

Título: **El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos**

Autor: Cianciardo, Juan - Didier, María Marta

País:  Argentina

Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 234, 865

Fecha: 09-10-2009 Cita Digital: ED-DCCLXX-975

Sumarios

Resumen. - Palabras clave. - 1. Introducción. - 2. Un caso interesante. - 3. Argumentos principales de la mayoría. - 4. Argumentos principales de la disidencia. - 5. Apuntes para una crítica.

El derecho a la igualdad y el impacto desigual. A propósito de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos

Resumen

En el presente artículo se analiza un caso estadounidense en el que se produjo un conflicto entre un grupo de bomberos que habían ganado un concurso y la Municipalidad de New Haven, Connecticut, que lo convocó, como consecuencia de que el ente estatal anuló el resultado alegando que su convalidación supondría la violación de la prohibición de adoptar medidas “de impacto desigual” discriminatorias de los trabajadores por razón de su raza. La Corte Suprema dio la razón a los demandantes. Luego de la exposición del caso, se llevan a cabo algunos apuntes críticos.

Palabras clave

Derecho a la igualdad, discriminación, impacto desigual

1

Introducción

El debate sobre el derecho a la igualdad es uno de los más intensos e interesantes que se han producido en el derecho constitucional contemporáneo. Su punto de partida fue promisorio (al menos si lo juzgamos desde la perspectiva que nos proporcionan los valores hoy vigentes): en los inicios mismos del constitucionalismo se aceptó y se proclamó la igualdad de todos los hombres. Sin embargo, la búsqueda de su reconocimiento efectivo (en buena medida pendiente aún) generó una serie de problemas nuevos, entre los que cabría destacar dos que tienen conexión entre sí(1).

El derecho parte del hecho evidente de la desigualdad y de la necesidad de operar sobre ella: su cometido (o, al menos, una de sus dimensiones principales) es que en la sociedad se trate realmente igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esto sólo puede afirmarse sobre la base de aceptar que existen criterios admisibles para distinguir entre una persona y otra que habilitan su tratamiento justificadamente distinto. Y esto a su vez presupone la existencia de criterios que resultan, por el contrario, inadmisibles o violatorios de la igualdad. El derecho internacional de los derechos humanos y la mayoría de los países del mundo han llegado a la conclusión de que la raza, el color, el sexo, la religión y el origen nacional no son criterios de distinción *prima facie* admisibles, aunque puedan serlo, consideradas todas las circunstancias.

No obstante, el interrogante acerca de cuáles son los parámetros admisibles es inquietante y de respuesta nada sencilla. Además, cabría preguntarse si los criterios admisibles lo son en todos los casos, o si sólo lo son *prima facie*, pero pueden no serlo consideradas todas las circunstancias. Por otro lado, corresponde preguntarse bajo qué condiciones los criterios *prima facie* inadmisibles podrían (¿o incluso deberían?) ser considerados razonables. Como una derivación más de este primer problema, debe tenerse presente que en ocasiones existen varios parámetros de discriminación con respecto a un mismo caso, y que bien puede ocurrir que alguno de ellos no esté permitido (porque se trata de alguno de los ya mencionados o porque la admisibilidad *prima facie* debe ser dejada de lado una vez consideradas todas las circunstancias) y que otro u otros sean admisibles. ¿Cómo debe procederse ante una situación así?

Un segundo tipo de problemas se relaciona con la necesidad de superar la desigualdad. La persistencia de un *status quo* discriminatorio obedece, en parte, a que la discriminación genera un círculo vicioso, puesto que ella misma priva a los desfavorecidos de herramientas que permitan su superación. Uno de los medios que el derecho constitucional actual ha utilizado para luchar contra esa desigualdad persistente ha sido - aunque pueda parecer paradójico- la aceptación de discriminaciones que *prima facie* no resultan admisibles. ¿Es constitucionalmente aceptable crear una desigualdad de trato formal para alcanzar una igualdad (de hecho)?(2). Si lo fuera, ¿qué condiciones habría que respetar?

A continuación analizaremos una sentencia de la Corte Suprema estadounidense en la que uno y otro de estos problemas centrales fueron tratados(3), que nos servirá como punto de partida para algunos apuntes críticos. Nos referiremos en primer lugar a los hechos y a la solución que propuso la Corte.

