



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Repositorio Institucional

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

Didier, María Marta

Facultad de Derecho
Tesis Doctoral

MARÍA MARTA DIDIER

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS
NORMAS JURÍDICAS GENERALES**

Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argetina
y su vinculación con los estándares de
constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Juan Cianciardo



UNIVERSIDAD

AUSTRAL

FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
ABREVIATURAS	21

CAPÍTULO I

LOS SENTIDOS DE LA IGUALDAD:

HACIA LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

1. PLANTEAMIENTO. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD	23
2. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO IGUALDAD	26
2.1. La igualdad como concepto análogo	29
2.2. La igualdad ontológica de los hombres como fundamento del derecho.....	31
2.3. La igualdad como exigencia de justicia	36
3. EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY	46
4. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	50
4.1. Exigencias del principio de igualdad <i>de iure</i>	51
4.1.1. Igualdad en la norma jurídica general	55
4.1.2. Igualdad de derechos	59
4.1.3. Igualdad en la aplicación de la norma jurídica general.....	64
4.2. El principio de igualdad de hecho	75

4	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES	
	4.2.1. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados	77
	4.2.2. La igualdad de hecho y su consagración constitucional.....	82
5.	LAS VINCULACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RAZONABILIDAD	91
	5.1. Igualdad y razonabilidad.....	91
	5.2. El principio de razonabilidad	93
	5.2.1. El juicio de adecuación.....	97
	5.2.2. El juicio de necesidad.....	104
	5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto	107
	5.2.4. El juicio de alteración o afectación del contenido esencial	114
6.	RECAPITULACIÓN.....	121

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1.	PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES.....	127
2.	EL REQUERIMIENTO BÁSICO DE UN MÍNIMO DE RACIONALIDAD (<i>THE BASIC REQUIREMENT OF MINIMUM RATIONALITY</i>)	132
	2.1. Regímenes jubilatorios y discriminación por razón de la edad.....	139
	2.1.1. El caso <i>Massachussets Board of Retirement v. Murgia</i>	139
	2.1.2. El caso <i>Gregory v. Aschroft</i>	141
	2.2. Regímenes impositivos y discriminación por razón de la residencia.....	146
	2.2.1. El caso <i>Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward</i>	148
	2.2.2. El caso <i>Williams v. Vermont</i>	152
3.	EL TEST INTERMEDIO. (<i>INTERMEDIATE STANDARD OF REVIEW</i>)	155
	3.1. Discriminación por razón de sexo.....	158
	3.1.1. El caso <i>Reed v. Reed</i>	158
	3.1.2. El caso <i>Craig v. Boren</i>	160
	3.1.3. Los casos <i>Geduldig v. Aiello</i> y <i>General Electric Co. v. Gilbert</i> ...	162
	3.1.4. El caso <i>Mississippi University for Women v. Hogan</i>	167

ÍNDICE	5
3.1.5. El caso <i>United States v. Virginia</i>	171
3.1.6. El caso <i>Miller v. Albright</i>	176
3.2. Discriminación por razón de la ilegitimidad de la filiación	180
3.2.1. El caso <i>Trimble v. Gordon</i>	181
3.2.2. El caso <i>Clark v. Jeter</i>	183
4. EL ESCRUTINIO Estricto (STRICT SCRUTINY).....	185
4.1. Discriminaciones que involucran derechos fundamentales.....	188
4.1.1. Derecho a transitar y elegir residencia: los casos <i>Shapiro v. Thompson</i> y <i>Saenz v. Roe</i>	190
4.1.2. Derecho a iguales oportunidades en el litigio: los casos <i>Douglas v. California</i> y <i>Williams v. Illinois</i>	198
4.1.3. Derecho a votar: los casos <i>Harper v. Virginia Board of Elections</i> , <i>Cipriano v. Horma</i> , <i>Bullock v. Carter</i> , <i>Gomillion v. Lightfoot</i> , <i>Hunter v. Underwood</i> y <i>Bush v. Gore</i>	202
4.2. Discriminación por razón de la condición de extranjero.....	211
4.2.1. El caso <i>Ambach v. Norwick</i>	213
4.2.2. El caso <i>Cabell v. Chavez-Salido</i>	215
4.2.3. El caso <i>Matheus v. Diaz</i>	218
4.2.4. El caso <i>Plyler v. Doe</i>	220
4.3. Discriminación por razón de la raza u origen nacional.....	223
4.3.1. El caso <i>Brown vs. Board of Education</i>	224
4.3.2. El caso <i>Loving v. Virginia</i>	228
5. EL CASO DE LAS ACCIONES POSITIVAS.....	231
5.1. De la igualdad formal entre las razas a la igualdad material o de hecho: las acciones positivas provenientes de poderes públicos ...	231
5.1.1. El caso <i>Regents of University of California v. Bakke</i>	236
5.1.2. Los casos <i>Fullilove v. Klutznick</i> , <i>Richmond v. J. A. Croson</i> y <i>Metro Broadcasting Inc. v. FCC</i>	243
5.1.3. El caso <i>Adarand Constructors, Inc. v. Peña</i>	244
5.1.4. Los casos <i>Grutter v. Bollinger</i> y <i>Gratz v. Bollinger</i>	249
5.2. Las medidas de discriminación inversa provenientes del Estado y su compatibilidad con los principios de igualdad y razonabilidad	254
5.2.1. Argumentos favorables y contrarios a la discriminación inversa.....	254
5.2.2. El test de constitucionalidad aplicable.....	260

6	EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES	
6.	BALANCE: ACIERTOS Y DEBILIDADES EN EL MODELO DE LA IGUAL PROTECCIÓN	266
7.	RECAPITULACIÓN.....	274

CAPÍTULO III
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS
CON CONTENIDO PATRIMONIAL EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

1.	PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. DELINEANDO EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN.....	279
2.	PRESUNCIÓN DE RAZONABILIDAD Y CUESTIONES NO JUSTICIABLES.....	282
2.1.	Inversión de la carga de la justificación.....	287
2.2.	Las aplicaciones de la presunción de razonabilidad	291
2.2.1.	Derechos patrimoniales derivados de regimenes laborales.	291
a)	<i>El caso “García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano s/Bonificación estatuto del periodista”</i>	291
b)	<i>El caso “Fernández, Eduardo c/ T. A. La Estrella S.A.”</i>	295
2.2.2.	Derechos patrimoniales derivados de regimenes previsionales	299
a)	<i>El caso “Pelliza, Esilda María s/pensión”.....</i>	299
b)	<i>El caso “Baldini, Gabriela Javiera Rosario s/pensión”.....</i>	306
2.2.3.	Derechos patrimoniales derivados de regimenes impositivos.....	310
a)	<i>El caso “Estancias y Colonias Badenia S.A. c/Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad de patente”.....</i>	310
b)	<i>El caso “Cafés La Virginia S.A. c/Dirección General Impositiva s/demanda de repetición.....</i>	314
3.	EL ESCRUTINIO ORDINARIO	321

ÍNDICE 7

3.1.	Existencia de una razón suficiente	322
3.1.1.	Requerimiento de una relación racional entre medios y fines.....	322
3.1.2.	Exigencias de la justicia distributiva.....	325
3.2.	Inalterabilidad del contenido del derecho fundamental.....	327
3.3.	Las aplicaciones del escrutinio ordinario.....	329
3.3.1.	Derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales.	329
a)	<i>El caso “Dardanelli de Cowper, Ana Inés Marta c/Aerolíneas Argentinas S.A.”</i>	329
b)	<i>El caso “Gorosito, Juan R. y otros c/Riva S.A. y otros”</i>	334
c)	<i>El caso “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.”</i>	343
3.3.2.	Derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales:	351
a)	<i>El caso “Pobes, Juan s/Jubilación”</i>	351
3.3.3.	Derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos.....	354
a)	<i>El caso “Don Pascual Caeiro c/ don Enrique Astengo s/ Cobro de pesos”</i>	354
b)	<i>El caso “Jewisth Colonization Association contra Provincia de Santa Fe, sobre devolución de dinero</i>	358
c)	<i>El caso “Cruz, José c/Provincia de Santiago del Estero s/inconstitucionalidad de la ley 1202</i>	362
d)	<i>El caso “Delia Bonorino Ezezyza de Claypole y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de la ley 4834 y del art. 1º, inc. 5 de la ley 4204”</i> ..	366
3.3.4.	Derecho de propiedad sobre los depósitos bancarios	375
a)	<i>El caso “Peralta, L. A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central)”</i>	375
4.	RECAPITULACIÓN.....	385

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS

FUNDAMENTALES EXTRAPATRIMONIALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

1. PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EXTRAPATRIMONIALES. DELINEANDO EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN	389
2. LA INTENSIFICACIÓN DEL JUICIO DE RAZONABILIDAD: EL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO.....	391
2.1. La carga de la justificación para el tratamiento desigual	394
2.2. Las aplicaciones del escrutinio extraordinario.....	397
2.2.1. Derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y de la nacionalidad.....	397
a) El caso “Radulescu, Alejandro Constantino c/Gobierno Nacional s/contencioso administrativo”	397
b) El caso “Repetto, Inés María c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de normas legales”	402
c) El caso “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba s/Amparo”	410
2.2.2. Derecho a no ser discriminado por razón de sexo	414
a) El caso “Carballo, María Isabel y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/contencioso administrativo”.	414
b) El caso “D. de P. V., A. c/O., C. H. s/Impugnación de la paternidad”	419
c) El caso “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba s/Recurso de hecho”	430
2.2.3. Derecho a no ser discriminado por razón de edad.....	440
a) El caso “Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires”	440
2.2.4. Derecho a la libertad de expresión.....	453
a) El caso “Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García”	453

ÍNDICE	9
b) <i>El caso “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Comité Federal de Radiodifusión”</i>	461
2.2.5. Derecho a la libertad física o ambulatoria.....	470
a) <i>El caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/Infracción art. 139 bis del C.P.”</i>	470
2.2.6. Derecho a contraer matrimonio.....	479
a) <i>El caso “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contenciosoadministrativo”</i>	479
3. UNA REFORMULACIÓN DEL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL ORIGEN NACIONAL Y DE LA NACIONALIDAD: HACIA UN ESCRUTINIO ESTRICTO.....	487
a) <i>El caso “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”</i>	491
b) <i>El caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”</i>	498
4. RECAPITULACIÓN.....	504

EPÍLOGO

1. CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	513
1.1. Igualdad proporcional.....	513
1.2. Igualdad de circunstancias.....	515
1.3. Libertad de configuración del legislador.....	517
1.4. Razonabilidad de las diferenciaciones normativas.....	520
2. DE LOS CASOS A LA DOGMÁTICA Y DE LA DOGMÁTICA A LA FILOSOFÍA: ALGUNAS IDEAS RESULTANTES DE LA COMPARACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA.....	527
2.1. Esbozo de algunas similitudes.....	528
2.2. Esbozo de algunas diferencias.....	530
2.3. Balance.....	532

10 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES

CONCLUSIONES..... 537

BIBLIOGRAFÍA 557

JURISPRUDENCIA CITADA..... 567

1. REPÚBLICA ARGENTINA 567

 1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación 567

 1.2. Otros tribunales argentinos 574

 1.2.1. Cámaras Nacionales 574

 1.2.2. Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires 575

 1.2.3. Suprema Corte de Buenos Aires 575

3. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (U.S. SUPREME COURT)..... 575

4. REINO DE ESPAÑA (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) 578

5. OTROS TRIBUNALES..... 580

 5.1. Corte Costituzionale Italiana 580

 5.2. Tribunal Constitucional Alemán..... 581

 5.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... 581

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto de estudio el principio de igualdad en cuanto postulado deóntico cuya validez resulta evidente y ampliamente compartida, siendo considerado como uno de los pilares sobre los que se asienta la democracia como forma de gobierno y estilo de vida. Así entendida, como valor, la igualdad es un auténtico *topoi*, es decir, un lugar común indiscutido en la cultura occidental. Manifestación de esto último es el hecho de que el principio de igualdad se encuentra en la mayor parte de las constituciones democráticas y en un gran número de tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

El principio mencionado se ha plasmado a lo largo de la historia en dos dimensiones: como igualdad formal, ante la ley o *de iure*, y como igualdad real, material o de hecho. La igualdad formal se ha traducido en tres exigencias: igualdad en las normas jurídicas generales, igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales e igualdad de derechos. La igualdad de hecho, por su parte, atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente 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, como así también gozar de una igualdad de oportunidades y de resultados.

Teniendo en cuenta los diversos problemas que plantea el principio de igualdad, este trabajo se centrará en el análisis de una de las dimensiones de dicho principio: la igualdad *de iure*; y, dentro de ella, en la exigencia de igualdad en las normas jurídicas generales, entendiendo por esta última la exigencia de que el legislador no efectúe discriminaciones irrazonables en la creación de las normas jurídicas.

Una de las principales cuestiones que se plantean con relación a la igualdad en la formulación de las normas jurídicas es la de determinar cuándo el criterio escogido para diferenciar o equiparar resulta razonable. El objeto último de este trabajo consiste en establecer ciertas pautas orientadoras que permitan juzgar si una clasificación normativa se basa en una justificación razonable, brindando parámetros de control de la razonabilidad de tales clasificaciones. Para ello, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y la de su par estadounidense, intentando encontrar en las resoluciones de dichos tribunales pautas o parámetros de control de la razonabilidad de las distinciones normativas y señalando asimismo las deficiencias y aciertos de la argumentación utilizada para la justificación de tales decisiones.

El estadio incipiente de desarrollo en que se encuentra la doctrina y jurisprudencia argentina en lo que respecta al estudio del principio de igualdad, en contraste con los avances del derecho comparado, permite advertir la importancia e interés del tema elegido. En efecto, en la literatura jurídica argentina no se encuentran obras de investigación que tengan por objeto la profundización de las cuestiones que se suscitan en torno al principio de igualdad. Asimismo, la Corte Suprema de Argentina —si bien en algunos de sus fallos ha brindado pautas claras relativas al control de razonabilidad de las clasificaciones normativas impugnadas— generalmente ha carecido, como se verá, de la ductilidad necesaria para distinguir entre sí las numerosas aristas que este tema presenta, y en gran número



de sentencias se ha limitado a reiterar fórmulas genéricas sin relacionarlas con las concretas circunstancias de la *litis*.

El objeto de investigación precedentemente descripto será abordado desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho y del Derecho Constitucional, profundizando los aspectos iusfilosóficos concernientes al principio de igualdad, los que sirven de fundamento a ciertos postulados del Derecho Constitucional, a la par que permiten encontrar algunas respuestas que plantea la problemática elegida, frente a las cuales tanto la ciencia jurídica como la dogmática de los derechos fundamentales se muestran impotentes. En efecto, y aun cuando no siempre resulte advertido, o en algunos casos encubierto bajo la apariencia de una pura exégesis, muchos de los interrogantes resueltos por la jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales —entre ellos el derecho a la igualdad— hunden sus raíces en cuestiones de índole intrínsecamente iusfilosófica, lo que es preciso develar, o sea, poner de manifiesto a los fines de alcanzar una fundamentación adecuada.

Asimismo, por concebir al derecho como un saber práctico¹, para el estudio del principio de igualdad en la creación de las normas jurídicas se acudirá a la jurisprudencia, lo cual resulta ineludible dada la peculiar índole estructural del mismo, lo que complica su conceptualización y torna a esta última indisociable de los supuestos concretos a los que el principio es aplicado. Se examinará especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y la de su par estadounidense, intentando encontrar en la argumentación desarrollada por dichos tribunales los criterios o escrutinios aplicados para juzgar la violación del principio de igualdad, los que serán analizados

¹ Sobre el *status* epistemológico y los diversos niveles del saber jurídico puede consultarse MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, *passim*.

críticamente, poniendo de resalto los aciertos y señalando las debilidades, como así también proponiendo caminos alternativos para determinar la razonabilidad de las clasificaciones normativas y para la fundamentación de las decisiones por las que se resuelven impugnaciones con sustento en el principio de igualdad.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos resulta relevante para el objeto de estudio propuesto, en razón de que dicho tribunal ha elaborado una profusa doctrina en torno a la décimo cuarta enmienda, señalando expresamente tres escrutinios o test de constitucionalidad, que se diferencian por la intensidad del examen de razonabilidad aplicado para juzgar la compatibilidad de las clasificaciones normativas con la garantía de la igual protección. A diferencia de la *Supreme Court*, el máximo tribunal de la Nación no ha desarrollado una doctrina semejante, indicando con precisión la aplicación de los escrutinios referidos, si bien, tal como se expondrá a lo largo del presente trabajo, del análisis de los argumentos que fundamentan las sentencias vinculadas al principio de igualdad pudo verse la aplicación de juicios similares a los efectuados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, así como un examen de razonabilidad cuya intensidad variaba según los derechos y los criterios con relación a los cuales se efectuaban las distinciones normativas impugnadas.

Tanto el amplio desarrollo que ha tenido la décimo cuarta enmienda en la jurisprudencia de la *Supreme Court*, como la constante referencia que nuestro máximo tribunal ha efectuado en sus sentencias a la doctrina de su par estadounidense —aunque con relación a otras temáticas diversas de la igualdad como las cuestiones políticas como cuestiones no justiciables y la emergencia económica— justifican el estudio de la jurisprudencia de la la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa al principio de igualdad en las normas, y su vinculación con los estándares de constitucionalidad elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

* * *

El trabajo a realizar se dividirá en cuatro capítulos. En el primero de ellos se abordarán las cuestiones de relevancia iusfilosófica vinculadas al principio de igualdad, puesto que para determinar el contenido y las exigencias que el mismo plantea no resulta suficiente realizar un análisis meramente dogmático, necesitándose de los elementos aportados desde la Filosofía del Derecho, la que le proporciona su fundamento y algunos de los argumentos que servirán de justificación a las resoluciones de aquellos casos en los que se invoca la violación del mencionado principio constitucional. En este sentido, se destacará que la igualdad es un concepto análogo, por lo que puede ser referido a diferentes realidades, de allí que la igualdad se predica de todos hombres, es considerada como fundamento del derecho, se identifica con la justicia y se erige en mandato de no discriminación.

Asimismo, se analizará el significado histórico de la máxima de igualdad a los fines de determinar cuál ha sido el sentido que se le quiso dar al ser incorporada por primera vez a instrumentos jurídicos positivos, tales como la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Con el fin de delimitar el objeto de la presente investigación, se expondrán los diversos sentidos de la igualdad como principio constitucional, sosteniéndose que la igualdad presenta una doble dimensión, pudiendo ser entendida como igualdad formal, ante la ley o *de iure* y como igualdad real, material o de hecho. Tal como se adelantó, la igualdad *de iure* se traduce en tres exigencias: igualdad en la creación de las normas jurídicas generales; igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales e igualdad de derechos. La igualdad en la formulación de las normas jurídicas obliga al creador de la norma a no efectuar discriminaciones arbitrarias o irrazonables,

planteando de este modo el problema de la justificación de la razonabilidad de las clasificaciones normativas.

Una posible vía para la justificación de las equiparaciones y diferenciaciones establecidas por el creador de la norma ha sido trazada a través del principio de razonabilidad —también denominado de proporcionalidad en el derecho continental europeo—. La íntima relación entre dicho principio y el de igualdad ha sido puesta de relieve por la Corte Suprema argentina, quién reiteradamente sostuvo que el distinto tratamiento legislativo debe fundarse en objetivas razones de diferenciación que no reciban tacha de irrazonabilidad². Atento a ello, se realizará un breve desarrollo de las implicancias del principio de razonabilidad, conforme se desprende de la jurisprudencia y de los estudios realizados por la doctrina constitucional.

El capítulo II estará dedicado al examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa a la decimocuarta enmienda, la que consagra el principio de la igual protección de las leyes. El estudio de los precedentes de dicho tribunal resulta relevante en razón de que el mismo ha elaborado una doctrina fecunda en torno a la decimocuarta enmienda, proporcionando parámetros de control de la razonabilidad de las clasificaciones normativas bajo la modalidad de tres escrutinios, los que se diferencian por la intensidad del examen de razonabilidad: el test de la relación racional, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto. Si bien la Corte Suprema argentina no ha seguido plenamente dicha doctrina, pueden verificarse elementos comunes en la argumentación de uno y otro tribunal al momento de juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones establecidas en las normas jurídicas generales.

Mediante el análisis de diversos fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos se pretende esclarecer los criterios o parámetros

² Cfr. Fallos 313:1638, (1990), entre muchos otros.

de control de la razonabilidad de las clasificaciones normativas, tomando en cuenta las tres clases de escrutinios y los juicios que componen el denominado principio de razonabilidad o proporcionalidad. Asimismo, se realizará una valoración crítica de tales criterios, señalándose las fortalezas y debilidades presentes en el modelo de la igual protección.

En los capítulos 3 y 4 se estudiará la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina vinculada al principio de igualdad en la formulación de las normas jurídicas generales (leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas). Dicho estudio estará centrado en el análisis de la argumentación utilizada por el máximo tribunal argentino para fundamentar las sentencias por las que se resolvieron casos en los que se alegó la violación del principio de igualdad, requiriéndose igual tratamiento al previsto para otras personas o grupos de personas o bien solicitando se imparta un trato desigual por considerarse el recurrente inmerso en circunstancias diferentes a las previstas en un determinado régimen normativo.

El capítulo III estará dedicado al examen de los casos en los que se invocó la vulneración del principio de igualdad con relación al ejercicio de derechos patrimoniales, y el capítulo IV al de aquellos precedentes donde se encontraba en juego el principio de igualdad con respecto al ejercicio de derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial —derechos a la libertad de expresión, a contraer matrimonio y a la libertad física o ambulatoria— o bien se utilizaron criterios de diferenciación tales como el sexo, el origen nacional, la nacionalidad y la edad. Se ha optado por agrupar los fallos en dos capítulos según el tipo de derecho, puesto que pudo observarse que en los casos donde el trato igual se pretendía con relación al goce de derechos patrimoniales el juicio de razonabilidad de los criterios escogidos para diferenciar era inexistente o menos intenso, en comparación con aquellos donde se pretendió un tratamiento igualitario vinculado al ejercicio de derechos de carácter extrapatrimonial, o se

juzgó la compatibilidad con el principio de igualdad de una norma jurídica que se basó en el sexo, el origen nacional, la nacionalidad o la edad para establecer distinciones de trato.

Mediante el estudio de los casos seleccionados se intentarán determinar los criterios o pautas utilizados por la Corte Suprema en la fundamentación de sus sentencias para juzgar la razonabilidad de las clasificaciones normativas. En este sentido, se tendrá en cuenta la intensidad del examen de razonabilidad llevado a cabo, los argumentos invocados en dicho examen, así como las reglas sentadas por dicho tribunal con respecto a la carga de la argumentación, o sea, las reglas concernientes a qué parte debe justificar la razonabilidad del tratamiento desigual impugnado. Todo ello, será analizado críticamente, señalándose las fortalezas y debilidades de la argumentación llevada a cabo, como así también proponiéndose líneas alternativas de fundamentación.

A modo de síntesis, cabe señalar que la estructura del presente trabajo constará de cuatro capítulos: a) el primero de ellos estará dedicado al estudio del significado de la igualdad como principio constitucional, las implicancias iusfilosóficas que el mismo conlleva, así como las exigencias que de él se derivan; b) en el segundo se examinará críticamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa al principio de igualdad en la formulación de la normas jurídicas generales; c) en el tercero se tratará la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina relativa al principio de igualdad en la creación de las normas, cuando éste es invocado con relación al ejercicio de derechos patrimoniales, y d) en el cuarto se analizará la jurisprudencia de dicho tribunal en aquellos casos en los que se invocó la violación de idéntica exigencia del principio de igualdad, pero con respecto al goce de derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer a todos aquellos que con generosidad desinteresada y de múltiples maneras me han pres-

tado su ayuda para la realización de esta tesis doctoral. Sin lugar a dudas, la mayor deuda es con mis padres, Marta Estela Moleón y Alberto Francisco Didier, quienes en todo momento me brindaron su ayuda tanto material como espiritual, sin la cual la realización de esta tesis doctoral hubiese sido imposible de lograr. También agradezco a mi esposo, Santiago Francisco Petrone, con el que comparto la profesión de abogada y quien con su apoyo constante me ha alentado para perseverar en el largo camino que supuso la elaboración de este trabajo, aportando valiosas sugerencias desde su agudo sentido jurídico. No puedo dejar de mencionar a María Manuela Geniz de Moleón, la que además de alentarme moralmente me ha dado una importante ayuda material para poder concretar este proyecto. Debo agradecer especialmente a mi director de tesis, el Dr. Juan Cianciardo, quien habiendo dedicado su valioso tiempo a la lectura de mis escritos, ha cooperado con aportes sustanciales y señalado imprecisiones que dotaron a esta tesis de un mayor rigor y profundidad intelectual. El lector podrá corroborar las constantes referencias a las obras y al pensamiento del Dr. Cianciardo, los que han enriquecido y servido de fuente para la realización de la presente investigación y las conclusiones a las que se ha arribado. También doy las gracias al Dr. Rodolfo Luis Vigo, por haberme apoyado y orientado para la realización del Doctorado, confiando en mi vocación académica y estimulándome para su desarrollo. Por último, agradezco a la Universidad Austral por su cooperación económica, sin la cual este Doctorado hubiese sido muy difícil de concretar.

ABREVIATURAS

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Alemania, decisiones del Tribunal Constitucional Federal)
CE	Constitución Española
CN	Constitución Nacional (Argentina)
Corte Suprema	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
EUDEBA	Editorial Universidad de Buenos Aires
EUNSA	Editorial Universidad de Navarra
<i>Fallos</i>	Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
LRT	Ley de Riesgos del Trabajo
Supreme Court	Corte Suprema de los Estados Unidos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
T. y S. S	Trabajo y Seguridad Social. Revista de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación
UBA	Universidad de Buenos Aires
U.S.	United States Reports (Estados Unidos)

CAPÍTULO I

LOS SENTIDOS DE LA IGUALDAD: HACIA LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

1. PLANTEAMIENTO. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En el presente capítulo se pretende, en primer lugar, poner de relieve las diversas aplicaciones del término igualdad en el ámbito del Derecho, el que, tal como se expondrá, constituye un concepto relacional y análogo, en tanto puede ser referido a diferentes realidades. Así, se hace referencia a la igualdad ontológica de los hombres, a la igualdad como exigencia de justicia, a la igualdad *de iure*, en cuanto mandato de no discriminación y a la igualdad material o de hecho. Al hilo de lo anterior, se desarrollarán las implicancias iusfilosóficas del principio de igualdad. Como se verá, para determinar su contenido no basta con llevar a cabo una exégesis gramatical de las normas constitucionales, necesitándose el auxilio tanto de la Filosofía del Derecho, que proporciona su fundamento, como de la jurisprudencia que lo precisa.

El reconocimiento que el principio de igualdad ha merecido en la mayor parte de las constituciones de los Estados democráticos así como en los Tratados y Convenciones Internacionales da cuenta de su vocación universal, obligando a quien se proponga profundizar en su contenido a trascender la pura dogmática positiva. En este sentido, se ha sostenido que “la interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho”³, en virtud de que “... los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de las reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo”⁴. Por ello, “las modalidades argumentativas del derecho constitucional se abren así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución”⁵.

Tal como se expondrá, si bien la noción de igualdad ante la ley ya estaba presente en la filosofía jurídica y ética de la antigüedad, una aproximación al contenido del principio constitucional de igualdad exige también tomar en cuenta el modo en que éste fue concebido históricamente, o sea, el significado que se le quiso dar al ser incorporado, por primera vez, a instrumentos jurídicos positivos,

³ HABERMAS, J, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 547.

⁴ Ídem, p. 545.

⁵ ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S.p.a., 1992. Se cita de la ed. en castellano, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 116.

tales como la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, significado que se vio enriquecido por obra de la jurisprudencia constitucional.

El principio de igualdad presenta una doble dimensión, en tanto puede ser entendido como igualdad ante la ley, *de iure* o formal y como igualdad real, material o de hecho. Ambas dimensiones son recogidas por numerosas Constituciones⁶, traduciéndose la primera de ellas en tres exigencias: igualdad en las normas jurídicas generales, igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales e igualdad de derechos. La igualdad de hecho es concebida, según la teoría de la justicia que se sustente, como igualdad de oportunidades o de resultados⁷, habiendo merecido consagración constitucional bajo la modalidad de una norma iusfundamental programática dirigida al legislador, aunque —conforme se desarrollará más adelante⁸— parte de la doctrina le ha otorgado cierto alcance operativo, considerándola como fundamento idóneo para exigir judicialmente el respeto de determinados derechos.

El principio de igualdad *de iure*, según lo ha resuelto en forma reiterada la jurisprudencia constitucional, si bien otorga al legislador amplia libertad para clasificar y ordenar los objetos de la legislación, le impone una serie de restricciones en los criterios de clasificación, obligándolo a no efectuar diferenciaciones irrazonables. De tal modo, el juicio de igualdad constitucional se traduce en un examen de

⁶ Cfr. artículos 16, 37, 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución argentina; artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución española y artículo 3 de la Constitución italiana. La enmienda decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos y el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn sólo hacen referencia explícita a la igualdad *de iure*.

⁷ Cfr. epígrafe 4.2.1. del presente capítulo.

⁸ Cfr. epígrafe 4.2.2. del presente capítulo.

razonabilidad, vinculando íntimamente el principio de igualdad con el denominado principio de proporcionalidad, razonabilidad o del debido proceso sustantivo. En este capítulo se señalarán las vinculaciones existentes entre ambos principios, sus diferencias y elementos comunes. Teniendo en cuenta que la determinación de la constitucionalidad de las clasificaciones normativas supone la aplicación del principio de razonabilidad, se efectuará un breve estudio de este último, tomando como base la doctrina y jurisprudencia constitucional, según las cuales la máxima de razonabilidad se compone de tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que serán brevemente analizados en el epígrafe 5 del presente capítulo.

2. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO IGUALDAD

Cabe señalar que el término igualdad “... es nombre de una relación, no de una naturaleza o de una cualidad”⁹, puesto que siempre que se predica la igualdad de un ente, la misma se formula con relación a otro ente. Por ello, la proposición “A es igual” carece de sentido y significación si no se señala un término de comparación con respecto al cual la relación de igualdad se establece. En coincidencia con lo expuesto, se ha sostenido que “... la igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos. Tanto es así que, mientras X es libre es una proposición dotada de sentido, X es igual es una proposición sin

⁹ HERVADA, J., “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”, *Persona y Derecho*, V. XI, 1984, p. 351.

sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, a la pregunta ¿igual a quién?”¹⁰.

Asimismo, no es posible encontrar en la realidad una relación de igualdad absoluta, ya que “... las cosas y los hombres son tan desiguales como un huevo a otro; la igualdad es siempre una abstracción desde un punto de vista determinado de una desigualdad dada”¹¹. Tampoco cabe referirse a una desigualdad absoluta, pues los seres concretos “... son iguales al menos —aunque de ninguna manera sólo por ello— porque “son”. Existen sólo la igualdad y desigualdad parcial: semejanza y disimilitud”¹².

En este sentido, se ha sostenido que la igualdad “... presupone lógicamente que haya más de un objeto, para que pueda darse lugar a una comparación en relación a un *comune*¹³. Sin embargo la comparación no podrá darse, como ya se dijo, entre todos los elementos y las características de los objetos, esto es en la totalidad de los mismos, de otra manera no podría hablarse de igualdad, sino de identidad”. Dicho esto, “... si el elemento o los elementos tomados en consideración son comunes, los objetos limitadamente a tal *comune* son iguales (y viceversa son contemporáneamente desiguales por los otros elementos entre ellos no comunes). Como se ve, lo que importa en la relación de igualdad es la existencia de este *comune*, que puede ser

¹⁰ BOBBIO, N., “Equaglianza” y “Libertá”, *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364, y vol. III, p. 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, p. 54.

¹¹ RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 46.

¹² KAUFFMAN, A., *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1976, p. 72.

¹³ El término *comune* puede ser traducido como elemento común.

expresado con la fórmula: existencia de un común término de comparación”¹⁴.

La expresión *tertium comparationis* posee dos acepciones, según lo que se refleja en el uso de la misma. Así, en algunos casos hace referencia al “...aspecto sobre el cual los objetos son comparados...”¹⁵, es decir, el aspecto “... bajo el cual es observado lo que se ha de comparar”¹⁶. En otros casos, la expresión términos de comparación significa los objetos o entes entre los que se da la relación de igualdad. En este sentido, se ha destacado “... la confusión terminológica que todavía rodea al concepto ‘término de comparación’, utilizado en unas ocasiones para referirse al régimen jurídico respecto al cual se lleva a cabo la comparación, y en otras para señalar el aspecto comparado”¹⁷.

De modo concordante con lo expuesto, la igualdad ha sido definida como una relación entre dos o más objetos, los cuales coinciden en un elemento (*tertium comparationis*) tomado en consideración¹⁸. Por tanto, la relación de igualdad puede darse con respecto a diversos entes pertenecientes a diferentes ámbitos de la realidad, encontrándose entre ellos el ámbito de lo jurídico dentro del cual asume significados propios y característicos.

¹⁴ ROSSANO, C., *L’eguaglianza giuridica nell’ordinamento costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, pp. 224-225.

¹⁵ Ídem, p. 225

¹⁶ KAUFFMAN, A., *Analogía y naturaleza...*, ob. cit., p. 81.

¹⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 18.

¹⁸ Cfr. ROSSANO, C., *L’eguaglianza giuridica...*, ob. cit., p. 226.

2.1. La igualdad como concepto análogo

“La analogía en general es un modo de predicabilidad según la cual un cierto predicado se atribuye a distintos sujetos, parte en el mismo sentido y parte en sentidos diversos. (...) La analogía, pues, equivale a la semejanza, concretamente a la semejanza de los sentidos con que una misma palabra se aplica a varios sujetos...”, siendo la semejanza “... lo que coincide en parte y en parte difiere”¹⁹. En otros términos, señala Kauffman, “el concepto análogo, muestra, por un lado, un elemento de la unidad, un núcleo fijo (...). Por el otro lado, también debe estar en condiciones de aceptar diferentes significados...”²⁰, por ello, “la comprensión de un concepto analógico es en parte rígida, en parte elástica, en parte inmóvil, en parte móvil”²¹.

La analogía puede ser de dos formas básicamente: de atribución o de proporcionalidad, o sea, “... de semejanza absoluta o de formas y de semejanza relativa o de relaciones. En efecto, una cosa puede ser semejante a otra porque sus formas o naturalezas son parecidas, en parte coincidentes y en parte discrepantes; pero también puede ocurrir que la semejanza se dé entre relaciones o comparaciones de unas cosas respecto de otras, y no entre sus formas. Así, si llamamos “hoja” a la hoja del árbol y a la hoja del libro, la semejanza la establecemos entre formas (y esta sería la analogía de atribución); pero si llamamos “doble” a la relación que hay entre 2 y 4, y también a la que hay entre 8 y 16, aquí la semejanza se establece entre relaciones, no

¹⁹ GARCÍA LÓPEZ, J., *Lecciones de metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1995, p. 27.

²⁰ KAUFFMAN, A., *Analogía y naturaleza...*, ob. cit., p. 74.

²¹ KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, estudio preliminar de Carlos Ignacio Massini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 48.

entre formas (y esta sería la analogía de proporcionalidad)”²². Por tanto, en la analogía de proporcionalidad la comprensión “es inmóvil en cuanto al tipo de relación que constituye su comprensión... Pero ella es al mismo tiempo móvil en cuanto a los términos de la relación”²³.

Se ha sostenido que el concepto de igualdad es análogo²⁴, y, cabría agregar, por analogía de proporcionalidad. Ello, en virtud de que su parte inmóvil o núcleo fijo está dado por esa relación de coincidencia o identidad entre dos o más entes con respecto a un cierto término de comparación; pero al mismo tiempo, esa relación de coincidencia o identidad “... puede estar presente de maneras bastante variadas. Existe, por ejemplo, la igualdad aritmética del $2=2$ y existe también la igualdad geométrica de $1:1=2:2...$ ”²⁵, conforme ya fue señalado por Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*²⁶. En efecto, mientras que la relación de igualdad existente entre el daño material causado y la reparación debida responde a una proporción aritmética, estableciéndose la relación de identidad con respecto al valor económico del daño y la reparación debida, la igualdad que debe existir en el reparto de ciertos bienes, como el alimento por ejemplo, se rige por una proporción geométrica, siendo la leche materna para un niño de meses lo que la alimentación de un adulto es para un hombre de 30 años, existiendo en este último caso una relación de

²² GARCÍA LÓPEZ, J., *Lecciones de metafísica...*, ob. cit., p. 27.

²³ KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento...*, ob. cit., p. 48.

²⁴ Cfr. FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Se cita de la ed. en castellano *Ley natural y derechos naturales*, estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 193.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998, libro quinto, pp. 61-63.

identidad o coincidencia con respecto a la satisfacción de las necesidades alimenticias.

Puesto que el concepto de igualdad es análogo, adopta múltiples proyecciones en el ámbito de lo jurídico. Así, se hace referencia a la igualdad ontológica de los hombres, a la igualdad como exigencia de justicia, a la igualdad *de iure* en cuanto mandato de no discriminación y a la igualdad material o de hecho.

2.2. La igualdad ontológica de los hombres como fundamento del derecho

Una de las máximas jurídicas mayormente difundida y cargada de significado es aquella que reconoce la igualdad de todos los hombres, "... cuya formulación más corriente es la siguiente: Todos los hombres son iguales. Esta máxima corre y recorre el amplio arco de todo el pensamiento político occidental, desde los estoicos al cristianismo primitivo, para renacer con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir forma filosófica en Rousseau y los socialistas utópicos, y expresarse en forma de verdadera y propia regla jurídica en las declaraciones de los derechos humanos desde finales del siglo dieciocho hasta hoy"²⁷.

A los fines de dotar de significado a la máxima precitada, es necesario partir de una verdad evidente: los hombres son diferentes en múltiples aspectos. Por eso, dicha máxima no puede referirse a una igualdad absoluta, sino relativa a cierta faceta, o sea, a cierto término de comparación que es tomado en consideración. Dicho de otro modo, atento a que la máxima contiene en sí misma la respuesta a la

²⁷ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, ob. cit., p. 68.

pregunta “¿Igualdad entre quiénes?”, es preciso responder la siguiente: “¿Igualdad en qué?”²⁸.

Si hay algo que es igual en todos los hombres, con abstracción de tiempo y lugar, es su común humanidad, su condición de persona. A ello se refiere el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Tal afirmación supone el reconocimiento de la igualdad ontológica de todos los hombres, lo que es denominado por Hervada “la igualdad fundante”²⁹, y por Cotta el “principio de la personalidad”³⁰.

Esta igualdad ontológica de todos los seres humanos es lo que posibilita la existencia de relaciones de justicia y por tanto de relaciones jurídicas. No “... puede hablarse de Justicia —al menos correctamente— cuando se trata de relaciones correspondientes a niveles ontológicos distintos (sea entre los hombres y la Divinidad; o entre los hombres y los animales)...”³¹. La igualdad ontológica del ser humano se constituye entonces en fundamento o razón de ser del Derecho, pues si ella no existiera o si los individuos del mismo nivel ontológico no la reconocieran, no sería posible instaurar relaciones de justicia³². Lo expuesto puede corroborarse remitiéndose al hecho histórico de la esclavitud. Para la mentalidad de quienes participaban de ella el esclavo no era un igual, no poseía la misma dignidad onto-

²⁸ Ídem, p. 54.

²⁹ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 210.

³⁰ COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1985. Se cita de la ed. en castellano: *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. P. Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 153.

³¹ Ídem, p. 156.

³² Cfr. ibidem y HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, p. 210.



lógica y por ello no era coherente sostener que las relaciones entre amo y esclavo se rigieran por la justicia y el derecho. Otro tanto ocurre, en nuestros días, con el aborto y, en alguna de sus formas, con la eutanasia, pues en ambos casos se desconoce que el ser humano en la primera y última fase de la existencia sea poseedor de igual dignidad que el resto de los seres humanos y por tanto igualmente titular del derecho a la vida.

Asimismo, la igualdad ontológica de los seres humanos constituye el fundamento del mandato de no discriminación o acepción de personas, pues por el “principio de la personalidad todo individuo tiene título para el reconocimiento de su cualidad ontológica de ser humano”³³, y por tanto de sujeto de derecho³⁴. De este modo, “ningún hombre es más o prevalece sobre los demás en cuanto sujeto de derecho. Los derechos valen lo mismo, exigen lo mismo, son igualmente debidos en todos los hombres. En consecuencia, cada cosa atribuida es igualmente derecho respecto de cada hombre; así, la vida es igualmente derecho en todo hombre; o una cantidad determinada de dinero es igualmente propiedad en un hombre que en otro”³⁵.

Tal como se expresó precedentemente, esta igualdad de los seres humanos no es absoluta, al modo del igualitarismo, ideología que propone como ideal límite la “... igualdad de todos los hombres en todos los aspectos (...) todos los hombres han de ser tratados de la misma manera en todos o casi todos los aspectos”³⁶. Dicho postulado

³³ COTTA, S., *El derecho en la existencia...*, ob. cit., p. 153.

³⁴ La triple identificación entre ser humano, persona y sujeto de derecho no es, no obstante, algo que se acepte de modo universal con todas sus consecuencias. Cfr. al respecto, SERNA, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, C. I. y SERNA, P. (ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

³⁵ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas ...*, p. 211-212.

³⁶ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, ob. cit., pp. 83 y 86.

conlleva a negar una realidad que se advierte fácilmente: no todos los seres humanos tienen las mismas necesidades, planes de vida, méritos, capacidades, funciones que cumplir dentro de la sociedad, etc.; y al mismo tiempo conduce —en contradicción con sus propósitos— a la más cruda desigualdad, por cuanto desconoce los suyos propios de cada sujeto jurídico, violentando la igualdad proporcional.

La igualdad ontológica de los hombres “... no cancela, ni la diversidad ni la desigualdad entre los mismos desde el punto de vista de su existencia. (...) Por tanto, el individuo humano es como persona, una unidad de paridad ontológica y de diferenciación existencial”³⁷.

El reconocimiento de las diferencias accidentales —en oposición a las esenciales— o en términos de Cotta³⁸, de la particularidad existencial de cada ser humano, es un requisito indispensable para la plena realización del principio de igualdad. Pues, “en efecto, atribuir a cada uno lo que es suyo y no dañar a nadie no significa exclusión alguna, y por tanto, implican el reconocimiento de la paridad ontológica de los hombres. Pero al mismo tiempo, significan el reconocimiento respecto de cada uno de su particularidad existencial: todo individuo posee un suyo peculiar, precisamente porque es un sí mismo original”³⁹.

Así, de acuerdo con lo expuesto, las diferencias existenciales o accidentales han de ser tenidas en cuenta al distribuir bienes y cargas. Por ejemplo, las diferencias relativas a la capacidad económica deben ser consideradas al momento de establecer las obligaciones impositivas que pesan sobre los habitantes de un Estado, como así

³⁷ COTTA, S., *El derecho en la existencia...*, ob. cit., p. 154.

³⁸ Ídem, p. 155.

³⁹ Cfr. COTTA, S., *El derecho en la existencia...*, ob. cit., p. 155.

también la idoneidad en tanto requisito para la ocupación de los cargos públicos. Al mismo tiempo, la violación de los derechos humanos de un determinado grupo de personas implicaría el desconocimiento de su igualdad esencial u ontológica, pues tales derechos se fundamentan en la dignidad óptica de la persona humana⁴⁰.

