeres lleven a cabo tareas que sean penosas, peligrosas e insalubres;
3. es la empresa quien debe determinar la política de empleo que desea llevar adelante;
4. Freddo S.A. estaba revirtiendo la situación de contar con una mayor cantidad de empleados de sexo masculino.

Contra la resolución dictada en primera instancia, que rechazó el amparo por el cual la actora requería el cese de la práctica discriminatoria atribuida a la demandada, aquella expresó agravios.

El Tribunal resuelve que, al haberse acreditado la discriminación, y al no haber podido la demandada justificar razonablemente su conducta, se revoca la sentencia apelada, haciendo lugar al amparo de la actora.

Considera que “en determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa.”

“Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados ‘programas de acción afirmativa’, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas.”

“La lucha contra la discriminación no depende solamente del dictado de disposiciones constitucionales y legales, que suelen ser de por sí insuficientes. Ocurre que los Estados parte se han comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Por ende, no son suficientes las medidas de protección, sino que es necesaria una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes.”

“No basta con el reconocimiento de los derechos sino que es necesario, también, promoverlos y garantizarlos para que sean efectivos. Las garantías son diversas: a) nulidad de las disposiciones que consagren desigualdades; b) recursos adecuados ante los tribunales; c) imposibilidad de adoptar represalias hacia quienes demanden judicialmente el reconocimiento de sus derechos.”

Por todo lo expuesto, el Tribunal decide condenar a Freddo S.A. “a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”³⁵, debiendo presentar a la actora un informe anual y permitiéndole acceder a la información correspondiente.

b. ECKHARD KALANKE C/ FREIE HANSESTADT BREMEN (1995).

³⁵ CNCiv, Sala H, “Fundación Mujeres en igualdad y otro c/Freddo S.A. s/amparo” (2002).

La ciudad de Bremen, en julio del año 1990, convoca una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes, a la cual concurren, entre otros, el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann, quienes se encontraban trabajando en ese departamento desde 1973 y 1975 respectivamente. Conforme el correspondiente convenio colectivo, ambos poseían calidad de técnicos clasificados con el tercer grado.

La dirección del servicio propone para el puesto al Sr. Kalanke, pero quien lo obtiene es la Sra. Glissmann en base a una ley del Estado de Bremen. Esta ley establecía que de existir dos candidatos que posean igual calificación para el acceso a un puesto vacante y, encontrándose las mujeres subrepresentadas en ese sector, es decir, que no representaran al menos la mitad de los efectivos, se le debía dar prioridad a la mujer.

“El señor Kalanke recurre esta decisión ante los tribunales alemanes, alegando que no se ha tenido en cuenta la superioridad de su calificación profesional y que la ley de Bremen va en contra de normas de superior jerarquía (entre otras, la propia Constitución alemana, que naturalmente, recoge el principio de igualdad de trato). El recurso es rechazado y el caso llega hasta el Tribunal de Trabajo Federal que estima que el régimen de cuotas previsto en aquella ley es conforme con las normas nacionales alemanas, cuya violación alegaba el recurrente, pero plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que éste decida sobre si la regulación en cuestión contradice o no el art. 2, apartado 4, de una determinada directiva comunitaria de 1976. Ese artículo 2 comienza, en su primer apartado, por establecer que ‘el principio de igualdad de trato (...) implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, ya indirectamente por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar’; pero, en su apartado 4, permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor las ‘medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en los aspectos contemplados en el artículo primero (acceso al empleo, incluida la promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etc.)’.”³⁶

Giuseppe Tesauo, el abogado general, propone al Tribunal que la cuestión se decida considerando que la reglamentación Estado de Bremen es contraria a la Directiva de la Comunidad.

³⁶ ATIENZA, Manuel, Op. Cit., p. 111-122.