2

Un caso interesante

El caso se originó a raíz de lo siguiente. Un grupo de bomberos del Departamento de New Haven, Connecticut, fueron evaluados mediante exámenes orales y escritos con vistas a determinar -estableciendo un orden de mérito- quiénes de ellos serían considerados para promocionar a los rangos de teniente y capitán. Una vez que los exámenes tuvieron lugar, sin embargo, la Municipalidad de New Haven decidió dejar sin efecto sus resultados. Frente a esa decisión, un grupo de bomberos blancos e hispanos que habían superado los test demandaron a la Municipalidad y a algunos de sus funcionarios alegando que su decisión implicaba una discriminación por razón de su raza, violando el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la cláusula de la igual protección de la decimocuarta enmienda.

La Municipalidad y los funcionarios demandados se defendieron argumentando que la aceptación de los resultados de los exámenes los habría hecho incurrir en la adopción de una práctica que tenía un “impacto desigual” (*disparate impact*) sobre los bomberos que pertenecían a minorías, en el marco de lo dispuesto por el Título VII de la ley de derechos civiles de 1991, lo que se encuentra prohibido por la ley.

El Juzgado de Distrito falló a favor de los demandados, dictando sentencia sin abrir la causa a prueba(4), y el Tribunal de apelación confirmó el pronunciamiento.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por mayoría de votos(5), dejó sin efecto ambos pronunciamientos y resolvió que la acción de la Municipalidad, consistente en desechar el resultado de los exámenes, no estaba permitida por el Título VII, salvo que demostrara mediante una “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*) que había adoptado dicha medida para no ser responsabilizada según lo dispuesto por la norma que prohíbe el “impacto desigual” (*disparate impact*), lo que los demandados no lograron acreditar, según el juicio del voto mayoritario.

Recapitulando, nos encontramos frente a dos normas. La primera de ellas (el Título VII de la ley de derechos civiles de 1964) prohíbe (entre otras cosas) el “trato desigual” del empleador al empleado con sustento en la raza, el color, religión, sexo u origen nacional; la segunda, (la ley de derechos civiles de 1991), prohíbe el “impacto desigual” de todo aquel criterio de acceso o promoción a un empleo que sea aparentemente neutral pero provoque, en realidad, un resultado discriminatorio para los colectivos protegidos por la ley de 1964. Cuando esto último ocurre se produce una *prima facie discrimination*, y el empleador tiene la carga de demostrar que no ha discriminado(6). Antes de pasar al examen de las opiniones de la mayoría y de la disidencia veamos brevemente la historia de esta última incorporación.

La ley de derechos civiles de 1964 prohibió de manera expresa y contundente la discriminación en el empleo. No incluyó, sin embargo, una prohibición expresa de políticas o prácticas que producen lo que luego se denominó “impacto desigual”. Este concepto surgió años después, en 1971, en el caso “Griggs v. Duke Power Co.”(7). La Corte interpretó allí que la ley prohibía implícitamente, en algunos casos, prácticas de empleadores que eran sólo en apariencia neutrales puesto que producían, en la práctica, discriminaciones. Según el tribunal, en este tipo de situaciones el empleador puede eximirse de responsabilidad sólo si demuestra que la práctica cuestionada se relaciona con el desarrollo del empleo, es decir, si prueba que la práctica presenta una “relación manifiesta con el empleo en cuestión”(8), y que obedece a una “necesidad del negocio” (*business necessity*)(9).

Veinte años después de Griggs, fue sancionada la ley de derechos civiles de 1991. Allí se incluyó una previsión que recogió la prohibición de la discriminación por impacto desigual. Según la norma, un empleado demuestra que *prima facie* se violó esta prohibición si prueba que el empleador ha incurrido en “una práctica particular de empleo que causa un impacto desigual sobre la base de la raza, el color, religión, sexo u origen nacional” [42 U.S.C. 2000e-2(k)(1)(A)(i)]. Consagrando la praxis jurisprudencial precedente, la ley estableció que el empleador puede defenderse contra la acción de responsabilidad demostrando que la práctica está relacionada con el empleo en cuestión y es consistente con una

necesidad del negocio (*business necessity*). Sin embargo, incluso si se da esto último, el empleado puede todavía obtener éxito si demuestra que el empleador se niega a adoptar una práctica de empleo alternativa y disponible que tenga menos impacto desigual y sirva para sus necesidades legítimas [cfr. 2000e-2(k)(1)(A)(ii) and (C)].

Volviendo al caso que nos ocupa, el potencial “empleador” sostuvo que sólo a través del incumplimiento de la primera norma -que prohíbe el trato desigual- se satisfacía en este contexto particular lo exigido por la segunda -que prohíbe las medidas que producen un impacto desigual-.