Aunque con un lenguaje que omite referencias metafísicas, Dworkin pareciera coincidir en que el principio de igualdad no exige un trato idéntico en todos los casos, al distinguir entre el derecho a ser tratado como igual y el derecho a igual tratamiento. El primero, sostiene, es axiomático y fundamental, y de él se deriva el derecho a igual tratamiento, conformando así los derechos a la igualdad⁴¹. El derecho a igual tratamiento, "... es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas"⁴². El derecho a ser tratado como igual "... no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina. Este ejemplo demuestra que el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual

⁴⁰ Cfr. MASSINI CORREAS, C. I., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 207.

⁴¹ Cfr. 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., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 38 y 332.

⁴² Ídem, p. 332.

tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias”⁴³.

De las consideraciones desarrolladas cabe concluir que la igualdad ontológica de todos los hombres —en términos de Cotta y Hervada— o el derecho a ser tratado como igual —según la expresión de Dworkin, derecho que aunque éste no lo afirme presupone la igualdad esencial de los seres humanos—, es lo que en definitiva constituye el fundamento del principio de igualdad, lo que le confiere su explicación última, pues sin aquella dicho principio perdería toda justificación y obligatoriedad.

2.3. La igualdad como exigencia de justicia

La identificación de la justicia con la igualdad se remonta a la Antigüedad y está presente en diversas corrientes filosóficas, ya sea aludiendo a una igualdad meramente formal y sin connotaciones sustanciales⁴⁴, o haciendo referencia a una igualdad que necesaria-

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Entre los autores que identifican la justicia con una igualdad meramente formal y sin connotaciones sustanciales, cabe mencionar a Ross, quien al analizar la idea de justicia, hace referencia a una justicia en sentido formal, como sinónimo de una pura demanda de igualdad, la que por sí sola significa la correcta aplicación de una regla general, una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por criterios objetivos establecidos en reglas dadas. Pero esta exigencia formal de igualdad “... no puede justificar la pretensión de que una regla ha de ser preferida a otra. Cualquiera sea el contenido de la regla, la exigencia de regularidad queda satisfecha. (...) es imposible derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden” (ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977, p. 266). Por otro lado, Ross distingue como parte de la idea de justicia un criterio material presupuesto que pretende guiar al legislador en la elección de la regla correcta. Con respecto a este otro elemento mate-

mente supone una valoración y por tanto, un compromiso con el contenido de las relaciones de las que se predica cierta igualdad.

En este sentido, se ha sostenido que “... cualquier teoría de la justicia encierra referencias a la *igualdad*...”⁴⁵, señalándose también que “por lo menos en el marco de la cultura occidental, la idea de justicia ha ido casi siempre unida a la de igualdad: por eso, la existencia de algunos ejemplos de lo contrario (como el sofista Calicles o Nietzsche) suelen ser contemplados como casos verdaderamente extremos...”⁴⁶.

rial presente en la idea de justicia, niega la posibilidad de un conocimiento racional, sosteniendo que afirmar que cierta regla o conjunto de reglas “... es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas”; no es más que una expresión emocional, puesto que la “... justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto” (ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia...*, ob. cit., p. 267). También Perelman distingue en la noción de justicia un aspecto meramente formal, definiendo a “... la justicia formal y abstracta como un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera”. Este concepto de justicia formal, “... no determina las categorías que son esenciales para la aplicación de justicia” (PERELMAN, C., *De la Justicia*, trad. de Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964, p. 28). Más adelante agrega: “Se ve que la justicia formal es conciliable con las filosofías y legislaciones más diferentes, que se puede ser justo concediendo a todos los hombres los mismos derechos y justo concediendo derechos diferentes a diferentes categorías de hombres, justo según el derecho romano y justo según el derecho germánico” (PERELMAN, C., *De la justicia...*, ob. cit., p. 41).

⁴⁵ OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 268.

⁴⁶ ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 102. Coincidiendo con la identificación de la justicia con la igualdad, se ha afirmado que “... es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial” (RUBIO

Entre las teorías de la justicia que hacen referencia a una igualdad que conlleva consecuencias sustanciales, cabe referirse a la teoría de la justicia aristotélica, en cuanto pensamiento que ha sido estudiado y desarrollado en los siglos posteriores —especialmente por Tomás de Aquino—, siendo profundizada en la actualidad y específicamente en el ámbito de la filosofía jurídica, por el “Iusnaturalismo Clásico” y la denominada “Nueva Escuela Anglosajona del Derecho Natural”⁴⁷. Así también, resulta particularmente significativa la teoría de la justicia de John Rawls, en tanto le corresponde el mérito de “... haber centrado una vez más, luego de muchos años, la problemática jurídico-política en el tema de la justicia...”, temática que “... había sido el núcleo del debate ético-público en las grandes obras del Medioevo y de la temprana Edad Moderna...”, dejándose de lado en los siglos posteriores para centrar la perspectiva “... en la cuestión de las normas”⁴⁸. Y “si bien es cierto que ya antes habían aparecido en este siglo obras sobre el tema de la justicia, como los sugerentes libros de Giorgio Del Vecchio, *La giustizia*, y de Chaim Perelman, *Justice et Raison*, ha sido indudablemente el voluminoso libro del profesor de *Harvard* el que inició los recientes debates sobre la no-

LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Introducción”, en *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 612-613).

⁴⁷ El “iusnaturalismo clásico” también ha sido llamado “realismo jurídico clásico” y se encuadran dentro de esta vertiente, aunque con matices propios, Georges Kalinowski, Michel Villey, Louis Lachance, Giuseppe Graneris, Francesco Olgiati, Javier Hervada, entre muchos otros. En la Argentina, es posible mencionar como representantes de esta escuela a Juan Alfredo Casaubón, Carlos Massini Correas, Bernardino Montejano, Rodolfo L. Vigo, entre muchos otros. La “Nueva Escuela Anglosajona del Derecho Natural” está representada principalmente por Germain Grisez, John Finnis, Joseph Boyle, Robert p. George y William May.

⁴⁸ MASSINI, C. I., “Del positivismo analítico a la justicia procedimental”, *Persona y Derecho*, N° 42, 2000, p. 174.

ción, determinaciones y principios de la justicia, colocándola en el centro de los más intensos debates iusfilosóficos y filosófico-políticos⁴⁹. Lo expuesto, así como razones que limitan la extensión del presente trabajo, justifican que para el análisis de las relaciones entre la justicia y la igualdad se haga referencia a la filosofía aristotélico-tomista y a la teoría elaborada por Rawls.

En lo que respecta al pensamiento de este último, cabe señalar que vincula de un modo sustancial a la justicia con la igualdad mediante sus dos principios de justicia. Estos principios son los que “las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación...”⁵⁰, como aquellos “... que han de asignar los derechos y deberes básicos y determinar la división de los beneficios sociales”⁵¹.

Este acuerdo sobre los principios se lleva a cabo en una situación hipotética que Rawls denomina “posición original” y tras un velo de ignorancia. La posición original de igualdad “... corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social...”⁵², y es “... una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de justicia. Entre los rasgos esenciales de esta ‘posición original’, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de las ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. (...) los propios

⁴⁹ Ídem, p. 175.

⁵⁰ RAWLS, J., *A theory of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Se cita de la ed. en castellano: *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1997, p. 24.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ídem, p. 25.

miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. (...) Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o convenio justo”⁵³.

Estos principios escogidos en la “posición original” implican referenciar la justicia y la igualdad a contenidos y derechos en particular. El primero, dispone que “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”⁵⁴. Según señala Rawls, este principio define y asegura las libertades básicas iguales, tales como “... la libertad política (el derecho a votar y a ser elegible para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios”⁵⁵. Es posible afirmar entonces, que desde la perspectiva de la filosofía neocontractualista de Rawls, la justicia exige igualdad en la titularidad y en el goce de ciertas libertades consideradas como básicas.

De acuerdo al segundo principio, “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”. Dicho principio “... se aplica, en su primera aproximación, a la distribución del ingreso y la riqueza

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ídem*, p. 67

⁵⁵ *Ídem*, p. 68.

y a formar organizaciones que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad o cadenas de mando. Mientras que la distribución del ingreso y de las riquezas no necesita ser igual, tiene no obstante que ser ventajosa para todos, y al mismo tiempo los puestos de autoridad y mando tienen que ser asequibles a todos”⁵⁶. Este último, denominado principio de diferencia, también implica referencias a la igualdad en tanto presupone que “todos los valores sociales —libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo— habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”⁵⁷. En otros términos, el principio bajo análisis prescribirá en qué casos está ordenado un tratamiento igual o desigual, constituyendo un criterio para la distribución de los bienes sociales.

Aristóteles, por su parte, afirma que “... la justicia es, en la opinión común, cierta igualdad...”⁵⁸, y que si “... lo injusto es lo desigual, lo justo será lo igual...”⁵⁹. Distingue lo justo distributivo de lo correctivo, implicando ambos una igualdad proporcional, ya sea geométrica en el primer caso o aritmética en el segundo⁶⁰.

Interpretando a Aristóteles, Tomás de Aquino sostiene que “... en la justicia distributiva no se considera el medio según la igualdad de la cosa a la cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas... Y por esto dice el Filósofo (*Ethic.* 1. 5, c. 3) que tal medio es según la proporción geométrica, en la que se considera lo igual no

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ídem*, p. 69.

⁵⁸ ARISTÓTELES, *Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998, libro tercero, p. 210.

⁵⁹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, ob. cit., libro quinto, p. 61.

⁶⁰ Cfr. *ídem*, p. 61-63.

según la cantidad, sino según la proporción. Como si decimos que seis son a cuatro lo que tres son a dos, hay una proporción; porque en ambos hay proporción de uno y medio, puesto que el número mayor contiene a todo el menor más su mitad, más no hay igualdad de exceso según la cantidad; puesto que seis excede a cuatro en dos, mientras que tres excede a dos en uno”⁶¹.

Teniendo en cuenta esta proporción geométrica, la justicia distributiva tiene por objeto repartir proporcionalmente las cosas comunes, ya sea cargas, deudas, bienes, funciones o servicios. Ahora bien, cabe preguntarse ¿cómo se determina o mide la proporcionalidad del reparto? Al respecto se ha sostenido que la proporcionalidad no se basa siempre en el mismo criterio, dependiendo éste de la finalidad de la distribución. Por tanto, “... lo proporcionado o adecuado a cada titular en las distribuciones es aquella parte de los bienes a repartir que corresponde a su posición y relación respecto a la finalidad del reparto...”⁶². Así por ejemplo, si la finalidad de la distribución es satisfacer las necesidades educativas de la población, no será igual la educación que se brinde a un niño de cinco años que la que se imparta a un adolescente de trece, no obstante existir entre ellas una relación de igualdad geométrica, por cuanto el preescolar es al

⁶¹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 59, a. 2, nueva versión sobre el texto latino, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987.

⁶² HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit, p. 221. La relevancia de la finalidad de la distribución es puesta de relieve por Aristóteles, afirmando mediante un ejemplo que, entre flautistas “... no hay razón para dar más o mejores flautas a los de mejor linaje, pues no por esto tocarán mejor, sino que los mejores instrumentos deben darse a quien sobresale en la ejecución” (ARISTÓTELES, *Política...*, ob. cit., libro quinto, p. 210).

niño de cinco años lo que la educación general básica es al adolescente de trece⁶³.

Se han señalado diversidad de criterios para regir la distribución de las cosas comunes. En tal sentido, Finnis sostiene que "... con respecto a la realización de los bienes humanos básicos, hasta un cierto nivel mínimo para cada miembro de la comunidad, el criterio principal es la *necesidad*. (...) un segundo criterio de distribución justa es la *función*, es decir la necesidad respecto no directamente del bien humano básico sino de los roles y responsabilidades en la comunidad"⁶⁴. En tercer lugar señala la *capacidad*, "... respecto no sólo de los roles en las empresas comunes sino también de las oportunidades para el progreso individual"⁶⁵. Considera también como criterio de distribución a los *méritos* y los *aportes*, "...sea que deriven del sacrificio propio o del uso meritorio del esfuerzo y la habilidad..."⁶⁶; para finalizar sosteniendo que "... en la distribución de los costos y las pérdidas de la empresa común lo equitativo dependerá a menudo de si algunas partes han *creado* o al menos *previsto y aceptado riesgos evitables* mientras que otras ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos o de evitarlos o de asegurarse contra ellos..."⁶⁷.

⁶³ Otro ejemplo de justicia distributiva puesto por Finnis es el de la quiebra, pues al dividir la propiedad del deudor entre sus acreedores, el derecho de quiebras utiliza más de un criterio de justicia distributiva (cfr. FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., pp. 216-221).

⁶⁴ FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 203.

⁶⁵ Ídem, p. 204

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*. Finnis aclara que el problema de la distribución de los riesgos resulta familiar para los juristas y es pasado por alto por los filósofos, preguntándose si quizás por eso carece de una denominación breve adecuada. Hervada, por su parte, menciona cinco criterios de distribución: la condición, la función, la capaci-

La justicia distributiva no rige únicamente los deberes del Estado o del todo social para con las partes, sino que "...cualquiera que esté a cargo de una parte del 'acervo común' tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes, pues los bienes de esta tierra han de ser explotados y utilizados para el bien de todos"⁶⁸.

En un primer momento, y de acuerdo a lo expuesto con relación a la justicia distributiva, pareciera que ésta no se identifica con la igualdad, puesto que exige "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", en otros términos, diferenciar según criterios determinados por la finalidad del reparto. Ante tal objeción, se ha afirmado que "su genuino sentido es: tratar igual a todos, esto es, dar trato igual a iguales y desiguales, sólo que el trato igual a los desiguales quiere decir tratarlos igualmente según la proporción geométrica, que es la igualdad que les corresponde"⁶⁹.

Por otro lado, la igualdad aritmética es propia de la justicia correctiva o conmutativa, la que exige "... igualar cosa a cosa, de suerte que cuando éste tiene más que lo que es suyo, de lo que es de otro, tanto debe dar a aquel a quien pertenece. Y así tiene lugar la igualdad según el medio aritmético, que se considera según igual exceso de la cantidad; como cinco es medio entre seis y cuatro, pues excede y es excedido en la unidad"⁷⁰. Esta forma de justicia "... dirige los cambios que pueden ser considerados entre dos personas. De los cuales unos son involuntarios y otros voluntarios"⁷¹. Estos últimos se

dad, la aportación a la sociedad y la necesidad (cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit., pp. 222-224).

⁶⁸ FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 214.

⁶⁹ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit., pp. 220.

⁷⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, ob. cit., II-II, q. 59, a. 2.

⁷¹ *Ídem*, a. 3.

dan cuando uno transmite una cosa a otro de modo voluntario, tal es el caso de los contratos. Mientras que los cambios involuntarios son los que suceden con los hechos ilícitos, por ejemplo, “...como cuando un hombre “trata con” otro robándole, asesinándole o difamándole”⁷².

Asimismo, la justicia conmutativa no atiende a la condición de los sujetos que intervienen en la relación, corrigiendo “... la desproporción o desmesura —en más o en menos— entre lo que se debe y lo que se da...”⁷³, exigiendo una igualdad aritmética entre lo que se da y lo que se recibe, entre el daño causado y la reparación debida.

No obstante la posibilidad de distinguir entre ambas formas de justicia particular, cabe destacar que, tal como lo señala Villey “... todo asunto concreto representa más bien una mezcla de conmutación y de distribución. ¿Tengo que valorar el salario debido a un zapatero por su trabajo? La hora de trabajo del zapatero no vale lo que la de un ingeniero. Una vez más nos vemos obligados a tener en cuenta las personas”⁷⁴. Lo mismo sucede —entre otros muchos supuestos— con respecto a las relaciones jurídicas laborales, en las que si bien se contempla la igualdad aritmética de las prestaciones que intercambian el empleador y el empleado, se pone especial atención a la diferente condición de las personas, sujetos de la relación jurídica, recayendo sobre el empleador obligaciones más gravosas desde el punto de vista monetario atento a una supuesta mayor capacidad económica.

⁷² FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 207.

⁷³ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas...*, p. 226.

⁷⁴ VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*, trad. de Diorki, revisión de la trad. J. Valdés y M. Valdés, E.U.N.S.A., Pamplona, 1979, p. 92-93.

Concordando con lo señalado por Villey, Finnis afirma que “muchas acciones son a la vez distributiva y conmutativamente justas (o injustas)”⁷⁵. Es más, “... puede haber campos del derecho respecto de los cuales es difícil decir (o al menos es una cuestión de interpretación controvertida) si las reglas están pensadas para asegurar la justicia distributiva o, más bien, la conmutativa. El derecho moderno sobre responsabilidad civil por lesiones personales no intencionadas es un campo de este tipo, y lo es asimismo, quizás, el derecho moderno sobre la imposibilidad de cumplir los contratos (*frustration of contract*)”⁷⁶. Por otro lado, las situaciones de emergencia económica suelen producir que relaciones regidas por la justicia conmutativa pasen a estarlo por la distributiva⁷⁷.

De las consideraciones vertidas puede concluirse que existe una intrínseca relación entre la justicia y la igualdad, lo que proporciona al principio constitucional bajo estudio un sentido fuerte de obligatoriedad y una amplia legitimación, pues el mandato de tratamiento igual constituye una exigencia impuesta por la misma justicia.

3. EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La igualdad ante la ley se conecta históricamente con el concepto griego de *isonomía*, por el que se quería significar la igualdad de

⁷⁵ FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 208.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cfr. al respecto CIANCIARDO, J., “La teoría de la justicia ante las situaciones de emergencia económica”, en AAVV, *Estudios en homenaje al Prof. Osvaldo Gómez Leo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, en prensa, *passim*.



las leyes para toda clase de personas⁷⁸. “Al concepto griego de *isonomía*, corresponde, guardando algunas diferencias, el concepto romano de *aequabilitas* como sinónimo de generalidad y certeza de la ley, y como límite al poder discrecional de la autoridad (...). Después de la decadencia del concepto griego de *isonomía* o romano de *aequabilitas* —recobrados parcialmente en la Inglaterra de los siglos XV a XVII— la idea de igualdad ante la ley se desdibujó durante varias centurias. (...) Fue en el siglo XVII que los ingleses iniciaron una lucha por recuperar el sentido originario de la igualdad ante la ley (leyes iguales para todos)...”⁷⁹; mediante las disputas del Parlamento con la monarquía, pero no fue una igualdad para todos los ingleses, por cuanto algunos derechos del *Bill of Rights*, de 1688, sólo se reconocieron para los súbditos protestantes —como por ejemplo, el derecho de portar armas—⁸⁰.

Con posterioridad al *Bill of Rights*, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 constituye un hito histórico fundamental en lo que respecta al principio de igualdad, puesto que es allí donde se proclamó como verdad evidente que “todos los hombres son creados iguales”. Asimismo, unos años después, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 consagró la igualdad de todos los seres humanos frente a la ley⁸¹.

⁷⁸ Cfr. PIZA ROCAFORT, R., *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*, Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica, 1997, p. 15.

⁷⁹ PIZA ROCAFORT, R., *Igualdad de derechos...*, ob. cit., pp. 16-17.

⁸⁰ Cfr. *ibidem*, p. 18.

⁸¹ El artículo 1 estableció que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común”. El artículo 6 decía: “La ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Puesto que todos los hombres son iguales ante sus ojos -

Conforme lo señala Bobbio, “el blanco principal de la afirmación de que todos son iguales frente a la ley es el Estado de órdenes o de castas; el Estado en el que los ciudadanos están divididos en categorías jurídicas diversas y distintas; dispuestas en un orden jerárquico rígido, de ahí que las superiores tengan privilegios que las inferiores no tienen, mientras que éstas tienen cargas de las que aquéllas están exentas; el paso del Estado estamental al Estado liberal burgués aparece claro para quien tome en consideración la diferencia entre el Código prusiano de 1794 —que contempla tres órdenes en que queda dividida la sociedad civil, los campesinos, los burgueses y la nobleza— y el Código napoleónico de 1804, donde sólo hay ciudadanos”⁸².

La concepción de la igualdad ante la ley presente en la ideología de la Revolución Francesa y en el instrumento jurídico que la proclamó, se corresponde con la idea de ley en cuanto norma general y abstracta, sin excepciones, igual para todos en su aplicación; pero respecto de la cual el legislador tiene total libertad para dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca⁸³. En otros términos, el principio de igualdad del Estado burgués no impuso restricciones en los criterios escogidos por el creador de la norma para clasificar —salvo las diferencias propias de la sociedad

los de la ley, todos son igualmente admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las que resultan de sus virtudes o sus capacidades”.

⁸² BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, ob. cit., pp. 72-73. La frase final del Preámbulo a la Constitución francesa de 1791 revela el significado del principio de igualdad ante la ley y la abolición del Estado de órdenes o castas: “Ya no existe para parte alguna de la Nación, ni para ningún individuo, ningún privilegio o excepción al derecho común de todos los franceses”.

⁸³ Cfr. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia...”, ob. cit., p. 621.

estamental—, y en modo alguno se puede hacer derivar de él una pretensión jurídica frente al legislador, sino más bien el deber de los órganos estatales de aplicar las leyes sin acepción de personas⁸⁴. Desde esta perspectiva, el principio de igualdad ante la ley sólo se presentaba como una exigencia de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales, confundándose con el principio de legalidad en tanto impone la sumisión del juez y de la Administración a la ley.

La concepción de la igualdad como límite al legislador se introduce por primera vez en el Derecho continental europeo con la Constitución Alemana de 1919, la que proclama en el artículo 119.1 que “todos los alemanes son iguales ante la ley”. Tras la segunda guerra mundial, “... las tesis de Leibholz triunfaron en toda línea, sobre todo por la conversión de la igualdad en un derecho fundamental, vinculante para el legislador. Así lo establece claramente el artículo 1.3. de la Ley Fundamental de Bonn y así se desprende de la doctrina y jurisprudencia constitucionales alemanas. Y tras ellas, llegaron a las mismas conclusiones la Corte Constitucional italiana, el Tribunal de Estrasburgo y nuestro propio Tribunal Constitucional”⁸⁵.

En el ámbito del Derecho constitucional americano el reconocimiento del principio de igualdad como límite frente al legislador fue anterior al europeo. Así, la Constitución argentina de 1853 plasmó en su artículo 16 el principio de igualdad de todos los habitantes ante la ley, la igualdad como base del impuesto y de las cargas públicas, la admisión en los empleos sin otra condición que la idoneidad y la prohibición de toda prerrogativa de sangre, nacimiento,

⁸⁴ Cfr. ídem, p. 622.

⁸⁵ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, N° 84, abril-junio 1994, p. 269.

fueros personales o títulos de nobleza; en su artículo 15 abolió la esclavitud y en el 20 consagró la igualdad de derechos civiles entre argentinos y extranjeros. En el Derecho estadounidense, es recién en 1870 cuando se incorporaron las enmiendas décimotercera a decimoquinta de la Constitución federal, estableciéndose cláusulas específicas de no discriminación por razón de raza o servidumbre, y la consagración de la igual protección de las leyes⁸⁶.

4. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

De modo casi unánime se ha reconocido que el principio de igualdad posee dos dimensiones: igualdad formal, jurídica o *de iure* e igualdad material, sustancial o de hecho, sin que "... ello sea óbice para reconocer el carácter unitario y dinámico de la igualdad, como valor y principio ético, político y jurídico que presenta dos vertientes, pero que no son incompatibles, sino complementarias entre sí"⁸⁷.

⁸⁶ La enmienda 13 de la Constitución estadounidense establece: "Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, con excepción de los casos en que ésta sea impuesta como castigo por delitos de los cuales el interesado haya sido debidamente convicto, podrán existir ni en los Estados Unidos ni en lugar alguno que se encuentre bajo la jurisdicción de éstos". La enmienda 14 dispone: (...) Ningún Estado (...) podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes". Finalmente, la enmienda 15 prescribe: "El derecho de voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no puede ser negado o constreñido por los Estados Unidos o por ninguno de los Estados por motivos de raza, color o antecedentes de servidumbre".

⁸⁷ FERNÁNDEZ RUIZ - GÁLVEZ, M. E., "¿Podemos invocar la igualdad en contra de la igualdad?", *Humana Iura*, N° 45, p. 222. La autora señala que en esta línea se encuentran, entre otros, Pérez Luño, 1981, pp. 274-275; Ferrajoli, 1990, p. 947 y ss.; Ruiz Miguel, 1994, pp. 86-87.

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 discriminaciones 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 humanos⁸⁸. Esta última faceta constituye una concreción material de la primera, pues implica que cuando el creador de la norma conceda a algunos seres humanos y deniegue a otros el goce de uno o más derechos humanos, incurrirá en una discriminación irrazonable.

La igualdad de hecho atiende a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente 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, como así 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.

4.1. Exigencias del principio de igualdad *de iure*

El denominado principio de igualdad formal, jurídica o *de iure*, se encuentra consagrado en la mayor parte de las Constituciones de los Estados democráticos y en los Tratados Internacionales de Dere-

⁸⁸ Sobre las distinciones entre igualdad en la ley, frente a la ley y de derechos, cfr. BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, pp. 70-76. Cabe aclarar que Bobbio no utiliza el concepto “derechos humanos”, sino “derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”.

chos Humanos mediante formulaciones diversas, pero semejantes entre sí⁸⁹. Dicho principio, teniendo en cuenta tales formulaciones, podría ser expresado mediante la siguiente proposición:

⁸⁹ El artículo 16 de la Constitución argentina establece: “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”. La enmienda decimocuarta de la Constitución estadounidense prescribe: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residen. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”. El artículo 3 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana establece: “1. Todos los hombres son iguales ante la ley. 2. Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni privilegiado en consideración a su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria y origen, creencias o concepciones religiosas o políticas”. El artículo 3., primer párrafo, de la Constitución de Italia prescribe: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condición social o personal”. El artículo 14 de la Constitución española dice: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama en su artículo 7 que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24, prescribe: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 26 que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y

“Todos los hombres son iguales ante la ley”

De una interpretación literal de la máxima enunciada, ateniéndose pura y exclusivamente al significado gramatical de sus términos, surgiría que la igualdad ante la ley se traduce en el hecho de que todos los hombres se hallan igualmente sometidos a ella, en otras palabras, que “... la ley es igual para todos”⁹⁰. Por tanto, ésta ha de aplicarse, sin distinción alguna, a toda persona cuya situación esté contemplada como supuesto de hecho, antecedente o condicionante de la norma legal. Así, dicha interpretación no hace más que reforzar “... la vinculación de los órganos de aplicación del derecho a las normas dictadas por el legislador, sin establecer exigencias de algún tipo con respecto al contenido de estas normas, es decir, sin vincular al legislador”⁹¹. Con relación a ello, se ha afirmado que “... el principio de igualdad ante la ley existe en la medida en que la relación jurídica entre antecedente y consecuente (o sea, la imputación de la consecuencia jurídica al supuesto de hecho) establecida en una norma jurídica general, sea respetada al nivel de la aplicación de ésta a los casos concretos...”⁹².

La interpretación gramatical resulta insuficiente, pues en tal caso el legislador se hallaría facultado para efectuar cualquier tipo de

efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁹⁰ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, ob. cit., p. 71.

⁹¹ 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, p. 383.

⁹² PETZOLD-PERNÍA, H., “Algunas notas sobre la noción de justicia de Chäim Perelman”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, t. 3, p. 214.

discriminación, creando categorías de personas, sin que sea posible someter tales clasificaciones a un control de constitucionalidad, lo que supone, como más adelante se expondrá, un control de razonabilidad. Además, es preciso tener en cuenta cuál ha sido el objetivo por el que dicho principio mereció consagración en numerosos instrumentos jurídicos de la cultura occidental. En efecto, tal como se expuso precedentemente, ella obedeció al paso del estado estamental al estado liberal burgués, con el objetivo de eliminar las categorías dispuestas en un orden jerárquico rígido⁹³. Del mismo texto del artículo 16 de la Constitución argentina surge que la igualdad ante la ley a la que éste se refiere no admite prerrogativas de sangre; ni de nacimiento y prohíbe los fueros personales y títulos de nobleza; en otros términos, la Constitución argentina condena aquellas categorías propias de un estado estamental o de castas.

Cabe concluir entonces, que el principio de igualdad ante la ley implica una exigencia de igualdad frente a la ley —o sea, en su aplicación, puesto que todos se hallan igualmente sometidos a ella—; como así también una exigencia de igualdad en la ley. Por tanto, el principio de igualdad se transforma en un mandato que impone al Estado el deber de respetarlo tanto en la formulación como en la aplicación de las normas. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, el que ha sostenido que: “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que (...) se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria. En otro plano, en el de la

⁹³ Cfr. BOBBIO, N., *Igualdad y libertad...*, ob. cit., p. 72.

aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación...”⁹⁴, “... e impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”⁹⁵.

Del principio de igualdad en la ley o en las normas jurídicas generales, se deriva el principio de igualdad de derechos, entendiendo por ellos a los derechos humanos, los que, tal como se desarrollará en el epígrafe 4.1.2., deben ser reconocidos por igual a todos los seres humanos en razón de su sola condición de tales, por lo que la introducción de criterios diferenciadores por los que se deniegue a algunos seres humanos el goce de tales derechos implicaría en todo caso un supuesto de discriminación arbitraria o irrazonable.

4.1.1. Igualdad en la norma jurídica general

La determinación del contenido y las implicancias de la máxima de igualdad en la formulación de las normas jurídicas generales ha sido en gran parte obra de la jurisprudencia constitucional de diversos Estados, presentando, no obstante algunas diferencias, notables coincidencias, lo que de alguna manera demuestra la vocación universal del principio de igualdad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han señalado que el principio de igualdad exige equiparar y diferenciar; por ello, por una parte, no toda discriminación puede considerarse viola-

⁹⁴ STC 144/1988. Todas las sentencias se citan de la página web oficial del Tribunal Constitucional Español <http://www.tribunalconstitucional.es/>

⁹⁵ STC 49/1982.

toria de dicho principio, y por otra, un tratamiento igualitario, que ignore diferencias relevantes, puede constituir una injusta discriminación. Es más, en numerosos casos, el principio constitucional bajo estudio admite tanto equiparar como diferenciar, existiendo al respecto libertad de configuración para el legislador. Ello, por cuanto, tal como se desarrollará en los capítulos subsiguientes, los problemas que plantea la aplicación del principio de igualdad implican en última instancia problemas de justicia distributiva o conmutativa, o sea, problemas de distribución de recursos, oportunidades, beneficios, roles, cargos, responsabilidades, impuestos y cargas o bien problemas que surgen en las relaciones y tratos entre individuos y/o entre grupos. Con respecto a estos problemas pueden existir una gama de respuestas razonables⁹⁶, y no siempre y en todos los casos una única respuesta correcta, rigiendo dentro de la gama de respuestas razonables el principio de libertad de configuración del legislador.

En este sentido, la Corte Suprema argentina ha sostenido que el artículo 16 de la Constitución no impone una rígida igualdad, entregando a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación⁹⁷. Conforme a esta doctrina, “el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común”⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 196.

⁹⁷ Cfr. Fallos 115:111(1911); 138:313 (1923); 182:355 (1938); 236:168 (1956); 238:60 (1957); 251:21 (1961); 251:53 (1961); 263:545 (1965); 288:275 (1974); 290:356 (1974); 295:585 (1976); 313:410 (1990); 315:1190 (1990); 320:1166 (1997), entre muchos otros.

⁹⁸ Fallos 322:2701 (1999).

Ahora bien, cabe aclarar que para la Corte Suprema la libertad de configuración de que goza el legislador no es absoluta, pues está limitada por la exigencia de que tales distinciones sean razonables, por la ausencia de arbitrariedad, indebido privilegio, propósitos de hostilidad o persecución contra determinadas clases o personas⁹⁹. Del mismo modo, el TC ha sostenido que para que las diferencias normativas puedan considerarse conformes con el artículo 14 CE, resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable¹⁰⁰. Desde la visión del Tribunal Constitucional Federal, "... la cláusula general de igualdad (Artículo 3 (I)) prohíbe las clasificaciones arbitrarias o irrazonables"¹⁰¹. Así también, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, "... ha considerado que la igual protección demanda razonabilidad en las clasificaciones administrativas y legislativas"¹⁰². Es más, para la jurisprudencia constitucional argentina, estadounidense e italiana, el principio de igualdad en la ley no sólo implica que el creador de la norma jurídica general no pueda introducir diferenciaciones irrazonables, sino que también exige que situaciones desiguales no sean tratadas de modo

⁹⁹ Cfr. Fallos 182:355 (1938); 238:60 (1957); 249:596 (1961); 264:185 (1966); 289:197 (1974); 290:245 (1974); 292:160 (1975); 294:119 (1976); 318:1877 (1995), entre muchos otros.

¹⁰⁰ Cfr. STC 2-VII-1981; STC 75/1983; STC 261/1988; STC 28/1992; STC 229/1992 y STC 186/2004.

¹⁰¹ KOMMERS, D. P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, second edition, Duke University Press, Durham and London, 1997, p. 290.

¹⁰² TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2th edition, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988, p. 1439. Cfr. 404 U.S. 71 (1971); 410 U.S. 356, 359 (1973); 501 U.S. 452, 471 (1991), entre muchos otros.

igual por el legislador, estando obligado en tales casos a efectuar un tratamiento desigual¹⁰³.

La exigencia de que las distinciones normativas sean razonables, vincula al principio de igualdad con el de razonabilidad, transformándose el juicio de igualdad constitucional en un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas. En este sentido, se ha

¹⁰³ Para la Corte Suprema argentina, el principio de igualdad resultaría vulnerado “... si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes” (Fallos 327:4495[2004]). Según la Corte Suprema de Estados Unidos, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales (*Jenes vs. Fortson*, 403 U.S. 431, [1971]). La Corte Constitucional italiana ha sostenido que “... el principio de igualdad también se viola si situaciones desiguales reciben un trato normativamente igual...” (SUAY RINCON, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985, p. 52). En este sentido, se ha pronunciado la sentencia 119/76 —entre muchas otras—, por la que se juzgó la obligatoriedad del reformatorio para los menores de catorce años cuando hubieren cometido un delito culposo particularmente grave. Al respecto, la Corte sostuvo que ello “... supone una indiscriminada presunción de peligrosidad social, sin tomar en consideración las relevantes diferencias existentes entre las variadas edades, todo lo cual priva de fundamento a la norma impugnada” (citada por SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional...*, ob. cit., p. 53, el autor también menciona las siguientes sentencias: 99/65; 22 y 81/66; 119/69; 14/71; 93/72; 36/73). De modo contrario a la jurisprudencia citada, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto en forma reiterada que “el art. 14 C.E. reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones o diferenciaciones carentes de justificación objetiva y razonable, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, esto es el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato (STC 52/1987, fundamento jurídico 3.; 136/1987, fundamento jurídico 6.; 48/1989, fundamento jurídico 5.). Por consiguiente, siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (SSTC 86/1985, fundamento jurídico 3., y 19/1988, fundamento jurídico 6.), la supuesta quiebra del principio de igualdad que se aduce por este motivo debe ser, asimismo, rechazada”. (STC 308/1994. En igual sentido se pronunció en las STC 150/1991, 166/1996 y 36/1999).

afirmado que “... la estructura misma del juicio de igualdad no puede sino conducir a una valoración también en términos de razonabilidad”¹⁰⁴. El problema consiste en determinar cuando un criterio es razonable a los fines de diferenciar o equiparar, para lo cual será necesario estudiar al principio de igualdad en perspectiva dinámica—lo que se realizará en los capítulos 2, 3 y 4—, remitiéndose a la jurisprudencia constitucional con el objeto de examinar los parámetros de control de razonabilidad de las distinciones normativas empleados en los casos donde se planteó la violación de dicho principio, formulando un análisis crítico de los criterios utilizados jurisprudencialmente y proponiendo asimismo otras vías de fundamentación.

4.1.2. Igualdad de derechos

La igualdad de derechos significa que todos los hombres son titulares de los denominados derechos humanos, a los que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Un principio fundamental de los derechos humanos es que ellos “...no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso (...), las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente que los posee todo hombre con independencia de cualquier condición”¹⁰⁵. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) expresa que “los Estados americanos han reco-

¹⁰⁴ VIOLA, F., “Prólogo”, CIANCIARDO J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 12.

¹⁰⁵ HERVADA, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho”, en *El iusnaturalismo actual...*, ob. cit., pp. 120-121.

nocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Esta idea es reiterada por la Convención Americana de Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José de Costa Rica (1969). En igual sentido, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos (1966) declara que los derechos allí reconocidos “... se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”.

Paradójicamente, esta igualdad de derechos que se proclama en las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos no se ve reflejada en la realidad de los hechos y de los órdenes jurídicos nacionales, donde en nombre de un mal entendido ejercicio de los derechos de libertad “... se pretende incluida la violación del derecho a existir de determinados grupos de seres humanos. (...) Lo que está en juego es precisamente el reconocimiento de la universalidad de los derechos, y de la común naturaleza que les sirve de fundamento. Negar la universalidad de los derechos, anteponiendo la libertad y el bienestar de unos a la vida de otros, precisamente de los débiles, equivale a negar la igualdad y a introducir categorías entre los seres humanos”¹⁰⁶. Esta igualdad de derechos internacionalmente proclamada es negada a los seres humanos más débiles e indefensos, tales como los ya concebidos pero aún no nacidos y los enfermos o ancianos en su fase terminal, privándolos del derecho a la vida, y como consecuencia, de los restantes derechos humanos. Esta “...supresión de la universalidad del reconocimiento de los derechos humanos, más concretamente en el del derecho a conservar la vida, significa la desaparición del derecho como tal y su sustitución por la violencia. Representa la forma más radical de injusticia, en el doble sentido de

¹⁰⁶ SERNA, P., “El derecho a la vida...”, ob. cit., pp. 25-26.

trato desigual y de trato inadecuado, antinatural, respecto de las exigencias del ser del hombre”¹⁰⁷.

Las violaciones del igual derecho a vivir en la etapa inicial de la existencia humana, pretenden justificarse denegando el carácter de personas a los seres humanos no nacidos y ya concebidos. Como no es posible negar desde el punto de vista genético y biológico que el óvulo fecundado da origen a otro ser diferente de la mujer que lo concibe, y que pertenece a la especie humana, se han elaborado categorías filosófico-jurídicas que intentan escindir los conceptos de persona y de ser humano, fundando el primero en características o funciones que admiten grados, por lo que la ausencia de alguna de ellas —según la teoría a la que se adhiera— priva al ser humano de la condición de persona¹⁰⁸. En respuesta a tales concepciones, se ha sostenido acertadamente que “... ser persona no es una determinación cualitativa (...) Es esencial para la naturaleza humana el ser poseído por una persona, es decir, por un alguien (...) La personalidad no es de ninguna manera un estado de cosas cualitativo, describable por medio de determinados predicados, sino que determinados estados de cosas descriptibles cualitativamente constituyen para nosotros signos por los que las personas se dan a conocer (...) No podemos entender la persona como consecuencia de los estados actuales de conciencia de un hombre. La persona es el hombre mismo, no un

¹⁰⁷ Ídem, p. 33.

¹⁰⁸ Entre las características que se han señalado como definitorias de la condición de persona, pueden mencionarse la autoconciencia, la racionalidad, el discernimiento moral o los estados mentales psicológicos conscientes. Una reseña de las diferentes teorías acerca de lo que ha de entenderse por persona puede verse en POSSENTI, V., “¿Es el embrión persona? Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en SERNA, P. y MASSINI, C., *El derecho a la vida...*, ob. cit., pp. 111-146.

estado determinado de un hombre”¹⁰⁹. Cualquier criterio que pretenda imponerse otorgando el calificativo de personas a un grupo de seres humanos por la capacidad de realizar ciertas funciones o por la posesión de determinados caracteres accidentales, implica la exclusión de otro grupo de seres humanos, precisamente los más débiles y vulnerables, los que no tienen voz ni fuerza en el proceso político para defender sus derechos frente a la voluntad de la mayoría¹¹⁰.

Acertadamente se ha señalado que, “... los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que, aunque se fundamenten en el carácter de persona del ser humano, se deben reconocer para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional”¹¹¹. Cuando se niega la igualdad de los débiles en la titularidad de los derechos humanos —entre ellos el derecho a la vida— y se antepone la libertad de los fuertes, se introduce “... el criterio de la fuerza como patrón de convivencia, que es exactamente lo contrario a una comunidad política que se organiza sobre el respeto al Derecho”¹¹².

¹⁰⁹ SPAEMANN, R., “¿Son todos los hombres personas?”, <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/Default.aspx?aid=162>, de fecha 18-04-2002.

¹¹⁰ Advirtiendo la situación de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentran las personas por nacer, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en su preámbulo que “... el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales tanto antes como después de su nacimiento...”.

¹¹¹ SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, 1989, p. 50.

¹¹² SERNA, P., “El derecho a la vida...”, ob. cit., p. 29.

Todo hombre tiene derecho a ser reconocido como persona, como sujeto de derechos. En efecto, “... ser persona en sentido jurídico es pre-existente a toda ley positiva, la personalidad jurídica debe reconocerse a todo ser humano independientemente de su condición —también la de nacido o no nacido— y allí donde no se reconozca personalidad jurídica a un ser humano —cualquiera sea su raza o casta, haya nacido o no nacido, o cualquiera otra condición— se comete injusticia”¹¹³. Compartiendo lo expuesto, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —norma que es reproducida por el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— expresa que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, por tanto todo hombre tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley y como consecuencia de ello es titular de los derechos humanos en razón de su misma hominidad y con independencia de cualquier otra condición. En igual sentido, la Declaración Americana de Derechos Humanos, en su artículo 17, establece que “la personalidad jurídica jamás puede estar escindida del ser humano”.

La falta de reconocimiento por parte del orden jurídico del carácter de personas a determinados grupos de seres humanos —como son los ya concebidos pero aún no nacidos, los enfermos terminales, los privados de la autoconciencia —, y la consiguiente denegación de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida, supone una violación del principio de igualdad *de iure*, en tanto implica efectuar clasificaciones o categorías entre seres humanos, sobre la base de criterios arbitrariamente escogidos¹¹⁴, los que merecen ser calificados,

¹¹³ HERVADA, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 122.

¹¹⁴ Los criterios propuestos para asignar el carácter de persona a un ser humano han sido brevemente referenciados en la nota 128.



parafraseando a la jurisprudencia estadounidense, como verdaderamente sospechosos y cuyo común denominador es la situación de indefensión y vulnerabilidad en que tales seres humanos se encuentran.

4.1.3. Igualdad en la aplicación de la norma jurídica general

No se pretende en el presente trabajo abordar la problemática que suscita determinar el alcance del principio de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, sino tan solo dejar planteadas las aporías a las que el mismo conduce, así como las diversas posiciones existentes tanto en la jurisprudencia como en la doctrina sobre dicha cuestión.

El común denominador de la igualdad en la aplicación de las normas con la igualdad en la formulación de las normas jurídicas, reside en que ambas presentan la misma exigencia: "... que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente"¹¹⁵.

El principio de igualdad en la aplicación de la ley presupone, entre otras cosas, el rechazo de la teoría mecanicista, según la cual la tarea de aplicación de las normas consiste en subsumir el caso en el supuesto de hecho, sin necesidad de efectuar una labor de interpretación valorativa¹¹⁶. Desde la perspectiva de la teoría mecanicista o

¹¹⁵ RUIZ MIGUEL, A., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 184.

