

## PRÓLOGO

I. Sin darnos cuenta, a veces, o muy conscientes de ello en otras ocasiones, vivimos rodeados de actos de alcance general; algunos, esperándonos en alguna publicación oficial; otros, ya vigentes e irradiando efectos. Sean emanados del Poder Constituyente; del Congreso, bajo la forma de leyes formales; de algún órgano o ente administrativo, con atuendo de reglamentos; de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores, bajo la forma de acordadas; sean del orden federal, provincial o municipal; sean de derecho público o de derecho privado, lo cierto es que esa potencial lluvia de decisiones de alcance general nos aguarda en forma cotidiana.

¿Nos mojará esa lluvia normativa? Todo dependerá de cuál sea la porción, parcela o sección de realidad que ese acto de alcance general en cuestión “recorte”, regule, interprete, oriente. A veces no se efectúa ese recorte, y todos quedaremos potencialmente alcanzados por la medida. Pero otras veces advertiremos que el legislador, expresa o implícitamente, elige supuestos –subjetivos u objetivos– para reglarlos en forma específica, estableciendo, por ejemplo, beneficios, o generando alguna carga o gravamen. Y tanto en el supuesto del beneficio como en el caso de la carga o gravamen, nos preguntaremos por su fundamento, su racionalidad, su razón de ser.

Consideremos, por caso, el reglamento impugnado en el célebre “Arenzon”, *Fallos*: 306: 400, del 15/5/1984. Allí se distinguía entre los aspirantes a ingresar al Profesorado según alcanzaran o no el metro sesenta de estatura. Confrontemos esta clasificación con la que surge del marco regulatorio eléctrico, que distingue o clasifica a los usuarios residenciales según su demanda sea inferior a 10 kW, igual o superior a 10 kW e inferior a 50 kW, y de 50kW o más. Podemos intuir la lógica técnica que podría

amparar la clasificación de los usuarios residenciales de la distribución eléctrica. Pero el distingo, según se tenga al menos un metro sesenta de estatura o no –y las dos categorías resultantes– que establecía el reglamento del caso “Arenzon” nos enfrenta con una clasificación llamativa. ¿La altura mínima apuntaba a algún ideal estético o de imposición de autoridad en el aula? ¿No resultaba esa altura mínima contraria a la dignidad humana, además de devenir irracional y caprichosa? ¿Podía pasar desapercibida esa clasificación según la altura? ¿O podía colocarse a esa clasificación bajo el microscopio y suscitar un especial –y esperado– tipo de revisión judicial más exigente?

MARIANA SÁNCHEZ CAPARRÓS nos brinda, en este libro, respuestas a planteos de este último tenor, emergentes de las denominadas categorías o clasificaciones sospechosas. Fruto de su natural disciplina académica, y facilitando enormemente mi trabajo de dirección, elaboró su tesis de maestría en el Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (trabajo que resultara premiado) sobre esa temática, y luego acometió la generosa tarea de convertirla en libro. Y, al así hacer, nos allanó el camino de aproximación al estudio de la tesis de las categorías sospechosas que a veces las normas crean.

Agradezco, en este punto, a la autora, el haber confiado en mí para la etapa de investigación y redacción de su tesis de maestría, y me complazco en expresarle, en forma pública, mi gratitud por haberme honrado con la invitación a prologar su obra.

II. Enfrentar el estudio de las clasificaciones sospechosas –o de las categorías sospechosas– requiere apreciar, en el *iter* respectivo, las tareas intelectuales realizadas por el emisor de la medida de alcance general (p.ej., una ley), de quien podemos esperar que, previa recolección y análisis de información pertinente, haya: *a)* identificado; *b)* delimitado, y *c)* clasificado. Formulada la clasificación en forma expresa en la norma, o plasmada en ella en forma implícita, y siendo actual o inminente su aplicación, podrá, llegado el caso, efectuarse un planteo impugnándola, por ejemplo, sobre bases constitucionales. Entonces será el turno del decisor administrativo o, en su caso, judicial de examinar el camino recorrido en el marco de la tarea de convalidar o no esa clasificación y sus efectos.