3

Argumentos principales de la mayoría

La mayoría comenzó expresando el propósito de interpretar armónicamente las disposiciones legales que prohíben el trato desigual y el impacto desigual. Sostuvo, en este sentido, que

“Debemos interpretar la ley dando a ambas disposiciones tanto efecto como fuere posible, rechazando una interpretación que transformaría la norma escrita en letra muerta”(10).

Posteriormente, se remitió al caso “Richmond v. J. A. Croson Co.”, en el que se había sostenido que las acciones del gobierno basadas en la discriminación racial que buscaran remediar la discriminación racial pasada son constitucionales sólo si hay una “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*) de que tales acciones son necesarias(11). Dicho con otras palabras: sólo se podrá remediar la discriminación pasada a través de una discriminación actual si no existe otra alternativa idónea y menos restrictiva de la igualdad que esta última(12).

Luego de decir esto, la Corte propició una interpretación conjunta de las normas en juego que se aparta, al menos a primera vista, del propósito armonizador señalado al comienzo. Sostuvo, concretamente, que

“La aplicación del estándar *strong basis in evidence* otorga efecto a ambas disposiciones del trato desigual y del impacto desigual del Título VII, permitiendo violaciones de una en nombre de cumplir con la otra sólo en ciertas y limitadas circunstancias”(13).

Agregó también que, según el Título VII,

“(…) antes de que un empleador pueda incurrir en una discriminación intencional con el propósito declarado de evitar o remediar un impacto desigual no intencionado, debe tener una “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*) para creer que será sujeto a una acción de responsabilidad por impacto desigual si no toma conscientemente una medida discriminatoria basada en la raza”(14).

¿Cómo saber si en el caso existía esa “base probatoria contundente” indispensable para que la discriminación tendiente a evitar el impacto desigual estuviese (al menos *prima facie*) justificada? La Corte explica que:

“(…) la Municipalidad podría ser responsable por discriminación por impacto desigual sólo si los exámenes no estaban relacionados con el empleo ni eran consistentes con una “necesidad del negocio” (*business necessity*), o si existían otras alternativas igualmente válidas y menos discriminatorias que servían a las necesidades de la Municipalidad y que ésta rechazó adoptar”(15).

La base probatoria indispensable que la Municipalidad debería haber reunido consistía, según la Corte, entonces, en acreditar de algún modo que alguna de las circunstancias mencionadas se daba en el caso (es decir, que los exámenes tomados por el Departamento de New Haven no eran consistentes con las necesidades del negocio o que existían alternativas igualmente eficaces pero menos restrictivas de los derechos en juego). En opinión del tribunal, en el caso no existió esa “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*)(16).

La conclusión anterior tuvo lugar luego de que la mayoría analizara tres argumentos esgrimidos por los demandados. Según la Corte, en definitiva, no se pudo demostrar -mediante, repetimos, una “base probatoria contundente”-, la existencia de una alternativa igualmente válida y menos discriminatoria que la Municipalidad hubiese rechazado adoptar. Veamos los argumentos rechazados.

a) En primer lugar, los demandados alegaron que un cálculo diferente en la composición del puntaje final hubiese permitido un mejor desempeño de los candidatos negros. La Corte sostuvo que los demandados no acreditaron que el coeficiente utilizado en la evaluación (60/40) fuese arbitrario. Por otro lado, la fórmula del coeficiente era el producto de un acuerdo al que la Municipalidad había arribado con la unión de bomberos(17). Por ello, concluyó que:

“...cambiar la fórmula del coeficiente (...) podría haber violado la prohibición del Título VII de alterar el puntaje del test sobre la base de la raza...”(18).

b) En segundo lugar, los demandados sostuvieron que la Municipalidad podría haber adoptado una interpretación diversa de la regla de tres, prevista en la Carta Orgánica de la Municipalidad(19), que habría producido resultados menos discriminatorios. También la Corte rechazó este argumento, al afirmar que si la Municipalidad luego de revisar los resultados de los exámenes hubiese adoptado el criterio interpretativo propuesto para elevar el puntaje de las minorías habría violado la prohibición del Título VII de ajustar los resultados del test sobre la base de la raza(20).

c) Finalmente, los demandados esgrimieron en su defensa que existían otras alternativas al examen escrito, basándose en las declaraciones del consultor Dr. Christopher Hornick, con veinticinco años de experiencia en tests para policías y bomberos, quien propuso evaluar el comportamiento de los candidatos en típicas tareas del empleo, lo que a su juicio habría demostrado un menor impacto desigual(21).