¹¹⁶ Según Bobbio, el positivismo jurídico como teoría postula la tesis de la interpretación lógica o mecanicista del derecho, por la que se hace prevalecer en la actividad del jurista el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del derecho. Así, se concibe "... la actividad de la jurisprudencia no como algo destinado

de la subsunción, el principio de igualdad ante la ley se confundiría con el de legalidad, pues constituiría la sola exigencia de cumplir con lo impuesto en las normas jurídicas generales. En efecto, “si las leyes sólo fueran susceptibles de una interpretación única, si no dejaran a quien ha de aplicarlas margen alguno de libertad para la apreciación de los hechos, ni utilizaran conceptos indeterminados, ni otorgaran discrecionalidad alguna en cuanto a la oportunidad de su aplicación, la garantía de la igualdad se confundiría en buena medida con la de la legalidad”¹¹⁷. En otros términos, el reconocimiento del principio de igualdad en la aplicación de las normas implica asumir que tanto el juez como la administración, si bien dentro de límites más estrechos que los impuestos al legislador, ejercen un poder de creación jurídica en la tarea de aplicación de la ley a través de las sentencias y de los reglamentos.

El principio de igualdad en la aplicación de la ley vincula tanto al juez como a la administración, si bien esta última se encuentra sujeta al control del Poder Judicial. La jurisprudencia constitucional argentina —a diferencia de la española¹¹⁸— no ha reconocido esta exigencia o faceta del principio de igualdad, habiendo resuelto en forma reiterada que no se configura violación alguna al principio constitucional de igualdad ante la ley cuando la supuesta desigualdad no resulta del texto mismo de la norma sino que deriva de la aplica-

a producir, sino a reproducir el Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas” (BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli Editore, Turin. Se cita de la ed. en castellano: *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 216).

¹¹⁷ RUBIO LLORENDE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 50.

¹¹⁸ Cfr. STC 49/1982; 144/1988; 73/1989 y 90/1994.

ción o interpretación que de ella se habría efectuado, ya sea por la administración o por los jueces¹¹⁹. Con relación a diversas interpre-

¹¹⁹ Cfr. Fallos 237:239 (1957); 237:266 (1957); 297:480 (1977); 316:1993 (1993). Excepcionalmente la Corte Suprema ha admitido planteos de inconstitucionalidad fundados en la violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley por parte de la Administración. Garay hace referencia al caso “Villegas” (Fallos 289:185 [1974]), en el que se planteaba como agravio el hecho de que la jubilación se había liquidado en forma desigual a otro caso similar; y a los casos “Madereras Lanín” (Fallos 298:223 [1977]) y “Bagley” (Fallos 290:407 [1974]). En el primero, la Maderera demandó a la Dirección de Parques Nacionales por haber otorgado a otras empresas concesiones y permisos de aprovechamiento forestal dentro del Parque Nacional Lanín y denegado a la Maderera la concesión solicitada —pese a haber realizado previamente un estudio e inventario forestal para determinar la superficie que se le otorgaría en concesión—, con fundamento en el decreto-ley 654/58 que establecía el impedimento de otorgar concesiones o permisos dentro de la zona de Parques Nacionales. La Corte Suprema hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por la actora contra el precitado ente estatal, invocando, entre otros fundamentos, el principio de igualdad de oportunidades para quienes se hallan dentro de una razonable paridad de condiciones. En el caso, estaba en juego la desigual aplicación del decreto-ley 654/58 por parte de la Dirección de Parques Nacionales. En “Bagley”, se hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad por el que se cuestionó la denegación de la Dirección General Impositiva de una exención impositiva previamente reconocida a la empresa Terrabusi (cfr. GARAY, A., *Igualdad ante la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 36).

Con relación a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, pueden mencionarse como excepciones: a) el caso “Levin, José c/Club Centro Obrero y otros” (Fallos 302:315 [1980]), en el que la Corte Suprema hizo lugar al recurso extraordinario planteado por los apoderados de la parte actora, quienes alegaron que la diversa interpretación acordada a una norma legal, violaba las garantías de la igualdad y propiedad, por cuanto el tribunal de alzada, al modificar su composición, sólo hizo lugar a la indexación de los honorarios de los profesionales de la actora hasta la fecha de la regulación, mientras que a los abogados de la demandada se les había reconocido la actualización de sus emolumentos hasta la fecha del pronunciamiento; y b) el caso “Franchi, Héctor L.” (Fallos 313:579 [1990]), en el que la Corte Suprema resolvió que la interpretación de las leyes nacionales N° 18.037 y 22.4301, efectuada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones



taciones jurisprudenciales contradictorias entre sí, sólo ha admitido los recursos planteados cuando el caso revestía interés institucional a la luz de otras garantías, como la defensa en juicio o por configurarse el vicio de arbitrariedad¹²⁰.

En un principio, la doctrina de la Corte Suprema sostuvo que cuando se trata de diferentes Salas del mismo tribunal, "... la decisión discordante sólo es impugnable cuando no se hace explícitamente cargo de los precedentes contradictorios e incurre así en arbitrariedad como se muestra, por ejemplo, en las decisiones recaídas en Da Silva¹²¹, de 1959 y Zaracho¹²², de 1962"¹²³. Posteriormente, variando la doctrina expuesta, el máximo tribunal de la Nación entendió que "... el remedio adecuado para resolver contradicciones de fallos de una Sala con los de otra, no es el recurso extraordinario, sino el recurso de inaplicabilidad de la ley"¹²⁴.

Cuando se trata de apartamiento de precedentes jurisprudenciales provenientes del mismo tribunal, recaídos en la misma causa, la Corte Suprema argentina ha considerado que no se configura una

del Trabajo, creaba una desigualdad entre las personas discapacitadas, al otorgarse a unas la posibilidad de percibir el haber jubilatorio y el de actividad, en los porcentajes establecidos por la reglamentación de la ley 22.431, y a otras una incompatibilidad que desvirtúa los fines de esta norma, que no son otros que alcanzar un mayor nivel de bienestar de los que sufren una disminución física o intelectual.

¹²⁰ Cfr. Fallos 256:94 (1963) y 300:921(1978).

¹²¹ Fallos 244:468 (1959).

¹²² Fallos 252:216 (1962).

¹²³ NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 442.

¹²⁴ SAGÜÉS, N. P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, T. II, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 231. El autor cita expresamente los Fallos 268:135 (1967) y 266:106 (1966), por los que la Corte Suprema abandona el criterio sentado en "Da Silva".

violación del artículo 16 de la Constitución. Ello, con fundamento en que las partes no pueden pretender que “... el juzgador mantenga en forma invariable durante todo el curso del expediente la primera interpretación asignada a una norma. Tal conclusión opera mientras no se demuestre que los jueces hayan actuado de manera irrazonable o discriminatoria (302:315)”¹²⁵. De tal modo, deja abierta la posibilidad de impugnar la sentencia por vulnerar el principio de igualdad, aunque imponiendo la carga de la prueba sobre la parte agraviada.

Así también, “... si un fallo difiere de lo decidido por el mismo juez o tribunal en anteriores decisiones suyas dictadas en otros autos, esa disparidad de criterio o los cambios de jurisprudencia no importa arbitrariedad en lo resuelto¹²⁶, puesto que no rige en nuestro país el criterio del *stare decisis*, propio del *common law*. Un juez, en efecto, tiene pleno derecho a cambiar la doctrina de una causa a otra. Lo que tiñe de arbitrariedad a un veredicto no es que difiera de anteriores pronunciamientos, sino su oposición con lo razonable, según la derivación del derecho vigente, conforme las particularidades de la causa. Lo expuesto no obsta a que si la diferencia de criterio obedece a favoritismos, enconos u otro factor deslegitimante que acredite una conducta dolosa por parte del juez, la sentencia pueda ser invalidada...”¹²⁷.

Coincidiendo con la posición asumida por la Corte Suprema en materia de igualdad en la aplicación judicial de la ley, se ha sostenido que “los problemas atinentes a la jurisprudencia contradictoria entre tribunales pertenecientes a distintas jurisdicciones territoriales, no

¹²⁵ Fallos 302:315 (1980). SAGÜÉS, N. P., *Derecho procesal constitucional...*, ob. cit., p. 231.

¹²⁶ Cfr. Fallos 312:195 (1989); 314:1349(1991), y sus citas; 323:629 (2000); 324:2366 (2001).

¹²⁷ SAGÜÉS, N. P., *Derecho procesal constitucional...*, ob. cit., pp. 252-253.

guardan estrecha vinculación con la garantía de la igualdad ante la ley. Ellos hunden sus raíces, fundamentalmente, en la distribución de competencias entre el Estado Federal y las Provincias, la unidad de la legislación común, la organización de las administraciones de justicia del país, las atribuciones de los jueces y los alcances de la jurisprudencia”¹²⁸. En otros términos, “la uniformidad o unidad de legislación común establecida por el artículo 67, inciso 11, no importa la uniformidad o unidad de la jurisprudencia nacional y provincial. (...) La interpretación y aplicación de las normas relativas al derecho común, les están reservadas a los jueces locales (nacionales y provinciales) y por lo tanto, las eventuales contradicciones que pudieren existir entre sus sentencias ante casos análogos, no es sino una derivación inevitable de aquella reserva y de sus respectivas autonomías, que no comprometen —en términos generales— garantía constitucional alguna”¹²⁹. Admitir la competencia de la Corte Suprema para uniformar la jurisprudencia contradictoria, implicaría transformar el recurso extraordinario en uno ordinario, a través del cual la Corte ejercería funciones de un tribunal de casación¹³⁰.

En oposición a la doctrina de la Corte Suprema con relación al principio de igualdad en la aplicación de la ley, Bidart Campos ha sostenido que “... la igualdad ante la ley que literalmente formula la Constitución conlleva necesariamente, en forma implícita, un ámbito más amplio que el de la igualdad jurídica. Así como hay una igualdad ante la ley expresamente reconocida, hay una igualdad ante la administración, y una igualdad ante la jurisdicción (...) Por ende, si cuando un mismo tribunal o tribunales diferentes aplican o interpretan la misma ley en casos semejantes, de modo opuesto o contra-

¹²⁸ GARAY, A. F., *La igualdad ante la ley...*, ob. cit., p. 125.

¹²⁹ Ídem, p. 122.

¹³⁰ Cfr. idem, p. 125.

dictorio, la jurisprudencia discrepante vulnera la igualdad jurídica, porque el Estado está deparando un trato disímil a justiciables que se hallan en condiciones equivalentes”¹³¹. Es preciso aclarar que, según el autor precitado, sólo la jurisprudencia contradictoria que tiene vigencia simultánea es violatoria de la igualdad, no así aquella que varía en el tiempo, pues “la igualdad no puede valorarse en un continuo temporal sin cortes, porque esos cortes necesarios provienen de nuevas leyes, de nueva jurisprudencia, de nuevas valoraciones, en una palabra, de la fluidez que tiene —y debe tener— el proceso cultural del derecho como realidad social que es”¹³².

En una posición intermedia se ubica Nino, para quien “... cuando el mismo texto es objeto de dos interpretaciones contrapuestas, es como si se aplicaran a los individuos concernidos leyes distintas, no obstante estar en similaridad de circunstancias relevantes, lo que puede vulnerar la garantía de la igualdad si el diferente trato se da en forma relativamente sincrónica por parte del mismo aparato estatal (...). Sin embargo, la garantía de la igualdad no resulta afectada cuando el diferente tratamiento parte de aparatos estatales autónomos; así como esa garantía no resulta afectada, por ejemplo, cuando las Constituciones o leyes de dos provincias tienen normas contrapuestas, tampoco resulta afectada cuando sus tribunales interpretan en forma distinta las mismas normas nacionales de derecho común, (... o) cuando la interpretación diferente de la norma, aún por parte de tribunales pertenecientes al mismo aparato estatal, refleje un análisis valorativo diferente a lo largo del tiempo, como podría

¹³¹ BIDART CAMPOS, G., “Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación”, *El Derecho*, t. 78, pp. 512-513.

¹³² BIDART CAMPOS, G., “La sucesiva mutación del derecho, ¿viola la igualdad?”, *El Derecho*, t. 81, p. 693.

ocurrir con un cambio legislativo, haciéndose cargo del criterio anterior y criticándolo explícitamente”¹³³.

Frente a la objeción según la cual la igualdad en la aplicación de la ley no puede vulnerar el principio de independencia judicial, Nino responde acertadamente que “... es responsabilidad de cada jurisdicción organizar sus instituciones para que no se produzcan inconsistencias sincrónicas que afecten el tratamiento igualitario de los ciudadanos a un mismo tiempo en una misma jurisdicción”¹³⁴.

Conforme se desprende de los desarrollos doctrinales reseñados, el principio de igualdad en la aplicación de las normas da lugar a diversidad de criterios y no resulta en absoluto sencillo garantizar su plena realización, de modo tal que sea posible su armonización con el principio de independencia de los jueces y con el régimen federal de gobierno. Esta multiplicidad de posiciones se refleja también en problemas análogos que se han planteado en el Derecho comparado. Así, el Tribunal Constitucional Español ha receptado en sus sentencias el principio de igualdad en la aplicación de la ley, pero sin derivar de él un mandato de igualdad absoluta, que obligue en todo caso al tratamiento igual de supuestos iguales, por cuanto se afirma que “... ello sería contrario a la propia dinámica jurídica, que se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad aplicada, concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento”¹³⁵. Asimismo, en razón de que se lesionaría la independencia judicial, considerada como un componente esencial de la noción de Estado de Derecho y un principio estructural

¹³³ NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 442-443.

¹³⁴ Ídem, p. 443.

¹³⁵ STC 63/1984, FJ 4.

consagrado por la Constitución española¹³⁶. Es más, “... la posibilidad de modificar el criterio previamente adoptado constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el juez está sujeto a la ley, no al precedente...”¹³⁷.

El alcance que el TC confirió al principio de igualdad en la aplicación de la ley sufrió modificaciones. Así, en un primer momento, fue entendido como “... el que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”¹³⁸. Por tanto, conforme a dicha jurisprudencia, se configuraría una violación de la igualdad en la aplicación de la ley, siempre que concurrieran los siguientes requisitos: a) que las decisiones provengan de un mismo órgano¹³⁹; b) que recaigan sobre supuestos o casos sustancialmente iguales y c) que la decisión que se aparte de la doctrina anterior carezca de una fundamentación suficiente y razonable¹⁴⁰.

Como bien se ha señalado, “... la exigencia de una fundamentación objetiva y razonable de los cambios introducidos en la interpre-

¹³⁶ Cfr. STC 144/1988, FJ 3.

¹³⁷ STC 63/1984.

¹³⁸ STC 49/1982, FJ 2.

¹³⁹ Un mismo órgano judicial es el juzgado o tribunal que, con independencia de los cambios en las personas que lo ocupen, tiene jurisdicción en un determinado territorio y que, en su caso, aún dentro del mismo territorio, forma además colegio independiente. Así, el TC resolvió que dos secciones de la Audiencia Provincial constituyen órganos jurisdiccionales diferentes (cfr. STC 183/1991, FJ 2).

¹⁴⁰ Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, A., JIMÉNEZ BLANCO, G. MAYOR, P. Y OSORIO, L., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1995, p. 75.

tación de una norma, con dispares consecuencias prácticas, empuja a la consolidación de la técnica del precedente. Quizá influido por la rutinaria contraposición entre el sistema codificado y el anglosajón, o tal vez preocupado por la notoria sensibilidad del Poder Judicial ante posibles intromisiones en sus dominios...”¹⁴¹, el Tribunal Constitucional alteró el último de los requisitos especificados en el párrafo precedente como condición para considerar vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, frenando de tal modo una de las tareas más creativas que había asumido y —lo que resulta más negativo— restando coherencia a sus planteamientos sobre el juego del principio de igualdad¹⁴².

Abandonando su primigenia doctrina, y flexibilizando la exigencia de que el cambio de criterio esté sustentado en una justificación objetiva y razonable, el TC sostuvo que “... no siempre que falte la motivación expresa del cambio de criterio ha de entenderse quebrado sin más el principio de igualdad. Puede haber casos en los que de la propia lógica interna de la sentencia, o de datos externos a ella, como podría ser la innovación de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior (...) pueda inferirse con certeza, al menos con relativa seguridad, que el cambio es consciente (...) Bien entendido que como lo naturalmente exigible es la motivación expresa, la tácita sólo podría admitirse cuando se dé respecto de ella ese alto grado de certeza antes invocado”¹⁴³. Este giro jurisprudencial deja de lado la exigencia de que el cambio de criterio sea motivado, otorgando relevancia al hecho de que sea consciente.

¹⁴¹ OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 289.

¹⁴² Cfr. *ibídem*.

¹⁴³ STC 49/1985, FJ 2.

Como crítica a la doctrina reseñada, se ha sostenido que “... nada excluye que un juez de modo consciente y sin incurrir en inadvertencia cambie de criterio sin motivo razonable ni fundamentación objetiva alguna. Si esto pudiera excluirse, el principio de igualdad en la aplicación de la ley perdería sentido, ya que apunta precisamente a salir del paso de cualquier práctica judicial que —por mala fe o impericia— discrimine injustificadamente a algún ciudadano. La conciencia o advertencia, lejos de hacer inocua tal práctica, no haría sino aumentar su gravedad”¹⁴⁴.

En sentencias posteriores, el TC profundizó el abandono de su doctrina originaria, añadiendo que la justificación del cambio de criterio puede ser deducida también “.... de elementos de juicio externos al pronunciamiento recurrido, como puede ser la existencia de otras decisiones del mismo órgano jurisdiccional en el mismo sentido que la recurrida”¹⁴⁵. De tal modo, bastará la sola reiteración de pronunciamientos para considerar justificado el apartamiento de resoluciones dictadas por el mismo órgano.

Como bien se ha señalado, “si se asume coherentemente —como hoy hace la doctrina— la dimensión creativa de la jurisprudencia, no es fácil entender por qué, mientras el Poder Legislativo —con legitimación democrática inmediata— se ve sometido a un control de constitucionalidad, pueda quedar libre de él el Poder Judicial”¹⁴⁶, en lo que respecta al principio de igualdad.

¹⁴⁴ OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos...*, ob. cit., p. 290.

¹⁴⁵ STC 2/1991, FJ 3. En igual sentido cfr. STC 108/1988; 200/1990 y 42/1993.

¹⁴⁶ OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos...*, ob. cit., p. 291. En oposición a lo sostenido por Ollero, otro sector de la doctrina ha considerado que el Tribunal Constitucional Español emprendió un camino equivocado y que su jurisprudencia sobre la igualdad en la aplicación de la ley por los jueces debe ser abandonada, debiendo reconocerse los límites de la jurisdicción constitucional y



4.2. El principio de igualdad de hecho

El principio de igualdad material, real o de hecho complementa al principio de igualdad formal o *de iure*, atendiendo a las condiciones de los sectores o grupos de personas social, cultural, política, o económicamente menos favorecidos, o sea, que se encuentran en una posición de debilidad respecto de tales condiciones. El denominado constitucionalismo social significó la superación de un derecho a la igualdad concebido en su dimensión exclusivamente formal, mediante la incorporación a las Constituciones de los denominados derechos sociales o de segunda generación. Acentuó la función social de los derechos individuales y se preocupó por estructurar un orden social y económico a fin de lograr la remoción de los obstáculos que permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades, un ejercicio real y efectivo de las libertades y derechos subjetivos¹⁴⁷.

Los derechos sociales suponen una intervención correctora de los poderes públicos, evitando que la libertad se convierta en coartada para la explotación de los débiles y la igualdad formal devengue en cobertura ideológica de la desigualdad material¹⁴⁸. “Los derechos sociales han sido introducidos precisamente para enmendar este despropósito; la política social del Estado debe ser, por tanto, un

seguirse la línea trazada en la STC 144/1988, conforme a la cual el recurso de amparo por infracción del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley sólo es admisible cuando quien lo plantea puede ofrecer razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa obedece al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo (cfr. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley” ..., ob. cit., pp. 57 y 58).

¹⁴⁷ Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 1980, p. 348.

¹⁴⁸ Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 26.

agente compensador nivelador que contrarreste (en parte) la dinámica de desigualdad generada por la economía de mercado”¹⁴⁹.

Según Pérez Luño, la igualdad material entendida como igualdad económica o igual división de bienes entre los ciudadanos aparece históricamente mucho antes que la igualdad formal o *de iure*, remontándose a las formaciones sociales primitivas donde existían reglas encaminadas a garantizar una utilización comunitaria de los bienes¹⁵⁰, y al cristianismo de la antigüedad y del medioevo, que proclamó una igualdad radical de todos los hombres, condenó el uso indebido de las riquezas y propulsó la exigencia de que el hombre comparta las cosas que posee con quienes más lo necesitan¹⁵¹.

No resulta posible conceptualizar el principio de igualdad material o de hecho, y menos aún determinar las exigencias que éste plan-

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Al respecto se señala que, “el sistema de un comunismo primitivo se desarrolló en la gens griega, romana, germánica y de la América precolombina” (PÉREZ LUÑO, A. E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 3., 1985, p. 259).

¹⁵¹ Cfr. *idem*, pp. 260-261. Puede citarse como ejemplo la carta de San Pablo a los Gálatas, cuando proclama que: “Todos ustedes son hijos de Dios por la fe en Cristo Jesús (...) Ya no hay diferencia entre quien es judío y quien griego, entre quien es esclavo y quien hombre libre; no se hace diferencia entre hombre y mujer. Pues todos ustedes son uno solo en Cristo Jesús” (Gálatas 3, 26-29). Al respecto, Cotta afirma “estas palabras significan la superación global de toda diferencia posible: de cultura (ni judío ni griego), de situación social (ni esclavo ni hombre libre), de condición natural (ni hombre ni mujer), de religión (también los gentiles son declarados hijos de Abraham, herederos según la promesa). Históricamente no creo que pueda hallarse una innovación más sorprendente y radical en el sentido de la igualdad. Ella supera, me parece, el igualitarismo de los estoicos que no llegaron a borrar la diferencia entre hombre y mujer y que, por lo demás no ha tenido consecuencias históricas parangonables” (COTTA, S., “Né Guideo né Greco, ovvero della possibilità dell’uguaglianza”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N° 3, 1976, 339-340).



tea, sin asumir una determinada teoría de la justicia y del Estado. En forma coincidente se ha señalado que, "... 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"¹⁵²; 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"¹⁵³.

4.2.1. *Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados*

La igualdad material o real ha sido entendida de diversos modos. Así, mientras que para las tendencias liberales ésta ha de expresarse como igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de la personalidad o de los planes de vida, para las teorías de influencia socialista ha de comprender también la igualdad de resultados, esto es, "...la garantía de unos niveles mínimos de bienestar básico para todos con independencia de su contribución directa al proceso productivo o del libre ejercicio de sus capacidades"¹⁵⁴.

La igualdad de oportunidades, que originariamente fue interpretada en sentido negativo o meramente formal, como ausencia de incapacidades, ha ido adquiriendo una significación positiva. Así, la igualdad de oportunidades tiene lugar cuando "... cada miembro de

¹⁵² PÉREZ LUÑO, A. E., "Dimensiones de la igualdad material"..., ob. cit., p. 273.

¹⁵³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 411.

¹⁵⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., "Dimensiones de la igualdad material", ob. cit., p. 275.

una comunidad, sean cuales fueren su cuna, su trabajo o su posición social, posee de hecho —y no sólo formalmente— posibilidades iguales de hacer uso de sus prendas naturales, físicas, morales e intelectuales”¹⁵⁵. De tal modo, lo que se pretende es que el ambiente social no esterilice u obstruya las capacidades de unos y favorezca o estimule las de otros.

Indudablemente la igualdad de oportunidades no garantiza el libre desarrollo de la personalidad si no está acompañada por una igualdad de resultados. El problema reside en determinar en qué aspectos ha de garantizarse una igualdad de resultados o en los puntos de llegada, y es aquí donde otra vez nos encontramos con diferentes respuestas según la teoría del Estado y de la justicia que se sustente.

No obstante las diversas teorías que se han desarrollado al respecto, parece evidente que la igualdad de resultados ha de alcanzarse en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades básicas, tales como la salud, la seguridad social, la vivienda, la educación y la cultura¹⁵⁶, las que se expresan a la manera de derechos fundamentales sociales mínimos, como pueden ser “... el derecho a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica”¹⁵⁷.

De modo similar, Finnis afirma que “con respecto a la realización de los bienes humanos básicos, hasta un cierto nivel mínimo para cada miembro de la comunidad, el criterio principal es la necesidad”¹⁵⁸. El contenido de los bienes humanos básicos se identifica al

¹⁵⁵ TAWNEY, R. H., *La igualdad*, Versión española de Francisco Giner de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 1945, p. 150

¹⁵⁶ Cfr. PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 162.

¹⁵⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 495.

¹⁵⁸ FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 203.

menos en parte con el de las necesidades básicas, aunque es más amplio puesto que constituyen principios pre-morales dotados de una mayor generalidad. Tales bienes humanos consisten en aspectos básicos de la plena realización humana, Finnis menciona a la vida, que incluye la salud y la procreación, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión, en el sentido de reflexión sobre si hay un origen trascendente del orden de cosas universal, de la libertad y razón humana¹⁵⁹.

Sin perjuicio de lo señalado, según Finnis, quien se basa en la teoría clásica de la justicia formulada originariamente por Aristóteles y Tomás de Aquino, la necesidad no es el único criterio válido para la distribución, pues si bien "... todos los miembros de una comunidad tienen igualmente el derecho a una consideración respetuosa cuando surge el problema de la distribución"¹⁶⁰, ello no significa que se deban distribuir roles, oportunidades y recursos de idéntica manera, pues no existe un único criterio universalmente aplicable para resolver los problemas de distribución¹⁶¹.

Por otra parte, también se han señalado argumentos consecuencialistas vinculados con las desventajas de utilizar como único criterio la necesidad para la distribución de los bienes, puesto que "si la finalidad última de la igualdad es rellenar las privaciones de las necesidades básicas de todos los individuos, es indispensable la tenencia por parte de la sociedad de suficientes bienes materiales. Es por ello por lo que no hay que dejar de tener en cuenta las circunstancias

¹⁵⁹ Cfr. *idem*, p. 113-129.

¹⁶⁰ FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 202.

¹⁶¹ Cfr. *idem*, p. 203. Tal como se expuso en el epígrafe 2.3. de este capítulo, al desarrollar el concepto de justicia distributiva en la teoría clásica, los bienes y las cargas en una comunidad también pueden ser distribuidos conforme a la función, la capacidad, los méritos y aportes y la creación, previsión o aceptación de riesgos.

que contribuyen a mejorar la productividad, y que llevan a asimilar la igualdad como trato desigual no sólo ante desiguales necesidades sino también ante desiguales rendimientos y capacidades. (...) Distribuir desigualmente según el rendimiento o el mérito en el trabajo (...) es justificable por los beneficios que puede acarrear para la generalidad de los individuos por incentivar el aumento de la productividad”¹⁶².

La doctrina constitucional parece estar de acuerdo con que la igualdad material no se traduce en un puro igualitarismo, donde todos disfruten de las mismas condiciones económicas, sociales y culturales, sino que ella impone “... asegurar a todos un mínimo vital indispensable para el respeto de la dignidad de la persona y para el ejercicio de los derechos fundamentales...”¹⁶³. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español hace referencia a “pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a los ciudadanos”¹⁶⁴, y el Tribunal Constitucional Federal ha resuelto que la exigencia de proteger la dignidad de la persona no puede ser solamente un derecho de defensa negativo, sino que existe también un derecho del individuo a una actuación positiva del Estado. Por ello, si la dignidad de la persona es amenazada por necesidades materiales, es necesario combinar el artículo 1.1. con el 2.2., 20 y 28 de la Ley Fundamental, de lo que resulta el derecho a un mínimo de seguridad social, es decir, el derecho a la concesión de una existencia material digna¹⁶⁵. De igual modo, la Corte Suprema a partir de lo dispuesto en los tratados

¹⁶² ALARCÓN CABRERA, C., “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 4, 1987, p. 38.

¹⁶³ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p. 283.

¹⁶⁴ STC 32/1981.

¹⁶⁵ Cfr. BverfGE 1, 97, citada por CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material...”, ob. cit., p. 284.



internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución argentina) y con relación a determinados derechos sociales, como el derecho a la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— ha destacado “... la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga”¹⁶⁶.

En efecto, el principio de igualdad material ha tenido gran valor “... para la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos constituyen la categoría complementaria de las libertades tradicionales en la configuración del sistema de los derechos fundamentales de los regímenes políticos democráticos. Su

¹⁶⁶ “Recurso de Hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Dorgas Neoplásicas”, Fallos 323:3229 (2000), considerando 16. En el caso, la Corte Suprema confirmó la sentencia recaída en un juicio de amparo interpuesto contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por la que se había condenado a dicho Ministerio a entregar las dosis necesarias de una medicación de nombre comercial Neutromax 300, indispensable para el tratamiento de un menor que había nacido con un padecimiento grave en su médula ósea, el que disminuía sus defensas inmunológicas. Cabe señalar que en el caso, la obra social a la que pertenecía la madre del niño no estaba en condiciones de asumir la regular cobertura de la precitada medicación, habida cuenta de que la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Sur de Córdoba había suspendido el convenio con dicha obra social por falta de pago de las prestaciones, encontrándose los afiliados sin cobertura médica y asistencial. En igual sentido, y otorgando carácter operativo al derecho a la alimentación, en el precedente “Rodríguez, K. V. c. Estado Nacional y otros”, la Corte Suprema hizo lugar a la acción de amparo promovida contra el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, condenando a estas dos últimas a proveer a los hijos menores de la actora los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas, ordenando asimismo se realicen controles sobre la evolución de su salud (Cfr. Fallos 329:553 [2006]).

razón de ser estriba en asegurar el marco de condiciones materiales para el pleno desarrollo de la personalidad”¹⁶⁷.

En conclusión, cabría afirmar que el principio de igualdad material o de hecho exige tanto una igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de la personalidad, como una igualdad de resultados. Determinar en qué aspectos ha de lograrse esta igualdad en los puntos de llegada dependerá de la teoría de la justicia que se sustente, como así también de las circunstancias históricas. No obstante ello, existe cierto consenso en la doctrina constitucional de los estados occidentales democráticos que la igualdad de resultados ha de garantizarse como mínimo en lo que se refiere a la satisfacción de las necesidades básicas, las que constituyen el objeto de los derechos fundamentales sociales, además de presupuestos indispensables para el ejercicio de la libertad¹⁶⁸. Tales necesidades comprenden no sólo los medios materiales de subsistencia —alimentación, vestimenta, salud y vivienda—, sino también los recursos intelectuales o culturales —la formación escolar y profesional—. Es esta igualdad de resultados la que complementa y hace posible una efectiva igualdad de oportunidades.

4.2.2. *La igualdad de hecho y su consagración constitucional*

El principio de igualdad material o de hecho fue consagrado por diversas Constituciones del siglo XX, inspiradas en una concepción de Estado democrático y social, el que significó la superación del Estado liberal o gendarme y el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, la Constitución italiana de 1947 es-

¹⁶⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., “Dimensiones de la igualdad material”..., ob. cit., p. 282.

¹⁶⁸ Cfr. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales...*, ob. cit., pp. 44-47.

tablece en su artículo 3.2. que: “Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Con una redacción similar, la Constitución española de 1978, en su artículo 9.2., prescribe que: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. La Ley Fundamental de Bonn no prevé un artículo que consagre de modo expreso el principio de igualdad de hecho; no obstante ello, el mismo puede ser adscripto al artículo 3, párrafo 1 LF y también a la cláusula del Estado Social del artículo 20, párrafo 1 LF¹⁶⁹.

En la Constitución argentina, con la reforma de 1994, diversas disposiciones han receptado el principio de igualdad material. Así, el artículo 75, inciso 23, primer párrafo, establece que: “Corresponde al Congreso: (...) 23) 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 de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”¹⁷⁰. El artículo 75, inciso 19 hace especial referen-

¹⁶⁹ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 406.

¹⁷⁰ Sobre el concepto de acción positiva cfr. epígrafe 5.1. del capítulo II de este trabajo.

Con relación al artículo 75, inciso 23) se ha criticado que la ubicación constitucional de la norma allí contenida, pues se refiere a “... derechos constitucionales que debieron incluirse en la primera parte de la Constitución Nacional, al menos

cia a la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna en el ámbito educativo. El artículo 37 incorpora explícitamente el principio de igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, lo que garantiza mediante acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral. A su vez, dicha norma contiene una disposición transitoria, la que prescribe que las acciones positivas referidas no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la Constitución y durarán lo que la ley determine; refiriéndose en concreto a la ley 24.012 de cupos femeninos¹⁷¹.

El logro de una igualdad material o de hecho con respecto a determinadas personas o grupos, ha sido invocado por la jurisprudencia constitucional como objetivo para justificar la razonabilidad de una desigualdad formal de tratamiento. Así, el TCE ha resuelto que el artículo 9.2. de la Constitución española "... puede actuar como

entre los nuevos derechos y garantías que se sancionaron. Pero, dado que la ley declarativa de la necesidad de reforma constitucional prohibió modificar los treinta y cinco primeros artículos de la Ley Suprema, los convencionales emplearon el atajo de ampliar las atribuciones del Congreso para extender la amplitud de los derechos constitucionales" (GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 723-724).

¹⁷¹ La ley 24.012, complementada por el decreto reglamentario N° 379/93, modificó el Código Electoral Nacional, estableciendo en su artículo 1 un porcentaje mínimo del 30% de mujeres en las listas que los partidos deben presentar en los comicios. Con relación a la cláusula transitoria del artículo 37 de la Constitución argentina, se ha señalado con acierto que "... está constitucionalizando —es decir, haciendo permanente, salvo reforma constitucional— una medida que por naturaleza debe ser transitoria. Claro que, para atemperar este efecto, la misma norma establece que esas medidas durarán lo que el Congreso disponga. Es decir, está habilitando al Congreso a modificar el criterio sin caer, por ello, en inconstitucionalidad" (GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 417).

un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material...”¹⁷². Del mismo modo, pero desde la doctrina italiana, se afirma que “...la igualdad sustancial justifica las excepciones —sólo aparentes, como agudamente señala CERRI (op. cit., 37)— que debe experimentar la igualdad formal con vistas a eliminar los efectos de las discriminaciones del pasado o las disparidades de hecho originadas en la injusticia de la naturaleza, vale decir la tutela positiva de la igualdad...”¹⁷³. En forma coincidente, el Tribunal Constitucional Federal ha sostenido que “... ya la promoción de determinados grupos significa tratar a otros desigualmente”¹⁷⁴, por ello, se aclara desde la doctrina que, “quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*”¹⁷⁵. La creación de una igualdad de hecho puede hacerse valer como una razón suficiente para la permisión o imposición de un tratamiento desigual¹⁷⁶.

Resulta claro que el principio de igualdad de hecho vincula al legislador, quien, en virtud del principio de libertad de configuración, tiene competencia para llevar adelante acciones positivas que tiendan al logro de una igualdad de oportunidades o resultados de determinados grupos o personas que se encuentran en una posición de debilidad o desventaja económica, política, cultural o social. No

¹⁷² STC 98/1985, FJ 9º. En idéntico sentido, reconociendo la igualdad material como finalidad que justifica el trato formalmente desigual cfr. STC 14/1983, FJ 3º y STC 216/1991, FJ 5º.

¹⁷³ PIZZORUSSO, A., *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 173.

¹⁷⁴ BVerfGE 12, 354 (367), citada por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 404.

¹⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 404.

¹⁷⁶ Cfr. idem, p. 408.

obstante, no es sencillo determinar si dicha dimensión de la igualdad vincula al órgano jurisdiccional, al punto de erigirse en fundamento para demandar judicialmente el reconocimiento de derechos. La respuesta a dicho interrogante puede ser dada en el marco de una discusión iusfilosófica y politológica, aunque también desde un análisis dogmático de las normas iusfundamentales que forman parte del orden constitucional de cada país.

Para Alexy, refiriéndose específicamente al sistema constitucional alemán, el principio de igualdad de hecho puede ser adscripto al artículo 3, párrafo 1 de la LF, sirviendo de fundamento de derechos concretos definitivos a la creación de la igualdad de hecho, tales como aquellos vinculados con el mínimo vital¹⁷⁷. En efecto, "... es posible en los casos en los que la relevancia de la igualdad de hecho es tan grande que todas las razones opuestas quedan desplazadas, otorgar un derecho definitivo concreto a la creación de una determinada igualdad de hecho"¹⁷⁸.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el artículo 9.2. de la CE, el que consagra el principio de igualdad material, no puede ser invocado como fundamento "... para obtener la declaración de la inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos"¹⁷⁹. Ello significa que no cabe derivar del artículo 9.2. "... un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, del mismo modo que existe un derecho subjetivo a no ser discriminado fundado en el artículo 14 CE. La determinación

¹⁷⁷ Cfr. *idem*, p. 414.

¹⁷⁸ *Ídem*, p. 415.

¹⁷⁹ STC 98/1985, FJ 9º.

de en qué casos procede aplicar un tratamiento diferente y favorable a determinados colectivos corresponde al legislador, actuando el principio constitucional de igualdad solamente como justificador de estas políticas sociales”¹⁸⁰. El artículo 9.2. CE es concebido como una directriz dirigida al legislador, el que, evaluando las posibilidades de concreción y aplicación, es el órgano competente para llevar a cabo dicho mandato constitucional, no pudiendo los órganos jurisdiccionales sustituir al legislador democráticamente elegido¹⁸¹.

No obstante lo expuesto, se reconoce que la precitada norma constitucional constituye un criterio interpretativo del resto del ordenamiento jurídico. Así, el TCE la ha invocado para fundamentar la reparación de una discriminación normativa por razón de sexo y resolvió igualar por arriba, extendiendo a los varones beneficios salariales otorgados únicamente a las mujeres. En este sentido, sostuvo que “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2. y 35 de la Constitución (...) debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera (...) no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos derechos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional”¹⁸².

¹⁸⁰ CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material...”, ob. cit., p. 280. La autora aclara en una nota al pie que la imposibilidad de fundar un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido por el artículo 9.2. es la línea seguida por el TCE en sus sentencias 86/1985, 52/1987 y 48/1989.

¹⁸¹ Cfr. CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material...”, ob. cit., p. 282.

¹⁸² STC 81/1982, FJ 3º y cfr. STC 98/1983. En estas sentencias se resolvieron recursos de amparo interpuestos por Ayudantes Técnicos Sanitarios (ATS) varo-

La invocación del artículo 9.2. de la Constitución española para fundamentar la reparación de una discriminación normativa igualando por arriba es criticada por parte de la doctrina, señalándose que dicho artículo reviste el carácter de principio de programación, respecto del cual el legislador posee un amplio margen de maniobra en su interpretación, pudiendo llevarse a cabo dicha reparación de muy diversas maneras, no sólo desde el punto de vista del principio de igualdad, sino también desde los principios rectores y demás bienes constitucionales, como la seguridad jurídica o el equilibrio presupuestario¹⁸³. En este sentido, se ha sostenido que la invocación del principio de igualdad de hecho para fundamentar el reconocimiento judicial de determinados derechos supone que el tribunal incursione en cuestiones que no son de su competencia, limitando la libertad de normación del legislador democráticamente elegido, no sólo porque le quita la libertad de otorgar o no ese tipo de derecho, "... sino también porque su otorgamiento incluye el mandato al legislador de facilitar considerables fondos financieros y ello lo priva de la posibilidad de tomar otras medidas"¹⁸⁴.

En oposición a quienes se niegan a reconocer la posibilidad de justificar la exigibilidad jurídica de determinados derechos en la má-

nes, quienes alegaron una violación del principio de igualdad, por cuanto en virtud de una orden ministerial, a las mujeres ATS que trabajaban en domingo se les abonaba las doce horas de su turno como extraordinarias, mientras que a los varones, sólo se les reconocían como tales las tres horas que excedían de su jornada habitual de los días laborables. Un comentario a esta sentencia puede verse en OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999, pp. 61-63.

¹⁸³ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal constitucional...*, ob. cit., pp.146 y 148.

¹⁸⁴ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 409.

xima de igualdad de hecho, Alexy considera, acertadamente, que en determinados casos ésta puede limitar la libertad del legislador, pues “... el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo”¹⁸⁵. Remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, menciona los casos vinculados con el derecho de pobres y el derecho a un mínimo vital, pudiendo en tales supuestos el principio de igualdad de hecho fundamentar derechos concretos definitivos a la creación de una igualdad de hecho¹⁸⁶.

En lo que se refiere al orden constitucional argentino, y teniendo en cuenta las diversas normas que resultan ser una concreción del principio de igualdad material, es preciso formular algunas distinciones. En lo que respecta al artículo 75, inciso 23, primer párrafo, desde una interpretación gramatical y también sistemática —tomando en cuenta su ubicación en la parte orgánica, dentro de las atribuciones del Congreso— parece claro que se trata de una disposición programática, sobre la que no resultaría posible fundar reclamos judiciales por los que se exija al Poder Legislativo la implementación de una u otra medida de acción positiva a favor de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. La condición de norma programática también puede asignarse al artículo 75, inciso 19 —denominada nueva cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social— la que en su tercer párrafo, entre otras cuestiones, se refiere a la atribución del Congreso para sancionar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Con relación a esta última, se ha sostenido que “aunque el mandato constitucional es

¹⁸⁵ Ídem, p. 412.

¹⁸⁶ Cfr. idem, pp. 413-414.

claro acerca del programa que debe desarrollar el Poder Legislativo, la elección y articulación de las políticas específicas es discrecional del Congreso y, en principio, no podría demandarse al Estado para que las instrumente de uno u otro modo. En cambio, sería procedente el control judicial si esas normas a favor del progreso afectasen irrazonablemente derechos constitucionales de otras personas o grupos”¹⁸⁷.

En cuanto al artículo 37 de la Constitución argentina, el que se ubica en la parte dogmática relativa a los “Nuevos derechos y garantías”, en tanto establece como disposición transitoria que las acciones positivas tendientes a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse la Constitución, otorga un derecho fundamental al mantenimiento del cupo femenino establecido por la ley 24.012 ya referida en los párrafos precedentes¹⁸⁸.

¹⁸⁷ GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 694.

¹⁸⁸ Cabe reiterar que la norma bajo análisis, al prescribir que dichas medidas de acción positiva durarán lo que el Congreso disponga, lo faculta a modificarlas sin incurrir en inconstitucionalidad; lo que resulta acertado, puesto que, tal como se desarrolla en los epígrafes 5.1. y 5.2. del capítulo II, las medidas de discriminación inversa, como lo es la dispuesta por ley 24.012, se caracterizan por su carácter transitorio, en tanto su compatibilidad con los principios de igualdad y razonabilidad depende, entre otros juicios que es preciso sortear, de la existencia de una discriminación real en el ámbito de que se trate; de allí que, una vez superada la situación de discriminación, devienen irrazonables y por tanto contrarias al principio de igualdad.



5. LAS VINCULACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RAZONABILIDAD

5.1. Igualdad y razonabilidad

Según se expuso en el epígrafe 4.1.1. del presente capítulo, la exigencia de que las distinciones normativas sean razonables vincula al principio de igualdad con el de razonabilidad. Si bien entre ambos principios existen estrechas vinculaciones, no resultan equiparables, pues el primero implica la existencia de supuestos de hecho comparables por lo que necesita para ser aplicado un término de comparación; mientras que el segundo es válido para intervenciones individualizadas y no requiere necesariamente un término de comparación¹⁸⁹. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español afirmó que "... toda alegación del derecho constitucional de igualdad necesita, para que su examen pueda ser realizado, un *tertium comparationis*, frente al que la desigualación se produzca..."¹⁹⁰.

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de un derecho de igualdad¹⁹¹, objeto del principio de igualdad; mientras

¹⁸⁹ Cfr. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 321.

¹⁹⁰ STC, 209/1985.

