

LAS TRAMPAS DE LA IGUALDAD

El organismo de contralor de sociedades mercantiles, fundaciones y asociaciones ha impuesto cupos femeninos obligatorios (a pesar de él mismo no los cumple).

Por medio de una decisión que provocará mucho ruido y pocas nueces y que constituirá una nueva traba a quienes quieren “trabajar y ejercer toda industria lícita”, como reza la Constitución, un organismo que a pesar de su nombre no tiene actividad alguna con la virtud de la justicia, ha dispuesto obligar a algunas sociedades mercantiles y a las asociaciones y fundaciones que estén en proceso de constitución o se organicen en el futuro, a incluir en sus directorios, juntas o comisiones directivas una cantidad de mujeres idéntica a la de hombres. (Los detalles técnicos requieren más precisión, pero ese no es el propósito de este artículo).

La norma en cuestión, dictada por la Inspección General de Justicia, tiene largos considerandos. El problema de algunos de ellos es que, bien analizados, se vuelven en contra de la decisión que intentan sustentar.

Pero esas son cuestiones de detalle. Lo relevante es que un organismo de tercer nivel del Poder Ejecutivo (pues depende de un ministerio que a su vez depende de la Presidencia de la Nación) se ha permitido modificar la Ley General de Sociedades y el Código Civil y Comercial al incluir una prohibición —no contemplada en esas nor-

mas— para ejercer cargos en entidades privadas.

La propia Constitución también está en juego. Son varias las garantías constitucionales que se ven afectadas ante la pretensión de que la composición de los órganos colegiados (directorios, juntas o comisiones directivas) “respeten la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos”. ¿Literalmente?

En primer lugar, todos somos iguales ante la ley; por lo tanto, no hay un hombre que tenga mayor derecho que una mujer a ocupar un cargo o integrar un directorio y viceversa. Nadie (sea del sexo que fuere) tiene derecho a desplazar o relegar a otra persona para desempeñar una función en una entidad privada.

En las públicas, que el Estado haga lo que quiera, siempre que cumpla con el postulado —también incluido en la Constitución— según el cual “todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Por el momento, la idoneidad no está condicionada

por la *genitalia* de habitante alguno. La cosa no pasa por ahí, como se verá.

Además, la Constitución reconoce la propiedad privada. En efecto, la considera “inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

Obligar a una persona a designar a otra en particular (por la razón que fuere: su sexo, su capacidad o la virtud o característica que se desee) para que maneje su patrimonio es una limitación y un condicionamiento que afectan el derecho de propiedad.

Por otra parte, la designación de quienes, desde el directorio de una sociedad, estarán a cargo del manejo de los intereses empresarios es un acto privado, *exento de la autoridad de los magistrados*.

Al conversar sobre esta cuestión con un joven politólogo, éste acotó que el argumento basado en los actos privados y la propiedad privada era endeble, puesto que nadie podría, por ejemplo, sostener válidamente que su actividad industrial o comercial exige usar esclavos. El contradictor olvidó, seguramente, que la igualdad entre los seres humanos *también es un principio constitucional*.

Nuestro boletín intenta no aburrir a sus lectores con citas legales, pero romperemos esa regla para citar el artículo 19 de la Constitución, cuyo magnífico texto dice que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Si bien ningún derecho es absoluto, las limitaciones a su ejercicio se establecen por ley. Y en la Argentina no hay ley alguna que prive a alguien, en razón de su sexo, del derecho a ser electo para un cargo en la actividad privada. Y tampoco hay ley que obligue a nadie a elegir a alguien en particular.

Pero hay más: la disposición de la Inspección de Justicia no habla de *sexo*, sino de *género*. Y, como según se sostiene con cierta frecuencia y frescura, el género es tan sólo una *percepción* y no una evidencia física, lo que la norma exige, en realidad, no es que los órganos sexuales de la mitad de un directorio sean distintos a los de la otra mitad, sino que el modo en que el 50% se percibe sea diferente a la percepción del resto.