Pero no todas las clasificaciones son iguales. Algunas son sospechosas. Así nos lo enseña la Corte Suprema estadou-

nidense en la célebre nota al pie número 4 del fallo “Carole-  
ne Products” (304 US 144), de 1938. En este caso se discutía  
la constitucionalidad de la ley federal sobre *filled milk* o leche  
compensada de 1923, la cual prohibía el tráfico interestadual  
de leche desnatada combinada con cualquier grasa o aceite que  
no fuera grasa láctea tal que semejara leche o crema. La sec-  
ción 62 de esa ley declaraba que la leche compensada era un  
alimento adulterado, dañoso hacia la salud pública, y su venta  
constituía un engaño o defraudación hacia el público. Caro-  
lene Products Co. fue denunciada por comercio interestadual  
de Milnut, una leche desnatada combinada con aceite de coco  
para semejar leche entera o crema. La empresa argüía que el  
gobierno federal carecía de competencia para el dictado de esa  
ley tanto bajo la Cláusula del Comercio como bajo la Cláusula  
del Debido Proceso o Enmienda V. La Corte Suprema esta-  
dounidense, con opinión redactada por el *Justice* Harlan Fiske  
Stone, falló a favor de la constitucionalidad de la ley. Y, en lo  
que aquí interesa, la cuarta nota al pie de página, en el citado  
fallo, razonó:

“Puede haber un margen más restringido para el funciona-  
miento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando  
la legislación parece caer, en forma patente, dentro de una prohi-  
bición constitucional, como las de las diez primeras enmiendas,  
que se consideran igualmente específicas cuando se las concibe  
incluidas en la Enmienda XIV. Ver “Stromberg v. California”,  
283 US 359, 283 US 369-370; “Lovell v. Griffin”, 303 US 444, 303  
US 452.

No es necesario examinar, en este momento, si la legislación  
que restringe aquellos procesos políticos de los que normalmente  
se espera que traigan aparejada la derogación de la ley indesea-  
ble, tiene que ser sometida a un escrutinio judicial más estricto  
de conformidad con las prohibiciones generales de la Enmien-  
da XIV que aquel al que está sometida la mayoría de los otros  
tipos de legislación. En materia de restricciones al derecho de  
voto, ver “Nixon v. Herndon”, 273 US 536; “Nixon v. Condon”, 286  
US 73; en materia de restricciones a la diseminación de infor-  
mación, ver “Near v. Minnesota ex rel. Olson”, 283 US 697, 283  
US 713-714, 283 US 718-720, 283 US 722; “Grosjean v. American  
Press Co.”, 297 US 233; “Lovell v. Griffin”, supra; en materia de  
interferencias con las organizaciones políticas, ver “Stromberg  
v. California”, supra, 283 US 369; “Fiske v. Kansas”, 274 US 380;  
“Whitney v. California”, 274 US 357, 274 US 373-378; “Herndon  
v. Lowry”, 301 US 242, y ver Holmes, J., en “Gitlow v. New York”,

268 US 652, 268 US 673; en cuanto a prohibición de asambleas pacíficas, ver “De Jonge v. Oregon”, 299 US 353, 299 US 365.

Tampoco es necesario que examinemos si consideraciones similares influyen en la revisión de leyes dirigidas a ciertas minorías religiosas (“Pierce v. Society of Sisters”, 268 US 510, o de nacionalidad, “Meyer v. Nebraska”, 262 US 390; “Bartels v. Iowa”, 262 US 404; “Farrington v. Tokushige”, 273 US 284, o raciales, “Nixon v. Herndon”, supra; “Nixon v. Condon”): si el perjuicio contra las minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente se confía para la protección de las minorías, y que pueden, en consecuencia, reclamar una supervisión judicial más inquisitiva. Comparar 17 US “Maryland”, 4 Wheat; 316, 17 US 428; “South Carolina v. Barnwell Bros.”, 303 US 177, 303 US 184, n° 2, y casos citados”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, a lo largo de los años y desde no hace tanto tiempo, ha reparado tanto en el fallo “Carolene Products”, como en la existencia de las clasificaciones sospechosas. Ya un germen de ello se vió en “CHA”, *Fallos*: 314:1531, del 22/11/1991, donde las categorías “discretas e insulares” aparecieron invocadas en el voto del doctor BOGGIANO (consid. 12, párr. 1°), y el fallo estadounidense respectivo fue citado en la disidencia del doctor FAYT en dicho decisorio (consid. 11).