¹⁹¹ Así, en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, supone un derecho y también una garantía. (cfr. Corte Suprema, "Coutinho, Felipe", Fallos 304:1259 (1982), "Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado", Fallos 313:1010 (1990); "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional -Ministerio de Economía. Banco Central", Fallos 313:1513 (1990); "López López, Luis y otro c. Provincia de Santiago del Estero", Fallos 314:1293 (1991); "Liebau, Gustavo Luis solicita ex-

que el principio de razonabilidad no atribuye por sí mismo derechos, sino que brinda un parámetro de control jurisdiccional de las regulaciones o reglamentaciones de los derechos fundamentales¹⁹².

Por otra parte, del estudio de la jurisprudencia surge que la aplicación del principio de razonabilidad a las clasificaciones normativas posee particulares características, que la diferencian de aquellos casos en donde se juzga la razonabilidad de la reglamentación de algún otro derecho fundamental que no sea el de igualdad¹⁹³.

cepción al servicio militar”, Fallos 315:135 (1992); “Maroñas, Agapito s/pensión”, Fallos 315:482 (1992); Bogado, Alberto A. s/contrabando, Fallos 316:1764 (1993); “Salim, Elvira N. v. Caja Nac. de Prev. para Trabajadores Autónomos”, Fallos 317:59 (1994); “Banco Sidesa S.A. s. quiebra”, Fallos 320:1386 (1997); “Arce, Jorge D. s/recurso de casación”, Fallos 320:2145 (1997); “S., V. E. y F., M. I.”, Fallos 321:92 (1998), y muchos otros).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español afirmó que “el art. 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los Poderes Públicos de llevar a cabo este trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de normas jurídicas” (STC 49/1982).

¹⁹² Cfr. BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N° 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 519. En rigor, la razonabilidad no es un principio, sino una herramienta técnica para asegurar la supremacía constitucional frente a las leyes que regulan de modo irrazonable los derechos constitucionales.

¹⁹³ Con relación a las peculiaridades que presenta el juicio de razonabilidad de las diferenciaciones establecidas en las normas jurídicas, se ha señalado “... los problemas de trasladar mecánicamente a los derechos de igualdad las categorías desarrolladas a partir de los derechos de libertad. Sobre todo, debido a la inexistencia de una reserva de ley que dé cobertura al legislador para limitar el principio de igualdad y a los problemas de utilizar el principio de proporcionalidad y sus tres elementos clásicos (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) en este ámbito” (GONZÁLEZ BEILFUS, M., *Tribunal constitucional...*, ob. cit., p. 19).

En efecto, tal como podrá comprobarse en los capítulos subsiguientes, la jurisprudencia no efectúa el mismo juicio de razonabilidad para todos los casos en los que se invoca una violación del derecho de igualdad, sino que hace depender la intensidad de dicho juicio de los criterios utilizados para diferenciar y de los derechos con respecto a los cuales se establece la distinción de trato impugnada. Así, cuando las normas discriminan en el ejercicio de los derechos fundamentales o utilizan criterios considerados sospechosos, tales como la raza, la nacionalidad, el sexo o la condición de hijo extramatrimonial, puede observarse una intensificación del juicio de razonabilidad, que se traduce en la aplicación de estándares más estrictos y difíciles de superar.

A continuación se efectuará una breve reseña del significado y alcance del principio de razonabilidad, siguiendo para ello el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia constitucional existente al respecto, pero sin pretender realizar un estudio exhaustivo del mismo y con el único fin de analizar, en los próximos capítulos, su aplicación a los casos jurisprudenciales en los que se invocó la violación del principio de igualdad.

5.2. El principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad, así denominado en el Derecho argentino y estadounidense, es llamado en el Derecho continental europeo principio de proporcionalidad, habiendo sido reconocido con diversidad de fundamento, contenido y alcance por diferentes estados europeos -tales como Alemania, España, Austria, Suiza, Francia, Gran Bretaña-, por el Derecho supranacional europeo¹⁹⁴,

¹⁹⁴ Cfr. BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pp. 496-497.

por la jurisprudencia estadounidense y también por el Derecho constitucional argentino.

En Estados Unidos, el principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo presenta como antecedente la garantía del debido proceso legal, que originariamente constituyó una garantía exclusivamente procesal, para luego evolucionar y transformarse en una garantía que no sólo limitaba al Congreso con relación a los derechos procesales, sino también con respecto a los derechos sustantivos. Su fundamento positivo se encuentra en las enmiendas V^a y XIV^a de la Constitución, habiendo sido dictada esta última después de la Guerra de Secesión y con el objetivo de hacer extensivo a los estados locales la interdicción ya establecida al gobierno federal mediante la enmienda V^a¹⁹⁵. Asimismo, con la enmienda XIV^a se incorpora expresamente a la Constitución de los Estados Unidos el principio de igualdad, con el propósito de que los estados del sur no sancionaran leyes en las que los negros sean tratados de manera diversa a la de los demás ciudadanos¹⁹⁶.

En el Derecho público alemán el principio de proporcionalidad ha tenido especial desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Así, el Tribunal Constitucional alemán "... ha insistido en analizar el principio de proporcionalidad como un límite a todas las restricciones de los derechos fundamentales, derivando su aplicación del principio

¹⁹⁵ Cfr. LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inominada en la Constitución argentina*, 2^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, pp. 15-22. La enmienda V^a establece: "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin debido proceso legal". La enmienda XIV^a fue dictada setenta y siete años más tarde y dice: "ningún Estado podrá hacer...; ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin debido proceso legal, ni denegar a cualquier persona la igual protección de la ley".

¹⁹⁶Cfr. LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes...*, ob. cit., p. 35.

del Estado de Derecho (artículo 20 pár. 3 LFB), motivo por el cual poseería rango constitucional. (...) Al no ser considerado el principio de proporcionalidad en sentido amplio como meramente formal, su contenido material se muestra como concreción de un principio más amplio, como es la expresión de la idea de justicia. En este sentido el principio de proporcionalidad constituiría la expresión de la justicia en el caso concreto para determinar el equilibrio entre intereses contrapuestos¹⁹⁷. El Tribunal Constitucional alemán suele utilizar dicho principio en un sentido amplio, incluyendo tres supprincipios: de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁹⁸.

En España, el Tribunal Constitucional también ha considerado al principio de proporcionalidad como un principio inherente al Estado Derecho¹⁹⁹, invocándolo y aplicándolo en reiteradas ocasiones en relación con el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva²⁰⁰, aunque, cabe aclarar, con frecuencia, su

¹⁹⁷ GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., pp. 313-314.

¹⁹⁸ Cfr. idem, p. 296.

¹⁹⁹ En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido: "... es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares" (STC 85/1992, FJ 4.º. Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 119).

²⁰⁰ Así, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que "... el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a di-

contenido se ha visto reducido a la denominada proporcionalidad en sentido estricto²⁰¹, resultando escasas las ocasiones en que aplicó los tres subprincipios o juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto²⁰².

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “... ha ido construyendo el principio de proporcionalidad conforme al modelo alemán...”, aunque ello no quiere decir “... que la concepción comunitaria sea por completo fiduciaria de la dogmática alemana”²⁰³. Se aplica en dos planos diferenciados: “... en el del ejercicio de competencias comunitarias (conforme lo dispone el art. 3 B, párrafo 3, TCE) y en el de los derechos comunitarios (de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TJCE)”²⁰⁴.

La Corte Suprema argentina también ha invocado y aplicado reiteradamente el principio de razonabilidad, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los artículos 28 y 33 de la Constitución²⁰⁵. La Corte Suprema ha sido reacia a precisar su contenido o

cha finalidad y, por fin, que las medidas concretas, o mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin” (STC 158/1993).

²⁰¹Cfr. BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pp. 531-533.

²⁰² Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador...*, ob. cit., p. 122, y CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 49.

²⁰³ BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 516.

²⁰⁴ Ídem, p. 517. El artículo 3 B, párrafo 3 del Tratado de la Comunidad Europea dispone: “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

²⁰⁵ El artículo 28 establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. El artículo 33 prescribe: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, o serán entendidos como negación de otros derechos y

significado, limitándose a afirmar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta²⁰⁶, vinculando también la irrazonabilidad con la alteración fundamental de los derechos de las personas²⁰⁷.

Seguidamente, se hará referencia al contenido de los tres sub-principios o juicios que, según la jurisprudencia alemana y la doctrina, integran el principio de proporcionalidad, para luego, en éste y en los posteriores capítulos, tomando en cuenta la jurisprudencia constitucional, analizar las peculiaridades que presenta su aplicación cuando está en juego el derecho de igualdad.

5.2.1. *El juicio de adecuación*

Para que una norma jurídica sea razonable es preciso valorar, en primer lugar, su idoneidad o aptitud para alcanzar la finalidad perseguida mediante su dictado. Ello, por cuanto "... toda limitación de un derecho, si bien se mira, aparece estructurada de acuerdo a un

garantías no enumerados, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Según J. F. Linares, el principio de razonabilidad también encontraría fundamento constitucional en los artículos 16, que impone la igualdad ante la ley y las cargas públicas y 17 de la CN, el que prohíbe la confiscación de bienes y autoriza la expropiación (cfr. LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes...*, ob. cit., pp. 160-166). Desde el punto de vista de J. Cianciardo, los artículos 28 y 33 son suficientes para fundar constitucionalmente la aplicación del principio de razonabilidad, aunque reconoce que el art. 16 complementa dicha fundamentación (cfr. CIANCIARDO, J. *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 38).

²⁰⁶ Cfr. Fallos 249:252 (1961); 253:478 (1962); 262:205 (1965); 263:460 (1965); 290:245 (1974) y 306:1560 (1984).

²⁰⁷ Cfr. Fallos 199:466 (1944); 201:71 (1945); 204:195 (1946); 235:171 (1956); 243:467 (1959); 266:299 (1966); 269:416 (1967); 297:201 (1977) y 318:1894 (1995).

esquema medio/fin: el límite, (...) sirve a la protección de otro derecho o bien de naturaleza constitucional”²⁰⁸. Lo primero que se exige de una medida reguladora de derechos fundamentales es que tenga un fin legítimo y socialmente relevante, y que además sea adecuada para lograrlo. En otros términos, la idoneidad de la norma implica: “... que se trate de fines de carácter público; que su consecución sea posible, tanto fáctica como jurídicamente; que el fin al que se aspira y los medios elegidos sean constitucionalmente legítimos”²⁰⁹.

Uno de los problemas que plantea el juicio de adecuación, es si los fines que deben evaluarse son los que “... el legislador dice buscar o los que realmente se buscan, más allá de lo que se exprese, por ejemplo, en la exposición de motivos. Parece necesario tener en cuenta una cosa y la otra (...). Cabe preguntarse qué ocurriría si hubiese contradicción entre unos y otros; es decir, si el legislador expusiera explícitamente una finalidad pero persiguiera encubiertamente otra. En este caso, ciertamente excepcional, habrá que considerar sólo la finalidad real...”²¹⁰. Especialmente para las cuestiones donde está en juego el derecho de igualdad, resulta importante tomar en cuenta los fines implícitos que son perseguidos efectivamente por el legislador, aunque ellos no coincidan con los explícitos, pues de este modo es posible controlar medidas que discriminan de modo encubierto, bajo la apariencia de un trato desigual justificado²¹¹.

²⁰⁸ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador...*, ob. cit., p. 127.

²⁰⁹ BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 503.

²¹⁰ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 64-65.

²¹¹ En el caso *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356 [1886]), la Corte estadounidense tuvo en cuenta, para juzgar la razonabilidad de la norma cuestionada, sus propósitos implícitos, dejando de lado los explícitamente invocados. Así, declaró violatoria de la décimo cuarta enmienda una ordenanza municipal de San Francisco

Desde la jurisprudencia alemana, se sostiene que para sortear el juicio de idoneidad, basta con que el “... el legislador opte por un medio cualquiera entre varios útiles y posibles para la consecución del fin, que su pronóstico o previsión al momento de promulgarla (*ex ante*) sea razonable y conforme a la naturaleza de las cosas”²¹², reconociéndole el derecho a equivocarse en sus previsiones acerca de los efectos que tendrá la medida sancionada. Por ello, al juez no “... les dable revisar si la ley ha contribuido *ex post* de forma real y efectiva a la satisfacción del fin: la previsión legal será legítima por útil, según sabemos, si al dictarse la norma pudo presumirse razonablemente su idoneidad”²¹³. Es decir, que una medida será adecuada cuando al momento de su dictado haya resultado idónea para alcanzar el objetivo propuesto, aunque luego se haya vuelto inútil para lograrlo (adecuación *ex ante*); mientras que será inadecuada si al momento de ser dictada era inidónea, pero luego, al momento de juzgarla se torna idónea (adecuación *ex post*).

que creaba una comisión con competencia para denegar permisos de habilitación de casas de planchado, que no se encuentren funcionando en edificios construidos con piedras o ladrillos; ello, con la supuesta finalidad de evitar los incendios. Debido a que en la causa se acreditó que dicha ordenanza sólo afectaba a los chinos y japoneses, quienes tenían instalados sus talleres en casas de madera y cuyos ingresos, por ser muy bajos, no le posibilitaban edificar con piedra o ladrillos, el máximo tribunal estadounidense resolvió que la ordenanza impugnada resultaba contraria a la igual protección de las leyes. Un comentario al caso referido puede verse en LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes...*, ob. cit., p. 36.

²¹² BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, p. 503. El autor hace referencia a la jurisprudencia constitucional alemana, citando la sentencia BverfGE 39, 210, 230 y s.

²¹³ Ídem, p. 504. En el mismo sentido y a favor de un examen de adecuación *ex ante* se pronuncia BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003, p. 729.

Con relación a la exigencia de adecuación *ex ante*, se ha observado con acierto que los argumentos esgrimidos en su favor resultan replicables, puesto que "... no se trata de agregar exigencias al legislador, sino de controlar el cumplimiento de aquellas que le asigna evidentemente la Constitución; en el caso, la de respetar los derechos fundamentales evitando la afectación de normas iusfundamentales mediante leyes que no alcanzan el logro de ningún fin constitucional. En segundo término, la amplitud del juicio de adecuación resulta ínfimamente afectada, puesto que la exigencia de un examen mínimo o reducido se encuentra vigente en plenitud para el análisis *a posteriori*"²¹⁴. Por tanto, una medida será adecuada si al momento de ser juzgada resulta idónea para obtener la finalidad pretendida, con independencia de su idoneidad al momento de su dictado. *A contrario sensu*, será inadecuada si es inidónea en la actualidad, aunque haya sido idónea al tiempo de su sanción²¹⁵.

²¹⁴ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 73.

²¹⁵ Cfr. el voto del ministro Fayt en el caso "Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires" (Fallos 311:2272 [1988]). En dicha oportunidad se planteó la inconstitucionalidad del artículo 5º, inciso a, del Reglamento General de Escuelas Privadas, vigente por resolución 2877, del 17/07/1959 y del decreto 4, del 4/01/1980, que establecían el requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia. Tal requisito también estaba contemplado en el artículo 57 de la ley 10.579, vigente en la provincia demandada. La Corte declaró inconstitucional tales normas por violación del principio de igualdad. En el voto del Juez Fayt se tuvo en cuenta la adecuación *ex post* para juzgar la razonabilidad de la norma, con independencia de la existencia de una relación de adecuación al momento de su dictado. En este sentido, sostuvo que el requisito de la nacionalidad se justificó para integrar a la Nación los diferentes aportes étnicos provenientes de la inmigración; pero que al presente dicha finalidad carecía de actualidad en razón de la función de socialización que cumplen los medios de comunicación y el control administrativo sobre la enseñanza sistemática. (Un análisis más extenso de este caso puede verse en el epígrafe 2.2.1., b) del capítulo IV del presente).



Cabe también preguntarse cuán exacta ha de ser la relación de adecuación entre la norma jurídica sancionada y los objetivos que se intentan alcanzar, es decir, la posibilidad de los jueces de emitir juicios técnicos que evalúen “... los impactos sociales de la medida cuestionada para juzgar si ha alcanzado o no la finalidad que el legislador se proponía con su dictado”²¹⁶. En respuesta al interrogante formulado, se ha sostenido que una norma es idónea “... cuando contribuye a la consecución de la finalidad perseguida o, en otros términos, si con su ayuda se puede fomentar el objetivo de que se trate”²¹⁷, sin que se torne inconstitucional por alcanzarlo parcialmente. En otros términos, “una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato”²¹⁸. Adoptando una versión débil del subprincipio de adecuación, el Tribunal Constitucional Alemán ha exigido que la medida restrictiva debe ser plenamente inadecuada para ser declarada inconstitucional²¹⁹.

Cierta doctrina, tomando en cuenta el control de constitucionalidad como imperativo constitucional y la declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* del control, entiende admisible la realización de un juicio técnico de adecuación por parte del órgano jurisdiccional, “... aunque acompañado indispensablemente de un ofrecimiento amplio de alegación a los órganos ejecutivo y legislativo de gobierno, y en caso de duda debe estarse a favor de la idonei-

²¹⁶ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 75.

²¹⁷ BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, p. 503.

²¹⁸ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 718.

²¹⁹ Cfr. BverfGE 13, 97 (113), citado por GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., p. 303.

dad”²²⁰. En el mismo sentido se ha afirmado que “... la falta de idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento debe demostrarse con todas las premisas empíricas que sean pertinentes para el efecto. Si la falta de idoneidad no puede ser acreditada, la medida debe considerarse entonces idónea y debe someterse a los enjuiciamientos de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto”²²¹.

Finalmente, la doctrina y jurisprudencia distinguen diversos grados de intensidad en el examen de idoneidad de la medida cuestionada. Así, pueden encontrarse tres grados de intensidad en el control: “... un control de evidencia, un control de intensidad intermedia y un control sustancial intensivo. Estos tres tipos de controles han conocido su desarrollo más importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que en este aspecto ha seguido al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su jurisprudencia relativa a algunos derechos, como, por ejemplo, el de la igualdad. (...) En el control de evidencia, el Tribunal ejerce un alto grado de autocontención y concede al Legislador la prerrogativa de que sus decisiones mantengan su constitucionalidad, a menos que lo contrario sea evidente —es decir, de que pueda ser demostrado con premisas muy seguras—. Todo lo opuesto se presenta en el control sustancial intensivo, que se aplica por ejemplo a las intervenciones muy restrictivas de los derechos fundamentales, control en el cual, la carga de la argumentación juega a favor de estos derechos y en contra de las de-

²²⁰ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 75. Más adelante, el autor matiza dicha afirmación, aclarando que a la hora de aplicar el juicio de idoneidad es necesario prestar atención a la importancia del derecho afectado (cfr. p. 78). La naturaleza del derecho en juego, tal como se desarrollará seguidamente, resulta decisiva a la hora de determinar la intensidad del juicio de adecuación.

²²¹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 728.



cisiones legislativas. Por último, el control de intensidad intermedia constituye un rasero de enjuiciamiento que se sitúa entre los dos anteriores”²²².

En lo que se refiere al derecho de igualdad, y tal como será analizado en los epígrafes subsiguientes, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado el juicio de idoneidad con diversa intensidad, exigiendo para las clasificaciones vinculadas con la legislación económica general una cierta relación entre la clasificación normativa y la finalidad pretendida, demostrando una gran deferencia para juzgar la relación de adecuación entre una y otra²²³. En los casos vinculados con la aplicación de criterios de clasificación, tales como el sexo o la filiación ilegítima, ha intensificado el juicio de adecuación, requiriendo que aquellas clasificaciones estén sustancialmente relacionadas con un importante interés del gobierno²²⁴. Finalmente, para las clasificaciones basadas en la raza o el origen nacional, así como para aquellas que restringen derechos

²²² Ídem, p. 730. BERNAL PULIDO considera que el control que debe aplicarse para juzgar la falta de idoneidad es el de evidencia. Por ello, afirma que “... se debe acreditar con premisas evidentes que la medida del Legislador no guarda ninguna relación de causalidad con su fin y si éste no es el caso, debe admitirse la idoneidad de la ley”. No obstante ello, aclara que “...esta carga de argumentación no implica que las premisas empíricas inseguras adquieran en el principio de proporcionalidad un valor idéntico al de las premisas empíricas ciertas. Lo que ocurre es que el enjuiciamiento de las repercusiones que tiene la seguridad o inseguridad de estas premisas, se traslada al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”. (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 732).

²²³ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, 6 th. edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 639 y TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., pp. 1442-1443.

²²⁴ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 641 y TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, p. 1604.

fundamentales, el máximo tribunal estadounidense requirió que estuvieran estrictamente adaptadas a un imperioso interés²²⁵.

5.2.2. *El juicio de necesidad*

Una vez determinada la idoneidad de la regulación normativa con relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende alcanzar, la máxima de proporcionalidad exige valorar "... si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces"²²⁶. En otros términos, "la restricción impuesta por la norma será necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados y que sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia"²²⁷.

El juicio de necesidad presupone lógicamente el de adecuación, por lo que si la norma no supera este último, no es posible valorar su indispensabilidad. Asimismo, el subprincipio bajo análisis requiere de la existencia de dos o más medios idóneos con relación a los cuales sea posible juzgar su necesidad. Ello supone, en primer lugar, va-

²²⁵ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 640.

²²⁶ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 79.

²²⁷ BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad...", ob. cit., p. 505. Para valorar la necesidad de la medida, Bernal Pulido agrega al criterio de la eficacia, tres más: a) el de la temporalidad, lo que implica que el medio alternativo sea tanto o más expeditivo que la medida legislativa cuestionada; b) el de la realización del fin, lo que supone que el medio alternativo contribuya para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan por causa de la medida legislativa y c) el de la probabilidad, conforme al cual el medio alternativo debe contribuir con tanto o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato (cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 739).

lorar el grado de eficacia del medio escogido por el legislador y de los restantes medios alternativos e idóneos para alcanzar la finalidad perseguida. Luego de determinado el grado de eficacia de las diferentes medidas, serán tomadas en cuenta únicamente aquellas que alcancen con igual o mayor eficacia el objetivo buscado que la medida cuestionada. Esta última será necesaria sólo si es la menos restrictiva de la norma iusfundamental en juego, de entre las consideradas como igual o mayormente eficaces.

Al igual que el examen de adecuación, el juicio de necesidad puede ser formulado desde la perspectiva *ex ante* del legislador, o desde la perspectiva *ex post*. Con respecto a ello se ha sostenido que “... la medida legislativa sólo puede considerarse innecesaria, si dados los conocimientos existentes en la época en que fue adoptada, el Parlamento habría podido avizorar la existencia de un medio igualmente idóneo y más benigno con el derecho fundamental afectado”²²⁸. Sin embargo, no parece que el respeto de la competencia legislativa de configuración deba prevalecer por sobre el mandato constitucional que impone respetar los derechos fundamentales, pues la libertad de configuración del legislador tiene como límite infranqueable los derechos fundamentales. Por ello, del mismo modo que en el juicio de adecuación, puede afirmarse que una medida será irrazonable si al tiempo de su sanción logró superar el juicio de necesidad, pero luego devino innecesaria, existiendo al momento de ser juzgada otras medidas igualmente eficaces y menos restrictivas de las normas iusfundamentales en juego.

Con relación a la intensidad con que ha de realizarse el juicio de necesidad es posible proponer siempre y para todo caso un control de evidencia o bien, para ciertos casos, un control de intensidad in-

²²⁸ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 752.

termedia. Como respuesta a esta cuestión, se ha sostenido que la exigencia de que las normas reguladoras de derechos fundamentales sean necesarias al momento de ser juzgadas, debe tener en cuenta que “las facultades de los jueces en este campo son, nuevamente, de interpretación restrictiva, puesto que rozan las que la Constitución confiere a los restantes órganos de gobierno”²²⁹; por ello, “la posibilidad de alcanzar el mismo fin con idéntica eficacia a través de una intervención menor debe constar, pues, desde cualquier punto de vista con absoluta claridad”²³⁰.

El Tribunal Constitucional español se ha mostrado partidario de un control de evidencia en lo que se refiere al examen de necesidad, requiriendo que la existencia de un medio alternativo igualmente eficaz y más benigno sea patente, evidente y manifiesta, debiéndose acreditar por medio de datos empíricos no controvertidos²³¹.

La Corte Suprema argentina se ha negado en reiteradas ocasiones a aplicar el juicio de necesidad para analizar la razonabilidad de una norma, so pretexto de que no se encuentra dentro de sus facultades la de determinar la oportunidad, eficacia o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador²³². No obstante, en algunos casos, ya sea el tribunal en pleno o algunos de sus miembros, se adentraron a juzgar la necesidad del medio cuestionado, concluyendo en

²²⁹ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 92.

²³⁰ BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 506. En idéntico sentido cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 757.

²³¹ Cfr. STC 55/1996; 161/1997; 136/1999.

²³² Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 80 y los fallos allí citados.



su falta de indispensabilidad por existir una medida menos restrictiva de la norma iusfundamental en juego²³³.

En la jurisprudencia de la Corte estadounidense, para juzgar la razonabilidad de las distinciones normativas, el juicio de necesidad es aplicado cuando el legislador establece discriminaciones con base en criterios considerados sospechosos, como la raza o el origen nacional, o bien cuando mediante la clasificación cuestionada se restringen derechos fundamentales. En tales supuestos, la clasificación normativa ha de estar necesariamente, y no sólo racionalmente, relacionada con la realización de una necesidad pública apremiante (*pressing public necessity*)²³⁴.

5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Una vez superados los juicios de adecuación y de necesidad, la máxima de razonabilidad exige valorar la proporcionalidad en senti-

²³³ Cfr. “Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 325:2968 (2002); voto de los ministros Petracchi y Bacqué en “Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García”, Fallos 312:1082, (1989) y considerando 12 del voto de los ministros Boggiano, Fayt y Petracchi en “Dessy”, Fallos 318:1894 (1995); “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 327:5118 (2004) y “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 329:2986 (2006). Cianciardo también señala los siguientes casos: “Destilería Franco Argentina c/Gobierno de la Nación”, Fallos 132:402 (1920); “Jewish Colonization Association c/Pcia. de Santa Fe”, Fallos 147:402 (1926); “Guardian Assurance Co. Ltd. c/Gobierno Nacional”, Fallos 150:89 (1927); Gallino, Fallos 160:247 (1931) y “Fernández Orquín c/Ripio”, Fallos 264:417 (1966). (Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 81).

²³⁴ Cfr. STONE, G. R., SEIDMAN, L. M., SUNSTEIN, C. R. y TUSHNET, M. V., *Constitutional law*, Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 3^o edition, 1996, p. 609.

do estricto de la medida sometida a juzgamiento, lo que supone ponderar “... si los medios elegidos y el sacrificio que generan sobre los ciudadanos (costes) compensan o guardan una relación razonable o proporcional con los beneficios que de su aplicación resultarían para el interés general”²³⁵. De este modo, “cuanto más grave sea la restricción que se imponga sobre los afectados, tanto mayor tendrá que ser el peso específico del interés general”²³⁶, lo que implica una ponderación balanceando los costos y beneficios, las ventajas y desventajas de la medida cuestionada.

El Tribunal Constitucional alemán hace uso de tres criterios, principalmente, para la aplicación del subprincipio bajo análisis, partiendo de la consideración de la intensidad de la limitación²³⁷, de la importancia de los intereses generales²³⁸, y de los intereses individuales protegidos por los derechos fundamentales²³⁹.

²³⁵ BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 507.

²³⁶ Ídem, pp. 507-508.

²³⁷ Este primer criterio significa que “... cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación en la posición jurídica de los individuos más importantes deben ser los intereses generales que persigue dicha regulación”. (BverfGE 13, 97 (113); 17, 232 (242), citado por GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., p. 308).

²³⁸ El segundo criterio, consiste en exigir que “cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar dichos intereses una intervención o limitación en los derechos fundamentales” (BverfGE 30, 292 (324), citado por GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., p. 308).

²³⁹ El último criterio, implica que “... cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deberán ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva” (BverfGE 17, 306 (314); 20, 150 (159), citado por GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., pp. 308-309).

Con relación a la intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, se ha defendido un control de evidencia y un control intensivo, según el caso. Para los supuestos de intervenciones legislativas leves en los derechos fundamentales, tales intervenciones sólo pueden ser declaradas desproporcionadas si, desde la perspectiva del legislador, existen premisas empíricas, analíticas y normativas seguras que así lo evidencien. En los casos de intervenciones legislativas intensas en los derechos fundamentales, éstas deben ser objeto de un control material intensivo de proporcionalidad en sentido estricto, practicado desde la perspectiva del Tribunal Constitucional²⁴⁰.

Se ha propuesto que el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe estructurarse en tres pasos:

“1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia del fin perseguido por la intervención legislativa.

2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la relación del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

²⁴⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 796. Dicho autor señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español conduce “... en principio a la conclusión de que, al igual que los análisis de idoneidad y de necesidad, el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe practicarse siempre desde la perspectiva del Legislador, mediante un control de evidencia” (p. 794).

3. El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso”²⁴¹.

Para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y de la realización del fin legislativo se han señalado diversos criterios pertenecientes a los niveles empíricos y analítico-normativos²⁴², aclarándose que los mismos tienen un carácter *prima facie*, orientando la actividad del Tribunal Constitucional²⁴³. No obstante ello, se ha reconocido que “... es imposible soslayar que la determinación de intensidades previas a la ponderación se lleva a cabo con todo tipo de argumentos admisibles en una argumentación práctica general. De esta manera, la argumentación práctica general complementa el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, dado su carácter exclusivamente formal”²⁴⁴.

²⁴¹ Ídem, p. 759.

²⁴² Bernal Pulido sostiene que en el nivel analítico normativo entre los criterios para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental han de tenerse en cuenta el principio democrático y la dignidad humana. De este modo, cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático o con la dignidad humana, mayor será el peso en la ponderación (cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 770-772). Con relación a los criterios para la determinación de la importancia del fin legislativo, ha mencionado —entre otros— la urgencia de la obtención de dicho fin (cfr. p. 777). La urgencia del fin es uno de los criterios sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos para la justificación de las clasificaciones basadas en la raza o el origen nacional, las que sólo se consideran constitucionales si, entre otros requisitos, responden a un interés estatal apremiante (cfr. epígrafe 4 del capítulo II).

²⁴³ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 777).

²⁴⁴ Ídem, pp. 764-765.

En cuanto al segundo paso en que puede estructurarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto, éste supone la realización de una ponderación entre el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de importancia del fin legislativo que la norma se propone alcanzar²⁴⁵. El resultado de esta ponderación conduce al tercer paso —la construcción de la relación de precedencia condicionada—, determinándose cuál de los objetos que se comparan, el derecho fundamental y la finalidad legislativa perseguida, debe prevalecer en el caso concreto²⁴⁶.

Los posibles resultados a que conduce la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al hacer prevalecer un derecho sobre otro o al postergar el derecho fundamental en aras del fin de bien público que se pretende alcanzar, pone “... en cuestión las tantas veces aludida razón de ser de los derechos fundamentales,

²⁴⁵ Tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Alexy formuló la siguiente regla que denomina ley de la ponderación: “... cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 161). Esta ley de la ponderación es la que se aplica al considerar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida en cuestión.

²⁴⁶ La relación de precedencia que se construye es condicionada por cuanto “... la prioridad que se establece entre el derecho y el principio no vale de manera general, sino que está sujeta a las específicas condiciones del caso concreto”. (BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 781). Para la construcción de la relación de precedencia se ha establecido una carga de la argumentación a favor del derecho fundamental. Así, cuando “... una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes, que hagan constar el grado por lo menos equivalente de la realización del fin legislativo, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la intervención debe considerarse ilegítima y el ámbito de libertad individual debe permanecer inalterable” (BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 789).

limitar al poder”²⁴⁷, además de implicar un análisis utilitarista que relativiza tales derechos, sometiéndolos a las exigencias derivadas de la utilidad o el interés general y transformándolos en frágiles “edictos de tolerancia revocables”²⁴⁸.

Con el objetivo de evitar incurrir en un juicio utilitarista y así preservar el carácter inviolable de los derechos humanos, se ha sostenido que el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* no debe reducirse a un balanceo entre costos y beneficios, sino que además exige en primer lugar, y antes de efectuar dicho balance, valorar si la medida afecta el contenido esencial del derecho fundamental en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable. Por tanto, se ha llegado a la conclusión de que la proporcionalidad *stricto sensu* de una medida presupone dos cosas: “a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido”²⁴⁹. De este modo, es preciso “...comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí se efectuará el balanceo de ventajas y cargas”²⁵⁰.

En efecto, considerar que una medida es proporcionada o razonable, no obstante alterar el contenido del derecho de que se trate, implicaría reducir la máxima de razonabilidad a un mero juicio técnico o instrumental, desvinculándola de las exigencias que plantea la justicia y perdiendo de vista su origen histórico: preservar los derechos fundamentales de las intromisiones arbitrarias por parte del Es-

²⁴⁷ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 96.

²⁴⁸ SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *El derecho a la vida...*, ob. cit., p. 82.

²⁴⁹ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 99.

²⁵⁰ *Ibidem*.

tado. Asimismo, ello supondría una contradicción, pues lo razonable no puede diferir de lo justo y lo justo es aquello que a cada uno le corresponde, es decir, su derecho.

En el Derecho argentino, la garantía de la inalterabilidad de los derechos fundamentales constituye una exigencia de razonabilidad de la regulación normativa de tales derechos, prescripta por el artículo 28 de la CN, según el cual “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De allí, el criterio sustentado por la Corte Suprema, para quien “... cuando la sustancia de un derecho constitucional se ve aniquilada por las normas que lo reglamentan, ni las circunstancias de emergencia son atendibles, incluso en el terreno del derecho patrimonial”²⁵¹. Ello significa que, aún existiendo un interés sustancial para el Estado, cuál es el de superar una situación de emergencia, no sería razonable aniquilar o violentar el derecho constitucional en juego, resultando insuficiente un mero balance entre ventajas y desventajas para juzgar la proporcionalidad de la medida considerada.

En este sentido, se ha señalado que “la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego”²⁵².

²⁵¹ Considerando 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano en “Dessy”, Fallos 318:1894 (1995).

²⁵² CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 98.

5.2.4. *El juicio de alteración o afectación del contenido esencial*

Para juzgar si el contenido esencial del derecho se ha visto alterado, es preciso clarificar qué ha de entenderse por contenido esencial de los derechos fundamentales. Dicha garantía ha sido consagrada en el artículo 53.1. de la Constitución Española y en el artículo 19.2. de la Ley Fundamental de Bonn. El primero establece lo siguiente:

“Art. 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos.

Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)”.

El artículo 19.2. de la Ley Fundamental prescribe:

“En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”.

Si bien en la Constitución argentina no se hace uso de la terminología “contenido esencial de los derechos fundamentales”, las disposiciones del artículo 28 son consideradas como una garantía de inalterabilidad de tales derechos, por lo que cabría afirmar que dicha norma cumpliría idéntica finalidad a la de los artículos 53.1. de la CE y 19.2. de la LF²⁵³.

En la doctrina y jurisprudencia constitucional argentina no ha habido un desarrollo teórico sobre la garantía de inalterabilidad de

²⁵³ En coincidencia con lo expuesto cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 41 y SERNA, P y TOLLER, F, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 44-45.

los derechos, a diferencia de lo ocurrido en España y en Alemania donde se han elaborado teorías por las que se intenta precisar que ha de entenderse por “contenido esencial de un derecho fundamental”.

En este sentido, y con relación al objeto de protección de la garantía del contenido esencial, se han propuesto una teoría objetiva, una subjetiva y otra que toma en cuenta ambas dimensiones²⁵⁴. Para la primera, —ante las aporías que plantean algunos casos, como el de la pena de prisión perpetua con relación al derecho a la libertad de movimiento— la garantía del contenido esencial no protegería un derecho subjetivo, sino el contenido esencial del derecho fundamental como institución jurídica abstracta²⁵⁵. Para la segunda, dicha garantía estaría ordenada a salvaguardar el derecho subjetivo concreto de cada persona. Finalmente, la que considera ambas dimensiones, subjetiva y objetiva, sostiene que “... en la medida en que los derechos fundamentales tienen a la vez una dimensión subjetiva y otra institucional, la garantía del contenido esencial ha de ponerse en contacto con ambas, y exigir no sólo la preservación institucional de

²⁵⁴ Para un mayor desarrollo de las teorías objetiva, subjetiva y la que tiene en cuenta ambas dimensiones cfr. GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit., pp. 23-39. MARTINEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 33-38 y CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp. 253-257.

²⁵⁵ En la doctrina española, se han pronunciado explícitamente partidarios de la teoría objetiva Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 311-312 y Luciano Parejo Alfonso, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 3 (1981), pp. 183-185.

los derechos fundamentales, sino también su respeto individualizado”²⁵⁶.

Asimismo, se ha discutido si el contenido esencial de los derechos fundamentales es absoluto o relativo. Para quienes sostienen su carácter absoluto, en cada derecho es posible distinguir un núcleo duro o componente sustancial y una parte accesorio y no esencial. El núcleo duro del derecho excluye por completo cualquier ingerencia de los poderes públicos, aunque la misma sea respetuosa del principio de proporcionalidad. La parte accesorio admite limitaciones no arbitrarias, sino justificadas y razonables, es decir, proporcionadas²⁵⁷. La teoría relativa sostiene que “... el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aún cuando en el caso particular no dejen nada al derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”²⁵⁸.

Como una variante de la teoría relativa del contenido esencial y bajo la denominación de tesis de la implicación, se ha sostenido “... no una identidad, sino tan sólo una implicación del principio de proporcionalidad sobre el contenido esencial. (...) Esto quiere decir que siempre que se aplica el principio de proporcionalidad se define una parte del contenido esencial del derecho fundamental, pero que dicho contenido no consiste únicamente en aquello que se define mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Expresado

²⁵⁶ MARTÍNEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial...*, ob. cit., p. 36. Martínez Pujalte ha defendido esta tesis ecléctica elaborada en la doctrina alemana, en particular por Peter Häberle y Konrad Hesse.

²⁵⁷ Cfr. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador...*, ob. cit., pp. 146-149.

²⁵⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 288.

de otra manera, el principio de proporcionalidad implica al contenido esencial, pero el contenido esencial no presupone necesariamente al principio de proporcionalidad”²⁵⁹.

Para la tesis de la implicación el contenido esencial está conformado por todas las normas iusfundamentales definitivas directamente estatuidas o adscritas que claramente, en los casos fáciles, pueden adscribirse a una disposición iusfundamental. Las normas iusfundamentales definitivas se aplican mediante la subsunción, resultando inconstitucional una ley que las contradiga por vulnerar el contenido esencial. En estos casos la garantía del contenido esencial se aplica de manera independiente al principio de proporcionalidad²⁶⁰. En los casos difíciles “... no aparece con claridad si la norma contrapuesta a la norma legal objeto del control puede adscribirse definitivamente a un derecho fundamental. En estos supuestos, la norma adscrita al derecho adquiere una validez *prima facie* y sólo tras la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la medida legislativa de intervención podrá determinarse si dicha norma adquiere además una validez definitiva. Como consecuencia puede aseverarse que es en los casos difíciles en los cuales existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial (...), en estos casos, aquello que constituye el contenido esencial no puede

²⁵⁹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 561.

²⁶⁰ Cfr. idem, p. 562. Bernal Pulido cita como ejemplo de norma iusfundamental definitiva la norma literal del artículo 15 de la CE, según la cual está prohibido someter a alguna persona a torturas y como norma iusfundamental adscrita a este artículo la que prohíbe al legislador otorgar autorización a la policía para practicar el método del potro, a fin de obtener la confesión de los sindicatos. Si una ley contradijera alguna de estas dos normas, podría declararse inconstitucional por vulnerar el contenido esencial del artículo 15 CE. (cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 562).

determinarse sino mediante la aplicación del principio de proporcionalidad”²⁶¹.

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, la española y la alemana no han presentado una línea coherente con respecto al carácter absoluto o relativo de la garantía del contenido esencial, resolviendo en uno y otro sentido²⁶².

²⁶¹ Cfr. ídem, p. 562-563.

²⁶² El Tribunal Constitucional Federal ha afirmado, adhiriendo a la teoría absoluta, que “ni siquiera intereses dominantes de la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo con el criterio del principio de proporcionalidad” (BVerfGE 34, 238 (245), citado por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 288). En contradicción con ello, y en consonancia con la teoría relativa, ha sostenido con relación a la Ley federal de asistencia social, que establecía la internación en instituciones de asistencia social de personas con enormes debilidades de la voluntad y que corrían peligro de quedar abandonadas, que “como el fin de la mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal”, el derecho fundamental de la libertad queda afectado en su contenido esencial. (BVerfGE 22, 180 (220), citado por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 289).

En las sentencias del TC, también puede verse su adhesión a ambas teorías. Así, en la STC 11/1981, sostuvo que “se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Tales afirmaciones, fueron interpretadas por la doctrina como la adhesión del tribunal a la teoría absoluta. (cfr. PIETRO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 142 y ss. y MARTÍNEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial...*, ob. cit., p. 25). A diferencia de lo expuesto, en la STC 215/1994, sobre esterilización de los deficientes psíquicos, el tribunal se pronunció por la teoría relativa, afirmando que “... el problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo... se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal...” (citado por MARTÍNEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial...*, ob. cit., p. 26).

En desacuerdo con las teorías absoluta y relativa, se ha propuesto abandonar la idea de que el contenido esencial es una parte del contenido del derecho, postulando que el contenido esencial equivale al contenido, sin más, de los derechos fundamentales²⁶³. De tal modo, "... en la medida en que la garantía del contenido esencial expresa una vinculación incondicionada de los poderes públicos al contenido de los derechos fundamentales, ello implica, en concreto, que tal contenido no puede ser limitado por el legislador. La cláusula de respeto al contenido esencial supone, por tanto, la resistencia frente a toda limitación legislativa: los derechos fundamentales son ilimitables"²⁶⁴; aunque limitados, se aclara más adelante, pues no confieren libertades ilimitadas, siendo necesario determinar el ámbito protegido por cada derecho²⁶⁵.

En igual sentido, y ampliando lo expuesto, se ha destacado la importancia de diferenciar el contenido del derecho fundamental de la norma iusfundamental, afirmándose que el contenido de las normas iusfundamentales es regulable y limitable, mientras que los derechos fundamentales son ilimitables y limitados²⁶⁶.

Afirmar que los derechos fundamentales son limitados, implica una tarea hermenéutica mediante la que se llegue a determinar el contenido de cada derecho desde el bien humano protegido por el mismo, o sea, desde la finalidad del derecho, teniendo en cuenta además el necesario ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en

²⁶³ Cfr. MARTÍNEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial...*, p. 43.

²⁶⁴ Ídem, p. 48.

²⁶⁵ Cfr. ídem, p. 49.

²⁶⁶ Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, ob. cit., p. 283.



derechos²⁶⁷. Partiendo de la base de que “... un bien o pretensión ha de ajustarse con otros para convertirse en un derecho, resulta que los derechos fundamentales no consistirán en objetos determinables de modo racional y apriorístico, como pensaba el iusnaturalismo ilustrado, que hablaba de la libertad y de la igualdad en abstracto. Más bien se tratará de ciertos bienes que se deben respetar a su titular —por ejemplo, la intimidad o la vida—, o de ciertas conductas que no deben serle impedidas, o que cabe exigir de los demás, y también del Estado, y que, salvo raras excepciones, únicamente es posible determinar por completo en el marco de los casos concretos”²⁶⁸.

La diferencia con la teoría relativa acerca del contenido esencial, está dada por cuanto ésta parte de concebir a los derechos fundamentales como facultades ilimitadas, carentes de fines, por lo que la determinación del contenido del derecho implica la imposición de un límite externo al ejercicio de tales facultades. Para quienes sostienen que el contenido esencial del derecho equivale al contenido, sin más, de los derechos fundamentales, éstos no constituyen facultades ilimitadas, no existiendo derechos de libertad sin orientación alguna. La determinación de su contenido exige una interpretación teleológica, atenta al bien humano protegido y un ajustamiento del derecho con otros bienes igualmente humanos, los que a su vez forman un conjunto armónico²⁶⁹. Ello, por cuanto “los bienes humanos son, por definición, compatibles entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho”²⁷⁰.