En consecuencia, los dilemas prácticos planteados por la norma en cuestión se resuelven sencillamente: bastará con preguntar a los interesados cómo se perciben la mañana del día que deban completar su inscripción o registro.

La autopercepción del propio género es, obviamente, también “una acción privada que de ningún modo ofende al orden y a la moral pública, *ni perjudica a un tercero* (pues nadie puede alegar tener derecho a ser designado director) por lo que está sólo reservada a Dios y *exenta de la autoridad de los magistrados*”.

¿Por qué un organismo público se atribuye el derecho de señalar a quién se debe elegir en una entidad privada? ¿Y por qué ese mismo organismo ha de privar a alguien del derecho a ser elegido? Estamos hablando, entiéndase bien, de cargos en la actividad privada, para administrar intereses y bienes privados. El condicionamiento que se pretende establecer mella los derechos constitucionales de los socios de las sociedades anónimas, de los asociados de los clubes y de los administradores de las fundaciones.

Es cierto que alguien podría sostener que las fundaciones, que en algunos casos reciben beneficios estatales y gozan de exenciones fiscales, deben estar sujetas a ciertos requisitos en virtud de esos factores. Es probable, ¿pero existe evidencia alguna de que la integración en función del género servirá al mejor cumplimiento de sus propósitos? Por otra parte, al obligar a contratar a alguien en particular, ¿no se está imponiendo *una carga pública*? Y si se trata de una carga pública, ¿no decía acaso la Constitución que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”?

En 1978, la Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver un caso de “discriminación inversa”: un alumno de raza blanca se quejó de que los criterios de admisión a una universidad pública favorecían más a los postulantes de raza negra (esto es, en igualdad de circunstancias se admitía a un integrante de una minoría por el solo hecho de pertenecer a ella). El tribunal¹ resolvió que la raza podía ser *uno de los factores a tener en cuenta en la política de admisión, pero que establecer cuotas fijas era inconstitucional*.

Unos años más tarde, en 2003, un planteo similar llegó otra vez a la Suprema Corte. Allí, el tribunal² dijo que una política de admisión de estudiantes a las universidades que favoreciera a “grupos minoritarios subrepresentados” no violaba la Constitución, *en la medida de que tomara en cuenta otros factores evaluados individualmente caso por caso*. Es decir, nadie tenía derecho a entrar a una universidad sólo por ser negro, chino o blanco, sino en función de factores

individuales, de los que la raza puede ser uno.

Nuestro doméstico intento de aplicar criterios parecidos (donde el tema no es la raza sino el género), no superaría los criterios de validez que, en casos similares, estableció la corte estadounidense. No olvidemos que el más alto tribunal de ese país no es citado sobre la base de criterios imperialistas, sino por la circunstancia científica de que la Constitución de ese país fue base de la nuestra y sus principios y garantías son prácticamente idénticos. Son muchos los fallos argentinos que han prestado atención (no hemos dicho *obediencia*) a casos similares resueltos en los Estados Unidos.

Pero aun si decidiéramos no llevar el apunte a lo que ha dicho la corte estadounidense, hay otros argumentos de peso a tener en cuenta. (Y aquí el joven politólogo ya mencionado aportó contribuciones de importancia). Por ejemplo: si asumimos que en el ámbito empresario hay pocas mujeres (y “pocas” es un término relativo) ¿por qué poner la supuesta solución en una de las dos puntas del problema?

Dicho de otro modo: ¿hay pocas mujeres por culpa de un supuesto patriarcado o porque ellas mismas deciden —legítima y libremente— dedicarse a otra cosa, como la docencia, la psicología o la veterinaria? ¿Exigirá el Estado que en las facultades donde se enseña administración de empresas ingresen más mujeres y en aquellas otras disciplinas haya más hombres que los que hay ahora? ¿O algún día habrá políticas estatales que aseguren una oferta de docentes *de género masculino* y de ingenieras mujeres?