Establece que, si bien el artículo segundo de la Directiva, en su cuarto apartado, establece una prioridad a favor de las mujeres, “la acción positiva no puede ser considerada, y aún menos utilizada, como un medio para restaurar, mediante medidas discriminatorias, una situación de igualdad que se ha deteriorado en el pasado”. Al ser este artículo una excepción al principio de igualdad “y puesto que se trata de una ‘derogación de un derecho individual’, ha de interpretarse restrictivamente.”³⁷

Considera que “una medida discriminatoria (que atenta contra el principio de igualdad formal de trato) sólo está justificada si respeta el principio de proporcionalidad, esto es, si es necesaria y apropiada para realizar el objetivo perseguido: remover los obstáculos de hecho que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero la medida en cuestión se dirige sólo a eliminar la subrepresentación de la mujer, no los obstáculos, las causas, que provocan esa subrepresentación.”³⁸

Manifiesta que esta medida promueve simplemente una “igualdad numérica” formal, pero no una verdadera igualdad entre hombres y mujeres. “Lo que es necesario, en definitiva, es sobre todo un cambio de fondo del modelo económico, social y cultural que está en el origen de la disparidad, cambio que no se realiza ciertamente con cifras o con luchas intelectuales ya desfasadas”.³⁹

El Tribunal de Luxemburgo resuelve que la directiva de la Comunidad “se opone a una reglamentación nacional que, como en este caso, acuerda automáticamente, a iguales calificaciones entre candidatos de diferente sexo considerados en vista de una promoción, una prioridad a los candidatos femeninos en los sectores en que las mujeres están subrepresentadas”. Una reglamentación como la del Estado de Bremen que “garantiza una prioridad absoluta e incondicionada a la mujer en caso de nombramiento o promoción, va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista en el art. 2, apartado 4”.⁴⁰

c. MARCO DEFUNIS JR. C/ ODEGAARD (1974).

³⁷ Ibidem, p. 111-122.

³⁸ ATIENZA, Manuel, Op. Cit., p. 111-122.

³⁹ Ibidem, p. 111-122.

⁴⁰ Ibidem, p. 111-122.

En su libro “Los Derechos en Serio”, Ronald Dworkin, para comenzar a hablar sobre discriminación inversa, cita dos ejemplos, entre los que se encuentra el caso de Marco DeFunis. El presente tiene lugar en el año 1971 cuando DeFunis, de religión judía, se presenta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington y es rechazado, a pesar de que su puntuación en las pruebas y calificaciones universitarias le hubiera permitido ingresar en la misma de haberse tratado de una persona proveniente de algún grupo minoritario. DeFunis alegaba que la Facultad de Derecho discriminaba a ciertas razas y etnias, entre las que se encontraban los blancos, por permitir a estos grupos minoritarios el ingreso a la facultad con menores puntuaciones y calificaciones.

“Los procedimientos de admisión en la Facultad de Derecho en Washington eran complejos. Las solicitudes, se dividían en dos grupos. Las de la mayoría, es decir las de quienes no provenían de los grupos minoritarios designados, eran sometidas a una selección previa para eliminar a todos los solicitantes cuyo promedio predecible, que es función de las notas universitarias y de la puntuación de las pruebas de aptitud, quedaba por debajo de un nivel determinado. A los aspirantes mayoritarios que sobrevivían a esa selectividad inicial se los disponía entonces en categorías que se sometían a una consideración cada vez más cuidadosa.

Las solicitudes de los grupos minoritarios, por otra parte, no pasaban por la selección previa; cada uno recibía la más cuidadosa consideración de una comisión especial integrada por un profesor negro y un profesor blanco; el segundo había participado en programas de ayuda a los estudiantes de derecho negros.”⁴¹

DeFunis solicitó a la Suprema Corte que declarara que la práctica que se desarrollaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington violaba los derechos que le concedía la Decimocuarta Enmienda, al permitir el ingreso de grupos minoritarios con un menor nivel de exigencia.

En primera instancia se ordena a la Universidad a permitir el ingreso de DeFunis, y es recién cuando él se encontraba en su tercer año de carrera que el caso llega a la Suprema Corte. La Universidad le permite completar su último año para graduarse sin importar la resolución de la Corte, por lo que se discute si existe una verdadera controversia entre las partes susceptible de ser resuelta por la Suprema Corte de Justicia

⁴¹ DWORKIN, Ronald, Op. Cit., p. 327-348.

de los Estados Unidos. La Corte considera que no tiene poder para decidir cuestiones que no afectan los derechos de los litigantes; se trataba de una controversia al momento en el que la acción se interpone, pero posteriores circunstancias llevaron a que ésta desapareciera.

d. UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA C/ ALLAN BAKKE (1978).