La Corte destacó que Hornick no había estudiado en detalle el test, que era un competidor directo de la consultora contratada por la Municipalidad (“Industrial Organizational Solutions Inc.”), y que su interés primario no había sido el de analizar los resultados del test sino el de hacer marketing de sus servicios para el futuro(22).

Finalmente, como se anticipó, la Corte concluyó que los demandados no habían producido ninguna evidencia fuerte de violación de la prohibición de un impacto desigual y que, como consecuencia de eso, la Municipalidad no tenía derecho a rechazar los exámenes basada solamente en la disparidad racial de los resultados. Con tales fundamentos, resolvió hacer lugar al reclamo de los candidatos ganadores del concurso según lo dispuesto en el Título VII de la ley de derechos civiles sin entrar a decidir la cuestión constitucional vinculada con la violación de la decimocuarta enmienda, revocó el pronunciamiento del tribunal de apelación y reenvió el caso para que se proceda conforme a la opinión vertida en la sentencia(23).

4

Argumentos principales de la disidencia

El voto en disidencia consideró que la decisión de la mayoría no debía ser apoyada por las siguientes razones: a) había ignorado pruebas sustanciales relativas a las múltiples fallas de los tests utilizados por la Municipalidad de New Haven; b) no había tomado en cuenta otros tests utilizados por otras ciudades y que no produjeron el impacto desigual alegado; y c) desconoció la declaración de testigos acerca de la desigualdad en el acceso a materiales de estudio. También destacó la discriminación racial que tuvo lugar en el ámbito de las Municipalidades, refiriéndose de modo concreto a la profesión de bomberos, y a cómo las minorías, no obstante los esfuerzos de la ciudad de New Haven, continuaban infrarrepresentadas(24).

La disidencia descalificó con énfasis la posible existencia de conflicto entre las disposiciones de trato desigual e impacto desigual. En tal sentido, destacó que ni la sanción del Título VII ni los precedentes de la Corte referidos a esa norma ofrecen siquiera un insinuación acerca de una posible interpretación “conflictivista” entre las obligaciones del empleador impuestas por las normas de prohibición de trato desigual y las impuestas por la prohibición del impacto desigual(25). Sostuvo que ambas normas promueven los mismos objetivos:

“...terminar con la discriminación en los lugares de trabajo y promover una igualdad de oportunidades genuina”(26).

Asimismo, dejando en claro la intención de efectuar una interpretación armónica, señaló que:

“...las prescripciones del Título VII de trato desigual e impacto desigual deben ser leídas como complementarias”(27).

El voto en disidencia también criticó el estándar de la “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*) aplicado por la mayoría. Sostuvo que la Corte aplicó ese estándar sólo en casos en los que estaba en juego la cláusula de la igual protección, y que en la construcción del Título VII la doctrina de la igual protección es de una utilidad limitada(28). En opinión de la disidencia, la cláusula de la igual protección:

“...prohíbe sólo la discriminación intencional: no tiene un componente de impacto desigual (...). El título VII, en contraste, aspira a eliminar todas las formas de discriminación del empleo, intencionales y no intencionales”.

Asimismo, la disidencia afirmó que:

“Los casos en los cuales la Corte diseñó el estándar de las bases probatorias contundentes (*strong basis in evidence*) son particularmente poco aptos; ellos conciernen a la constitucionalidad de preferencias raciales absolutas”(29).

Según la disidencia, la mayoría ignoró los defectos del proceso de selección de New Haven. En tal sentido, destacó que la Corte describió los exámenes como meticulosamente desarrollados para evaluar el material relevante y aquellas bases que no presenten un riesgo sustancial de responsabilidad por impacto desigual. Sostuvo que tal razonamiento sería válido conforme a la doctrina sentada en el precedente *Wards Cove*, que permitió prácticas con resultados discriminatorios siempre que estén dirigidas a legítimos objetivos del empleador. Pero consideró que el Congreso repudió *Wards Cove* y reinstaló la regla de la *business necessity*, entendida como una exigencia de “relación manifiesta”(30).

Para el voto en disidencia, considerando las pruebas alternativas al examen escrito, la Municipalidad de New Haven estaba pobremente posicionada para argumentar que los exámenes rechazados tenían una relación con la necesidad del negocio(31).

Cabe concluir que para la disidencia el estándar de las bases probatorias contundentes resultaba inaplicable porque fue concebido en el marco de la décimo cuarta enmienda y para casos que no resultan análogos al sometido a decisión, por no haberse utilizado un proceso de selección basado en cuotas rígidas. Además, porque consideró que el Congreso, mediante la sanción de la ley de derechos civiles de 1991, definió qué debía considerarse como “business necessity”, y exigió la concurrencia de una relación manifiesta entre la medida adoptada y las necesidades de la empresa o negocio(32).