²⁶⁷ Cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional...*, ob. cit., pp. 47 y 48.

²⁶⁸ Ídem, p. 50.

²⁶⁹ Cfr. ídem, p. 53.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Con fundamento en lo expuesto, cabe afirmar que el juicio de inalterabilidad del contenido esencial supone una tarea hermenéutica, cual es determinar el contenido del derecho mediante una interpretación teleológica²⁷¹, con referencia al bien humano que protege y a los bienes o derechos susceptibles de afectación por el ejercicio de esa libertad si se la utilizase desde una concepción subjetiva no teleológica²⁷², sin olvidar el relevante papel de los hechos del caso de que se trate²⁷³.

Conforme a lo expuesto, para juzgar la razonabilidad de una medida, según se desprende de la jurisprudencia y doctrina constitucional, será necesario determinar su adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, comprendiendo este último subprincipio tanto un balanceo entre los costos y beneficios, como el juicio de inalterabilidad del contenido del derecho involucrado.

6. RECAPITULACIÓN

A lo largo de este capítulo se ha brindado una aproximación a las diversas implicancias y problemáticas que plantea el principio de igualdad, tanto desde el punto de vista iusfilosófico como desde una perspectiva constitucional. Sin haber efectuado un análisis exhaustivo de cada una de ellas, análisis que se realizará en los capítulos si-

²⁷¹ La Corte Suprema, destacando la importancia de una interpretación teleológica de los derechos, ha afirmado que los derechos “deben operar según las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen” [Fallos 311:1438 (1988)]

²⁷² Cfr. SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 53.

²⁷³ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 101.

guientes con respecto a la igualdad en las normas jurídicas generales, se puso de manifiesto que:

1. La igualdad es nombre de una relación, no de una naturaleza o de una cualidad; por ello, cuando se predica la igualdad de un ente siempre se lo hace con referencia a otro ente, pudiéndose afirmar que la igualdad es un término relacional.

Dado que no existe una relación de igualdad absoluta en el ámbito de lo real, afirmar que un ente es igual a otro implica tomar en consideración uno o más elementos comunes entre los cuales se da esta relación de igualdad.

De lo expuesto, se deriva que la igualdad presupone un término de comparación, el que puede ser entendido en dos sentidos: a) como aspecto desde el cual es observado lo que se ha de comparar y b) como objeto o ente con respecto al cual se establece la relación de igualdad.

2. La igualdad es un concepto análogo por analogía de proporcionalidad, adoptando múltiples proyecciones en el ámbito de lo jurídico. Así, se hace referencia a la igualdad ontológica de los hombres, a la igualdad como exigencia de justicia, a la igualdad *de iure* en cuanto mandato de no discriminación y a la igualdad material o de hecho.

2.1. La igualdad ontológica de los hombres no implica una paridad absoluta en todos los aspectos (no cancela la diversidad entre los seres humanos), sino que significa la común humanidad, la igual condición de persona, el reconocimiento de la dignidad ontológica de todos y cada uno de los seres humanos. Esta igualdad ontológica de los hombres es la que posibilita la existencia de relaciones jurídicas y constituye el fundamento del Derecho y del mandato de no discriminación.

2.2. La igualdad se ha identificado con la justicia desde la antigüedad, —en el ámbito de la Filosofía del Derecho griega—, hasta nuestros días. Esta identificación se encuentra presente en diversas

teorías de la justicia, haciendo referencia a una igualdad que conlleva consecuencias sustanciales relativas al contenido de las normas —en el caso de la teoría de la justicia aristotélico-tomista y de la teoría procedimental de John Rawls— como a una igualdad puramente formal, avalorativa, incapaz de determinar uno u otro contenido normativo —como la teoría de la justicia en Ross y Perelman—.

Desde la perspectiva de la teoría aristotélico-tomista, la igualdad que exige la justicia puede ser geométrica o aritmética, expresándose como justicia distributiva, en el primer caso, y conmutativa o sinagmática en el segundo.

3. Históricamente, si bien el significado del principio de igualdad ante la ley estuvo presente en la noción griega de *isonomía* y romana de *aequabilitas*, fue recién en el siglo XVIII consagrada en instrumentos jurídicos positivos como la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, de 1789. El significado atribuido en ese momento histórico fue enriqueciéndose con el correr del tiempo y la obra de la jurisprudencia constitucional: en un primer momento la proclamada igualdad implicó la abolición del Estado de órdenes o de castas —en el que los ciudadanos estaban divididos en categorías jurídicas diversas—, así como una concepción de ley en cuanto norma general y abstracta, aplicable a todos los ciudadanos por igual. En esta etapa inicial de su consagración positiva el principio de igualdad no vinculaba al legislador, exigiendo que las clasificaciones o diferenciaciones normativas fueran razonables.

4. El principio de igualdad se manifiesta en dos dimensiones: igualdad ante la ley, formal o *de iure*, por una parte, e igualdad material, real o de hecho, por la otra.

4.1. La igualdad *de iure* se proyecta en tres facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar discriminaciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad fren-

te a la norma jurídica, obligando al órgano encargado de aplicarla, ya sea el juez o la Administración y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de los denominados derechos humanos.

4.2. El principio de igualdad de hecho complementa al de igualdad *de iure*, puesto que plantea exigencias relativas a los sectores o grupos de personas social, política, económica o culturalmente menos favorecidos, imponiendo 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, como así 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. La determinación de tales bienes y aspectos dependerá de una teoría de la justicia y del Estado, pues tal como se expuso, la concreción del principio de igualdad de hecho supone asumir una teoría de la justicia por la que se señale el modo y los criterios para la distribución de los bienes en una sociedad.

La igualdad material fue receptada en los textos constitucionales de diversos Estados durante el siglo XX, aunque, a diferencia de la igualdad ante la ley, la jurisprudencia — salvo excepciones como el derecho a un mínimo vital a que refiere el Tribunal Constitucional alemán—, no le ha reconocido el carácter de norma jurídica capaz de justificar el reclamo judicial de derechos fundamentales frente al Estado. En otros términos, la igualdad material por sí sola no se traduce en un derecho subjetivo judicialmente exigible, siendo considerada una norma constitucional de carácter programático dirigida al legislador.

5. La exigencia de igualdad en la norma jurídica general —cuyo estudio será objeto de los restantes capítulos, con especial referencia a la jurisprudencia constitucional argentina y estadounidense— se traduce en un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones norma-

tivas establecidas por el legislador, vinculando de tal modo los principios de igualdad y razonabilidad, sin que por ello ambos principios se confundan entre sí. Ello, por cuanto mientras el principio de igualdad tiene por objeto el derecho de igualdad y presupone para su aplicación un término de comparación con respecto al cual se imparte el trato desigual, el principio de razonabilidad es utilizado para juzgar la reglamentación de los derechos fundamentales, no tiene por objeto derecho alguno y no necesita para su aplicación de un término de comparación. Asimismo, el juicio de razonabilidad de la reglamentación del derecho de igualdad presenta peculiaridades que lo diferencian del juicio de razonabilidad de otros derechos fundamentales, puesto que es aplicado con diversa intensidad según los criterios utilizados para diferenciar por el creador de la norma y los derechos respecto de los cuales se establece la distinción de trato impugnada. Las peculiaridades que presenta el juicio de igualdad serán analizadas en los capítulos subsiguientes, siguiendo para ello el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.

5.1. Conforme al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia constitucional, el despliegue del principio de razonabilidad supone la aplicación de tres juicios o subprincipios: adecuación o idoneidad; necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) El juicio de adecuación implica valorar la idoneidad de la norma reguladora de un derecho fundamental para alcanzar la finalidad que se persiguió mediante su dictado, finalidad que ha de ser socialmente relevante y constitucionalmente legítima.

b) El subprincipio de necesidad exige que la medida reguladora sea la menos restringente de la norma iusfundamental en cuestión, dentro de aquellas que resulten igualmente idóneas y eficaces para lograr el objetivo propuesto.

c) El juicio proporcionalidad *stricto sensu* consiste en requerir un razonable equilibrio o relación entre las ventajas obtenidas y los perjuicios ocasionados con la medida legislativa, de modo tal que los

beneficios para el interés público sean proporcionalmente mayores a las restricciones y limitaciones en las normas iusfundamentales en juego²⁷⁴. El juicio de proporcionalidad *stricto sensu* corre el riesgo de ser reducido a un cálculo utilitarista, pues bastaría plantear la existencia de un interés estatal urgente o apremiante para considerar proporcionada una medida desconocedora de los derechos fundamentales. Por ello, y a fin de preservar el carácter inviolable de tales derechos, una medida legislativa sólo podrá ser considerada razonable en sentido estricto si no altera el contenido esencial o sustancial del derecho fundamental de que se trate y los beneficios obtenidos son proporcionales a las limitaciones o restricciones de las normas iusfundamentales en cuestión.

²⁷⁴ Cfr. *idem* p. 507.

CAPÍTULO II
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES

El presente capítulo estará centrado en el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos relativa a la decimocuarta enmienda, que consagra el principio de la igual protección de las leyes²⁷⁵. Dicha enmienda fue sancionada como consecuencia del triunfo de los Estados del Norte sobre los Estados del

²⁷⁵ Se dice allí, textualmente, que: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a la jurisdicción de éstos son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residen. Ningún Estado podrá hacer o poner en vigor ley alguna que menoscabe las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negarle a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”.

Sur en la Guerra de Secesión. Conjuntamente con ella se sancionaron las enmiendas decimotercera, que abolió la esclavitud, y la decimoquinta, que prohibió a los Estados denegar el derecho al sufragio por razones de raza, color o previa condición de servidumbre.

La doctrina sentada por el máximo tribunal estadounidense con respecto al principio de igualdad revela que el examen de razonabilidad de las diferenciaciones normativas resulta intensificado y más riguroso cuando se emplean criterios tales como la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de hijo extramatrimonial y de extranjero. Asimismo, una profundización del juicio de razonabilidad podrá verificarse en aquellos casos en los que las normas clasifican entre personas o grupos restringiendo, penalizando o reconociendo sólo a algunos y no a otros el ejercicio de derechos fundamentales.

La relevancia del estudio de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos se debe a que dicho tribunal ha elaborado una rica y profusa doctrina en torno a la decimo cuarta enmienda. Asimismo, la Corte Suprema argentina ha seguido a su par estadounidense, entre otras cuestiones, en la elaboración de la doctrina de las cuestiones políticas como cuestiones no justiciables y en la doctrina de la emergencia económica²⁷⁶. Si bien el modelo de los tres escrutinios —requerimiento de un mínimo de racionalidad,

²⁷⁶ En lo que se refiere a la doctrina de las cuestiones políticas como cuestiones no justiciables, Bianchi afirma que el *leading case* resuelto por la Corte Suprema argentina ha sido “Joaquín M. Cullen *c*/Baldomero Llerena” (Fallos 53:420 [1893]), el que fue fallado sobre la base del modelo ideado por la Corte estadounidense en el precedente *Luther vs. Borden* (49, U.S. [7, Howard], 1 [1849]) (cfr. BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad*, T. 2, 2ª edición, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 154-158). Con relación a la doctrina de la emergencia económica elaborada por la Corte estadounidense, ella es citada y asumida expresamente por la Corte argentina en el caso “Oscar Avico *c*/Saúl de Pesa” (Fallos 172-29 [1934]), haciendo suyos los principios sentados en el precedente *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* (290 U.S. 398 [1934]).

test intermedio y escrutinio estricto—, formulado en la jurisprudencia norteamericana para juzgar la violación de la igual protección de las leyes no ha tenido plena acogida en los precedentes del máximo tribunal argentino, tal como se desarrollará en los capítulos 3 y 4, dicho tribunal, al igual que el estadounidense, ha aplicado un examen de razonabilidad intensivo al juzgar la constitucionalidad de las clasificaciones establecidas con relación al ejercicio de derechos fundamentales de contenido extrapatrimonial o cuando éstas se basan en criterios relativos al origen nacional, la nacionalidad, la edad y el sexo de las personas.

Con el objeto de determinar las notas específicas que plantea el juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas en los fallos de la *Supreme Court*, se analizarán casos donde ha aplicado el “test de la relación racional” para juzgar las clasificaciones efectuadas por la legislación económica y social o aquellas que utilizan criterios tales como la edad, la condición de homosexual o de discapacitado, no consideradas como sospechosas. Seguidamente, se estudiarán aquellos precedentes donde fue aplicado el denominado “test intermedio de revisión”, a los fines de considerar la conformidad con la decimocuarta enmienda de las clasificaciones basadas en el sexo o en la condición de hijo extramatrimonial. Finalmente, serán analizados los casos en los que la *Supreme Court* aplicó el “escrutinio estricto”, puesto que estaba en juego un derecho fundamental respecto del cual se imponía una desigualdad de tratamiento o bien una clasificación por razón de la raza, el origen nacional o la condición de extranjero.

Mediante el estudio de los diversos fallos donde fueron aplicados las tres clases de escrutinios o exámenes de razonabilidad referidos y tomando en cuenta los juicios que componen el principio de proporcionalidad, se intentará esclarecer las exigencias que ellos plantean. A la vez, se efectuará una valoración crítica de tales exigencias a la luz de la teoría clásica de la justicia y de la teoría de los dere-

chos humanos, concebidos como derechos preexistentes al orden jurídico positivo, universales e inviolables, fundamentados en la dignidad de la persona humana y en los primeros principios prácticos aprehendidos de modo evidente por la razón práctica²⁷⁷.

Las acciones positivas y su compatibilidad con la garantía de la igual protección constituye una problemática que fue abordada por la *Supreme Court* en diversos pronunciamientos, constituyendo la discriminación inversa una especie de acción positiva que ha sido objeto de severas críticas desde la óptica del principio de igualdad. En el presente capítulo se reseñarán los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la constitucionalidad de dicha modalidad de acción positiva y se analizará la jurisprudencia del máximo tribunal estadounidense relativa a tal problemática.

En la Constitución de los Estados Unidos el principio de igualdad se encuentra expresamente consagrado en la decimocuarta enmienda, la que resulta aplicable a los Estados locales²⁷⁸. No obstante ello, las clasificaciones establecidas por el gobierno federal que violan el principio de igualdad "...son revisadas bajo la garantía de la igual protección implícita en la cláusula del debido proceso de la quinta enmienda"²⁷⁹. Para las clasificaciones basadas en la raza, también son

²⁷⁷ Cfr. FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales...*, ob. cit., pp. 91-129; HERVADA, J., "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en *El iusnaturalismo actual...*, ob. cit., pp. 109-129 y MASSINI CORREAS, C. I., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en *El iusnaturalismo actual...*, ob. cit., pp. 187-214.

²⁷⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 633.

²⁷⁹ Ídem, p. 634. Es a partir del caso *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos extiende al Estado Federal, con fundamento en la quinta enmienda, la obligación de respetar el principio de la igual protección de las leyes.



relevantes la decimotercera y la decimoquinta enmiendas, prohibiendo la primera de ellas la esclavitud y consagrando la segunda el derecho a votar de los ciudadanos sin distinción de raza, color o antecedentes de servidumbre²⁸⁰. La cláusula de la igual protección no prohíbe al gobierno establecer diferenciaciones entre las personas en la creación de las leyes, sino que garantiza que tales clasificaciones no estarán basadas en criterios arbitrarios utilizados para perjudicar a un grupo de individuos²⁸¹.

La garantía de la igual protección puede ser violada de dos formas. “Primero, la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno clasifica a fin de distinguir, en sus reglas o programas, entre personas que deberían ser consideradas como situadas similarmente en los términos de los principios relevantes de la igual protección. (...) Segundo, la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno omite clasificar con el resultado de que sus reglas o programas no distinguen entre personas que, para los propósitos de la igual protección, deberían ser consideradas como situadas diferentemente. (...) Como la Suprema Corte observó en *Jenes vs. Fortson*, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales”²⁸².

²⁸⁰ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988, p. 1437.

²⁸¹ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 634.

²⁸² TRIBE, L., *American constitutional law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988, ps. 1438-1439. En el caso mencionado por Tribe, la Supreme Court convalidó leyes estatales electorales que imponían exigencias de ballottage a partidos políticos minoritarios diferentes de aquellas impuestas a partidos mayoritarios, considerando que ello no implicaba una discriminación odiosa, sino reconocer que existen grandes diferencias entre las necesidades y potencialidades de un partido político con un amplio respaldo histórica-

Tal como se expuso, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha elaborado tres tests o escrutinios, los que se diferencian por la intensidad del examen de razonabilidad de las distinciones establecidas en las normas jurídicas impugnadas: el test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad; el test intermedio y el escrutinio estricto. A continuación se examinarán críticamente las exigencias que plantean cada uno de estos tres estándares de revisión, tomando en cuenta tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional.

2. EL REQUERIMIENTO BÁSICO DE UN MÍNIMO DE RACIONALIDAD (*THE BASIC REQUIREMENT OF MINIMUM RATIONALITY*)

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir de 1937, “... ha otorgado gran deferencia a los legisladores federales y locales cuando revisan la legislación económica y social con base en los principios del debido proceso o de la igual protección. Tal legislación (o una clasificación de dicha legislación) no será anulada salvo que no tenga una relación racional con algún legítimo interés del gobierno. Si la ley (o la clasificación) tiene una relación racional con un legítimo interés del gobierno será confirmada”²⁸³.

Para las cuestiones vinculadas con la legislación socio-económica, la *Supreme Court* ha considerado que “... la igual protección demanda razonabilidad en las clasificaciones administrativas y

mente establecido, por una parte, y una organización política nueva o pequeña por la otra. (cfr. 403 U.S. 431, 441-442 [1971]).

²⁸³ Ídem, p. 419.

legislativas”²⁸⁴, entendiendo que en estos casos la razonabilidad se prueba por la idoneidad de las clasificaciones para servir a los propósitos perseguidos por la legislación²⁸⁵. Ello implica formular un juicio de adecuación entre la clasificación empleada y la finalidad de la norma; en otros términos, lleva consigo valorar si los criterios considerados como relevantes para diferenciar por el creador de la norma son idóneos para alcanzar el objetivo propuesto.

Según Tribe, esta exigencia de racionalidad entre medios y fines supone que “... toda legislación debe tener un propósito público legítimo o conjunto de propósitos basados en alguna concepción del bien general. Sin tal exigencia de propósito público legítimo, parecería inútil demandar la más perfecta congruencia entre medios y fines, debido a que cada ley suministraría el suyo propio, indisputablemente apropiado —y verdaderamente tautológico—...”²⁸⁶.

Cabría preguntarse qué ha de entenderse por propósito público legítimo. Al respecto, se ha sostenido que el fin del gobierno con respecto al cual la clasificación normativa ha de presentar una relación racional no ha de estar prohibido por la Constitución²⁸⁷. Como fundamento de esta concepción negativa de la legitimidad del objetivo a alcanzar, se ha señalado el principio de libertad de fines del legislador y la presunción de constitucionalidad de las leyes, advirtiéndose que los efectos de esta presunción se extienden no sólo al texto de las disposiciones legislativas, sino también a la finalidad que éstas

²⁸⁴ TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1439.

²⁸⁵ Cfr. idem, p. 1440 y *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 191 (1964).

²⁸⁶ TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1440.

²⁸⁷ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 639. Carlos Bernal Pulido, analizando el principio de proporcionalidad, coincide en señalar que para considerar al fin como legítimo, no debe estar prohibido explícita o implícitamente por la Constitución (cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 690).

persiguen²⁸⁸. Para el Tribunal Constitucional español no basta con que la finalidad no esté prohibida por la Constitución, sino que además debe ser socialmente relevante²⁸⁹.

Según el máximo tribunal estadounidense, al aplicar el test de la relación racional no es preciso exigir una adecuación exacta entre la clasificación normativa y los objetivos propuestos. Bajo este estándar, los tribunales están compelidos a aceptar las generalizaciones de la legislatura aún cuando tenga lugar una imperfecta adecuación entre medios y fines²⁹⁰. Compartiendo el criterio referido, se ha afirmado que sería prácticamente imposible exigir una relación de adecuación exacta, ya que las normas generales se formulan mediante un proceso previo de abstracción de variadas situaciones o hechos, y tal diversidad no puede ser prevista en forma exhaustiva por el legislador, pudiéndose presentar personas cuya situación no encuadre estrictamente con la finalidad pretendida²⁹¹. “Eso significa que las normas pueden ser en alguna medida inexactas o inapropiadas en sus criterios clasificatorios en relación con su fin sin ser propiamente arbitrarias...”²⁹².

²⁸⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 692-693.

²⁸⁹ Al respecto, el TCE ha dicho que debe desecharse “toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (Cfr. STC 55/1996, FJ 7º). Coincidiendo con lo señalado por dicho tribunal cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 63.

²⁹⁰ Cfr. voto del juez Kennedy en *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993).

²⁹¹ Cfr. RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *El principio de igualdad...*, ob. cit., p. 167.

²⁹² *Ibidem*.

En cuanto a la intensidad del juicio de adecuación que supone el requerimiento de un mínimo de racionalidad, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha efectuado un control amplio, que podría denominarse de evidencia. De tal modo, “... sólo utilizará el test de la relación racional para invalidar leyes que sean totalmente arbitrarias y que no puedan ser justificadas por ningún argumento racional que relacione la clasificación con un legítimo interés del Estado”²⁹³. En coincidencia con ello, Tribe señala que el test del mínimo de racionalidad constituye un medio para confirmar toda regulación económica, salvo aquellas medidas de gobierno que sean notoriamente irracionales²⁹⁴. Ratificando lo expuesto, la *Supreme Court* sostuvo con respecto a una legislación económica que regulaba la superficie minera y la recuperación de tierras de labranza, que dicha legislación “... lleva consigo una presunción de racionalidad que sólo puede ser refutada por una muestra clara de arbitrariedad e irracionalidad”²⁹⁵.

El denominado test de la relación racional o requerimiento de un mínimo de racionalidad resulta acompañado por una fuerte presunción de constitucionalidad de las clasificaciones establecidas en la legislación económico-social. De acuerdo a lo señalado por la doctrina estadounidense, la flexibilidad en el juicio de idoneidad, tanto para valorar la relación entre medios y fines, como para considerar éstos últimos concernientes al bien general, está presente en la jurisprudencia constitucional de los tribunales, quienes han exhibido una extrema deferencia hacia los propósitos y selecciones legislativas

²⁹³ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 646.

²⁹⁴ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., pp. 1445-1446.

²⁹⁵ *Hodel v. Indiana*, 452 US, 331 (1981).

entre medios, aplicando el requerimiento de un mínimo de racionalidad con sujeción a una fuerte presunción de constitucionalidad²⁹⁶.

La carga de desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las diferenciaciones normativas referidas recaerá sobre la parte que las impugna. Por tanto, “... tales leyes no serán invalidadas salvo que la parte que ataca la ley o clasificación pueda demostrar que ella no tenía una posible relación racional con algún legítimo interés del gobierno”²⁹⁷.

El test bajo análisis no es aplicable respecto de aquellas normas que clasifican con relación al ejercicio de un derecho fundamental o utilizan criterios sospechosos tales como la raza, el origen nacional, la extranjería, el sexo y la condición de hijo ilegítimo, las que se presumen inconstitucionales y son sometidas a escrutinios más severos —estricto e intermedio— a los fines de juzgar su compatibilidad con la decimocuarta enmienda.

No son numerosos los casos en los que la *Supreme Court* declaró la inconstitucionalidad de las normas impugnadas bajo el test de la relación racional, si bien nunca rechazó el rol judicial en la revisión de la legislación socio-económica²⁹⁸. No obstante, dicho estándar

²⁹⁶ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., pp. 1442-1443. En el mismo sentido, cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 424.

²⁹⁷ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 425.

²⁹⁸ Cfr. ídem, p. 421. Nowak y Rotunda citan como ejemplos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la clasificación impugnada bajo el test de la relación racional, los siguientes casos: a) *Morey v. Doud*, 354 US 457 (1957), en el que se consideró violatoria de la igual protección a una ley del Estado de Illinois que exceptuaba a la empresa American Express Company de las previsiones normativas que regulaban el intercambio de divisas, estableciendo determinadas exigencias. La *Supreme Court* sostuvo que resultaba irracional otorgar una exención a una entidad comercial en particular y no a una categoría genérica; b) *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528 (1973), en el

que se declaró inconstitucional por violación de la decimocuarta enmienda, a una norma que disponía la exclusión del programa federal de *food stamps* (consistente en un subsidio otorgado por el Estado) de los grupos en los que viviera al menos una persona no relacionada con el resto por un vínculo de parentesco. Esta norma era consecuencia de otra que establecía que, para que un grupo pudiera ser beneficiario de las prestaciones del programa, era preciso que estuviese formado únicamente por personas parientes entre sí; c) *Hooper v. Bernalillo County Assessor*, 472 U.S. 612 (1985): la *Supreme Court* anuló, por vulnerar la decimocuarta enmienda, una ley de Nuevo México que otorgaba una exención impositiva a los residentes actuales de dicho Estado que fueron miembros de las fuerzas armadas durante la época de la guerra de Vietnam y quienes a su vez fueron residentes del mismo Estado antes del 8 de mayo de 1976; d) *Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward*, 470 U.S. 869 (1985): la *Supreme Court* declaró inconstitucional una norma que gravaba con un impuesto más alto a las compañías de seguro con sede fuera del Estado y que tenían negocios en el Estado, en comparación con el gravamen —de menor monto— que imponía a las compañías de seguro con sede en el mismo Estado; e) *Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14 (1985): se consideró violatoria del principio de igualdad a una ley del Estado de Vermont que exceptuaba del pago de impuestos a sus residentes que compraban un automóvil en otro Estado y pagaban el impuesto a las ventas en el Estado en el cual hicieron la compra, pero denegaba esta exención a las personas que se mudaban a Vermont y no eran residentes cuando hicieron la compra del automóvil y pagaron el impuesto a las ventas en el otro Estado; f) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985): en este caso, la *Supreme Court* invalidó una ordenanza de zonificación que prohibía el funcionamiento de un grupo de casas para personas con retrasos mentales; g) *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Commission*, 488 US 336 (1989): la *Supreme Court* declaró que un sistema de cálculo utilizado para la valuación real de la propiedad con fines impositivos violaba la cláusula de la igual protección; h) *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996): la *Supreme Court* resolvió que la enmienda de la constitución de Colorado que prohibía al Estado, o a la legislatura local, dictar cualquier legislación que protegiera a las personas de la discriminación en razón de su orientación sexual, contradecía la igual protección de la ley. Cabe aclarar que en este caso la Corte no consideró a la homosexualidad como una clasificación sospechosa y argumentó que la prohibición de leyes contra la discriminación en base a la homosexualidad no estaba racionalmente relacionada con algún interés legítimo. i) *Lawrence, John y otro c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003): la *Supreme Court*, aplicando el test de la relación racional y sin calificar a la



implica un alto grado de deferencia a la legislatura, “... los tribunales anularán leyes bajo el test de la relación racional cuando resulte claro que no existe otro propósito más que denegar un beneficio (aunque no sea un derecho fundamental) a un grupo (aún cuando no sea una clasificación sospechosa), y dicha denegación no sirva a otro propósito más que al deseo de discriminar contra un grupo que es desfavorecido por la legislatura”²⁹⁹.

Conforme a lo sostenido por el máximo tribunal estadounidense ni la edad, ni la condición de homosexual, ni la discapacidad mental son considerados criterios sospechosos que den lugar a la aplicación del test intermedio o del escrutinio estricto, habiendo utilizado para juzgar la constitucionalidad de dichas clasificaciones el test de la relación racional³⁰⁰. En cuanto a la condición de residente de un determinado Estado, si bien tampoco es catalogado como un criterio sospechoso, existen diversos pronunciamientos en los que la *Supreme Court* invalidó normas que otorgaban o denegaban beneficios tomando como base los años de residencia o la condición de residente³⁰¹.

Seguidamente, se analizarán casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los que aplicó el test de la relación racional, habiendo sido seleccionados algunos de ellos por su vinculación con

condición de homosexual como una categoría sospechosa, declaró inconstitucional el artículo 21.06 del Código Penal de Texas que tipificaba como conducta delictiva a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. De tal modo, se apartó del precedente *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 [1986], por el que había confirmado la constitucionalidad del delito de sodomía.

²⁹⁹ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 655.

³⁰⁰ Cfr. *idem*, pp. 646 y 653-655.

³⁰¹ Cfr. *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55 (1982); *Hooper v. Bernalillo County Asesor*, 472 U.S. 612 (1985) y *Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14 (1985).



precedentes de la Corte Suprema argentina tratados o referenciados en los capítulos 3 y 4 del presente trabajo.

2.1. Regímenes jubilatorios y discriminación por razón de la edad

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha demostrado una gran deferencia para juzgar la constitucionalidad de las leyes que imponían la jubilación o retiro obligatorio a empleados del gobierno cuando alcanzaban una determinada edad, sometiendo las diferenciaciones basadas en la edad de las personas al estándar que exige tan sólo un mínimo de racionalidad. En otros términos, para que la clasificación fuese convalidada bastó con que ella cooperara de algún modo para alcanzar el objetivo propuesto, aun cuando pudieren existir casos en los que se jubile a empleados calificados, no llegándose a promover de hecho una mayor eficiencia en el gobierno³⁰².

2.1.1. El caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*

En el precedente *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*³⁰³, la *Supreme Court*, con la disidencia del juez Marshall, confirmó la constitucionalidad de una norma del Estado de Massachusetts que imponía el retiro obligatorio a los policías uniformados que alcanzaban la edad de 50 años. El oficial de policía Robert Murgia había cuestionado dicha norma legal por considerar que violentaba la igual protección de las leyes impuesta por la decimocuarta enmienda. El

³⁰² Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 646.

³⁰³ 427 U.S. 307 (1976).

máximo tribunal estadounidense rechazó la impugnación, resolviendo que debía aplicarse el estándar de las bases racionales por cuanto la clasificación no interfería con el ejercicio de un derecho constitucional, ni tampoco operaba sobre una clase sospechosa como para requerir un escrutinio estricto³⁰⁴. Según la Corte, sus decisiones no dan sustento a la proposición de que el derecho a un empleo público es *per se* un derecho fundamental³⁰⁵, y, a los fines de justificar por qué la edad no es un criterio sospechoso, remitiéndose a *San Antonio School District v. Rodríguez*³⁰⁶, sostuvo que una clase sospechosa es aquella “cargada con tales incapacidades, o sujeta a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o relegada a una posición tal de impotencia política como para disponer de una protección extraordinaria del proceso político mayoritario. Mientras que el tratamiento de la edad en esta Nación no ha estado generalmente libre de discriminación, tales personas, diferentes de aquellas que han sido discriminadas en su contra sobre las bases de la raza u origen nacional, no han experimentado una historia de tratamiento desigual intencionado o no han estado sujetas a especiales incapacidades sobre la base de características estereotipadas no indicativas verdaderamente de sus capacidades”³⁰⁷.

En *Vance v. Bradley*³⁰⁸, continuando con el precedente sentado en *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, la Corte estadounidense, con una sola disidencia, declaró constitucional la exigencia de que los participantes en el sistema jubilatorio del servicio exterior se retiren de sus cargos a la edad de sesenta años. El tribunal resolvió

³⁰⁴ Cfr. *idem*, 312.

³⁰⁵ Cfr. *idem*, 313.

³⁰⁶ 411 U.S. 1 (1973).

³⁰⁷ 427 U.S. 307, 313 (1976).

³⁰⁸ 440 U.S. 93 (1979).

que la distinción establecida entre los empleados del servicio exterior y el personal del servicio civil, quienes debían retirarse a la edad de setenta años, no violaba la garantía de la igual protección de las leyes.

2.1.2. El caso *Gregory v. Aschroft*

Siguiendo la línea jurisprudencial de los casos mencionados en el párrafo precedente, en *Gregory v. Aschroft*³⁰⁹, la *Supreme Court* confirmó la constitucionalidad del artículo V, 26 de la Constitución de Missouri, el que disponía que todos los jueces se debían retirar a la edad de setenta años. Dicha norma fue cuestionada por un grupo de jueces del Estado de Missouri, quienes alegaron que la misma vulneraba la ley federal contra la discriminación en el empleo por razón de la edad del año 1967 (ADEA). Para el caso de que se considerara que ellos no estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley, impugnaron el artículo V 26 mencionado por violación de la decimocuarta enmienda de la Constitución estadounidense. Ello, en razón de que la jubilación o retiro obligatorio impuesto a los jueces cuando alcanzaban la edad de setenta años implicaba dos distinciones irracionales: entre jueces que habían alcanzado dicha edad y los jueces más jóvenes, y entre jueces de 70 años o más y empleados del Estado de la misma edad que no estaban sujetos al retiro o jubilación obligatorio.

La ADEA establece que es ilegítima la conducta del empleador que pone fin a la relación laboral con algún individuo que tenga al menos cuarenta años, debido a la edad del mismo. El término empleador incluye según la norma al Estado o a una subdivisión política del Estado.

³⁰⁹ 501 U.S. 452 (1991).

Los jueces de la mayoría sostuvieron que la ADEA no era aplicable al caso sometido a decisión y que la cláusula de la Constitución de Missouri cuestionada no violaba la igual protección de las leyes. La disidencia entendió que los impugnantes se encontraban comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la ADEA y por ello decidieron declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por violar dicha ley federal, sin tratar el argumento vinculado con la decimocuarta enmienda.

La *Supreme Court*, mediante el voto de la mayoría, recordó que, conforme a lo sostenido en *Massachussets Board of Retirement v. Murgia*; *Vance v. Bradley* y *Cleburne v. Cleburne Living Center*³¹⁰, la edad no es una clasificación sospechosa bajo la cláusula de la igual protección. Asimismo, agregó que los impugnantes no tenían un interés fundamental en desempeñarse como jueces, por lo que al Estado le bastaba con alegar una base racional para justificar la clasificación por razón de la edad³¹¹.

Reafirmando la deferencia asumida para juzgar los casos en los que no están en juego clasificaciones sospechosas o derechos constitucionales, la *Supreme Court* tuvo en cuenta que la norma cuestionada no reflejaba una mera acción del gobierno, sino "... el juicio meditado de la legislatura del Estado que la propuso y el de los ciudadanos de Missouri que la votaron"³¹²; por lo tanto, agregó, "no anularemos aquella norma salvo que la distinción de trato de diferentes grupos o personas no esté relacionada con el logro de alguna combinación de propósitos legítimos por lo que podamos concluir que las acciones del pueblo son irracionales"³¹³.

³¹⁰ 473 U.S. 432 (1985).

³¹¹ Cfr. 501 U.S. 452, 470 (1991).

³¹² Ídem, 471 (1991).

³¹³ *Ibidem*.

El objetivo que según el máximo tribunal estadounidense daba sustento racional a la cláusula constitucional que imponía el retiro obligatorio de los jueces a la edad de 70 años, consistía en el legítimo “... interés en mantener un poder judicial plenamente capaz de desempeñar las tareas exigentes que los jueces deben cumplir. Es un hecho desafortunado de la vida que la capacidad física y mental a veces disminuye con la edad”³¹⁴. La *Supreme Court* consideró que el proceso electivo podía ser inadecuado para controlar la idoneidad de los jueces, pues muchos votantes no observan la acción del Poder Judicial ni leen sus opiniones. Asimismo, advirtió que el término de duración del cargo de juez era superior al de otros oficiales públicos, señalando que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales de apelaciones cumplen sus funciones durante doce años y los de circuito durante seis años; a diferencia de los cargos de gobernador, secretario de Estado, abogado del Estado, los que duran cuatro años en sus funciones. Finalmente, tuvo en cuenta que muchos de estos jueces no compiten en las elecciones. A juicio del tribunal, el pueblo de Missouri pudo racionalmente concluir que el mantenimiento de las elecciones no servía para un adecuado control de los jueces que se desempeñan deficientemente, por lo que el retiro obligatorio constituía una respuesta razonable a este dilema³¹⁵.

La Corte estadounidense reconoció que la cláusula constitucional que imponía el retiro obligatorio de los jueces, al igual que toda clasificación legal, se fundaba en una generalización, por lo que estaba lejos de la verdad que todo juez sufriera un deterioro significativo en el desempeño de su función a la edad de 70 años. No obstante ello, recordó que no se viola la cláusula de la igual protección por el mero hecho de que las clasificaciones normativas sean imperfectas,

³¹⁴ Ídem, 472 (1991).

³¹⁵ Cfr. ibídem.

sosteniendo finalmente que el pueblo de Missouri podía racionalmente concluir que la amenaza de deterioro a la edad de 70 años era lo suficientemente grande, y las alternativas para remover a los jueces lo suficientemente inadecuadas, como para requerir que todos ellos se retiren a la edad de 70 años³¹⁶.

Puede observarse que en *Gregory v. Ashcroft* —al igual que en *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* y *Vance v. Bradley*—, a los fines de juzgar la violación de la decimocuarta enmienda, la Corte estadounidense aplicó únicamente el subprincipio de idoneidad, dejando de lado los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, la justificación de la clasificación impugnada se centró en la consideración de los fines que mediante ella se pretendían lograr: asegurar la plena capacidad de los jueces, la que podía verse deteriorada cuando alcanzaban determinada edad.

La clasificación cuestionada se trató de las denominadas “*overinclusive*”³¹⁷, puesto que, tal como lo reconoció el tribunal, seguramente comprendía a jueces que no obstante tener 70 años o más se encontraban en muy buenas condiciones psíquicas y físicas para continuar ejerciendo con idoneidad sus funciones. Las clasificaciones *overinclusive* han sido convalidadas por la *Supreme Court* con el argumento de que constituyen un medio preventivo que tiende a asegurar el alcance de los fines legales³¹⁸.

³¹⁶ Cfr. *idem*, 473.

³¹⁷ La clasificación *overinclusive* tiene lugar cuando “... el gobierno omite clasificar con el resultado de que sus reglas o programas no distinguen entre personas que, para los propósitos de la igual protección, deberían ser consideradas como diferentemente situadas”. (TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1438-1439).

³¹⁸ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1450.

Adviértase que en el fallo bajo análisis no se aplicó el juicio de necesidad, pues no obstante reconocerse que podrían existir jueces que habiendo alcanzado la edad de 70 años poseían capacidad suficiente para continuar en su cargo, no se examinaron los posibles medios alternativos menos restrictivos del derecho a ejercer la función de juez e igualmente idóneos para asegurar la plena capacidad psíquica y física de los magistrados. Sólo se consideró como medio alternativo al proceso electivo, al que se juzgó inidóneo para lograr dicho objetivo; omitiéndose tomar en cuenta otros posibles mecanismos de control —como exámenes psicofísicos, por ejemplo— y justificar por qué ellos tampoco resultarían igualmente adecuados.

Si bien la *Supreme Court* no desarrolló argumentos vinculados con la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues no realizó una ponderación entre el grado de importancia del fin que la norma pretendía alcanzar y el grado de restricción del derecho en juego, la resolución a la que arribó concluyó en la construcción de una relación de precedencia que hizo prevalecer el fin de asegurar la capacidad física y psíquica de los jueces para un buen funcionamiento del servicio de justicia por sobre el interés de las personas mayores de 70 años de ejercer la función judicial.

A diferencia del criterio sustentado por la Corte estadounidense, el máximo tribunal argentino, en contradicción a lo sostenido en fallos anteriores, ha aplicado para las clasificaciones por razón de la edad un escrutinio más severo que el requerimiento de un mínimo de racionalidad³¹⁹. Conforme se desarrolla y fundamenta en el epígrafe 2.2.3. a) del capítulo IV, no parece acertada la aplicación de un escrutinio extraordinario a las distinciones basadas en la edad de las

³¹⁹ Cfr. “Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 325:2968 (2002).

personas, resultando correcto el requerimiento de un mínimo de racionalidad.

2.2. Regímenes impositivos y discriminación por razón de la residencia

Tal como se adelantó en el epígrafe 2., la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido muy respetuosa del legislador para juzgar la compatibilidad de las clasificaciones impositivas con la decimocuarta enmienda, sometiéndolas al test de la relación racional. En este sentido, ha sostenido que “los Estados tienen un amplio margen de libertad para realizar clasificaciones y establecer líneas que a su juicio produzcan un razonable sistema de tributación”³²⁰, mostrándose reuente a interferir con las decisiones de política legislativa en esta área³²¹.

³²⁰ Cfr. *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co.*, 410 U.S. 356, 359 (1973). De modo similar, la Corte Suprema argentina ha reiterado que el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional “... no excluye la facultad del legislador para establecer distinciones o formar categorías de contribuyentes, siempre que tales clasificaciones no revistan el carácter de arbitrarias o estén inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (Fallos 115:111 [1911]; 132:402 [1920]; 147:402 [1926]), destacando que dicho principio constitucional “... no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas” (Fallos 315:1190 [1992])

³²¹ Cfr. *Regan v. Taxation with Representation of Washington*, 461 U.S. 540, 547-548 (1983); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 40-41 (1973) y *Allied Stores of Ohio, Inc. v. Bowers*, 358 U.S. 522, 526-527 (1959).

No obstante ello, el tribunal ha resuelto que un Estado no puede alegar válidamente, frente a una impugnación basada en la violación de la decimocuarta enmienda, que la clasificación legislativa cuestionada incluye a todos los que pertenecen a una misma clase³²². Asimismo afirmó que, “la cláusula de la igual protección requiere de una ley estatal más que una aplicación no discriminatoria dentro de la clase que ella establece”³²³. De tal modo, dejó en claro que el principio de igualdad no se restringe a la igual aplicación del tributo dentro de cada categoría establecida por el legislador, pudiéndose revisar la razonabilidad de los criterios utilizados para formar las categorías y exigiendo además una distribución razonable y no arbitraria de los beneficios y cargas impositivos.

Existen casos en los que la *Supreme Court* declaró la inconstitucionalidad de normas tributarias al considerar que la distinción establecida por razón de la residencia de los contribuyentes violaba la igual protección de las leyes³²⁴. En alguno de ellos, si bien no calificó al criterio de la residencia como sospechoso o exigió que la norma impositiva persiguiera un importante interés estatal, no se limitó a aplicar el test de la relación racional, llegando a valorar, aunque sin reconocerlo expresamente, la proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación impugnada. En otros, invalidó la diferenciación impositiva basada en la residencia de los contribuyentes con el fundamento de que no resultaba posible determinar cuál era el propósito legítimo que el Estado pretendía alcanzar mediante dicha clasificación.

³²² Cfr. *Hooper v. Bernalillo County Asesor*, 472 U.S. 612 (1985). Cfr. también *Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward*; 470 U.S. 869 (1985) y *Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14, 28 (1985), los que serán analizados en el presente epígrafe.

³²³ *Rinaldi v. Yeager*, 384 U.S. 305, 308 (1966).

³²⁴ Cfr. *Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14, 28 (1985).

2.2.1. El caso *Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward*³²⁵

En dicho precedente, se declaró la inconstitucionalidad, por violar la igual protección de las leyes, de una norma que gravaba con un impuesto más alto a las compañías de seguro constituidas fuera del Estado de Alabama y que tenían negocios en dicho Estado, en relación al impuesto con el que se gravaba a las compañías de seguro locales, esto es, constituidas en el mismo Estado. Desde 1955, el Estado de Alabama había otorgado a las compañías de seguro locales una preferencia, mediante la imposición de una alícuota del impuesto sobre las primas de seguro sustancialmente menor a la impuesta a las compañías de seguro constituidas fuera del Estado de Alabama³²⁶. La ley impositiva cuestionada también preveía que las compañías no locales podían reducir la tasa del impuesto sobre las primas brutas de seguro mediante la inversión de un porcentaje determinado de sus activos totales en ciertos bienes y títulos de la deuda pública de Alabama. No obstante ello, y a pesar de lo mucho que las compañías foráneas podrían invertir en Alabama, nunca llegarían a reducir el porcentaje del impuesto sobre las primas brutas al nivel pagado por las compañías de seguro locales. Estas últimas sólo estaban obligadas a abonar el uno por ciento por dicho impuesto, aún cuando no tuvieran inversiones en el Estado³²⁷.