Allan Bakke, aspirante de raza blanca, solicita el ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de California de la cual es rechazado en dos oportunidades.

La Facultad de Medicina había implementado un programa según el cual, por cada clase de cien alumnos, dieciséis debían pertenecer a minorías raciales. Para ello, la Facultad contaba con dos programas de admisión. El programa de admisión regular permitía el ingreso de candidatos con un promedio en la formación pre-universitaria superior a 2.5 puntos, siendo rechazados directamente aquellos aspirantes cuyo promedio era inferior. El programa de admisión especial, no sólo no hacía uso del promedio de 2.5 para el ingreso a la Facultad, sino que además contaba con un Comité separado cuyos miembros, en su mayoría, formaban parte de grupos minoritarios.

Las solicitudes de ingreso a la Facultad de Medicina de Allan Bakke fueron rechazadas en 1973 y 1974. Sin embargo, en ambos años, por el programa especial con el que contaba la Universidad, fueron admitidos aspirantes cuyos promedios resultaban significativamente inferiores al de Bakke.

Luego del segundo rechazo, Allan Bakke promueve demanda contra la Facultad de Medicina de la Universidad de California fundando su reclamo en la Decimocuarta Enmienda a la Constitución y el Título VI del Acta de los Derechos Civiles de 1964.

La Corte Superior de California consideró ilegal el programa de admisión especial y solicitó la admisión de Allan Bakke a la Facultad.

iii. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PAUTA FUNDAMENTAL.

Luego de haber analizado la aplicación de las medidas de acción positiva a casos concretos, como se vio en los fallos explicados anteriormente, se puede comprender lo controvertidas que pueden llegar a ser y la difícil aplicación de las mismas a situaciones específicas sin llegar a perjudicar o restringir derechos de terceros.

“Sea como sea, lo cierto es que la pretensión de las políticas de discriminación inversa es intentar paliar situaciones de desigualdad particularmente recalcitrantes”⁴², pero como considera Manuel Atienza, en su “Comentario al fallo Kalanke”, “la utilización de una medida de discriminación inversa solo está justificada si resulta razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido: puede presumirse que se logrará el objetivo y sin un coste excesivo”.⁴³

“Es lo que hace José Luis Abellán, en ‘Sobre la discriminación positiva’, donde afirma que ‘decir discriminación es lo mismo que decir irracionalidad’, si bien se limita a ‘impugnar la discriminación positiva, no para negarla en toda su radicalidad, sino para reducirla al mínimo posible’, usándola con máxima prudencia y reduciendo su aplicación a muy contados casos, para situaciones límite en que se hubieran agotado todas las posibilidades de una elección racional.”⁴⁴

“Es necesario en cada caso concreto remitirse al criterio de razonabilidad.”⁴⁵

“Los derechos que la constitución reconoce no son absolutos sino relativos. Ello quiere decir que son susceptibles de reglamentación y de limitación, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otro, sea para que cumplan su funcionalidad social en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía, etc.

La relatividad tiene, no obstante, y a su vez, su propio límite: toda reglamentación que limite a los derechos debe ser razonable, conforme al art. 28.”⁴⁶

“La razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente.

⁴² RUIZ MIGUEL, Alfonso, Op. Cit., p. 124.

⁴³ ATIENZA, Manuel., Op. Cit., p. 119-120.

⁴⁴ ABELLAN, José Luis; “Sobre la discriminación positiva”; citado en RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke”; Portal Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho; núm. 19; 1996; pág. 123-140.

⁴⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Op. Cit., p. 133-141.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, Germán J, Op. Cit., p. 530 y ss.

El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder, e, incluso, de los particulares.

Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el 'medio' escogido para alcanzar un 'fin' válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin."⁴⁷

⁴⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., Op. Cit., p. 251 y ss.

CONCLUSION

La igualdad ante la ley pareciera ser un concepto claro e indiscutible, pero esta regla genérica consagrada en el Art. 16 de nuestra Constitución Nacional no escapa a la polémica. La complejidad del tema en cuestión surge porque la regla de igualdad absoluta no existe. Las personas presentan desigualdades naturales que deben ser tenidas en cuenta. Así, la reforma constitucional de 1994 completó las normas de la constitución histórica distinguiendo la igualdad jurídica formal de la igualdad real.