5

Apuntes para una crítica

Puntualizaremos brevemente algunas observaciones con la intención de que sirvan para comprender mejor la sentencia.

1. En el caso bajo análisis los argumentos de la mayoría y de la disidencia reflejan las aporías que se presentan en la coordinación de las exigencias que plantean la igualdad *de iure* y de hecho(33), las que resultaron plasmadas en las disposiciones relativas a la prohibición de “tratamiento desigual” (*disparate treatment*) y de “impacto desigual” (*disparate impact*), prescriptas por el título VII de las Leyes de Derechos Civiles de 1964 y 1991, dando lugar, entre muchos otros, a los siguientes interrogantes: a) ¿cuál es el test o escrutinio para determinar la conformidad con el derecho a la igualdad de distinciones de tratamiento basadas en categorías de diferenciación expresamente prohibidas por la ley y por Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tales como la raza, el sexo, la religión y el origen nacional, y que tienen por finalidad alcanzar una igualdad de resultados?; b) ¿es suficiente asegurar una igualdad de oportunidades para eliminar la discriminación que en la realidad social sufren determinados sectores socialmente minusvalorados?; c) ¿la igualdad de oportunidades se ha de complementar con una igualdad de resultados?; d) ¿en qué aspectos ha de alcanzarse esta igualdad de resultados?

2. Con respecto al test de constitucionalidad aplicable al caso -si bien la sentencia bajo análisis no se avoca a tratar el agravio vinculado con la violación de la cláusula de la igual protección-, vale la pena recordar que la Corte Suprema estadounidense ha elaborado un modelo de tres escrutinios para evaluar la razonabilidad de las clasificaciones que afectan el derecho a la igualdad. El “test de la relación racional” es aplicado para juzgar las clasificaciones efectuadas por la legislación económica y social o aquellas que utilizan criterios tales como la edad, las condiciones de homosexual o de discapacitado, no consideradas como sospechosas. El “test intermedio” se aplica a aquellas clasificaciones basadas en el sexo o en la condición de hijo extramatrimonial. Finalmente, el “escrutinio estricto” se utiliza para evaluar los casos en los que está en juego un derecho fundamental respecto del cual se impone una desigualdad de tratamiento o bien una clasificación por razón de la raza, el origen nacional o la condición de extranjero(34). El caso que estamos examinando podría ser analizado, entonces, según este último escrutinio, aun cuando la Corte no lo haya aplicado, por limitarse a valorar la compatibilidad de la medida cuestionada con el título VII de las Leyes de Derechos Civiles de 1964 y 1991.

3. El voto en disidencia criticó el estándar de la “base probatoria contundente” (*strong basis in evidence*) aplicado por la mayoría. Sostuvo que la Corte utilizó ese estándar sólo en casos en los que estaba en juego la cláusula de la igual protección, y que en la construcción del Título VII la doctrina de la igual protección es de una utilidad limitada(35). Según la disidencia, la cláusula de la igual protección:

“...prohíbe sólo la discriminación intencional: no tiene un componente de impacto desigual (...). El título VII, en contraste, aspira a eliminar todas las formas de discriminación del empleo, intencionales y no intencionales”.

En nuestra opinión, justamente porque el Título VII aspira a eliminar también las formas de discriminación del empleo intencionales y en el caso estamos ante una discriminación de este tipo en perjuicio de los candidatos blancos e hispanos, no cabe sostener que la doctrina de la igual protección sea de una utilidad limitada. Por ello, el argumento por el cual el estándar de la base probatoria contundente fue elaborado en un caso donde estaba en juego la cláusula de la décimo cuarta enmienda no resulta relevante para sustentar su rechazo. También aquí los actores alegaron una discriminación racial intencional que los perjudica y se encuentran amparados por la mencionada cláusula constitucional.

4. La disidencia también sustenta su rechazo del estándar de las bases probatorias contundentes afirmando que éste ha sido aplicado en casos donde la raza fue el único factor a tener en cuenta en el proceso de selección, operando a la manera de una cuota rígida. Pasemos a analizar este argumento.