Los recurrentes estaban conformados por un grupo de compañías constituidas fuera del Estado de Alabama, las que presentaron reclamos en el Departamento de Seguros de Alabama en 1981, sos-

³²⁵ 470 U.S. 869 (1985).

³²⁶ Cfr. *idem*, 871. Mientras las compañías de seguro locales pagaban una tasa del uno por ciento sobre todo tipo de primas de seguro, las no locales que comercializaban seguros de vida abonaban una tasa del tres por ciento y las que comercializaban otros tipos de seguros pagaban una tasa del cuatro por ciento.

³²⁷ Cfr. 470 U.S. 869, 872 (1985).



teniendo que la preferencia local de la ley impositiva, tal como se aplicaba a ellas, violaba la cláusula de la igual protección. Asimismo, solicitaron la devolución de los impuestos pagados durante los años fiscales 1977 a 1980, lo que les fue denegado por el Departamento de Seguros el 8 de julio de 1981³²⁸.

La Corte de Circuito del Condado de Montgomery —primer tribunal que intervino en la causa—, había convalidado la constitucionalidad del impuesto, señalando que mediante el mismo se pretendía: “(1) fomentar la formación de nuevas compañías de seguro en Alabama, y (2) fomentar la inversión de las compañías de seguro no locales en bienes y títulos públicos de Alabama referidos en la ley”³²⁹.

Por mayoría de votos —cinco contra cuatro— el máximo tribunal estadounidense declaró que el impuesto cuestionado vulneraba la decimocuarta enmienda, por cuanto consideró con relación al primero de los objetivos señalados por la Corte de Circuito, que promover las empresas locales “... mediante la discriminación de las corporaciones no locales que desean competir para hacer sus negocios allí, no es un propósito estatal legítimo”³³⁰. Afirmó también, que la validez de la visión de que un Estado no puede constitucionalmente favorecer a sus propios residentes, gravando a las corporaciones no locales con una alícuota más alta, solamente en razón de su residencia, está confirmada por una larga línea de casos resueltos por esa Corte³³¹, tales como *Inc. v. Glassboro*³³²; *Wheeling Steel Corp.*

³²⁸ Cfr. *ibídem*.

³²⁹ Cfr. 470 U.S. 869, 873 (1985).

³³⁰ Cfr. *idem*, 880.

³³¹ Cfr. *idem*, 878.

³³² 393 U.S., 119-120.

*V. Glander*³³³; *Hanover Fire Ins. Co. v. Harding*³³⁴ y *Southern R. Co. v. Greene*³³⁵. En estos casos, "... el gravamen discriminatorio era impuesto por el Estado a las corporaciones no locales que hacían negocios dentro del Estado solamente en razón de su residencia, presumiblemente para promover la industria doméstica dentro del Estado"³³⁶. Así también, en *Allied Stores of Ohio Inc. v. Bowers*, la *Supreme Court* había sostenido que la cláusula de la igual protección prohíbe a un Estado discriminar a favor de sus propios residentes, cargando solamente a los residentes de otros Estados miembros de la Federación³³⁷.

En lo que se refiere al segundo de los propósitos —fomentar la inversión de las compañías de seguro no locales en bienes y títulos públicos de Alabama—, la *Supreme Court* tampoco lo consideró legítimo cuando es promovido mediante la discriminación de las corporaciones constituidas fuera del Estado. En este sentido, señaló que mientras las aseguradoras locales eran gravadas con una alícuota aun cuando no invirtieran en bienes de Alabama, las compañías no locales por mucho que invirtieran deberían pagar una tasa impositiva mayor sobre las primas brutas de seguro que las compañías locales. Así, la previsión de incentivo a la inversión en el Estado más que remediar, reafirmaba una clasificación legal inadmisibles basada solamente en la residencia³³⁸.

Si bien la Corte afirmó que la violación de la decimocuarta enmienda por parte de la ley impositiva impugnada se producía en

³³³ 337 U.S., 571.

³³⁴ 272 U.S., 511 (1926).

³³⁵ 216 U.S., 417.

³³⁶ 470 U.S., 880 (1985).

³³⁷ 358 U.S. 522 (1959).

³³⁸ 470 U.S., 883-884.

razón de la ilegitimidad de los propósitos, una lectura atenta permite inferir que lo que el tribunal consideró ilegítimo no fueron los objetivos perseguidos, sino los medios a través de los cuales tales objetivos se pretendían alcanzar, ello es, la imposición de gravámenes más severos a las corporaciones constituidas en otros Estados diversos de Alabama. Es el criterio de la residencia, empleado para efectuar las clasificaciones impositivas, lo que es estimado como contrario a la igual protección de las leyes. Por ello, el voto de la mayoría no parece haber empleado el test de la relación racional, pues evaluando únicamente la existencia de una relación de adecuación entre la distinción empleada por la norma y los fines legítimos a alcanzar, hubiese correspondido confirmar la constitucionalidad del impuesto —tal como lo resolvieron los jueces que votaron en disidencia—.

Cabe señalar, que, no obstante, la *Supreme Court* no calificó a la residencia como un criterio sospechoso, ni hizo referencia alguna a la aplicación del denominado test intermedio utilizado para las clasificaciones en razón del sexo y el carácter ilegítimo de la filiación, de los fundamentos de la sentencia surge que el examen no se limitó a requerir un mínimo de racionalidad entre medios y fines, llegándose a valorar también la proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación impugnada. No fue la promoción de las empresas locales sin más lo que el tribunal tachó de ilegítimo, sino intentar lograr dicho objetivo mediante la imposición de gravámenes más severos a las corporaciones constituidas en otros Estados que deseaban competir en el Estado de Alabama³³⁹. Esto autoriza a concluir que para el voto de la mayoría el fin de la norma no era ilegítimo, sino la discriminación utilizada como medio para alcanzarlo. En otros términos, la finalidad de promover las empresas e inversiones locales no era lo suficientemente importante como para justificar la restricción impues-

³³⁹ Cfr. *idem*, 881.

ta sobre la libertad de comercio y de competencia de las corporaciones no locales —aunque nacionales, en cuanto constituidas en los Estados Unidos—.

2.2.2. *El caso Williams v. Vermont*³⁴⁰

En el caso bajo análisis se planteó una impugnación de la legislación del Estado de Vermont referida al impuesto que se cobraba por el uso de automóviles. Dicho Estado cobraba el impuesto al uso cuando los autos eran registrados allí, pero el mencionado gravamen no se imponía si el auto era comprado en Vermont y el impuesto a las ventas había sido abonado. A su vez, el impuesto al uso era reducido en su monto si el impuesto a las ventas o al uso había sido pagado a otro Estado, siempre que ese otro Estado ofreciera reciprocidad, otorgando un crédito a quienes pagaron los impuestos a Vermont en similares circunstancias. El beneficio de la reducción sólo se otorgaba si quien registraba el automóvil era residente de Vermont al tiempo de haber pagado el impuesto al otro Estado y aun cuando hubiese usado el auto en ese otro Estado³⁴¹. En síntesis, todo indicaba que un residente de Vermont que había comprado un auto en otro Estado, pagado el impuesto a las ventas o al uso y utilizado el auto allí por un período de tiempo antes de volver a Vermont, recibía el crédito fiscal aludido, el cual era denegado a quienes no eran residentes de Vermont y se encontraban en idéntica situación³⁴².

A los recurrentes, quienes habían comprado autos fuera de Vermont y después comenzaron a residir allí, se les exigió el pago total del impuesto al uso de automóviles cuando intentaron registrar-

³⁴⁰ 472 U.S. 14 (1985).

³⁴¹ Cfr. *idem*, 15.

³⁴² Cfr. *idem*, 21.

los, denegándoseles el beneficio de la reducción otorgado a los residentes. Entre los agravios invocados, alegaron la violación de la cláusula de la igual protección, el que fue acogido por el máximo tribunal por mayoría de votos.

Entre los fundamentos vertidos en la sentencia, la Corte afirmó no percibir el propósito legítimo que se promovía con la excepción discriminatoria impugnada, sosteniendo que un Estado no puede tratar a aquellos que están dentro de sus límites desigualmente sobre la única base de su diferente residencia o Estado de constitución de la sociedad. En el presente caso consideró que la residencia al tiempo de la compra era una base generalmente arbitraria sobre la cual distinguir entre quienes usaron sus autos en otro lugar antes de llegar a Vermont³⁴³.

Para concluir en la arbitrariedad de la distinción, el tribunal tomó en cuenta las dos finalidades alegadas para justificar la clasificación impugnada. Por un lado, consideró que el destino del impuesto al uso que debían pagar quienes registraban sus automóviles era el mantenimiento de las carreteras, concluyendo en que la distinción entre residentes y no residentes a los fines del pago del impuesto no guardaba relación con dicho propósito³⁴⁴. En otros términos, la Corte puntualizó que la finalidad referida no explicaba la exención establecida a favor de un residente que compró su auto en otro Estado y pagó el impuesto en ese otro Estado, lo cual estimó como directamente contrario al principio del pago por el uso.

Por otra parte, en la sentencia también se consideró la defensa alegada por el Estado de Vermont, quien afirmó que la exención estaba diseñada para promover el comercio interestatal, permitiendo a los residentes de Vermont comprar fuera del Estado sin ninguna pe-

³⁴³ Cfr. *idem*, 23.

³⁴⁴ Cfr. *idem*, 24.

nalidad —es decir, sin una doble imposición—³⁴⁵. Si bien la *Supreme Court* sostuvo que resultaba legítimo el interés en facilitar las adquisiciones de automóviles fuera del Estado a los residentes en Vermont, dicho interés no comprendía facilitar también su uso fuera del Estado. Por ello, Vermont podía elegir no penalizar a los viejos residentes que usaban sus autos en otros Estados, pero no podía otorgar dicho beneficio a éstos y denegarlo a los nuevos residentes³⁴⁶.

Puede verse en el caso bajo análisis que la irrazonabilidad de la clasificación impositiva cuestionada estaba dada por la falta de adecuación entre los objetivos alegados por el Estado —el mantenimiento del uso de las carreteras y la promoción del comercio interestatal— y la nueva o antigua residencia de quien registraba su auto como criterio de distinción. No existiendo una relación de adecuación entre la distinción normativa impugnada y la finalidad que mediante ella se pretendía alcanzar, el máximo tribunal concluyó en que no había diferencias relevantes entre quienes registraban sus autos que habían comprado fuera del Estado mientras eran residentes de Vermont y aquellos que llegaban a Vermont después de haber comprado un auto fuera. Liberar al primer grupo y no al otro de la aplicación del impuesto al uso de los automóviles violaba la cláusula de la igual protección³⁴⁷.

³⁴⁵ Cfr. *idem*, 26.

³⁴⁶ Cfr. *idem*, 27.

³⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

3. EL TEST INTERMEDIO. (INTERMEDIATE STANDARD OF REVIEW)

El test intermedio o *intermediate review* fue aplicado por el máximo tribunal estadounidense en aquellos casos en los que se cuestionaron diferencias normativas basadas en el sexo o en la filiación extramatrimonial por ser violatorias de la cláusula de la igual protección³⁴⁸. El test bajo análisis presupone la existencia de una relación de adecuación entre la distinción normativa y el propósito que mediante ella se pretende alcanzar; pero, a diferencia del requerimiento de un mínimo de racionalidad, las exigencias que este plantea no resultan suficientes para considerar razonable a las clasificaciones basadas en el sexo o la filiación extramatrimonial, añadiéndose otras que implican una profundización del juicio de razonabilidad.

Lawrence Tribe identificó en la jurisprudencia de la Corte seis criterios o tipos generales de revisión intermedia. El primero exige que el objetivo servido por la clasificación impugnada "... sea importante, aunque no necesita ser tan superior o apremiante como el escrutinio estricto demandaría"³⁴⁹. Esto, supone examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación impugnada, pues no basta perseguir cualquier finalidad no contraria a la Constitución para que la clasificación sea estimada razonable: es preciso que dicha finalidad se identifique con un interés estatal que sea proporcionado y justifique en razón de su importancia la relevancia del rasgo escogido por el legislador para establecer diferentes regímenes normativos.

³⁴⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 641.

³⁴⁹ TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., p. 1602.

El segundo de los criterios empleados por la Corte estadounidense para justificar la constitucionalidad de las diferenciaciones basadas en el sexo o la filiación extramatrimonial requiere que las normas estén “sustancialmente relacionadas” con la realización de los objetivos invocados para sustentarlas³⁵⁰; lo que se traduce en una intensificación del juicio de adecuación, perdiendo éste la flexibilidad o amplitud con la que es aplicado bajo el test de la relación racional. Para confirmar la constitucionalidad de la diferenciación legal no resultará suficiente demostrar una imperfecta relación de adecuación entre la clasificación normativa y los fines perseguidos, siendo necesario que exista una relación de adecuación dotada de una mayor precisión y exactitud.

El tercer tipo de revisión intermedia consiste en valorar “... la regla impugnada no desde una perspectiva complaciente para con la autoridad legislativa³⁵¹ —o desde una perspectiva objetivamente neutral— sino desde la perspectiva del grupo desfavorecido en sí mismo. Esta aproximación requiere que el juez intente alcanzar la perspectiva de un grupo al cual él o ella no pertenecen...”³⁵².

La cuarta técnica exige que los tribunales sólo evalúen los propósitos expresamente alegados en el litigio por los representantes del Estado en defensa de la norma cuestionada, dejando de lado la posibilidad de proporcionar como justificación de la regla un motivo proveniente de la imaginación judicial o de la historia de la norma, cuando tal motivo no fue planteado en el litigio³⁵³.

³⁵⁰ Cfr. *idem*, p. 1604.

³⁵¹ Cabe aclarar, que el requerimiento de un mínimo de racionalidad a que se hizo referencia en el epígrafe 2. del presente capítulo, implica asumir una actitud deferencial con respecto a las clasificaciones legislativas.

³⁵² TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., p. 1604.

³⁵³ Cfr. *ibídem*.

El quinto criterio supone rechazar como justificación de la norma, un objetivo suministrado *a posteriori* del hecho de la impugnación, con el fin de dar sustento a una norma que no fue de hecho adoptada con el objetivo en mente³⁵⁴.

Finalmente, Tribe menciona una sexta técnica de revisión, por la cual se requiere para la declaración de inconstitucionalidad que “... el esquema legal bajo impugnación sea alterado a fin de permitir su refutación en casos individuales aunque el esquema no sea anulado en su totalidad”³⁵⁵. De este modo, se exige a las legislaturas que procedan sobre bases menos generales cuando ciertas materias sensibles están en juego³⁵⁶. Esta última técnica, tiene como consecuencia el rechazo de la constitucionalidad de las clasificaciones *overinclusive* que se valen de criterios sospechosos, frente a las cuales la Corte ha demostrado gran tolerancia en la aplicación del test de la relación racional.

³⁵⁴ Cfr. ídem, p. 1606. El quinto criterio de revisión intermedia se vincula con uno de los problemas que plantea el juicio de adecuación: ¿para determinar la idoneidad de una medida es necesario retrotraerse al tiempo de su dictado o es preciso juzgarla al momento de su impugnación? Privilegiando la adecuación de la norma al tiempo de juzgar sus efectos y en contra del quinto criterio señalado por Tribe, se ha sostenido que si una medida es inadecuada *ex ante* y adecuada *a posteriori*, es adecuada. Ello, por cuanto “... resulta necesario asegurar el respeto del mandato constitucional que prescribe el cumplimiento de las normas iusfundamentales...”, cuya inobservancia parece evidente en caso de considerar idónea una medida que si bien fue adecuada al momento de su dictado, con posterioridad se vuelve inadecuada (CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 73). Por otra parte, requerir que una medida sea idónea durante todo el tiempo de su vigencia, no satisface “... la exigencia de dotar al legislador de la máxima libertad posible a la hora de establecer la idoneidad de una norma”, y olvida que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del orden jurídico (CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 74).

³⁵⁵ TRIBE, L., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 1609.

³⁵⁶ Cfr. ibídem.

Tal como se desprende de los fallos que a continuación se analizan, el escrutinio intermedio —a diferencia del test de la relación racional donde existe una presunción de constitucionalidad de las clasificaciones normativas—, exige la imposición de la carga de la argumentación sobre la parte que defiende la clasificación impugnada, lo que implica una presunción de irrazonabilidad de las diferencias basadas en el sexo o en el carácter de hijo extramatrimonial.

3.1. Discriminación por razón de sexo

3.1.1. El caso *Reed v. Reed*³⁵⁷

Antes del año 1971 las distinciones normativas basadas en el sexo de las personas eran examinadas por la *Supreme Court* con igual intensidad que las clasificaciones establecidas en la legislación económica general, o sea, bajo el estándar de la relación racional³⁵⁸. A partir del caso *Reed v. Reed*, el máximo tribunal estadounidense comenzó a aplicar —aunque en forma inconsistente— un escrutinio más severo, dando lugar a lo que luego fue denominado por la doctrina constitucional como test intermedio de revisión.

En el precedente mencionado se cuestionó una ley del Estado de Idaho que exigía, entre personas igualmente titulares del derecho a administrar el patrimonio sucesorio de un difunto³⁵⁹, que los

³⁵⁷ 404 U.S. 71 (1971). Se cita de la traducción realizada en la obra de Miller, J.; Gelli, A. y Cayuso, S., *Constitución y derechos humanos*, 2 vols., Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 1576-1579.

³⁵⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 823.

³⁵⁹ En el caso se trataba de cónyuges separados, quienes se presentaron para ser designados como administradores de la herencia recibida de su hijo.

hombres sean preferidos a las mujeres. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que una clasificación "... debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga una vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación"³⁶⁰. El propósito invocado por la Suprema Corte de Idaho para convalidar la constitucionalidad de la ley, consistía en la necesidad de "... eliminar un área de controversia en situaciones en que dos o más personas con iguales derechos bajo el título 15, sección 312 requieren poderes de administración, presentando a los tribunales la cuestión sobre cuál de ellos ha de ser nombrado"³⁶¹. Si bien en la sentencia se reconoció que dicho objetivo no estaba desprovisto de legitimidad, se sostuvo que la cuestión crucial era establecer "... si el título 15, sección 314 logra sus objetivos de una manera consistente con las directivas de la cláusula de la igual protección de la ley (...) El acordar una preferencia obligatoria a miembros de cualquier sexo sobre miembros del otro, meramente para lograr la eliminación de la audiencia tendiente a evaluar los méritos de cada postulante, implica efectuar, por vía legislativa, un tipo de selección arbitraria de medios prohibida por la cláusula de la enmienda XIV; y pese a cuanto puede ser dicho sobre los valores positivos de evitar controversias intrafamiliares, tal elección, en este contexto, no puede ser legalmente impuesta exclusivamente sobre la base del sexo"³⁶².

De los párrafos precedentes se infiere que, según la jurisprudencia estadounidense, para convalidar un tratamiento desigual basado en la condición de hombre o mujer de las personas no basta demostrar la existencia de una relación de adecuación entre dicho trato y una finalidad legítima. De la argumentación de la Corte parece infe-

³⁶⁰ 404 U.S. 71, 76.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ídem*, 77.

rirse que, no cualquier finalidad constitucionalmente admisible resulta proporcionada para juzgar razonable una clasificación con sustento en el sexo de las personas, sino que se requiere que el propósito a alcanzar tenga la suficiente importancia como para justificar la preferencia de un sexo por sobre el otro. En “Reed v. Reed”, cabe afirmar que existía desproporcionalidad entre la preferencia otorgada a los varones y los objetivos perseguidos —reducir la carga de los jueces y evitar controversias intrafamiliares—, por cuanto la ley cuestionada violaba la decimocuarta enmienda.

En efecto, el ser varón o mujer no presentaba vinculación alguna con el derecho a administrar el patrimonio del difunto, siendo el criterio proporcionado a la finalidad del otorgamiento del derecho —cual era la de asegurar una correcta administración de los bienes— el de la idoneidad de las personas para llevar a cabo dicha tarea. Otorgar preferencia al varón frente a la mujer, no reflejaba más que un prejuicio infundado acerca de las capacidades de uno y otro sexo.

3.1.2. El caso *Craig v. Boren*³⁶³

Continuando con la aplicación de un examen intensivo de razonabilidad para juzgar las distinciones por razón de sexo, la *Supreme Court* en *Craig v. Boren*, declaró inconstitucional una ley del Estado de Oklahoma que prohibía la venta de cerveza no intoxicante con un 3,2% de graduación alcohólica a personas de sexo masculino, menores de veintiún años, y de sexo femenino, menores de dieciocho años. La cuestión a resolver consistió en determinar si la norma legal

³⁶³ 429 U.S. 190 (1976). Se cita de la traducción realizada en la obra de Miller, J.; Gelli, A. y Cayuso, S., *Constitución y derechos humanos*, 2 vols., Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 1580-1584.

referida, utilizando el criterio del sexo para establecer diversos regímenes normativos, denegaba a los varones situados entre los dieciocho y veinte años de edad la igual protección de la ley.

Mediante la diferenciación cuestionada, el Estado pretendía mejorar la seguridad en el tránsito, pues según estudios estadísticos del año 1973, los varones entre dieciocho y veinte años de edad, arrestados por conducir bajo la influencia del alcohol y por ebriedad, excedían en cantidad a las mujeres arrestadas por idéntica causal en igual período de edad. Así, de la totalidad de los jóvenes detenidos entre dieciocho y veinte años, el 0,18% de las mujeres y el 2% de los varones fueron arrestados por dicha falta³⁶⁴.

Según el voto de la mayoría, “... cuando se reconoce que el estatuto de Oklahoma prohíbe solamente vender cerveza del 3,2% de graduación a varones jóvenes, pero no beberlas una vez adquiridas (aunque fueran compradas por sus compañeras de dieciocho a veinte años de edad), la relación entre el sexo y la seguridad en el tránsito deviene demasiado tenue como para satisfacer el requerimiento del precedente “Reed”, de que la distinción basada en el sexo esté sustancialmente relacionada con la consecución del objetivo de la legislación”³⁶⁵.

³⁶⁴ Cfr. *idem*, 200-201.

³⁶⁵ *Ídem*, 204. El voto del juez Stevens amplía la fundamentación del fallo, formulando valoraciones acerca de la proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación cuestionada, resaltando la desproporcionalidad del sacrificio impuesto a los varones que no manejan en estado de ebriedad o alcoholizados. En este sentido, el juez sostuvo que “la legislación impone una restricción sobre el 100% de varones encuadrados en esta clase, pretendidamente por cuanto sólo el 2% de ellos, probablemente, ha violado una o más leyes relativas a la consumición de bebidas alcohólicas. Es improbable que esta ley vaya a tener un efecto disuasivo significativo tanto en aquel 2% como en el 98% ... Pero aun asumiendo estos leves beneficios, no me parece que un insulto a todos los hombres jóvenes del Esta-

En el caso bajo análisis, el propósito perseguido por la legislación cuestionada consistía en el mejoramiento de la seguridad en el tránsito, lo que fue estimado por la *Supreme Court* como una importante función del Estado y de los gobiernos locales. No obstante ello, la discriminación cuestionada no logró superar el juicio de adecuación el que fue aplicado por el tribunal con mayor intensidad que en el test de la relación racional. Tal como se expuso, en este último modo de escrutinio basta que la distinción normativa contribuya de algún modo al logro del objetivo propuesto, pudiendo existir una relación de adecuación imperfecta o inexacta. Mientras que según lo planteado en *Craig v. Boren*, la distinción basada en el sexo debe estar sustancialmente relacionada con la consecución del objetivo de la legislación, exigencia que a juicio de la Corte no fue satisfecha por la ley del Estado de Oklahoma que discriminaba por razón del sexo, denegando de tal modo la igual protección de la ley.

3.1.3. Los casos *Geduldig v. Aiello*³⁶⁶ y *General Electric Co. v. Gilbert*³⁶⁷

Paradójicamente, el mayor rigor con que la Corte estadounidense se comenzó a valorar la razonabilidad de las clasificaciones basadas en el sexo a partir de *Reed v. Reed*, no se tradujo en una mayor protección hacia la mujer embarazada frente a regímenes jurídicos que la discriminaban denegándole importantes beneficios. Así, en *Geduldig v. Aiello*, la *Supreme Court* convalidó el sistema de seguro de invalidez de California que excluía al embarazo y nacimiento e incluía contingencias caras y voluntarias, así como problemas de salud de los

do pueda ser justificado haciendo pagar las faltas del 2% también al 98% restante” (429 U.S. 190, 214).

³⁶⁶ 417 U.S. 484 (1974)

³⁶⁷ 429 U.S. 125 (1976)



hombres únicamente, tales como circuncisión y enfermedades de próstata. Siguiendo idéntico criterio, en *General Electric Co. v. Gilbert*, rechazó la demanda interpuesta por un grupo de mujeres empleadas de la empresa “General Electric Co.”, quienes reclamaban se declare que la exclusión del embarazo del plan de seguro por invalidez otorgado por dicha firma, violaba la Sección 703 (a) (1) del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964³⁶⁸. Cabe destacar, que la decimo-cuarta enmienda no fue invocada, porque se trataba de un litigio entre particulares, rigiendo la ley antes citada.

La demanda fue acogida por la Corte del Distrito Este de Virginia y la sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones. La demandada recurrió dichos pronunciamientos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que revocó, por mayoría de votos, con dos disidencias, las sentencias impugnadas.

Como fundamento de su resolución, el máximo tribunal estadounidense se remitió y reprodujo argumentos esbozados en el caso *Geduldig*, sosteniendo que “... el programa no excluye a alguien de los beneficios elegidos debido a su género sino que meramente remueve una condición física —el embarazo— de la lista de incapacidades compensables. Aunque es verdad que sólo la mujer puede quedar embarazada, de ello no se sigue que toda clasificación legislativa concerniente al embarazo es una clasificación basada en el sexo tal como aquella considerada en *Reed*. (...) Ausente una demostración de que las distinciones que involucran el embarazo son meros pretextos diseñados a los efectos de una discriminación odiosa contra los miembros de un sexo o de otro, los legisladores son constitucionalmente

³⁶⁸ La Sección 703 (a) (1) del Título VII de la Ley de Derechos civiles de 1964 establece que será una práctica de empleo ilegal para un empleador “...discriminar contra un individuo con respecto a su salario, términos, condiciones o privilegios de empleo, debido a su raza, color, religión, sexo u origen nacional”.

libres para incluir o excluir el embarazo de la cobertura de la legislación...”³⁶⁹. Seguidamente, agregó que “... el programa divide a los potenciales destinatarios en dos grupos —mujeres embarazadas y personas no embarazadas—. Mientras que el primer grupo es exclusivamente femenino, el segundo incluye miembros de ambos sexos”³⁷⁰.

La *Supreme Court* afirmó que no existía discriminación por razón del sexo, puesto que “... no hay riesgos de los cuales los hombres sean protegidos y las mujeres no. Asimismo, no hay riesgos de los cuales las mujeres sean protegidas y los hombres no”³⁷¹. Finalmente, concluyó en que las demandantes “... no habían intentado cumplir con la carga de demostrar los efectos discriminatorios basados en el sexo resultantes de la exclusión de la cobertura de las incapacidades relativas al embarazo”³⁷².

La disidencia, suscripta por los jueces Brennan y Marshall, puso en cuestión la aparente neutralidad del programa de invalidez de General Electric Co., señalando que el mismo tenía tres grupos de efectos. Primero, el plan cubría todos los tipos de invalidez que afligían a ambos sexos. Segundo, el plan aseguraba contra todas las incapacidades que son específicamente masculinas o tienen un impacto predominante en los hombres. Finalmente, todas las incapacidades específicamente femeninas o que impactan en la mujer eran cubiertas, excepto la más frecuente, el embarazo³⁷³. Asimismo, sostuvieron que “... la cuestión determinante debe ser si las políticas y objetivos sociales a ser alcanzados por el título VII y que se filtran a través de la frase “discriminar” contenida en la Sección 703 (a) (1), prohí-

³⁶⁹ 429 U.S. 125, 134.

³⁷⁰ Ídem, 135.

³⁷¹ Ibidem.

³⁷² Ídem, 137.

³⁷³ Cfr. idem, 155.

ben justamente un diseño final de cobertura que asegure todos los riesgos, excepto uno corriente que es aplicable a la mujer pero no al hombre”³⁷⁴. Como respuesta a este interrogante, concluyeron que la exclusión del embarazo del programa de invalidez de General Electric Co. resultaba discriminatorio por razón del sexo y contrario a la Sección 703 (a) (1), siendo dicha conclusión totalmente consonante con el último objetivo del título VII, cual era “... asegurar la igualdad de oportunidades en el empleo y eliminar aquellas prácticas y mecanismos discriminatorios que han fomentado un ambiente laboral sexualmente estratificado para desventaja de la mujer”³⁷⁵.

Tribe critica la distinción empleada por el voto de la mayoría entre personas embarazadas y no embarazadas, calificándola como un análisis artificial y burlesco³⁷⁶, el que olvida tener en cuenta que “... una aproximación a la cláusula de la igual protección que está dominada por comparaciones formales entre clases de personas pensadas para estar similarmente situadas, es inadecuada para la tarea de localizar la desigualdad cuando un tribunal enfrenta leyes que tratan de biología reproductiva, desde que tales leyes, por definición, identifican caminos en los cuales la mujer y el hombre no están, definitivamente, similarmente situados”³⁷⁷. En coincidencia con lo señalado en el capítulo I del presente trabajo, afirmó que “la igualdad es un concepto sustantivo, y no es en todas las circunstancias alcanzado por una simetría formal”³⁷⁸; por ello, “la Corte ha reconocido que la exigencia de que las personas similarmente situadas sean tratadas igual no agota la idea de igualdad: a veces la más grosera discrimina-

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ídem*, 160.

³⁷⁶ Cfr. TRIBE, L, *American Constitutional Law...*, ob. cit., p. 1578.

³⁷⁷ *Ídem*, p. 1582

³⁷⁸ *Ibidem*.

ción puede yacer en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales”³⁷⁹.

Tanto *Geduldig v. Aiello* como *General Electric Co. v. Gilbert* constituyen casos en los que a través de una regulación normativa, encubierta bajo la apariencia de neutralidad, se plasma una desigualdad social o de hecho. La disidencia no se conformó con juzgar la aparente neutralidad del programa de invalidez de *General Electric Co.*, sino que profundizó en sus efectos y tomó en cuenta los perjuicios que causaba a la mujer embarazada, pues la colocaba en una situación de desigualdad de oportunidades laborales frente al hombre, el que sí se veía beneficiado por una cobertura integral de los riesgos por enfermedades o prácticas, tales como vasectomía y circuncisión, propiamente masculinas.

Si el hombre se beneficiaba con la cobertura total de las enfermedades y prácticas exclusivamente masculinas, por qué denegar protección a la mujer frente a la más corriente contingencia propiamente femenina, cual es el embarazo. Frente a dicho interrogante cabrían dos respuestas. Por una parte, podría afirmarse que la razón por la que se excluyó el embarazo del programa de invalidez tenía por finalidad desalentar la incorporación de mujeres a la empresa. En tal supuesto, la medida sería descalificable directamente por su finalidad discriminatoria, y por ello inconstitucional. Por otra parte, también cabe suponer que el objetivo perseguido consistió en disminuir el costo laboral que la inclusión del embarazo supondría. En esta última hipótesis, desde la perspectiva del juicio de adecuación la clasificación cuestionada resultaba idónea para alcanzar dicha finalidad, pero no lograba superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues privaba a la mujer de la licencia y cobertura de salud por embarazo, componentes de un derecho social fundamental.

³⁷⁹ Ídem, p. 1584.

Los precedentes *Geduldig v. Aiello* y *General Electric Co. v. Gilbert* demuestran que en algunos casos la legislación no utiliza en forma explícita un criterio sospechoso para establecer diferentes regímenes normativos, pero toma en cuenta hechos o circunstancias que se dan únicamente en un grupo o sector, para privarlo de determinados beneficios sin que exista una razón suficiente, transformándose en la práctica en una injusta discriminación contraria a las exigencias del principio de igualdad.

3.1.4. *El caso Mississippi University for Women v. Hogan*³⁸⁰

En el precedente referido, la *Supreme Court*, por mayoría de votos y con la disidencia de los jueces Burger, Blackmun, Powell y Rehnquist, declaró violatoria de la decimocuarta enmienda la prohibición de la “Universidad de Mississippi para las Mujeres” de admitir la inscripción de varones para la licenciatura en enfermería. En este caso, Joe Hogan, un enfermero matriculado que pretendía obtener la licenciatura en enfermería, interpuso una demanda contra dicha Universidad cuestionando la política de admisión de la escuela de enfermería que sólo permitía la inscripción de mujeres, alegando que ello resultaba contrario a la cláusula de la igual protección de las leyes³⁸¹.

³⁸⁰ 458 U.S. 718 (1982).

³⁸¹ Joe Hogan trabajaba como enfermero supervisor en un centro médico de Columbia, ciudad en la cual se encontraba la Universidad de Mississippi para las mujeres. En 1979, Hogan había solicitado la admisión al programa de licenciatura, siendo rechazado por su condición de varón, permitiéndosele únicamente asistir como oyente a las clases, pero sin poder inscribirse para la obtención de créditos por las materias cursadas.

³⁸¹ En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense no se ha limitado a proteger a la mujer contra las normas que la discriminaban injusta-

Como fundamento de su decisión, el tribunal, en primer lugar, reiteró principios sentados en otros precedentes con respecto al test aplicable en materia de discriminación por razón de sexo, sosteniendo que “... la política legal que discrimina contra los varones más que contra las mujeres no se exceptúa del escrutinio o reduce el estándar de revisión³⁸². (...) Nuestras decisiones también establecen que la parte que busca confirmar una ley que clasifica individuos sobre la base de su género debe llevar la carga de mostrar una justificación excesivamente persuasiva para la clasificación. (...) La carga es cumplida sólo mediante la demostración de que al menos la clasificación sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están sustancialmente relacionados con el logro de tales objetivos”³⁸³. Asimismo, agregó que el test referido “... debe ser aplicado libre de nociones fijas acerca de los roles y

mente por razón de su sexo, sino que también ha extendido esta protección a los varones. Así, por ejemplo, en *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979), declaró inconstitucionales leyes que autorizaban a los tribunales de Alabama a imponer obligaciones alimentarias sólo a los hombres. Con igual criterio, en *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979), anuló una ley de Nueva York que otorgada a las madres solteras, pero no a los padres solteros, el poder de oponerse unilateralmente a la adopción de sus hijos mediante la simple negación del consentimiento (cfr. TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., pp. 1564, 1568-1569).

³⁸² En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense no se ha limitado a proteger a la mujer contra las normas que la discriminaban injustamente por razón de su sexo, sino que también ha extendido esta protección a los varones. Así, por ejemplo, en *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979), declaró inconstitucionales leyes que autorizaban a los tribunales de Alabama a imponer obligaciones alimentarias sólo a los hombres. Con igual criterio, en *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979), anuló una ley de Nueva York que otorgada a las madres solteras, pero no a los padres solteros, el poder de destruir unilateralmente la adopción de sus hijos mediante la simple negación del consentimiento (cfr. TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., pp. 1564, 1568-1569).

³⁸³ 458 U.S. 718, 724.

habilidades de los hombres y las mujeres. (...) Por tanto, si el objetivo legal es excluir o proteger a los miembros de un sexo debido a que se presume que ellos sufren un impedimento físico o mental inherente o son innatamente inferiores, el objetivo es en sí mismo ilegítimo. (...) Si el objetivo del Estado es legítimo e importante, después determinaremos si el requisito de la relación directa y sustancial entre el objetivo y los medios está presente. El propósito de requerir tal estrecha relación es para asegurar que la validez de una clasificación esté determinada a través de un análisis razonado más que a través de una aplicación mecánica de suposiciones tradicionales, frecuentemente inexactas, sobre los roles propios de los hombres y las mujeres”³⁸⁴.

El Estado de Mississippi alegó como objetivo compensar la discriminación contra las mujeres calificando la política de admisión cuestionada como una acción afirmativa³⁸⁵. Si bien el máximo tribunal consideró que “... en limitadas circunstancias, una clasificación basada en el género que favorece a un sexo puede ser justificada si intencionada y directamente asiste a los miembros del sexo que está desproporcionadamente cargado”³⁸⁶, rechazó la justificación brindada por el Estado demandado, por cuanto éste no llegó a acreditar que la mujer carecía de oportunidades laborales en el campo de la enfermería o no podía acceder a posiciones de liderazgo, sino que por el contrario, las estadísticas demostraban que el 98% de los empleados registrados como enfermeros eran mujeres³⁸⁷. Por ello, consideró que la política de admisión cuestionada, más que compensar a

³⁸⁴ Ídem, 725-726.

³⁸⁵ Ídem, 727.

³⁸⁶ Ídem, 728.

³⁸⁷ Cfr. idem, 729.

la mujer, lo que hacía era “... perpetuar la visión estereotipada de la enfermería como un trabajo exclusivamente femenino”³⁸⁸.

Por otra parte, la *Supreme Court* también tomó en cuenta no sólo que el objetivo señalado por el Estado carecía de sustento en la realidad, sino que además no existía entre la clasificación impugnada y la finalidad pretendida una relación sustancial. Ello, por cuanto “... la política de la Universidad de Mississippi para las mujeres permitiendo a los hombres asistir a clase como oyentes, debilita fatalmente su reclamo de que las mujeres están adversamente afectadas por la presencia de los hombres”³⁸⁹. El testimonio de profesores demostró que la presencia de los hombres en la clase no afectaba el rendimiento de las mujeres y que los hombres, en las escuelas de enfermería para ambos sexos, no dominaban la clase³⁹⁰.

Conforme a los fundamentos sintetizados precedentemente, cabe concluir que en el caso bajo análisis el máximo tribunal estadounidense juzgó que la denegación de la admisión a los hombres en la escuela de enfermería, reservándola exclusivamente a las mujeres, no constituía una medida idónea a los fines de alcanzar el objetivo alegado por el Estado de Mississippi —superar la discriminación contra la mujer brindándole mayores oportunidades laborales—, en razón de que la enfermería era una profesión desempeñada predominantemente por mujeres. Por tanto, la discriminación cuestionada resultaba irrazonable y contraria a la igual protección de las leyes en virtud de no haber logrado sortear el juicio de adecuación.

El juicio de la *Supreme Court* resultó acertado, puesto que el Estado —sobre el que recaía la carga de demostrar la razonabilidad de la clasificación impugnada— no logró justificar las razones por las

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ *Ídem*, 730.

³⁹⁰ *Cfr. idem*, 731.

cuales era necesario mantener la prohibición del ingreso de los hombres a la escuela de enfermería, siendo que se trataba de una profesión ejercida en su mayoría por mujeres, por lo que no podía fundamentarse en la necesidad de superar la discriminación existente en ese campo laboral con relación al sexo femenino. Por otra parte, y conforme al testimonio de profesores, no se observaba un menor rendimiento en el aprendizaje de las mujeres compartiendo las clases con los hombres, por lo que tampoco existían razones pedagógicas que sirvieran de sustento a una educación exclusivamente femenina.

3.1.5. El caso *United States v. Virginia*³⁹¹

Continuando con la línea jurisprudencial sentada en *Mississippi University for Women v. Hogan*, la Corte estadounidense, en el precedente *United States v. Virginia*, declaró que la política de admisiones del Instituto Militar de Virginia —en adelante VMI—, al que sólo podían ingresar varones, vulneraba la cláusula de la igual protección de la decimocuarta enmienda.

Previo a la llegada del caso al máximo tribunal estadounidense, la Corte de Apelaciones del Circuito Catorce, como respuesta al cuestionamiento de la política de admisión del VMI, había dado al Estado de Virginia la opción de admitir a las mujeres, establecer instituciones o programas paralelos o abandonar la subvención estatal, dejando a VMI libre para perseguir sus políticas como una institución privada³⁹². El Estado de Virginia optó por crear un programa paralelo: el Instituto de Mujeres de Virginia para el Liderazgo, al que la *Supreme Court* no consideró un remedio suficiente para la discri-

³⁹¹ 518 U.S. 515, (1996).

³⁹² Ídem, II, B.

minación impugnada, puesto que no brindaba oportunidades académicas, ni poseía instalaciones y un presupuesto asimilables al VMI³⁹³. Asimismo, el tribunal tomó en cuenta que “... existen cualidades que no son susceptibles de medición objetiva pero que hacen a la grandeza de una escuela, incluyendo la reputación de la facultad, la experiencia de la administración, la posición e influencia de los alumnos, su lugar en la comunidad, tradiciones y prestigio”³⁹⁴.

A los fines de mantener la política de admisiones dirigida a los hombres únicamente, el Estado de Virginia invocó en su defensa los importantes beneficios de una educación singularizada por el sexo y sostuvo que dicha opción educativa contribuía a la diversidad de propuestas educacionales. Asimismo, agregó que el método adversativo utilizado por el Instituto para el desarrollo del carácter y el entrenamiento de líderes, habría de ser modificado si se admitían mujeres. La Corte de Apelaciones había aceptado que la educación mixta afectaría al menos tres aspectos del programa del VMI: el entrenamiento físico, la ausencia de privacidad y el método adversativo³⁹⁵.

Los argumentos referidos fueron rechazados por la *Supreme Court*, pues los testimonios de expertos producidos en el juicio, reconocieron que hay algunas mujeres con las cuales se podría aplicar el método adversativo, así como el entrenamiento físico que se brindaba a los hombres, si bien reconoció que ellas no representaban las tendencias típicamente femeninas, resultando ser casos excepcionales³⁹⁶.

³⁹³ Cfr. idem, VI, B.

³⁹⁴ Cfr. idem, VII.

³⁹⁵ Cfr. idem V.

³⁹⁶ Cfr. idem, V, B.

Por otra parte, el tribunal señaló que el Estado de Virginia centraba su justificación en los medios más que en los fines perseguidos por VMI³⁹⁷, los que resultaban ser lo suficientemente amplios como para dar cabida a las mujeres, quienes cuentan con igual ciudadanía que los hombres en la democracia americana³⁹⁸.

La cuestión consistía en determinar si el Estado podía constitucionalmente denegar a las mujeres que tenían el deseo y la capacidad, el entrenamiento y las oportunidades que el VMI otorgaba a los hombres³⁹⁹. La *Supreme Court* concluyó en que ello no resultaba conforme a la Constitución y que la política de admisión del VMI era contraria a las exigencias de la igual protección de las leyes, puesto que ni el gobierno federal ni el local actuaban de modo compatible con el mencionado principio, cuando mediante una ley o política oficial se denegaba a las mujeres, simplemente por ser mujeres, iguales oportunidades para participar en y contribuir con la sociedad sobre la base de sus talentos y capacidades individuales⁴⁰⁰.

En el caso, la Corte estadounidense profundizó el análisis de razonabilidad de la distinción normativa mediante la intensificación del juicio de idoneidad, considerando que el Estado de Virginia no logró demostrar la existencia de una relación sustancial de adecuación entre la medida consistente en la exclusión de las mujeres y el objetivo perseguido por el VMI —cuál era el de formar líderes para

³⁹⁷ El Instituto Militar de Virginia tenía como objetivo “producir hombres educados y honorables, preparados para el variado trabajo de la vida civil, imbuidos de amor al aprendizaje, seguros de sí mismos en las funciones y actitudes de liderazgo, poseyendo un alto sentido del servicio público, defensores de la democracia americana y del sistema de libre empresa, y listos como ciudadanos-soldados para defender su país en tiempos de peligro nacional”.