Para proteger la igualdad entre las personas es necesario que existan leyes, las cuales, inevitablemente, afectan y restringen la libertad. Pero en un sistema constitucionalista el equilibrio de ambos valores se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad.

En la búsqueda de una verdadera justicia social, los estados deben tomar medidas que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales. Con este propósito fueron creadas las llamadas medidas de acción positiva o discriminación inversa.

Si bien es cierto que muchos son los factores que condicionan la capacidad de las personas otorgando más oportunidades a unos que a otros, las medidas de acción positiva tendientes a favorecer a grupos minusvalorados tienen una característica distintiva: pueden terminar perjudicando a terceros ajenos al beneficio y su aplicación irracional puede llegar a generar consecuencias indeseables. Se justificará su utilización siempre que resulte razonable y eficaz para lograr el objetivo sin un coste excesivo.

En el transcurso de la investigación, hemos tenido la posibilidad de analizar las diferentes posturas al respecto, lo que nos ha dado la pauta de estar frente a un tema por demás controvertido. La búsqueda afanosa de un sistema jurídico justo y equitativo alza las voces de las corrientes progresistas y de las conservadoras, a favor y en contra de las mismas, en su afán de llegar al punto de equilibrio.

En base a lo sostenido en la hipótesis del presente trabajo de investigación, el principio de razonabilidad debe ser tenido en cuenta al momento de aplicar estas medidas. La desproporcionalidad de las mismas afectará el principio constitucional de igualdad, dando

lugar a medidas abusivas. Toda acción positiva deberá aplicarse razonablemente con el propósito de evitar un impacto social negativo como consecuencia de la restricción o perjuicio del derecho de terceros.

No se trata de que las medidas de discriminación inversa beneficien a algunos perjudicando a otros. Deberán respetarse los límites necesarios tendientes a evitar caer en la ilegitimidad que perpetuaría la discriminación y reforzaría los estereotipos negativos generando en estos grupos menos favorecidos daños tales como desconfianza y falta de ambición. A su vez, en los grupos que no resultan amparados por las medidas se podría generar un fuerte resentimiento social agravando la situación de segregación contra los privilegiados.

La aplicación desproporcionada de las acciones positivas terminará beneficiando a las minorías y violarán derechos individuales de los miembros de aquellos grupos a quienes no favorecen.

BIBLIOGRAFIA

I. DOCTRINA.

- ATIENZA, Manuel. "Un comentario al caso Kalanke". Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs. 111-122. Disponible en Internet desde URL: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxd193> [Última visita 18/08/2014].
- BADENI, Gregorio. "Reforma de la Constitución Nacional e instituciones políticas". Buenos Aires: Ed. Ad Hoc; 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino". T. I. Buenos Aires: Ed. Ediar: 1992.
- BIDART CAMPOS, Germán J. "Manual de la Constitución Reformada". T. I. Buenos Aires: Ed. Ediar; 2009.
- DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio". Buenos Aires: Ed. Ariel; 2010.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. "Tratado de Derecho Constitucional". T. II. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1994.
- GUIBOURG, Ricardo A. "Igualdad y Discriminación". Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs. 87-90. Disponible en Internet desde URL: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5x2n7> [Última visita 22/08/2014].

- RUIZ MIGUEL, Alfonso. "La Discriminación inversa y el Caso Kalanke". Cuadernos de Filosofía del Derecho [revista en línea] 1996; núm. 19; págs. 123-140. Disponible en Internet desde URL: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsn0k1> [Última visita 25/08/2014].

II. LEGISLACION.

- Constitución Nacional Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley N° 22.431 de Sistema de Protección Integral de los Discapacitados.
- Ley N° 23.592 de Actos Discriminatorios.
- Ley N° 24.012 de Cupo Femenino.

III. JURISPRUDENCIA.

- CNCiv, Sala H, "Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo" (2002).
- Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen, [C-450/93](#) (1995).

- Marco DeFunis, Jr. c/ Odegaard. 416 U.S. 312 (1974).
- Universidad de California c/ Allan Bakke. 438 U.S. 265 (1978).