Desde el punto de vista de la eficiencia de las regulaciones —habitualmente dejado de lado por nuestros imaginativos burócratas— *tiene mucho más sentido otorgar incentivos*

¹ In re “Regents of the University of California v. Bakke”, Corte Suprema de los Estados Unidos; 28 junio 1978, 438 U.S. 265 (1978)

² In re “Grutter v. Bollinger”, Corte Suprema de los Estados Unidos, 2 junio 2003; 539 U.S. 306 (2003),

que imponer prohibiciones. En primer lugar porque los incentivos se otorgan sobre bases objetivas, mientras que el levantamiento de prohibiciones siempre da lugar a posibles corruptelas. En segundo lugar, porque la creación de incentivos permite un sano ejercicio de la libertad.

Un dato curioso que debilita *la autoridad moral* de quien pretende imponer conductas determinadas a los habitantes de este país nuestro de cada día es que la cúpula de la Inspección General de Justicia *está compuesta sólo por hombres.* Nada de malo hay en ello, por supuesto, pues hemos de dar por sentado que quienes ocupan esos cargos lo hacen en virtud de su idoneidad. ¿Por qué no permitir entonces que los particulares hagan lo mismo en sus negocios?

El escritor y ensayista estadounidense David Fisher se permitió burlarse de los abogados (¡oh insolencia!) y en 2009 publicó *Legally Correct Fairy Tales* (título cuya traducción sería algo así como “Cuentos de hadas políticamente correctos”)³.

En su libro, Fisher reescribió “Blancanieves y los siete enanitos” en lenguaje judicial y adaptándolo a normas como la que nos ocupa. En su distopía, un organismo encargado de combatir la discriminación inspecciona a Blanca Nieves y los Siete Enanitos SA y le cuestiona que tenga siete empleados, *todos varones, todos caucásicos y todos bajitos.*

La buena de Blancanieves intenta explicar que ése es precisamente el atractivo de su comercio, pues quiere aprovechar el nombre que le han puesto y desarrollar un negocio temático. No hay caso. Obligada por la autoridad, se ve obligada a implementar un programa de diversidad. Al poco tiempo,

³ Hachette UK, 300 págs. ISBN 0446565113, 9780446565110

perdido el atractivo del negocio, quiebra y deja sin trabajo a todos, enanos o no. Mal que le pese a alguna gente, *no hay discriminación en todas partes.*

Finalmente, un argumento que seguramente irritará a más de uno de los embanderados en ciertas corrientes ideológicas que chocan con las ideas del mundo contemporáneo: nuestro derecho —esto es, la arquitectura formada por la Constitución y las leyes que regulan el ejercicio de los derechos y garantías que aquella otorga— está basado en derechos y garantías otorgados a *individuos.*

Es excepcional la existencia en nuestro sistema legal de normas según las cuales los derechos del individuo ceden ante derechos otorgados a categorías determinadas. Los sistemas basados en principios opuestos —esto es, donde los derechos son otorgados, en primera instancia, a grupos determinados y luego a los individuos— son los llamados *colectivistas.* El régimen soviético, por ejemplo, que preconizaba la dictadura del proletariado, fue uno de ellos.

Otro fue el fascismo, donde los derechos de cada uno eran otorgados en función de la posición que esa persona ocupaba en la sociedad. Es decir, el derecho era *posicional:* uno disfrutaba de sus derechos en la medida en que los tuviera la categoría a la que pertenecía: obreros, artesanos, profesionales, jóvenes, militares, etc.

En cambio, como señalamos, nuestro régimen se basa en el individuo, por lo que nuestros derechos y garantías nos son otorgados por el solo hecho de ser personas y no porque pertenezcamos a una categoría social predeterminada.

Hoy se quiere otorgar derechos a un grupo social en función del *género* que esa categoría comparte. Otro día se lo hará en función

del color del pelo o de la religión que profesa.

Y habrá un funcionario (como hoy el Inspector General de Justicia) que se atri-

buirá la potestad de decidir si esos derechos han sido bien o mal otorgados.

Es el camino equivocado.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**