III. MARIANA SÁNCHEZ CAPARRÓS, partiendo de lo expresado respecto de las minorías en el tercer y último párrafo de la nota al pie antes transcripta, dedica toda su energía al estudio de las categorías emergentes de clasificaciones normativas que afectan a sujetos que demandan una tutela especial por no poder canalizar sus intereses por las vías democráticas regulares, con lo que esas clasificaciones quedarían “sujetas a una revisión judicial más rigurosa” que la que brindan otros *tests* empleados por los tribunales, tal como la autora recuerda en los párrafos iniciales del capítulo I de la obra aquí prologada. Dicho estudio se halla centrado en la importante jurisprudencia, extranjera y argentina, que ha dado forma al objeto de estudio de este libro a lo largo de las décadas.

Como funcionaria judicial, y como responsable docente, MARIANA ha consagrado largas horas a desbrozar y analizar las categorías que han sido objeto de su atención. Y los lectores

podrán leer esta obra y ver que se ha efectuado en ella un rico análisis de derecho comparado y argentino en pos de desenrañar los alcances, facetas positivas y reparos que el instituto bajo estudio puede haber generado. Ello con sustento en una rica base jurisprudencial, nutrida por las interpretaciones pertinentes.

De tal modo, no quedan dudas de la solvencia de la autora en la materia, que conoce la temática abordada tanto desde los desafíos profesionales como en el marco de la dogmática constitucional.

La obra se divide en capítulos. Luego de un primer capítulo introductorio en el cual se brindan nociones preliminares y se plantea la finalidad tenida en mira, se divisan tres vertientes de estudio acometidas, a saber: las categorías sospechosas y figuras anexas en el derecho comparado; la categoría sospechosa en el derecho argentino; y, finalmente, lo relativo a la Administración pública frente a la norma portadora de una categoría sospechosa. De este modo, se transita de la experiencia extranjera (dato que permite comprender el nacimiento, desarrollo y su estatus actual), a la experiencia jurisprudencial argentina que la aplica. Y finalmente la autora tiende, con toda lucidez y rigor, la mirada hacia un supuesto de elevado interés académico y práctico: el de la Administración en tanto enfrentada a una norma que consagre una categoría sospechosa.

Con toda sinceridad intelectual, puedo asegurar que MARIANA SÁNCHEZ CAPARRÓS, desde su escritorio tan lejano en distancia física pero tan cercano en lo espiritual, ha efectuado el grato esfuerzo de examinar, sistematizar y escudriñar todos los intersticios del tema acometido. Al así hacer, demuestra madurez en sus apreciaciones, vocación docente y un elevado sentido de la práctica concreta del operador jurídico, judicial o administrativo en las difíciles tierras de las clasificaciones generadas por el legislador, en particular cuando generan categorías sospechosas.

La doctrina de las categorías sospechosas, que viera la luz en el tercer párrafo de la célebre cuarta nota al pie de “Caroline Products” podrá ser, para unos, uno de los muchos criterios para la revisión judicial de ciertas clasificaciones –que no nos inspiran confianza– fijadas en la decisión de alcance general; y tal vez para otros sea la senda argumentativa orientadora de

la revisión judicial de aquellas; tal vez para unos la Administración debería replicar el empleo de la doctrina de marras, de cuño judicial, en su esfera, desplegando la máxima severidad; o tal vez no por la clara razón de que sus órganos y entes no ejercen función judicial.

Vivir bajo una actual o inminente lluvia de decisiones de alcance general, y las clasificaciones que estas podrían plantear, puede instar al ojo jurídico, estudioso, a identificarlas, analizarlas y formular juicio sobre ellas. Esta obra, con sólido espíritu práctico, nos hace reflexionar específicamente sobre las categorías sospechosas —de las cuales podemos ser protagonistas, sin detenernos en sus razones de ser o en sus efectos— establecidas en las normas, y nos brinda explicaciones metódicas y fundadas para detectarlas y domeñarlas desde lo jurídico.

En un poema que tengo muy presente en estos días, Jorge Luis Borges, al presentarnos literariamente a Juan López y a John Ward, observaba que “el planeta había sido parcelado / en distintos países, / cada uno provisto [...] de derechos, / de agravios [...]”.

Esas parcelas, en tanto fijadas por el legislador, y en la medida en que creen categorías objeto de nuestra desconfianza, tienen que encender todas las luces de nuestro sentido constitucional, nos hallemos en sede judicial, pero también en sede administrativa. Cuenta el lector, a partir de ahora, con un preciso mapa para recorrer los campos de la igualdad, detectar decisiones de alcance general que instituyan tal tipo de clasificación o categoría, y adoptar un razonado curso de acción.

ESTELA B. SACRISTÁN