En primer lugar, cabe recordar que el sistema de selección que se vale de una cuota rígida es denominado discriminación inversa. Se trata de una modalidad de acción positiva consistente en reservar cuotas a determinados grupos minusvalorados en los procesos de selección para acceder a un determinado tipo de bienes escasos (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la administración, plazas universitarias). Se distinguen porque provocan un daño directo en los miembros del grupo no beneficiado, quienes pierden ciertos bienes que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo de sus competidores (sexo, raza, discapacidad) en el proceso selectivo(36).

La Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la discriminación inversa en diferentes ocasiones, habiendo resuelto en casos con impacto en el acceso a la universidad que corresponde aplicar el escrutinio estricto; la Corte dijo que vulnera la décimo cuarta enmienda un programa de admisión que pretenda "... asegurar, dentro de su cuerpo de estudiantes, un porcentaje específico de un grupo en particular meramente por su origen racial y étnico. Ello llevaría a un balanceo racial rotundo, lo que es claramente inconstitucional"(37). Sólo admitió la constitucionalidad de aquellos programas que consideraran a la raza como un plus en el legajo del postulante a los fines de obtener los beneficios educativos que confluyen de un cuerpo de estudiantes diverso(38).

También en el caso bajo examen estamos frente a una medida que supuso un "balanceo racial rotundo", puesto que dejó sin efecto los resultados favorables alcanzados por los candidatos blancos e hispanos, sobre la base de que ningún aspirante de raza negra obtuvo un puntaje suficiente.

Con fundamento en lo señalado, no parece que la diferencia apuntada por el voto minoritario sea sustancial. Si bien no estamos frente a un supuesto de discriminación inversa, una medida de este tipo tiene en común con la aquí evaluada el hecho de que supone también un "balanceo racial rotundo", que torna viable la aplicación analógica del estándar de las bases probatorias contundentes, tal como propuso la mayoría. En el caso, el empleador había adoptado una discriminación racial intencional que había dejado sin efecto los resultados favorables alcanzados por los candidatos blancos e hispanos: no se puede perder de vista que la Municipalidad anuló un proceso de selección y evaluación de los candidatos que ya se había llevado a cabo por cuanto ningún aspirante negro obtuvo el puntaje suficiente, por lo que es razonable exigir una fuerte evidencia de que dicho proceso no estaba relacionado con las necesidades de la empresa y existían otras alternativas igualmente idóneas y menos restrictivas del principio de igualdad que la implementada por la Municipalidad.

5. En efecto, el logro de una igualdad de resultados exige en reiteradas ocasiones un trato formalmente desigual que no resultará violatorio de la igualdad de iure sólo si se encuentra suficientemente justificado. Parece que como parte de esta justificación ha de exigirse la base probatoria contundente a que hace referencia el voto mayoritario, pues de lo contrario se correría el peligro de que enarblando la bandera de la igualdad racial se convaliden medidas que, en lugar de afianzarla, conduzcan a una sociedad marcada por la división racial, en donde la pertenencia a una determinada raza no constituya un elemento irrelevante, sino un estigma que la persona ha de sobrellevar(39).

6. Según pensamos, el trato formalmente desigual basado en la raza y adoptado por la Municipalidad de New Haven no sería contrario a la igualdad *de iure* si concurriese una justificación acabada y suficiente de, al menos, lo siguiente: a) el colectivo referido sufre una posición de desventaja e inferioridad social, laboral o económica que se encuentra cabalmente acreditada mediante estudios estadísticos, b) la medida cuestionada produce un impacto desigual que se encuentra probado mediante una evidencia contundente de que no existe una relación sustancial entre la medida adoptada y las necesidades de la empresa, o de que es posible implementar otra que sea menos restrictiva del principio de igualdad y alcance los objetivos perseguidos con igual eficacia y en un tiempo razonable y c) el impacto desigual producido por la medida constituye un elemento que profundiza o agudiza la discriminación racial padecida. Estas dos últimas exigencias son las que, según la mayoría de la Corte, no fueron debidamente cumplimentadas en el caso mediante la producción de una evidencia contundente. Nos interesa destacar, en definitiva, que la aplicación del estándar estuvo aquí bien justificada, más allá de que su utilización haya sido o no correcta,

aspecto sobre el que es difícil emitir opinión sin conocer con mayor profundidad las constancias del expediente que dio lugar a la sentencia.