³⁹⁸ Cfr. 518 U.S. 515, V, B (1996).

³⁹⁹ Cfr. *ibidem*.

⁴⁰⁰ Cfr. *idem*, IV.

que se desarrollen en el campo político, económico-social y militar—. Ello, por cuanto a juicio del tribunal, dicha finalidad podía ser igualmente alcanzada mediante la admisión de aquellas mujeres que demostraran poseer capacidad suficiente para resistir el entrenamiento físico y el método de educación adversativo que se impartía en el VMI —capacidad que, según el dictamen de expertos que declararon en el juicio, si bien no respondía a la generalidad de las mujeres, no podía ser excluida en todos los supuestos—.

Mientras que al aplicar el requerimiento de un mínimo de racionalidad para juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones establecidas en la legislación socio-económica, la Corte convalidó las clasificaciones *overinclusive*, aceptando la posibilidad de que la legislatura formule criterios generalizadores mediante los cuales se incluyan personas o supuestos particulares que no se relacionan exactamente con la finalidad de la norma, en el caso, por tratarse de una discriminación por razón de sexo, al tribunal no le resultó suficiente el argumento de Virginia conforme al cual la mayoría de las mujeres por sus características psicológicas y físicas no se adaptaría a los métodos pedagógicos utilizados en el VMI, pues dicha generalización, al ser refutada en casos particulares —conforme al dictamen de expertos— denegaba a aquellas mujeres que demostraban poseer la capacidad necesaria para adaptarse a tales métodos, la igual protección de la ley⁴⁰¹.

Asimismo, con relación a la carga de la argumentación, la *Supreme Court* la impuso sobre la parte que defendía la política de exclusión de las mujeres del VMI, pues afirmó que el Estado de Virgi-

⁴⁰¹ El análisis referido supuso la aplicación de la sexta técnica de revisión señalada por Tribe como propia del test intermedio (cfr. epígrafe 2.2. del presente capítulo).

nia no brindó una justificación excesivamente persuasiva que otorgara una sólida base para una clasificación basada en el sexo⁴⁰².

Cabe destacar también, que el tribunal sustentó su decisión en razones de justicia distributiva, al considerar que no podía denegarse a las mujeres por el hecho de ser tales, beneficios y oportunidades educativas para las que demostraran tener plena capacidad. En efecto, el criterio de distribución de beneficios educacionales a nivel superior, que son otorgados por el Estado y valorados socialmente como exclusivos y únicos, no debe ser el del sexo, sino el de la capacidad o idoneidad de las personas que a ellos aspiran.

No obstante lo expuesto, en la jurisprudencia del máximo tribunal estadounidense la aplicación de un escrutinio más severo para las clasificaciones basadas en el sexo, no hace de él un criterio de diferenciación prohibido o inconstitucional, pues se reconoce que las diferencias físicas entre hombre y mujer son perdurables y que los dos sexos no son fungibles, pues una comunidad compuesta exclusivamente por uno de ellos es diferente de una comunidad compuesta por ambos⁴⁰³. De tal modo, las diferencias inherentes que la Corte reconoce entre los hombres y las mujeres, no pueden ser invocadas para denigrar a los miembros de algún sexo o para limitar artificialmente las oportunidades individuales⁴⁰⁴, sino que, por el contrario, las clasificaciones basadas en el sexo deben ser usadas para compensar a la mujer por las particulares desventajas económicas que ha sufrido⁴⁰⁵, para promover iguales oportunidades en el empleo⁴⁰⁶, para

⁴⁰² Cfr. *idem*, V, B.

⁴⁰³ Cfr. *Ballard v. United States*, 329 U.S. 187, 193 (1946).

⁴⁰⁴ Cfr. *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, IV, (1996).

⁴⁰⁵ Cfr. *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313, 320 (1977).

⁴⁰⁶ Cfr. *California Federal Sav. & Loan Assn. V. Guerra*, 479 U.S. 272, 289 (1987).

alcanzar un pleno desarrollo de sus capacidades y talentos; pero no a los fines de crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer⁴⁰⁷.

A lo sostenido por la *Supreme Court*, cabe agregar que resulta fundamental que el legislador reconozca las diferencias existentes entre varones y mujeres, no sólo desde el punto de vista físico, sino también desde la función paterna y materna, ambas de primordial importancia para la educación y desarrollo de todo ser humano. En lo que a las mujeres se refiere, el principio de igualdad de oportunidades ha de concretarse en la sanción de una legislación que les permita su realización en el ámbito laboral —tal como se señala en la sentencia bajo análisis—, como asimismo en lo que a la maternidad respecta, brindándoles las posibilidades de armonizar las obligaciones propias del trabajo con las de la maternidad, pues ambas facetas hacen al pleno desarrollo de las capacidades y talentos de la mujer.

3.1.6. El caso *Miller v. Albright*⁴⁰⁸

Pese a la contundencia de la doctrina sentada en materia de discriminación por razón de sexo, reafirmada en los precedentes *Mississippi University for Women v. Hogan*⁴⁰⁹ y *United States v. Virginia*⁴¹⁰, en el caso *Miller v. Albright*, la *Supreme Court*, por estar involucradas cuestiones atinentes a la regulación de los requisitos para obtener la nacionalidad estadounidense, desestimó el planteo de inconstitucionalidad de una disposición legal que establecía que los niños nacidos

⁴⁰⁷ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, IV, (1996).

⁴⁰⁸ 523 U.S. 420 (1998).

⁴⁰⁹ 458 U.S. 718 (1982)

⁴¹⁰ 518 U.S. 515, (1996).

fuera del matrimonio y de los Estados Unidos, de una madre extranjera y de un padre estadounidense, debían ser legitimados antes de cumplir 18 años de edad a los fines de poder adquirir la ciudadanía estadounidense. Asimismo, era necesario que el padre acreditara haber residido al menos durante dos años después de que el hijo hubiera cumplido 14 años de edad. A diferencia de ello, los niños nacidos fuera del matrimonio y de los Estados Unidos de una madre ciudadana estadounidense y de un padre extranjero, recibían la ciudadanía al nacer, en tanto la madre tuviese un año de residencia continua en los Estados Unidos.

La impugnante, nacida en Filipinas, era hija de un ciudadano norteamericano y su madre era de nacionalidad filipina, habiendo sido reconocida como hija del Sr. Miller luego de cumplidos los 18 años de edad. Su reclamo se fundó en que su padre, ciudadano estadounidense, tenía el mismo derecho de transmitirle la nacionalidad que una madre ciudadana, por lo que la discriminación entre hijos extramatrimoniales nacidos de padre estadounidense o de madre estadounidense perjudicaba a su padre e impactaba sobre ella⁴¹¹.

La *Supreme Court* rechazó el planteo de inconstitucionalidad por mayoría de votos, sustentándose en diversos fundamentos: el juez Stevens, a quien adhirió Rehnquist, consideró que el criterio del sexo para establecer diversos requisitos a los fines de obtener la ciudadanía estadounidense, se justificaba en un importante interés estatal y dicha medida resultaba adecuada para evitar el riesgo de reclamos fraudulentos, para impulsar el desarrollo de relaciones entre los padres ciudadanos y los hijos mientras éstos fueran menores y para favorecer los vínculos entre el niño nacido en el extranjero y los Estados Unidos. Esto último, presuponiendo que el niño mantiene relaciones con su madre ciudadana desde temprana edad, pudiendo cre-

⁴¹¹ Cfr. 523 U.S. 420 (1998), voto del juez Stevens.

cer en los Estados Unidos si su madre retorna al país; a diferencia del padre que quizá, ni tan siquiera tenga conocimiento de la existencia de su hijo⁴¹².

La jueza O'Connor, a cuyo voto adhirió el juez Kennedy, consideró que la impugnante carecía de legitimación activa para plantear la existencia de una discriminación por razón de sexo, pues aquella cuestionaba diferencias de tratamiento entre padres y madres y no entre hijos e hijas, por lo que no estaba involucrada en dicha clasificación. En virtud de ello, estimaron que no resultaba aplicable un escrutinio más severo —como el test intermedio de revisión—, sino el test de la relación racional, a la luz del cual debían juzgarse las clasificaciones adoptadas con referencia a leyes de inmigración, en cuya área el Congreso debía frecuentemente basar sus decisiones sobre generalizaciones acerca de grupos de personas⁴¹³. Apartándose de la opinión del juez Stevens, no compartieron la afirmación de que la medida cuestionada resistiera un escrutinio más estricto, sino tan sólo el requerimiento de un mínimo de racionalidad.

Los jueces Scalia y Thomas centraron su argumentación en la incompetencia de la Corte para conceder la ciudadanía sobre bases que no han sido establecidas por el Congreso, destacando que las facultades del Poder Judicial sobre leyes de inmigración y naturalización son extremadamente limitadas. En otros términos, cabría afirmar que para ellos la impugnación planteada constituía una cuestión no justiciable, pues legislar en materia de naturalización e inmigración constituye una facultad exclusiva del Poder Legislativo, un ejercicio del poder de la soberanía nacional. Los jueces no pueden deci-

⁴¹² Cfr. *idem*, IV.

⁴¹³ Cfr. *idem*, voto de la jueza O'Connor.

dir cuáles son los intereses nacionales y que exigencias para la ciudadanía sirven mejor a tales intereses⁴¹⁴.

Finalmente, los jueces Ginsburg, Souter y Breyer, declararon la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sobre la base de que se encontraba en juego una clasificación basada en el sexo de las personas, que debía ser sometida al test intermedio de revisión. En este sentido, sostuvieron que los modernos medios científicos para establecer la relación entre padres e hijos eliminaba la necesidad del reconocimiento antes de que el hijo cumpliera dieciocho años de edad, razón por la cual la clasificación impugnada no se encontraba sustancialmente relacionada con algún interés gubernamental importante⁴¹⁵.

Conforme a lo expuesto, puede verse que mientras que el primer voto no juzgó la necesidad de la clasificación impugnada, centrándose únicamente en la justificación de la existencia de una relación de proporcionalidad en sentido estricto entre la diferenciación normativa y los objetivos perseguidos por el Estado Federal, la disidencia focalizó su argumentación en consideraciones vinculadas con la necesidad de la medida. Para el voto encabezado por el juez Stevens, los objetivos perseguidos por la norma legal impugnada resultaban ser proporcionados, pues evitar el riesgo de reclamos fraudulentos era lo suficientemente importante como para justificar un tratamiento diferenciado entre hijos extramatrimoniales de madres extranjeras y padres estadounidenses e hijos extramatrimoniales de madres estadounidenses y padres extranjeros; para la disidencia, las distinciones en el régimen normativo señalado —tales como la exigencia del reconocimiento del hijo por el padre antes de los dieciocho años, a los fines de evitar reclamos fraudulentos— eran inace-

⁴¹⁴ Cfr. *idem*, voto de los jueces Scalia y Thomas.

⁴¹⁵ Cfr. *idem*, voto del juez Breyer, al que adhirieron Souter y Ginsburg.

sarias frente al desarrollo de métodos científicos para establecer la paternidad. Además de ello, el propósito de asegurar estrechos vínculos entre el niño y los Estados Unidos invocado para justificar la razonabilidad de la norma, podía ser alcanzado sin hacer referencia al género como criterio de diferenciación.

3.2. Discriminación por razón de la ilegitimidad de la filiación

Hasta el año 1988 la Corte estadounidense no explicitó cuál es, en su opinión, el estándar de revisión considerado apropiado para juzgar la razonabilidad de las clasificaciones basadas en la ilegitimidad de la filiación. No obstante ello, desde 1968 hasta 1988 aplicó, aunque no siempre en forma consistente y coherente, un escrutinio más exigente que el estándar de un mínimo de racionalidad⁴¹⁶. Fue en el caso *Clark v. Jeter*⁴¹⁷, donde el tribunal adoptó formalmente el test intermedio de revisión para este tipo de clasificaciones⁴¹⁸.

Conforme a la jurisprudencia de la *Supreme Court* las clasificaciones que distinguen entre hijos legítimos e ilegítimos pueden ser confirmadas si se encuentra que las mismas persiguen propósitos gubernamentales lícitos y no establecen cargas sobre estos últimos en razón de su estatus. Ni el Estado, ni las leyes federales pueden usar estas clasificaciones para penar la conducta de los padres por engendrar un hijo fuera del matrimonio. Tampoco los hijos ilegítimos pueden recibir un trato desfavorable con el objetivo de incrementar las relaciones de familia legítimas⁴¹⁹. En este sentido, la Corte ha es-

⁴¹⁶ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1553.

⁴¹⁷ 486 U.S. 456 (1988).

⁴¹⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 822.

⁴¹⁹ Cfr. *idem*, p. 807.

tablecido que “imponer incapacidades sobre los hijos ilegítimos es contrario al concepto básico de nuestro sistema de que las cargas presentarán alguna relación con la responsabilidad individual o la actuación ilícita”⁴²⁰.

3.2.1. El caso *Trimble v. Gordon*⁴²¹

En dicho precedente, la *Supreme Court* declaró inconstitucional, por violar la igual protección de las leyes, el artículo 12 de la ley que regulaba la materia hereditaria del Estado de Illinois, la que permitía a los hijos extramatrimoniales heredar mediante sucesión intestada sólo de sus madres, pero no de sus padres. El término de comparación estaba dado por los hijos matrimoniales, quienes tenían derecho a heredar mediante sucesión intestada no sólo de sus madres, sino también de sus padres. La Suprema Corte de Illinois había rechazado el planteo de inconstitucionalidad, por considerar que la norma se sustentaba en el interés del Estado de favorecer las relaciones de familia legítimas y establecer un método seguro y eficiente para disponer de la propiedad a la muerte de las personas⁴²², teniendo en cuenta las dificultades probatorias para establecer la paternidad en caso de hijos nacidos fuera del matrimonio.

Con relación al primero de los fundamentos, vinculado al favorecimiento de las relaciones de familia legítimas, sostuvo que en decisiones anteriores había expresamente considerado y rechazado “... el argumento de que un Estado intente influir en las acciones de los hombres y las mujeres imponiendo sanciones sobre los hijos nacidos

⁴²⁰ *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164, 175 (1972).

⁴²¹ 430 U.S. 762 (1977)

⁴²² Cfr. *idem*, 766.

de sus relaciones ilegítimas”⁴²³. Citando la doctrina del caso *Weber*, por la que se reafirmó el principio de la responsabilidad individual y la injusticia de condenar a los hijos por los actos de sus padres, agregó que “... ningún niño es responsable de su nacimiento y penalizar al hijo ilegítimo es un camino inútil —como así también injusto— para disuadir a los padres”⁴²⁴. Si bien la finalidad de promover las relaciones de familia legítimas constituye un importante objetivo para el Estado, la *Supreme Court* tuvo en cuenta, por una parte, que la desheredación no resultaba un medio idóneo para alcanzar dicho objetivo y por eso lo calificó de inútil. Pero, asimismo, el tribunal juzgó y denegó la constitucionalidad de los medios empleados al considerarlos injustos. Para eso, invocó razones que se vinculan con las exigencias de la justicia distributiva, conforme a la cual el reparto de las cargas y sanciones debe ser hecho de acuerdo a la responsabilidad individual. No existiendo responsabilidad alguna por parte de los hijos, resultaba injusto cargarlos con la sanción de la desheredación.

El segundo de los argumentos invocados por la Suprema Corte de Illinois también fue desestimado por el máximo tribunal; si bien reconoció la existencia de dificultades en la prueba de la paternidad, afirmó que algunas situaciones no justifican la total desheredación de los hijos ilegítimos cuyos padres mueren intestados. La *Supreme Court* tuvo en cuenta las particularidades del caso, en el que se había declarado judicialmente la paternidad del causante e incluso había sido condenado a prestar alimentos a su hija, por lo que concluyó que la segura y eficiente disposición de la propiedad después de la muerte no se encontraba comprometida⁴²⁵. A través de esta línea de argumentación, puede verse la aplicación del segundo y sexto criterio

⁴²³ Ídem, 769.

⁴²⁴ Ídem, 770.

⁴²⁵ Cfr. idem, 773.

de revisión propios del escrutinio intermedio —a los que se hace referencia en el epígrafe 3.—. Ello, por cuanto no bastó que existiera cierta relación de adecuación entre la denegación del derecho a heredar de los hijos ilegítimos y el fin de asegurar la disposición de la propiedad, fue necesario que dicha relación sea sustancial, lo que supuso una intensificación del juicio de idoneidad. El tribunal juzgó que no se presentaba esta relación sustancial, pues existían supuestos en los que se encontraba plenamente probada la condición de hijo del causante, por lo que el esquema legal bajo impugnación era alterado, permitiendo su refutación en casos individuales, tal como el sometido a decisión.

3.2.2. *El caso Clark v. Jeter*⁴²⁶

En el caso bajo estudio, la *Supreme Court* afirmó expresamente que para juzgar las clasificaciones basadas en la condición de hijo ilegítimo se debe aplicar el test intermedio de revisión. En dicho precedente, se planteó la inconstitucionalidad de una ley de Pennsylvania que establecía el límite de seis años para demandar por alimentos al padre del niño nacido fuera del matrimonio.

La Corte Suprema de los Estados Unidos hizo lugar a la impugnación de inconstitucionalidad, con fundamento en su doctrina, inspirada en principios de justicia distributiva, conforme a la cual resulta ilógico e injusto cargar a los niños por las relaciones ilícitas de sus padres⁴²⁷. Asimismo, se basó en el precedente *Mills v. Habluetzel*⁴²⁸, en el que sostuvo que el período para promover la demanda de alimentos debe ser lo suficientemente largo como para presentar una

⁴²⁶ 486 U.S. 456 (1988).

⁴²⁷ Cfr. *idem*, 461.

⁴²⁸ 456 U.S. 91 (1982).

razonable oportunidad a aquellos que reclamen en representación de los niños. Agregó a ello, que cualquier limitación en el tiempo para interponer dicha acción debe estar sustancialmente relacionada con el interés del Estado en evitar reclamos fraudulentos o litigios acerca de derechos que, debido a la demora en ejercitarlos, hacen imposibles obtener las pruebas necesarias para su ejercicio⁴²⁹.

El tribunal juzgó que en el caso, el plazo de 6 años no resultaba suficiente, puesto que no otorgaba una razonable oportunidad a la madre para reclamar alimentos en representación de su hijo. Ello, teniendo en cuenta que la inacción de la madre podría provenir de su relación con el padre del niño, de la presión emocional que significa tener un hijo fuera del matrimonio y aun del deseo de evitar la desaprobación de la familia y la comunidad⁴³⁰. Asimismo, consideró que las dificultades financieras se incrementaban cuando el niño comenzaba la escuela y con los cuidados médicos⁴³¹.

En efecto, puede derivarse de dicha argumentación una notoria preocupación de la Corte por evitar que el otorgamiento de un plazo exiguo, derive en una frustración del derecho a ser sostenido por los padres, que si bien no es un derecho fundamental, determina en gran parte el ejercicio efectivo de otros derechos humanos, como son el derecho a la educación y a la salud.

Por otra parte, la *Supreme Court* estimó que limitar la acción por alimentos al plazo de seis años no estaba sustancialmente relacionado con el interés del Estado de Pensylvania en evitar reclamos fraudulentos o litigios inútiles por falta de prueba⁴³². La ausencia de relación sustancial entre dicho límite y el interés señalado, había queda-

⁴²⁹ Cfr. *idem*, 99-100.

⁴³⁰ Cfr. 486 U.S. 456, 463 (1988).

⁴³¹ Cfr. *idem*, 464.

⁴³² Cfr. *ibídem*.

do plenamente demostrada mediante la sanción de la ley que amplió el plazo de seis a dieciocho años. Además, el tribunal señaló que la Legislatura, al sancionar dicha ley, reconoció el desarrollo de test genéticos que permiten la exclusión de aquellos que son demandados por reclamación de la paternidad por encima de un 99%. El referido avance de la ciencia fue considerado como una razón adicional para negar la existencia de una relación sustancial entre el límite de seis años y los objetivos indicados⁴³³. De tal modo, el tribunal valoró la adecuación actual de la clasificación con los fines perseguidos; por ello, aun cuando la disposición legislativa hubiese podido justificarse al tiempo de su sanción, al momento de ser juzgada y ante el avance de la ciencia resultaba inadecuada⁴³⁴.

4. EL ESCRUTINIO ESTRICTO (*STRICT SCRUTINY*)

El escrutinio estricto es utilizado por la *Supreme Court* para juzgar la conformidad de la legislación reguladora de los derechos fundamentales con la garantía del debido proceso consagrada en la quinta enmienda. Asimismo, dicho tribunal "... también utiliza este estándar de revisión bajo la garantía de la igual protección en dos categorías de casos de libertades civiles: primero, cuando los actos del gobierno clasifican a las personas en los términos de su capacidad

⁴³³ Cfr. *idem*, 465.

⁴³⁴ Puede verse que en el caso, prevaleció el criterio conforme al cual para juzgar la razonabilidad de la medida importa la adecuación *ex post*, resultando irrazonable si al momento de ser dictada resultaba idónea (adecuación *ex ante*) y luego al ser juzgada se tornó inidónea. Sobre la discusión existente en la doctrina y jurisprudencia acerca de la conveniencia de exigir la adecuación *ex ante* o *ex post* de una medida, cfr. epígrafe 5.2.1. del capítulo I.

para ejercitar un derecho fundamental; segundo, cuando las clasificaciones gubernamentales distinguen entre personas en términos de algún derecho, sobre una base sospechosa”⁴³⁵, como la raza, el origen nacional o la condición de extranjero. En este último supuesto, el derecho en juego puede ser de índole infranconstitucional —de rango legal o reglamentario—, pues la sola utilización de los criterios referidos exige una profundización del examen de razonabilidad, consistente en la aplicación de los juicios de adecuación, necesidad y razonabilidad *stricto sensu*.

Conforme a la doctrina del máximo tribunal estadounidense, no cualquier propósito gubernamental legítimo será considerado como suficiente para sustentar la diferenciación normativa sometida a juzgamiento, sino que en su lugar requerirá que el gobierno demuestre que está persiguiendo un fin imperioso y primordial. Aun si el gobierno puede demostrar tal fin, la Corte no confirmará la clasificación salvo que los jueces hayan llegado independientemente a la conclusión de que la clasificación es necesaria o se encuentra estrictamente adaptada (“narrowly tailored”), para promover dicho interés primordial⁴³⁶. En palabras del tribunal, el escrutinio estricto exige que “... la ley deba perseguir un interés estatal apremiante mediante los medios menos restrictivos disponibles”⁴³⁷.

Los estándares referidos se identifican con los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con relación al primero, no basta con demostrar que la clasificación cuestionada contribuye de algún modo a alcanzar el fin —como acontece bajo el test de la relación racional—, sino que es preciso que la diferencia-

⁴³⁵ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., pp. 639-640.

⁴³⁶ Cfr. *idem*, p. 639.

⁴³⁷ *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 219 (1984).

ción normativa se encuentre “estrictamente adaptada”, lo que supone una intensificación del juicio de idoneidad, el que se traduce en una exigencia de mayor exactitud técnica entre la clasificación impugnada y los objetivos estatales.

El juicio de necesidad —característico del escrutinio estricto y ausente en los otros dos estándares de revisión—, implica ponderar la existencia de otros medios menos restrictivos de la norma iusfundamental en cuestión e igualmente eficaces para alcanzar la finalidad de la discriminación normativa. Por tanto, la diferenciación cuestionada sólo será razonable si no hay otra medida que resulte menos gravosa y que sea al mismo tiempo igualmente eficaz⁴³⁸.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también se ve intensificado en relación al test intermedio de revisión, bajo el cual sólo se requería la existencia de un interés estatal importante, mientras que para las clasificaciones sospechosas o vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales es necesario que el objetivo estatal sea apremiante o imperioso. Esta última exigencia, supone la aplicación de la denominada ley de la ponderación, conforme a la cual “... cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴³⁹, es decir, tanto mayor tiene que ser la importancia del objetivo perseguido.

Determinar en qué casos dicho objetivo puede ser considerado como apremiante conlleva una tarea de valoración por parte del tribunal, tomando en cuenta los argumentos y elementos probatorios aportados por las partes, especialmente por la que defiende la clasificación impugnada, sobre la que recae la carga de demostrar la existencia de tal interés apremiante y la inexistencia de otros medios res-

⁴³⁸ Sobre el juicio de necesidad, cfr. epígrafe 5.2.2. del capítulo I.

⁴³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 161.



trictivos disponibles e igualmente idóneos. Ello, por cuanto tal como se analizará en los epígrafes subsiguientes, la aplicación del escrutinio estricto implica la imposición de la carga de la argumentación y de la prueba sobre el creador de la discriminación cuestionada, concordando de este modo con las reglas del discurso práctico formuladas por algunas teorías de la argumentación jurídica, como la desarrollada por Robert Alexy, conforme se expuso en el epígrafe 2.1. del capítulo III del presente trabajo.

4.1. Discriminaciones que involucran derechos fundamentales

Las diferenciaciones normativas referidas al ejercicio de derechos fundamentales son consideradas sospechosas y se encuentran sujetas a un severo escrutinio judicial. En este sentido, se ha afirmado que “las clasificaciones legislativas y administrativas serán estrictamente escrutadas y por tanto consideradas inconstitucionales si, ante la ausencia de una justificación gubernamental apremiante, distribuyen los beneficios y cargas de una manera inconsistente con los derechos fundamentales”⁴⁴⁰. En otros términos, el escrutinio estricto será aplicado en aquellos casos en los que el Estado establezca clasificaciones por las que deniegue o restrinja a ciertas clases o grupos de personas el ejercicio de derechos fundamentales.

Ahora bien, cabría preguntarse qué derechos son considerados por el máximo tribunal estadounidense como fundamentales. Frente a dicho interrogante, se ha respondido que “... las bases sobre las cuales la Corte declara que un aspecto de la libertad es un derecho constitucional fundamental permanecen todavía vagas. Todo lo que puede ser dicho con certeza es que una mayoría de jueces de la Corte

⁴⁴⁰ TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1454.

Suprema, en una serie de resoluciones difundidas en varias de las últimas décadas, ha seleccionado un grupo de libertades civiles individuales que no tiene una clara base textual en la Constitución o sus enmiendas y declaró que tales derechos son fundamentales⁴⁴¹. Entre los derechos reconocidos jurisprudencialmente como fundamentales y protegidos por la garantía de la igual protección, se han señalado además de las libertades preferidas —la de expresión, asociación, asamblea y el derecho a la privacidad—⁴⁴², el derecho a votar y participar en los procesos electorales; el derecho a transitar y elegir residencia; el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia en los procesos penales y en los litigios particulares contra privaciones gubernamentales de la vida, la libertad o la propiedad. Esta lista de ningún modo pretende ser exhaustiva y totalmente cerrada, pudiendo la Corte alterarla en los años venideros⁴⁴³.

Seguidamente, se analizarán casos vinculados a clasificaciones normativas que involucraban el ejercicio de derechos fundamentales tales como el derecho a transitar y elegir residencia, el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia y el derecho a votar.

⁴⁴¹ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 438. Los autores indican que la enmienda novena ha sido mencionada por algunos jueces de la Corte en sus votos individuales, como una posible base para justificar la protección judicial de derechos no consagrados explícitamente en la Constitución u otras enmiendas (cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 435).

⁴⁴² Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1458.

⁴⁴³ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 437.

4.1.1. *Derecho a transitar y elegir residencia: los casos Shapiro v. Thompson⁴⁴⁴ y Saenz v. Roe⁴⁴⁵*

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado que “el derecho constitucional a viajar de un Estado a otro (...) ocupa una posición fundamental en el concepto de nuestra Unión Federal”⁴⁴⁶; por ello, la legislación que establece diferenciaciones en el goce de este derecho, penalizando su ejercicio para un grupo o clase determinada, se halla afectada por una fuerte presunción de inconstitucionalidad, la que solo podrá ser desvirtuada en caso de lograr superar los diversos juicios que componen el denominado escrutinio estricto.

En *Shapiro v. Thompson* se recurrieron tres decisiones de jueces de Distrito que habían declarado inconstitucionales provisiones legislativas de los Estados de Connecticut y Pensylvania y del Distrito de Columbia, las que denegaban asistencia social a residentes del Estado o del Distrito que no habían residido dentro de sus jurisdicciones por al menos un año, antes de la presentación de las solicitudes de asistencia⁴⁴⁷.

Los apelantes justificaron el requisito de un año de residencia, en el hecho de que éste constituía “... un mecanismo protector para preservar la integridad fiscal de los programas estatales de asistencia pública. Afirmaron que las personas que requieren asistencia social durante el primer año de residencia en un Estado se transformarán probablemente en continuas cargas para los programas estatales de

⁴⁴⁴ 394 U.S. 618 (1969).

⁴⁴⁵ 526 U.S. 489 (1999).

⁴⁴⁶ *United States v. Guest*, 383 U.S. 745, 757-758 (1966).

⁴⁴⁷ Cfr. 394 U.S. 618, 621-622 (1969)

asistencia social”⁴⁴⁸. Asimismo, agregaron que si todas esas personas lograban ser desterradas de la jurisdicción por denegárseles los beneficios de la asistencia social durante el primer año, los programas de asistencia para los residentes de largo tiempo no se verían perjudicados por un influjo sustancial de nuevos indigentes⁴⁴⁹. La constitucionalidad de la clasificación impugnada también fue defendida por los apelantes, con el argumento de que la misma se justificaba en el intento de desanimar a los indigentes que migrarían al Estado con la sola intención de obtener mayores beneficios que aquellos otorgados en sus lugares de origen⁴⁵⁰.

Como respuesta a las defensas esgrimidas por los recurrentes, la *Supreme Court* sostuvo que el propósito de inhibir la migración de personas necesitadas al Estado está constitucionalmente prohibido⁴⁵¹. Ello, por cuanto “... la naturaleza de la Unión Federal y nuestros conceptos constitucionales de libertad personal se unen para requerir que todos los ciudadanos sean libres para viajar a través de lo largo y lo ancho de nuestra tierra, desinhibidos de leyes, reglas o regulaciones que irrazonablemente carguen o restrinjan su movimiento”⁴⁵². El tribunal reconoció que el derecho de transitar dentro de los Estados Unidos no está mencionado explícitamente en la Constitución y reafirmó su jurisprudencia sentada en el caso *United States v. Guest*⁴⁵³, conforme a la cual se trata de un derecho que fue concebi-

⁴⁴⁸ Ídem, 627-628.

⁴⁴⁹ Cfr. ídem, 628.

⁴⁵⁰ Cfr. ídem, 631.

⁴⁵¹ Cfr. ídem, 629.

⁴⁵² Íbidem.

⁴⁵³ 383 U.S. 745, 757-758 (1966).

do desde el comienzo como necesario y concomitante a la fuerte Unión creada por la Constitución⁴⁵⁴.

De los argumentos invocados por el tribunal, se infiere que la irrazonabilidad de la discriminación cuestionada se fundaba en la ilegitimidad del fin perseguido mediante la norma, pues inhibir la migración de personas necesitadas al Estado resultaba directamente contrario a la Constitución por restringir irrazonablemente el derecho fundamental de transitar y elegir residencia dentro del Estado Federal.

Por otra parte, los apelantes también intentaron justificar la discriminación cuestionada en que mediante ella se trataba de "... distinguir entre nuevos y viejos residentes sobre la base de la contribución que ellos hicieran a la comunidad a través del pago de los impuestos"⁴⁵⁵. La *Supreme Court* rechazó esta justificación por no encontrar una relación entre medio y fin, al no ver que los indigentes más antiguos podrían contribuir en mayor medida con el Estado mediante los impuestos en comparación con los nuevos indigentes. Así también, advirtió que mediante el razonamiento de los apelantes el Estado debería excluir a los nuevos residentes de las escuelas, parques y bibliotecas, o privarlos de la protección policial, distribuyendo los beneficios y servicios públicos conforme a los impuestos pagados por cada ciudadano. Finalmente, concluyó en que la cláusula de la igual protección prohíbe una distribución tal de los servicios estatales⁴⁵⁶.

Este último argumento, utilizado por la *Supreme Court* para determinar la violación del principio de igualdad, es de justicia distributiva, en razón de que señala como erróneo el criterio de distribu-

⁴⁵⁴ Cfr. 394 U.S. 618, 631 (1969).

⁴⁵⁵ Cfr. *idem*, 632.

⁴⁵⁶ Cfr. *idem*, 632-633.

ción de bienes invocado por los Estados, los que pretendieron justificar las distinciones formuladas entre antiguos y nuevos residentes en un criterio de justicia distributiva no aplicable al caso en cuestión, pues cuando se trata de prestaciones asistenciales que tienden a satisfacer los requerimientos básicos de la persona, lo que resulta relevante para el reparto no es el mérito ni el aporte del beneficiario, sino la necesidad. Tal como se expuso en el epígrafe 2.3. del capítulo I, el criterio del reparto se establece con relación al fin que mediante él se persigue; teniendo en cuenta que en materia de prestaciones asistenciales el fin es auxiliar a quienes no están en condiciones de autoabastecerse, es la necesidad lo que ha de guiar la distribución de tales prestaciones.

Entre otras defensas, los apelantes alegaron que el requisito de un año de residencia constituía una salvaguarda contra los beneficiarios fraudulentos, que recibían pagos de más de una jurisdicción⁴⁵⁷. Frente a ello, el tribunal, si bien reconoció que el objetivo resultaba plenamente legítimo, consideró que existían medios menos drásticos para minimizar dicho riesgo, como la comunicación entre los Estados mediante cartas o llamadas telefónicas. De tal modo, la *Supreme Court* juzgó la necesidad de la medida, concluyendo en su irrazonabilidad por existir otros medios alternativos que no restringían el derecho fundamental en juego⁴⁵⁸.

Según el tribunal, cuando una clasificación tiene el efecto de imponer una pena en el ejercicio del derecho a viajar se viola la cláusula de la igual protección, “... salvo que se demuestre que es necesaria para promover un interés gubernamental apremiante”⁴⁵⁹, lo que

⁴⁵⁷ Cfr. *idem*, 634.

⁴⁵⁸ Cfr. *idem*, 637.

⁴⁵⁹ Cfr. *idem*, 634.

consideró no se había cumplimentado en el caso sometido a juzgamiento.

Como conclusión, cabe señalar que en la fundamentación de la sentencia puede verse claramente el empleo de los tres juicios que integran la máxima de proporcionalidad: el juicio de adecuación, al rechazar los objetivos señalados por los Estados por considerarlos ilegítimos; el juicio de necesidad, por estimar el tribunal que existían otros medios igualmente eficaces y menos restrictivos de la norma iusfundamental adscripta que consagraba el derecho a transitar y elegir residencia, como así también el juicio de proporcionalidad en sentido estricto en su segunda fase, al no bastar cualquier finalidad legítima para justificar la restricción en el ejercicio del derecho a transitar y elegir residencia, sino un interés gubernamental apremiante. Pero además de lo expuesto, la *Supreme Court* se adentró en consideraciones que hacen a los criterios de distribución de las prestaciones sociales, valorando de tal modo la justicia de la distribución contenida en las normas impugnadas como pauta para determinar la razonabilidad de la clasificación.

Un caso más reciente, en el que el máximo tribunal estadounidense reafirmó la doctrina sentada en *Shapiro v. Thomson*, fue el precedente *Saenz v. Roe*⁴⁶⁰, en el que se cuestionó la constitucionalidad de la Ley 11450.03, del Estado de California, por discriminar entre los nuevos y viejos residentes. En efecto, la citada norma legal establecía como límite en el pago de prestaciones por asistencia social a los residentes con menos de doce meses de antigüedad, la suma percibida por tal concepto en el Estado donde habían residido anteriormente⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ 526 U.S. 489 (1999).

⁴⁶¹ Cabe aclarar, que el Congreso de los Estados Unidos, en el año 1996, había sancionado una ley autorizando a los Estados a aplicar el programa de beneficios

Mediante la limitación legal señalada se producían notorias diferencias entre los nuevos y viejos residentes, pues el programa de beneficios sociales de California era uno de los que mayores prestaciones otorgaba a los ciudadanos necesitados en relación con los beneficios existentes en muchos otros Estados⁴⁶².

El Estado se defendió, alegando que la ley “... ahorraría unos \$10,9 millones anuales en costos de asistencia social...”; que el ahorro de este costo “... era un apropiado ejercicio de la autoridad presupuestaria, en tanto el requisito de la residencia no penalizaba el derecho a viajar”. Ello, en razón de que “... el pago de iguales beneficios a los que habrían sido recibidos en el Estado de su anterior residencia eliminaba cualquier aspecto potencialmente punitivo de la medida”⁴⁶³, diferenciándose de la legislación declarada inconstitucional en el caso *Shapiro*, pues la legislación de California no privaba a los nuevos residentes de los beneficios de la asistencia social. Asimismo, y atento a que el Estado entendió que no se penalizaba el derecho a viajar, propuso aplicar el test de las bases racionales y no el escrutinio estricto, alegando que bastaba como justificación de la medida el legítimo interés del Estado en ahorrar unos \$10 millones al año⁴⁶⁴.

sociales vigente en el Estado del cual provenían los residentes con menos de 12 meses de antigüedad. Esta ley también fue impugnada en el caso bajo análisis, declarando la Corte que “... el Congreso no puede autorizar a los Estados a violar la decimocuarta enmienda” (526 U.S. 489, VI, primer párrafo [1999]).

⁴⁶² Cfr. *idem*, I, primer párrafo. Así, por ejemplo, señalaba la Corte, mientras que en California una familia de dos personas —madre e hijo—, percibían al momento de aplicarse la ley la suma de U\$S 456 por mes en concepto de asistencia social; en el Estado de Arizona sólo recibían la suma de U\$S 275.

⁴⁶³ 526 U.S. 489, II, tercer párrafo, (1999).

⁴⁶⁴ Cfr. *idem*, III, tercer párrafo.

Frente a los argumentos del Estado en defensa de la legislación impugnada, la *Supreme Court* sostuvo que el derecho a viajar involucra tres aspectos diferentes: el derecho de un ciudadano de un Estado a entrar y vivir en otro Estado; el derecho a ser tratado como un visitante grato más que como un extranjero poco amigable, cuando se encuentra transitoriamente en el segundo Estado y, para aquellos que eligen mudarse a un Estado como residentes permanentes, el derecho a ser tratado igual que los otros ciudadanos de ese Estado⁴⁶⁵; —el tribunal entendió que era este último aspecto del derecho a viajar el que se encontraba en juego en el caso sometido a decisión—.

Asimismo, la *Supreme Court* agregó que esta tercera faceta del derecho a viajar está protegida por la primera parte de la decimocuarta enmienda, al establecer que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en el cual residen. Ningún Estado podrá crear o aplicar alguna ley que menoscabe o limite las prerrogativas o las inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos...”. A juicio del tribunal, y remitiéndose a lo sostenido en *Zobel v. Williams*⁴⁶⁶, “esta cláusula no prevé ni permite categorías de ciudadanos basados en el tiempo de su residencia”⁴⁶⁷.

La *Supreme Court* juzgó que el referido aspecto del derecho a viajar había sido violado por la legislación impugnada por diversas razones: en primer lugar, porque no bastaba para justificar la razonabilidad de la discriminación entre nuevos y viejos residentes la existencia de una relación racional entre aquella y los objetivos de ahorro

⁴⁶⁵ Cfr. *idem*, IV, primer párrafo.

⁴⁶⁶ 457 U.S. 55 (1982). Se declaró inconstitucional una ley de Alaska que distribuía dinero del Estado a los residentes locales sobre la base de los años de su residencia en Alaska.

⁴⁶⁷ 457 U.S. 55, 69 (1982).

fiscal perseguidos por el Estado. El estándar apropiado de revisión, reiterando lo sostenido en *Shapiro*, era el escrutinio estricto⁴⁶⁸, conforme al cual es preciso alegar la existencia de un interés estatal apremiante. En segundo lugar, porque, teniendo en cuenta que “... el derecho a viajar comprende el derecho de los ciudadanos a ser tratados igualmente en su nuevo Estado de residencia, la clasificación discriminatoria es en sí misma una penalidad”⁴⁶⁹. En tercer lugar, por cuanto si bien el propósito de ahorrar \$10,9 millones al año es un objetivo legítimo del Estado, aquel no puede ser alcanzado mediante los medios discriminatorios elegidos. Aun más, igual objetivo podría alcanzarse de modo ecuánime mediante una reducción de setenta y dos centavos de la suma pagada mensualmente a cada beneficiario del programa⁴⁷⁰. Finalmente, en razón de que ni el tiempo de residencia de los nuevos ciudadanos, ni la identidad de sus anteriores Estados en los que residían tienen relevancia para determinar la necesidad de las prestaciones de asistencia social. Asimismo, tampoco aquellos factores presentan una relación con el interés del Estado en efectuar una distribución equitativa de los fondos a ser distribuidos entre los ciudadanos necesitados⁴⁷¹.

En el caso bajo análisis no resultó suficiente para el Estado superar el juicio de idoneidad, alegando la existencia de un objetivo fiscal legítimo con respecto al cual la discriminación entre nuevos y viejos residentes presentara una relación de adecuación. La *Supreme Court* también valoró la necesidad de la discriminación entre nuevos y viejos residentes, concluyendo en que existían otros medios igualmente eficaces para alcanzar la finalidad de ahorro fiscal perseguida

⁴⁶⁸ Cfr. 526 U.S. 489, IV, octavo párrafo.

⁴⁶⁹ Ídem, V, primer párrafo.

⁴⁷⁰ Cfr. ídem, V, quinto párrafo.

⁴⁷¹ Cfr. íbidem.



—reducir setenta y dos centavos la suma pagada a cada beneficiario—, por lo que el trato desigual impugnado resultaba innecesario y por ello irrazonable.

Al igual que en *Shapiro*, el tribunal formuló consideraciones que se vinculan con razones de justicia distributiva, pues nuevamente advirtió que el tiempo de residencia no presentaba vinculación alguna con el criterio de la necesidad, conforme al cual han de otorgarse las prestaciones de asistencia social. Tampoco la identidad del Estado del cual los nuevos residentes provenían tenía relación con la necesidad de las personas, siendo este último el criterio que a juicio de la *Supreme Court* y conforme a las exigencias de la justicia distributiva es el que ha de regir el reparto de los beneficios sociales.

4.1.2. Derecho a iguales oportunidades en el litigio: los casos *Douglas v. California*⁴⁷² y *Williams v. Illinois*⁴⁷³

Las normas que crean desigualdades en el derecho a la jurisdicción o acceso a la justicia, especialmente cuando se trata de materia penal y en algunos supuestos en materia civil, condicionando el ejercicio de este derecho al poder económico de las personas, son consideradas por la Corte Suprema de los Estados Unidos como inherentemente sospechosas y por tanto sujetas a un escrutinio judicial estricto.

En el caso *Douglas v. California*, la Corte de Apelaciones del Distrito de California denegó la asistencia de un abogado en la etapa de la apelación a dos personas indigentes, condenadas penalmente por un total de trece delitos. Ello, con sustento en una norma de procedimiento penal que establecía que los tribunales podrían realizar una

⁴⁷² 372 U.S. 353 (1963).

⁴⁷³ 399 U.S. 235 (1970).

investigación independiente del expediente y determinar si constituía una ventaja para el imputado o una ayuda para el tribunal la designación de un abogado. En el caso, la Corte de Apelaciones resolvió denegar la solicitud de los imputados de ser defendidos por un abogado, por considerar que el otorgamiento de un letrado no tendría valor para el tribunal, ni para los imputados⁴⁷⁴.