7. Finalmente, a partir del caso analizado interesa destacar que el tratamiento desigual de grupos o personas que se encuentran en una situación de mayor debilidad conecta la igualdad *de iure* con la de hecho y muestra cómo ambas dimensiones de ese único principio no resultan incompatibles, sino complementarias entre sí. Como acertadamente ha señalado la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos “existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Mas aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”(40). En qué aspectos deberá alcanzarse la igualdad de hecho y si ésta debe traducirse en una igualdad de oportunidades, así como también en una igualdad de resultados, supone ineludiblemente asumir una determinada teoría de la justicia y del Estado, pues “...cuando se penetra en la esfera de la igualdad material se está haciendo referencia, se quiera o no, al problema de los criterios de la justicia material (...). En particular, la temática de la igualdad material presenta rasgos comunes con la teoría de la justicia distributiva y con la teoría de la justicia social”(41), pues, en efecto, “...son posibles numerosas teorías de la igualdad de hecho recíprocamente incompatibles...” y “...toda teoría de la igualdad fáctica es un programa para la distribución de los bienes distribuibles en una sociedad”(42).

voces: **constitución nacional - derecho comparado**

(1) Conf. sobre todo esto, Didier, M. M., El principio de igualdad en las normas jurídicas generales. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense, tesis doctoral inédita, 2008, págs. 50-90.

(2) Conf. Fernández Ruiz-Gálvez, M. E., ¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad? A propósito de una polémica sentencia europea y su conexión con la jurisprudencia constitucional española, *Humana lura*, N° 5, 1995, págs. 221-241.

(3) Se trata del caso “Ricci v. Distéfano”, resuelto por la Corte Suprema el 29 de junio de 2009.

(4) Con respecto a los llamados summary judgment, cfr. Cabanellas de las Cuevas, G. y Hoague, E. C., Diccionario jurídico, Law Dictionary, Heliasta, Buenos Aires, 1996.

(5) El voto de la mayoría fue presidido por el juez Kennedy, al que adhirieron Roberts, Alito, Scalia y Thomas. El voto de la minoría tuvo por autor al juez Ginsburg, al que adhirieron Stevens, Souter y Breyer.

(6) Conf. Giménez Gluck, D., Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pág. 97.

(7) 401 U.S. 424 (1971).

(8) “Albemarle Paper Co. v. Moodyk”, 422 U.S. 405, 425 (1975).

(9) La expresión business necessity ha sido también traducida por Giménez Gluck como “sustancial razón de negocios”. Conf. Giménez Gluck, D., Una manifestación..., cit. pág. 98. El autor señala que “hasta el caso ‘Wards Cove’ se había entendido este concepto como ‘sustancial razón de negocios’”. A partir de allí se amplió el concepto a cualquier buena razón de negocios que pueda justificar el desequilibrio, junto a la no existencia de alternativas para alcanzar dicho fin empresarial con menor impacto desigual. La Civil Rights Act de 1991 vuelve a endurecer la prueba del empleador al restablecer la sustancial razón de negocios” (págs. 98-99).

(10) “Ricci v. Destefano”, Opinion of the Court, II, B.

(11) Conf. 488 U.S. 469, 500 (1989).

(12) Sobre la relación entre razonabilidad y derecho a la igualdad en los Estados Unidos, cfr. Didier, M. M., El principio de igualdad..., cit., págs. 127-279, esp. págs. 267-274.

(13) “Ricci v. Destefano”, Opinion of the Court, II, B.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

(16) Conf. *ibidem*.

(17) Conf. *idem*, II, C, 1.

(18) *Ídem*, II, C, 1.

(19) Según la regla de tres (rule of three) dispuesta en la Carta Orgánica, la autoridad debía cubrir las vacantes eligiendo un candidato de los tres que mayor puntaje obtuvieron.

(20) Conf. “Ricci v. Destefano”. Opinion of the Court, II, C, 1.

(21) Conf. *ibidem*.

(22) Conf. *ibidem*.

(23) Conf. *idem*, II, C, 3.

(24) Conf. “Ricci v. Destefano”. Ginsburg, J., dissenting, I A y B. La disidencia señaló que en el año 2003, el 40% de los residentes de la Municipalidad eran afroamericanos y el 20% hispanos. No obstante los esfuerzos de la Municipalidad para incorporar a las minorías, éstas continuaban infrarrepresentadas. En el

año 2003, los afroamericanos e hispanos constituían el 30% y 16% respectivamente de los bomberos de la ciudad. En las posiciones de supervisión, no obstante, las disparidades significativas permanecían. Sólo uno de los veintinueve capitanes del Departamento de Bomberos era afroamericano (conf. Ginsburg, J. dissenting, part. I, A).

(25) Conf. “Ricci v. Destefano”, Ginsburg J. dissenting, II, B. Conf., al respecto, Cianciardo, J., El conflictivismo en los derechos fundamentales, Pamplona, Eunsa, 2000. Existe una segunda edición, actualizada y ampliada, con el título: El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-hoc, 2007, passim.

(26) *Ibidem*.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ídem*, A, 1.

(29) “Ricci v. Destefano”. Ginsburg, J. dissenting, II, A, 1. La disidencia se refiere a los casos *Wygant*, 476 U.S.267, 277 (1986) y *Croson*, 488 U.S. 469. En el primero, la Corte invalidó el plan de una escuela que despidió a maestras no pertenecientes a minorías mientras que mantuvo en el cargo a maestras pertenecientes a minorías con menos antigüedad. En *Croson*, rechazó un programa para constructoras pertenecientes a minorías, que operaba como una cuota racial fija. Según la disidencia, la raza no fue un factor relevante a considerar en *Wygant* y *Croson*, fue el factor decisivo.

(30) Conf. *ídem*, III, A.

(31) Conf. *ibídem*.

(32) En efecto, la ley de derechos civiles de 1991 definió los términos *business necessity* y dispuso: “(o)(1) The term ‘required by business necessity’ means”(A) in the case of employment practices involving selection (such as hiring, assignment, transfer, promotion, training, apprenticeship, referral, retention, or membership in a labor organization), the practice or group of practices must bear a significant relationship to successful performance of the job; or “(B) in the case of employment practices that do not involve selection, the practice or group of practices must bear a significant relationship to a significant business objective of the employer. “(3) This subsection is meant to codify the meaning of ‘business necessity’ as used in *Griggs v. Duke Power Co.* (401 U.S. 424 [1971]) and to overrule the treatment of business necessity as a defense in *Wards Cove Packing Co., Inc. v. Atonio* (109 S. Ct. 2115 (1989))”.

(33) La igualdad de iure se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos (Sobre las distinciones entre igualdad en la ley, frente a la ley y de derechos, cfr. Bobbio, N., *Equaglianza y Libertá*, Enciclopedia del Novecento, vol. II, págs. 355-364, y vol. III, págs. 994-1004 respectivamente, 1977. Se cita de la ed. en castellano: *Igualdad y libertad*, introd. de G. Peces Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós I.C.E. U.A.B., Barcelona, 1995, págs. 70-76). Cabe aclarar que Bobbio no utiliza el concepto “derechos humanos”, sino “derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”. El principio de igualdad material, real o de hecho atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, cultural, política, o económicamente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, así como también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad.

(34) Conf. Didier, M. M., *El principio de igualdad...*, cit., págs. 128-129, y passim.

(35) Conf. “Ricci v. Destefano”, A 1.

(36) Conf. Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica...*, cit. págs. 77-78.

(37) “*Grutter v. Bollinger*”, 539 U.S. 306 (2003). Voto de la jueza O’Connor. En este caso la medida fue declarada conforme a la decimocuarta enmienda por cuanto la raza no fue el único factor a tener en cuenta en el proceso de admisión. Aplicando la misma doctrina, en *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), declaró la inconstitucionalidad del programa de admisiones de la Facultad de Literatura, Ciencia y Artes de la Universidad de Michigan.

(38) Conf. “*Grutter v. Bollinger*”, 539 U.S. 306 (2003). Voto de la jueza O’Connor.

(39) Aunque con relación a la discriminación inversa, se ha señalado que las mismas conducen a la estigmatización de las minorías y al resentimiento entre las diversas razas, exacerbando la tensión racial y prolongando así la discriminación, el odio y la violencia (cfr. Anderson, C.E., *The erosion of affirmative action in university admissions*, 32 *Akron Law Review* 181, 1999, pág. 10). Si bien el riesgo señalado por los críticos de la discriminación inversa no puede ser desconocido por los jueces -quienes no deben desatender las consecuencias sociales de las decisiones adoptadas-, tampoco puede resultar decisivo o definitorio a la hora de juzgar su constitucionalidad, puesto que, tal como señala Dworkin, son juicios empíricos complejos y controvertibles, y que, además, no constituye “...asunto de los jueces, particularmente en los casos constitucionales, anular las decisiones de otros funcionarios porque están en desacuerdo respecto de la eficiencia de las prácticas sociales” (Dworkin, R., *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Se cita de la ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pág. 329).

(40) Corte I.D.H., *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión consultiva OC-17/2002, del 28

de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 46.

(41) Pérez Luño, A. E., Dimensiones de la igualdad material, Anuario de Derechos Humanos, N° 3, 1985, pág. 273.

(42) Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994. Se cita de la ed. en castellano: Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 411.

© Copyright: El Derecho