Dicha resolución fue recurrida ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que haciendo lugar al recurso declaró, con cita del caso *Griffin v. Illinois*⁴⁷⁵, que un Estado no puede otorgar una apelación en un sentido que discrimine a los imputados condenados sobre la base de su pobreza, pues no puede haber una justicia igual donde la clase de apelación de que goza una persona "... dependa de la cantidad de dinero que posea"⁴⁷⁶.

Para fundar su decisión, el máximo tribunal estadounidense tuvo en cuenta que en la etapa de la apelación "... sólo el árido expediente habla por el indigente, y, salvo que las páginas impresas muestren que una injusticia ha sido cometida, él está forzado a ir a la apelación sin defensa. Es privado de cualquier chance real que pueda haber tenido de demostrar que su apelación tiene méritos ocultos..."⁴⁷⁷. De este modo, la Corte afirmó que se atentaba contra la igualdad consagrada por la decimocuarta enmienda, pues se establecía una discriminación entre el hombre rico, quien puede requerir al tribunal que escuche los argumentos de un abogado antes de decidir sobre los méritos del caso, y el indigente, quien, cuando el expedien-

⁴⁷⁴ Cfr. 372 U.S., 355-356.

⁴⁷⁵ 351 U.S. 12 (1956).

⁴⁷⁶ Cfr. 372 U.S. 353, 356.

⁴⁷⁷ Ídem, 357.

te es poco claro o los errores están ocultos, tiene sólo el derecho a un proceso sin sentido⁴⁷⁸.

Adviértase que en el caso referido la Corte estadounidense declaró la inconstitucionalidad de una norma de procedimiento que aparentaba ser igual para todos, pues no denegaba expresamente a una clase de personas el derecho a designar un abogado para ejercer la defensa en la etapa de la apelación, sino que condicionaba su asistencia en forma gratuita a la utilidad que ello podría significar, la que era juzgada según el criterio del tribunal que debía entender en la apelación. No obstante ello, la norma cuestionada encerraba una discriminación fáctica, pues garantizaba el derecho a ser defendido por un letrado únicamente a aquellos que podían pagarlo y denegaba dicha garantía a quienes no poseían la capacidad económica para solventar tales gastos.

Para juzgar la razonabilidad de la discriminación entre ricos y pobres que se derivaba de la aplicación de la norma, la *Supreme Court* no efectuó un análisis de medios y fines, tampoco requirió la demostración de un interés estatal apremiante, y ni siquiera se preguntó por la necesidad de la medida, sino que dirigió su argumentación a destacar la importancia del derecho a la asistencia letrada en la etapa de la apelación, las ventajas que ello suponía y las privaciones a las que se veía expuesto quien no gozaba de este derecho. En otros términos, bastó a la Corte que el derecho fuera denegado, que se produjera una alteración sustancial del contenido del derecho a la defensa en juicio de quienes no poseían medios económicos, para declarar a la norma viciada de inconstitucionalidad por violar la garantía de la igual protección de las leyes.

Lo expuesto demuestra la insuficiencia de un análisis consecuencialista y la importancia de introducir en el examen de razonabi-

⁴⁷⁸ Cfr. *idem*, 358-359.

lidad de las distinciones normativas el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental en juego, como integrante del juicio de proporcionalidad en sentido estricto y como vía para garantizar la plena operatividad de los derechos fundamentales en el ejercicio del poder del Estado.

En el mismo sentido, y reafirmando la doctrina conforme a la cual resulta contrario a la decimocuarta enmienda discriminar a los imputados sobre la base de su pobreza, la *Supreme Court* resolvió en el caso *Williams v. Illinois*⁴⁷⁹, que un condenado no podía ser puesto en prisión por un período mayor al máximo legal como sustituto por el pago de una multa, cuando la falta de pago no fue voluntaria sino debido a su indigencia. De igual modo, en *Tate v. Short*⁴⁸⁰, consideró que la Constitución prohíbe al Estado imponer una multa como condena y luego automáticamente convertirla en pena de prisión en razón de que el condenado es indigente y no puede pagarla en su totalidad.

En lo que respecta a la materia civil, el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada gratuita no es tan amplio y se limita a determinadas cuestiones, tales como la posibilidad de obtener una sentencia de divorcio. Así, en *Boddie v. Connecticut*⁴⁸¹, el máximo tribunal estadounidense declaró inconstitucional una norma que condicionaba la obtención de una sentencia de divorcio a la capacidad del petitioner de abonar las tasas y costas judiciales. No obstante ello, en *United States v. Kras*⁴⁸², rechazó el planteo de inconstitucionalidad

⁴⁷⁹ 399 U.S. 235 (1970).

⁴⁸⁰ 401 U.S. 395 (1971).

⁴⁸¹ 401 U.S. 371 (1971).

⁴⁸² 409 U.S. 434 (1973). Igual criterio, respecto a la constitucionalidad de exigir el pago de tasas judiciales para acceder a los tribunales, fue seguido en “Ortwein v. Schwab”, 410 U.S. 656 (1973), donde se confirmó la facultad del Estado de re-



formulado por quienes querían pedir su propia quiebra y no podían abonar las tasas judiciales. Ello, con sustento en que la quiebra no es el único método disponible para el deudor a fin de componer su relación jurídica con los acreedores.

Tribe critica acertadamente la jurisprudencia del máximo tribunal al restringir el acceso gratuito al servicio de justicia para determinados casos únicamente. Ello, por cuanto sostiene que si la *Supreme Court* formuló en serio su afirmación de que una forma básica y vinculante de resolución de conflictos en la sociedad —la adjudicación—, no podría estar cerrada a un grupo en razón de su pobreza, sus decisiones en *Kras* y *Ortwein* parecen injustificadas⁴⁸³, como así también, cabría agregar, contradictorias con lo sostenido en *Douglas vs. California*.

4.1.3. *Derecho a votar: los casos Harper v. Virginia Board of Elections*⁴⁸⁴, *Cipriano v. Horma*⁴⁸⁵, *Bullock v. Carter*⁴⁸⁶, *Gomillion v. Lightfoot*⁴⁸⁷, *Hunter v. Underwood*⁴⁸⁸ y *Bush v. Gore*⁴⁸⁹

El derecho a votar es reconocido por la *Supreme Court* como un derecho protector de otros derechos civiles y políticos básicos⁴⁹⁰; por

querir dicho pago para acceder a la apelación de las reducciones de las agencias en el pago de prestaciones sociales.

⁴⁸³ Cfr. TRIBE, L., *American Constitutional Law...*, ob. cit., p. 1463.

⁴⁸⁴ 383 U.S. 663 (1966).

⁴⁸⁵ 395 U.S. 701 (1969).

⁴⁸⁶ 405 U.S. 134 (1972).

⁴⁸⁷ 364 U.S. 339 (1960).

⁴⁸⁸ 471 U.S. 222 (1985).

⁴⁸⁹ 531 U.S. 98 (2000).

⁴⁹⁰ Cfr. *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 562 (1964).

ello, cualquier restricción sobre su ejercicio es sometida a un escrutinio judicial estricto⁴⁹¹. Asimismo, las enmiendas a la Constitución estadounidense han establecido restricciones sobre la facultad de los Estados para imponer condiciones al derecho de voto. Así, la decimoquinta enmienda les prohíbe denegar el derecho de voto sobre la base de la raza, el color o antecedentes de servidumbre. La decimonovena enmienda prohíbe la discriminación por razón de sexo en la regulación del derecho a votar. La vigésimo cuarta enmienda impide a los Estados establecer cualquier impuesto sobre los electores como pre-requisito para votar en las elecciones presidenciales y legislativas nacionales. Y la vigésimo sexta enmienda otorga el derecho de voto a todos los ciudadanos de los Estados Unidos a partir de los dieciocho años de edad.

No obstante que la vigésimo cuarta enmienda no resulta aplicable a las elecciones locales y estatales, la *Supreme Court* ha declarado a partir del caso *Harper v. Virginia Board of Elections*⁴⁹², que los impuestos sobre los votantes para dichas elecciones son inconstitucionales por violar la decimocuarta enmienda. El Estado de Virginia había alegado en su defensa que el impuesto sobre los electores tenía por objetivo aplicar un test de inteligencia, por cuanto quien no era capaz de obtener \$1,50 para tan importante propósito, probablemente tampoco era lo suficientemente hábil para votar. Al respecto, Tribe señala que el propósito general del impuesto era evitar el voto de los más pobres, considerando a la pobreza como una evidencia de falta total de prudencia acerca de cómo tratar tales cuestiones; lo que reflejaba una actitud intolerante y hostil hacia esas personas⁴⁹³.

⁴⁹¹ Cfr. *Kramer v. Union Free School District*, 395 U.S. 621 (1969); *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, (1970).

⁴⁹² 383 U.S. 663 (1966).

⁴⁹³ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1642.

El carácter de propietario tampoco puede ser utilizado como criterio para conceder o denegar el derecho de voto. Así lo decidió la *Supreme Court* en el caso *Cipriano v. Houma*⁴⁹⁴, al declarar inconstitucional una ley del Estado de Louisiana que concedía el voto únicamente a los contribuyentes dueños de propiedades, para las elecciones por las que se llamaba a aprobar la emisión de títulos públicos por un municipio. El máximo tribunal aplicó el escrutinio estricto y exigió acreditar la existencia de un interés gubernamental apremiante, rechazando la defensa planteada por el Estado, quien había invocado el especial interés pecuniario de los propietarios en la materia a votar, como justificación de la exclusión de los no propietarios⁴⁹⁵.

Así como la *Supreme Court* declaró la inconstitucionalidad de leyes que gravaban el derecho de voto tanto en las elecciones nacionales como locales, en el caso *Bullock v. Carter*⁴⁹⁶ resolvió que era contrario a la decimocuarta enmienda un sistema de financiamiento de las elecciones internas, creado por el Estado de Texas, mediante el cual se establecía sobre los candidatos la obligación de pagar tasas por su presentación en las elecciones. Como fundamento de su decisión sostuvo, entre otras razones, que el sistema repercutía con un peso desigual sobre los votantes y sobre los candidatos, dependiendo de su capacidad económica. Ello, por cuanto el impacto de la medida impositiva estaba relacionado con los recursos de los votantes que apoyaban a un candidato en particular⁴⁹⁷. De tal modo, según cual fuese la capacidad económica de los votantes para abonar la tasa requerida, serían las posibilidades de apoyar, presentar y luego votar a

⁴⁹⁴ 395 U.S. 701 (1969).

⁴⁹⁵ Igual criterio fue sustentado en el caso *Turner v. Fouche* (396 U.S. 346, 1970).

⁴⁹⁶ 405 U.S. 134 (1972).

⁴⁹⁷ Cfr. *idem*, 144.

su candidato en el proceso electivo. En otros términos, no resultaba conforme a la igual protección de las leyes subordinar los derechos a elegir y ser elegido a la capacidad económica de los ciudadanos.

La decimocuarta enmienda fue invocada por la jurisprudencia de la *Supreme Court* como cláusula constitucional que restringe el poder de los Estados para establecer requerimientos relativos al ejercicio del derecho de voto en diversos sentidos⁴⁹⁸, tales como el carácter de propietario y la capacidad contributiva. No obstante ello, ciertos criterios establecidos como condición para el otorgamiento del derecho mencionado, tales como la edad⁴⁹⁹, la ciudadanía y la residencia⁵⁰⁰, fueron juzgados razonables y conformes al principio de igualdad. Asimismo, el criterio por el que se denegó el derecho de voto a las personas condenadas por delitos graves, aun cuando hubiesen cumplido la totalidad de su condena, fue declarado constitu-

⁴⁹⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 927.

⁴⁹⁹ Cfr. *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970). La discusión acerca de la edad como requisito válido para otorgar el derecho de voto se tornó irrelevante a partir de la incorporación de la vigésimo sexta enmienda a la Constitución estadounidense.

⁵⁰⁰ Cfr. *Dunn c. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972), precedente en el que la *Supreme Court* consideró la constitucionalidad de una ley de Tennessee que establecía como requisitos para votar no solo la edad y la ciudadanía, sino también un año de residencia en el Estado y tres meses en el Condado. Si bien el tribunal reconoció que los Estados pueden requerir que sus votantes sean residentes, consideró que el término de un año de residencia resultaba violatorio de la decimocuarta enmienda, restringiendo el derecho de voto y la libertad de movimiento interestatal. En el caso *Marston v. Lewis*, (410 U.S. 679 [1973]), la *Supreme Court* convalidó el requisito de cincuenta días de residencia como un medio necesario para verificar la lista de los votantes y prevenir el fraude.

cional y conforme a la decimocuarta enmienda en el caso *Richardson v. Ramirez*⁵⁰¹.

Conforme se expuso precedentemente, la raza constituye un criterio prohibido para establecer clasificaciones relativas al ejercicio del derecho de voto; pero dicha prohibición no sólo rige cuando la raza es utilizada en forma explícita, sino también implícitamente mediante la sanción de leyes diseñadas con el propósito de diluir la fuerza del voto de una minoría racial⁵⁰². En el precedente *Gomillion v. Lightfoot*⁵⁰³, el máximo tribunal estadounidense declaró inconstitucional una ley del Estado de Alabama que modificaba los límites de la ciudad de Tuskegee con el propósito de excluir a cuatrocientos votantes negros. De igual modo, en el caso *Hunter v. Underwood*⁵⁰⁴, declaró inválida por violar la igual protección de las leyes, una cláusula constitucional estatal que denegaba el derecho de voto a los condenados por cualquier delito que involucrara una conducta inmoral. Para ello, se fundó en el análisis que los historiadores formularon de los registros de la convención constituyente, concluyendo en que la cláusula había sido sancionada con el propósito de privar del derecho de voto a las personas negras.

Fue en el caso *Reynolds v. Sims*⁵⁰⁵, al resolver una impugnación a una delimitación ilícita de distritos electorales efectuada por la legislatura del Estado de Alabama, cuando la *Supreme Court* creó el principio de una persona un voto, fundamentándolo en la cláusula de la igual protección de las leyes.

⁵⁰¹ 418 U.S. 24, (1974).

⁵⁰² Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 939.

⁵⁰³ 364 U.S. 339 (1960).

⁵⁰⁴ 471 U.S. 222 (1985).

⁵⁰⁵ 377 U.S. 533 (1964).

Con sustento en el idéntico valor que el Estado debe otorgar al derecho de voto de cada individuo, en el precedente *Bush v. Gore*⁵⁰⁶ —suscitado con motivo de las elecciones para Presidente—, el máximo tribunal estadounidense anuló la decisión de la Corte Suprema del Estado de Florida que había ordenado el recuento manual de 9000 boletas en el condado de Miami-Dade por no haber sido contadas en razón de que las máquinas no registraron el voto para presidente, la inclusión de una ganancia neta de 215 votos legítimos a favor del vicepresidente Gore, identificados en el recuento manual realizado en el condado de Palm Beach, y la inclusión de 168 votos identificados en el recuento parcial, también a favor del candidato demócrata All Gore, efectuado en el condado de Miami-Dade. Asimismo, la Corte estatal resolvió que al hacer lugar a lo peticionado, se debería proceder al recuento manual en todos los condados del Estado en los que los denominados “subvotos” no habían sido sometidos a recuento manual.

La decisión anulada tuvo su causa en una demanda presentada por el vicepresidente Gore, por la que cuestionaba la certificación de votos realizada por la Comisión Electoral de Escrutinio de Votos del Estado de Florida, la que había declarado al candidato Bush ganador de los 25 votos electorales de Florida, como resultado del recuento manual de votos —solicitado por el candidato Gore— en los Condados de Volusia, Palm Beach, Broward y Miami—Dade. El recuento manual de votos había sido solicitado por Gore en razón de existir tarjetas que, por error u omisión deliberada, no fueron perforadas con la precisión suficiente para que las máquinas pudieran contarlas.

La cuestión presentada ante la *Supreme Court* consistió en resolver “... si los procedimientos de recuento manual adoptados por la

⁵⁰⁶ 531 U.S. 98 (2000). Se cita de la traducción al español publicada en *La Ley*, t. 2001-A, pp. 66-89.

Corte Suprema del Estado de Florida guardan coherencia con su obligación de evitar el trato arbitrario y dispar de los miembros del electorado de ese Estado”⁵⁰⁷. El voto de la mayoría sostuvo que “los mecanismos de recuento llevados a la práctica en respuesta a las decisiones de la Corte Suprema del Estado de Florida no satisfacen los requisitos mínimos de trato no arbitrario de los votantes, necesario para asegurar el derecho fundamental. La orden básica impartida por el Estado de Florida para recontar votos emitidos legítimamente es considerar la intención del votante. Esto es incuestionable como proposición abstracta y principio inicial. El problema es propio de la falta de pautas específicas que garanticen la aplicación igualitaria”⁵⁰⁸. Ello, por cuanto “... cada condado empleó criterios variados para determinar en qué consistía el voto legítimo”⁵⁰⁹.

El voto mayoritario concluyó en que la Corte de Florida ordenó un recuento de votos sin garantizar que estén satisfechos los requisitos básicos de igualdad de tratamiento e imparcialidad entre los diversos votantes. Asimismo, puntualizó que el recuento no se podía realizar cumpliendo con las exigencias de la igualdad de protección y debido proceso sin efectuar un trabajo extra de envergadura, que llevaría un tiempo prolongado, no resultando posible cumplir con el recuento antes del 12 de diciembre —fecha límite establecida legalmente para concluir toda controversia relativa a la selección definitiva de electores—⁵¹⁰. Por los argumentos señalados, la mayoría resolvió suspender el recuento manual de votos dispuesto por la Corte de Florida.

⁵⁰⁷ Ídem, B 4, voto de la mayoría.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ Ídem, B 5.

⁵¹⁰ Cfr. *idem*, B 7.

Los jueces Stevens, Souter, Breyer y Ginsburg votaron en disidencia. El primero de ellos, con la opinión concurrente de Breyer y Ginsburg, sostuvo que la aplicación de diversos subcriterios para establecer la intención del votante en los distintos condados —invocada por la mayoría como un hecho que violaba la igual protección de las leyes— podía ser solucionada mediante un único juez imparcial que resolviera las objeciones planteadas durante el proceso de recuento⁵¹¹. Pues una interpretación contraria, agregó, llevaría a concluir que “... la decisión del Estado de Florida de delegar en cada condado la decisión acerca del sistema electoral que desea aplicar podría quedar fuera de la igualdad de protección, y ni qué hablar de las enormes diferencias de precisión”⁵¹². El voto de la mayoría, concluyó, ordenó “... despojar de sus derechos a una cantidad desconocida de votantes cuyos votos revelan su intención —y son, por lo tanto, votos legítimos conforme a la ley escrita— pero, por alguna razón, fueron rechazados por las máquinas contadoras de boletas”⁵¹³.

El juez Souter consideró que a los fines de garantizar la igual protección en la aplicación de las normas para determinar la intención del votante, se debería devolver el expediente a la Corte de Florida con instrucciones tendientes a “... establecer criterios uniformes para la evaluación de los distintos tipos de boletas que han provocado tratamientos diversos, de aplicación en los condados ante boletas idénticas en todo recuento ulterior (o consecutivo) que pudiere ser ordenado por las cortes”⁵¹⁴.

El juez Ginsburg, además de señalar que no existía razón alguna para invalidar la interpretación racional de la ley de Florida efectua-

⁵¹¹ Cfr. *idem*, 15, FN 3, voto del juez Stevens.

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ *Ídem*, 15, FN 4.

⁵¹⁴ *Ídem*, 19 C, voto del juez Souter.

da por la Corte de ese mismo Estado, agregó que el voto mayoritario presumió que no habría tiempo suficiente para una revisión judicial ordenada de cualquier controversia que pudiere surgir, lo que constituyó una profecía que la sentencia de la propia Corte no permitiría corroborar⁵¹⁵.

Finalmente, el juez Breyer, sostuvo que “... en un sistema que permite que los condados apliquen distintos tipos de sistemas de votación —sistemas de perforación de tarjetas y sistemas de escaneo óptico—, los votantes ya llegan a los comicios con distinta chance de que sus votos vayan a ser contados. No veo cómo el resultado puede ser más imparcial a partir del hecho de que esto sea el resultado de la selección por los condados de distintas máquinas de votación y no de una orden del tribunal. Tampoco comprendo porqué la orden de recuento dictada por la Corte Suprema del Estado de Florida, que ayuda a resolver esta desigualdad, debe ser totalmente prohibida sobre la base de un defecto que se podría subsanar fácilmente”⁵¹⁶.

A modo de síntesis, cabe señalar que mientras el voto de la mayoría anuló la sentencia de la Corte de Florida y ordenó suspender todo recuento manual de votos amparándose en la garantía de la igual protección de las leyes, la minoría consideró que se debía proceder al recuento manual de los votos como exigencia de la misma garantía, a los fines de superar la desigualdad producida por los sistemas empleados en los distintos condados y no privar del derecho de voto a una cantidad indeterminada de electores, cuyos votos revelaban su intención, pero fueron rechazados por las máquinas contadoras de boletas.

Resulta acertada la opinión del juez Breyer, quien señala la contradicción de que adolece el razonamiento de la mayoría, el que, con

⁵¹⁵ Cfr. *idem*, I 20 y II 24, voto del juez Ginsburg.

⁵¹⁶ *Ídem*, A 2, 26, voto del juez Breyer.

fundamento en la inexistencia de pautas específicas para determinar la intención del votante y de tal modo garantizar una igualdad de tratamiento para todos los votantes, deja sin efecto la decisión de la Corte de Florida, convalidando otro tipo de desigualdad consistente en que la legitimidad de cada voto sea determinada por el sistema de votación adoptado por cada condado —por perforación o por escaneo óptico—. Así, la igual protección de las leyes fue invocada por el voto mayoritario para consagrar un trato desigual que podía ser subsanado, pues, en efecto, la inexistencia de criterios uniformes para desentrañar la intención real del votante, tal como lo sostiene el juez Souter, se solucionaba ordenando a la Corte de Florida establecer dichos criterios, los que debían ser tenidos en cuenta por los jueces a la hora de resolver los planteos formulados durante el proceso de recuento.

4.2. Discriminación por razón de la condición de extranjero

Las clasificaciones basadas en la condición de extranjero —con las excepciones que más adelante se especificarán— son consideradas por la *Supreme Court* como sospechosas y por ello sujetas a un escrutinio estricto. En el caso *Graham v. Richardson*⁵¹⁷, el tribunal, por primera vez, trató las discriminaciones en razón de la extranjería como “inherentemente sospechosas y sujetas a un cerrado escrutinio judicial”⁵¹⁸. Aplicando la doctrina *Graham*, declaró la inconstitucionalidad de la prohibición legal que impedía emplear a los extranjeros

⁵¹⁷ 403 U.S. 365, (1971)

⁵¹⁸ Ídem, 372. En este caso, la Corte declaró contrarias a la decimocuarta enmienda leyes estatales que denegaban los beneficios sociales a los extranjeros residentes.

en cargos permanentes de la administración pública del Estado⁵¹⁹. Asimismo, invalidó leyes estatales que excluían a los extranjeros residentes del ejercicio de la abogacía⁵²⁰ y del notariado⁵²¹, así como de la práctica de la ingeniería civil⁵²². En relación con la distribución de beneficios sociales, el máximo tribunal estadounidense resolvió que resultaba contraria a la decimocuarta enmienda una ley estatal que concedió ayuda para la educación superior únicamente a ciudadanos y residentes extranjeros que habían solicitado o solicitarían la ciudadanía, excluyendo a los residentes extranjeros que no la habían petitionado⁵²³.

La condición de extranjero no es considerada como un criterio sospechoso cuando se juzga la validez de clasificaciones normativas que excluyen a los extranjeros y encomiendan sólo a los ciudadanos, cargos electivos y no electivos importantes relacionados con el proceso de autogobierno democrático⁵²⁴. Ello significa que una clasificación en razón de la extranjería creada por una ley estatal que se relaciona con la distribución de poder o cargos en los procesos políticos, será confirmada bajo el tradicional test de las bases racionales, con fundamento en que el Estado tiene un legítimo interés en reservar posiciones en el proceso de autogobierno para los ciudadanos estadounidenses. No obstante —tal como se resolvió en *Sugarman v. Dougall*⁵²⁵—, los Estados no pueden usar una clasificación basada en la ciudadanía estadounidense para excluir a los extranjeros residentes

⁵¹⁹ Cfr. *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

⁵²⁰ Cfr. *Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973).

⁵²¹ Cfr. *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216 (1984)

⁵²² Cfr. *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 U.S. 572 (1976).

⁵²³ Cfr. *Nyquist v. Mauclet*, 432 U.S. 1 (1977).

⁵²⁴ Cfr. *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 220-221 (1984).

⁵²⁵ 413 U.S. 634 (1973).

de empleos en el gobierno que sean puramente funcionales y no estén relacionadas con el interés del autogobierno⁵²⁶.

Conforme a lo expuesto, en *Foley v. Connelie*⁵²⁷, la *Supreme Court* convalidó una ley de Nueva York que requería a los oficiales de policía ser ciudadanos estadounidenses, debido a que entendió que se trataba del cumplimiento de una obligación fundamental del gobierno, pues la función policial implicaba el ejercicio de una infinita variedad de poderes discrecionales, frecuentemente involucrados con áreas de la vida cotidiana de mayor sensibilidad⁵²⁸.

4.2.1. El caso *Ambach v. Norwick*⁵²⁹

En *Ambach*, la *Supreme Court*, por voto mayoritario, declaró conforme a la decimocuarta enmienda una ley de Nueva York que impedía a los extranjeros que no habían solicitado la ciudadanía, desempeñarse como maestros de escuelas públicas, justificando su decisión en el hecho de que la escuela pública tiene por misión inculcar los valores fundamentales necesarios para el mantenimiento de un sistema político democrático, desempeñando los maestros un rol crítico en el desarrollo de actitudes de los estudiantes que promuevan las virtudes cívicas y la comprensión de su rol de ciudadanos en la sociedad⁵³⁰.

⁵²⁶ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 792.

⁵²⁷ 435 U.S. 291 (1978).

⁵²⁸ Cfr. *idem*, 297.

⁵²⁹ 441 U.S. 68 (1979).

⁵³⁰ Cfr. *idem*, 76-80. A diferencia de lo resuelto por la Corte estadounidense, la Corte Suprema argentina declaró en el caso “Repetto, I. c/Provincia de Buenos Aires” (Fallos 311:2272), la inconstitucionalidad del requisito de ser argentino para ejercer la docencia y la consiguiente prohibición para los extranjeros residentes

Los jueces Blackmun, Brennan, Marshall y Stevens votaron en disidencia, sosteniendo que la prohibición de ejercer la docencia en las escuelas públicas de enseñanza elemental y secundaria a los residentes extranjeros que no habían solicitado la ciudadanía, resultaba contraria a la garantía de la igual protección de las leyes en virtud de diversas razones. En primer lugar, se refirieron a que la misma estructura de la legislación cuestionada refutaba los argumentos esgrimidos en su defensa, al permitir que ciertos extranjeros ejercieran la docencia en las escuelas. Ello, en razón de que dicha legislación si bien establecía la prohibición señalada para las escuelas públicas, la misma no regía para las escuelas privadas. Así también, por cuanto permitía a los extranjeros que habían solicitado la ciudadanía desempeñarse como maestros mientras esperaban obtenerla, no obstante luego no logran el otorgamiento de la misma⁵³¹.

Por otra parte, la disidencia señaló que la clasificación normativa efectuada por el Estado de Nueva York era irracional, pues consideraba preferible emplear un ciudadano docente mediocre a un excelente docente extranjero y residente; optaba por tener un ciudadano que nunca había conocido España o un país de América Latina para enseñar español y denegar dicha oportunidad a un extranjero residente que pudo haber vivido durante veinte años en la cultura de España o América Latina⁵³². En otros términos, para la disidencia la ciudadanía no debía prevalecer sobre el criterio de la idoneidad profesional a la hora de elegir entre los docentes que integrarían la planta de las escuelas públicas elementales y secundarias.

de desempeñarse como maestros, por considerarlo contrario a los artículos 16 y 20 de la Constitución (cfr. epígrafe 2.2.1., b) del capítulo IV del presente trabajo).

⁵³¹ Cfr. *idem*, 86.

⁵³² Cfr. *idem*, 87.

Finalmente, el voto minoritario consideró lógicamente incorrecto declarar la constitucionalidad de la prohibición de ejercer la docencia a los extranjeros residentes que no habían solicitado la ciudadanía y resolver la violación de la decimocuarta enmienda de las normas que privaban a los extranjeros del derecho a practicar la abogacía —conforme a lo decidido en *Griffiths*⁵³³—. Ello, con fundamento en que los abogados representan a la ciudadanía en las controversias ante los tribunales y se desempeñan como funcionarios ante las cortes. Asimismo, son responsables por su estricta adhesión a los estándares que rigen su conducta profesional y a los requerimientos de los códigos de ética; llegando a influir incluso en la legislación y en la comunidad, tal como lo reconoció la *Supreme Court* en el caso precitado al afirmar que los abogados han sido líderes en el gobierno a través de la historia del país⁵³⁴. Conforme a los argumentos de la disidencia, el rol del docente no parecía ser más influyente en la formación y mantenimiento del sistema democrático que la función desempeñada por los abogados, por lo que si en este último supuesto se reconoció a los extranjeros residentes el derecho a ejercer su profesión no había razón alguna que pudiera justificar una decisión contraria para el caso de los docentes extranjeros. En suma, ello significaba tratar desigualmente a quienes se hallaban en igualdad de situaciones.

4.2.2. El caso *Cabell v. Chavez-Salido*⁵³⁵

En el referido caso, el máximo tribunal estadounidense consideró que un Estado puede prohibir a los extranjeros desempeñarse

⁵³³ 413 U.S. 717 (1973).

⁵³⁴ Cfr. 441 U.S. 68, 88-89 (1979).

⁵³⁵ 454 U.S. 432 (1982).

como *probation officers* —funcionarios encargados de controlar la conducta de quienes están sujetos a libertad condicional—, en razón de que, al igual que la policía y los maestros, dicho cargo involucra el ejercicio de poderes discrecionales que se vinculan con funciones básicas del gobierno e implica el ejercicio de una autoridad directa sobre otros individuos.

En *Cabel v. Chavez-Salido*, remitiéndose al precedente *Sugarman v. Dougall*⁵³⁶, la *Supreme Court* estableció los criterios conforme a los cuales una clasificación por razón de la extranjería podría ser encuadrada dentro de la excepción denominada “función política”, aplicándose en tal supuesto el test de la relación racional. En primer lugar, requirió que la clasificación no sea sustancialmente *overinclusive* o *underinclusive*⁵³⁷, pues ellas “... tienden a debilitar el reclamo del gobierno de que la clasificación sirve a fines políticos legítimos”⁵³⁸. En segundo lugar, aun si la clasificación estuviese lo suficientemente adaptada, podría ser aplicada sólo para el caso de cargos electivos o no electivos de importancia, que impliquen el ejercicio de funciones ejecutivas, legislativas o judiciales y la directa participación en la formulación, ejecución o revisión de amplias políticas públicas⁵³⁹.

Pareciera que los requisitos señalados constituyen una aplicación de criterios de revisión de la razonabilidad de las distinciones entre nacionales y extranjeros propios del test intermedio de revi-

⁵³⁶ 413 U.S. 634 (1973).

⁵³⁷ Tal como se expuso, las clasificaciones *overinclusive* son aquellas que “... incluyen todas las personas que están similarmente situadas en los términos de la ley además de un grupo adicional de personas”. Las clasificaciones *underinclusive* “... contiene todas las personas similarmente situadas pero excluyen algunas que están en posición similar a aquellas conforme a los propósitos de la ley”. (NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 636).

⁵³⁸ 454 U.S. 432, 40 (1982).

⁵³⁹ Cfr. *ibidem*.

sión, o sea de un escrutinio más severo que el flexible test de la relación racional. Ello, en tanto implican el rechazo de clasificaciones “*overinclusive*” o “*underinclusive*”, exigiendo que estén lo suficientemente adaptadas a los fines de la norma, a diferencia del requerimiento de un mínimo de racionalidad, por el que los tribunales están compelidos a aceptar las generalizaciones de la legislatura aún cuando tenga lugar una imperfecta adecuación entre medios y fines⁵⁴⁰. Asimismo, cabe señalar que tampoco se condice con las notas propias del test de la relación racional la determinación de los objetivos a alcanzar, puesto que para convalidar una discriminación con base en tal escrutinio basta la existencia de cualquier propósito público legítimo, entendiendo por tal aquel no prohibido por la Constitución. Conforme a los criterios señalados en el párrafo precedente, la exclusión de los extranjeros sólo podría darse con un fin determinado: el de preservar para los ciudadanos norteamericanos cargos que impliquen el cumplimiento de funciones ejecutivas, legislativas o judiciales y la directa participación en la formulación, ejecución o revisión de amplias políticas públicas.

Otra de las excepciones para la aplicación de un escrutinio estricto en materia de discriminaciones en razón de la extranjería lo constituyen las normas de derecho federal. Para juzgar las diferencias establecidas por estas normas con base en la condición de extranjero la *Supreme Court* ha aplicado el test de la relación racional. Conforme a lo señalado por la doctrina, pese a que la jurisprudencia “... no ha sido clara para identificar el estándar apropiado de revisión a ser empleado en estos casos, pareciera que el gobierno federal puede usar una clasificación basada en la ciudadanía cuanto más esté ra-

⁵⁴⁰ Cfr. voto del juez Kennedy en *Heller v. Doe*, 509 U.S., 320 (1993). Acerca de las características del test de la relación racional, también denominado por Tribe “requerimiento de un mínimo de racionalidad”, puede consultarse el epígrafe 2. del presente capítulo.

zonablemente relacionada con un interés federal”⁵⁴¹, o de política exterior, los que incluyen la manera en que los ciudadanos estadounidenses “... podrían ser tratados en otros países, el poder de negociación con otros gobiernos, la seguridad nacional, o simplemente la imagen con que la nación desea presentarse al mundo”⁵⁴².

Debido a la importancia del interés del Estado Federal para regular las cuestiones de extranjería, las relaciones internacionales, así como la inmigración y naturalización, la *Supreme Court* ha diferido al Congreso tales cuestiones y confirmará las clasificaciones basadas en la condición de extranjero siempre y cuando ellas no sean claramente una arbitrariedad o una odiosa imposición de cargas sobre un grupo políticamente menos poderoso⁵⁴³.

4.2.3. *El caso Matheus v. Diaz*⁵⁴⁴

En el mencionado litigio, la Corte resolvió que el Congreso podía condicionar la elegibilidad de los extranjeros para participar en un programa federal de seguro médico a la residencia continuada en los Estados Unidos por un período de cinco años, por cuanto el Congreso no tenía el deber de dar a todos los extranjeros la totalidad de los beneficios de los ciudadanos.

A partir del precedente mencionado, se ha concluido que “... el gobierno federal puede usar las clasificaciones basadas en la extranjería en un mayor grado que las clasificaciones basadas en otros criterios sospechosos como la raza o el original nacional”⁵⁴⁵, siempre y

⁵⁴¹ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 792.

⁵⁴² Ídem, p. 793.

⁵⁴³ Cfr. ídem, p. 801.

⁵⁴⁴ 426 U.S. 67, (1976).

⁵⁴⁵ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 801.

cuando la clasificación aparezca relacionada con la política exterior y no esté basada en un prejuicio contra los extranjeros⁵⁴⁶. Este poder del que goza el Estado Federal para establecer diferenciaciones entre nacionales y extranjeros en materia de leyes de naturalización e inmigración, no es compartido por los Estados miembros.

Se ha criticado el uso de dos estándares de revisión totalmente diferentes para las clasificaciones en razón de la extranjería —el test de la relación racional para el Estado Federal y el escrutinio estricto para los Estados miembros—, considerándose que ello “no sólo es contrario al largo desarrollo de estándares uniformes de revisión...”⁵⁴⁷, sino que además “... podría permitir al gobierno federal entablar un tratamiento arbitrario y discriminatorio contra los extranjeros”⁵⁴⁸. En efecto, bastaría al Gobierno Federal alegar la existencia de un legítimo interés estatal con el que la clasificación normativa presente cierta relación de adecuación, para que la distinción entre nacionales y extranjeros sea confirmada, eludiendo los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, propios de la forma más severa de revisión judicial. De tal modo, argumentos netamente consecuencialistas resultarían suficientes para privar a los extranjeros de derechos humanos que, aun cuando no estuviesen consagrados en la Constitución estadounidense, son válidos y exigibles con independencia de su reconocimiento estatal, en tanto se fundan en la dignidad de la persona humana y atribuyen bienes humanos básicos⁵⁴⁹, entendidos como aspectos básicos de la plena realización humana o de la felicidad “... en el sentido más profundo, menos corriente de la palabra, que significa, a grandes rasgos, una ple-

⁵⁴⁶ Cfr. *idem*, p. 802.

⁵⁴⁷ *Ídem*, p. 803.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ Cfr. FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., pp. 57-129.

nitudo de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de sentido de la propia existencia”⁵⁵⁰.

4.2.4. El caso *Plyler v. Doe*⁵⁵¹

La insuficiencia de un juicio de razonabilidad que se limite al análisis medio-fin, pudo verse con claridad en caso *Plyler v. Doe*, en el que la Corte se negó a aplicar el escrutinio estricto por tratarse de un caso de discriminación contra extranjeros ilegales, los que no son considerados como una categoría sospechosa. No obstante ello, tampoco se conformó con el test de la relación racional.

En dicho precedente, la *Supreme Court* debió juzgar si, de modo compatible con la cláusula de la igual protección, Texas podía denegar a los niños en edad escolar indocumentados la educación que proporcionaba a los niños que son ciudadanos de los Estados Unidos o extranjeros legalmente admitidos. En mayo de 1975, la Legislatura de Texas había reformado sus leyes de educación, para retener de las escuelas de distrito locales los fondos estatales para la educación de niños que no estaban legalmente admitidos en el país. Contra tales leyes se interpuso una acción de clase (“*class action*”⁵⁵²), en representación de niños de origen mexicano en edad escolar, a la que se hizo lugar tanto en primera como en segunda instancia.

El caso llegó a la Corte Suprema, la que declaró, conforme a lo sostenido en *San Antonio School District v. Rodríguez*⁵⁵³, que la educación no es un derecho fundamental reconocido a los individuos por

⁵⁵⁰ Ídem, p. 127.

⁵⁵¹ 457 U.S. 202 (1982).

⁵⁵² La denominada *class action* constituye una acción que tiene por objeto proteger intereses difusos.

⁵⁵³ 411 U.S. 1 (1973).

la Constitución, pero, afirmó, “tampoco es meramente un beneficio gubernamental no distinguible de otras formas de legislación de bienestar social”⁵⁵⁴. Asimismo, agregó que no obstante los extranjeros ilegales no son una clase sospechosa, sus niños —quienes no están en los Estados Unidos por su propia culpa— tienen derecho a la protección constitucional. Es más, la Corte sostuvo que aun los extranjeros ilegales están protegidos contra la discriminación individual por la quinta y decimocuarta enmienda.

Para declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, el máximo tribunal tuvo en cuenta el rol de la escuela pública “... como una de las instituciones cívicas más vitales para la preservación del sistema de gobierno democrático, (...) como el vehículo primario para transmitir los valores sobre los que descansa nuestra sociedad”⁵⁵⁵, considerando también “el inestimable daño de la privación de una educación básica para el bienestar social, económico, intelectual y psicológico del individuo, y los obstáculos que esto plantea para la realización individual”⁵⁵⁶. De tal modo, el tribunal se adentró en consideraciones que se vinculan con cierta concepción de lo que es bueno para el hombre, en tanto necesario para alcanzar la plenitud humana⁵⁵⁷.

Asimismo, en la sentencia bajo análisis se señaló la imposibilidad de reconciliar el costo o el principio de un status basado en la denegación de una educación básica con el sistema de igualdad con-

⁵⁵⁴ Ídem, 221.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Ídem, 222.

⁵⁵⁷ En este sentido, Finnis afirma acertadamente que el proceso de especificación y demarcación de los derechos humanos requiere de “... una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización” (FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 248).

tenido en la Cláusula de la Igual Protección⁵⁵⁸; advirtiéndose que ningún progreso racional para el Estado podría justificar “la creación y perpetuación de una subclase de analfabetos dentro de nuestros límites”⁵⁵⁹.

En efecto, al tribunal no le resultó suficiente que el Estado de Texas alegara que la discriminación cuestionada constituía una medida financiera destinada a evitar el agotamiento de los recursos fiscales, sino que intensificó el juicio de razonabilidad y valoró la importancia del bien humano en juego —la educación—, las consecuencias perjudiciales para la sociedad y el progreso del país que su privación acarrearían, así como la injusticia de imponer la carga del analfabetismo a niños que no tenían culpa alguna de residir como extranjeros ilegales. De tal modo, la Corte no se limitó a formular el juicio de adecuación, sino que consideró la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, pues sopesó los graves perjuicios que podría ocasionar a la sociedad la creación de una subclase de analfabetos, verdaderamente superiores a los beneficios presupuestarios y fiscales perseguidos por el Estado de Texas. Pero además, de la argumentación de la sentencia puede extraerse el juicio de alteración del contenido esencial del derecho en juego —el derecho a la educación—, el que pese a no ser calificado por la Corte como fundamental⁵⁶⁰, si es considerado como un bien básico, cuya denegación no se compadecía con la garantía de la decimocuarta enmienda.

⁵⁵⁸ 457 U.S. 202, 222 (1982).

⁵⁵⁹ Ídem, 230.

⁵⁶⁰ El caso bajo análisis demuestra que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales, es decir, constitucionalmente consagrados; como así también no todos los derechos fundamentales son derechos humanos. No obstante ello, y atento el carácter inviolable de los derechos humanos, cuyo título radica en la misma hominidad, su validez y exigibilidad resulta independiente del reconocimiento positivo.

4.3. Discriminación por razón de la raza u origen nacional

Tal como se expuso, las discriminaciones normativas que utilizan los criterios de la raza o el origen nacional de las personas para otorgar y denegar derechos, son catalogadas como sospechosas y por tanto sometidas a un juicio de razonabilidad intensivo. Cabe destacar, no obstante, que la consideración de la raza como un criterio sospechoso para la distribución de derechos y deberes no fue un principio jurídico constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Durante el período comprendido entre los años 1896 y 1954 la *Supreme Court* sostuvo la doctrina “separados pero iguales”. Conforme a ella, resultaba legítimo otorgar a las personas pertenecientes a minorías raciales un tratamiento o servicios separados, siempre y cuando fueran iguales a aquellos que se otorgaban a las personas de raza blanca⁵⁶¹. Fue en el caso *Plessy v. Ferguson*⁵⁶², cuando el máximo tribunal adoptó dicha doctrina, convalidando una ley del Estado de Louisiana que exigía a todas las compañías de ferrocarril ofrecer lugares separados pero iguales a los pasajeros blancos y negros, imponiendo sanciones a aquellos que vulneraran dicha disposición.

La doctrina sentada en *Plessy* fue aplicada en los casos de segregación racial que se presentaron ante los tribunales durante la primera mitad del siglo XX⁵⁶³. De tal modo, la segregación alcanzó di-

⁵⁶¹ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional law...*, ob. cit., p. 694.

⁵⁶² 163 U.S. 537 (1896). Sólo el juez Harlan votó en disidencia, afirmando que la Constitución era ciega al color y que el gobierno no podía utilizar el color de las personas para determinar sus derechos (163 U.S. 537, 559).

⁵⁶³ IBARLUCÍA, E., “El caso *Brown v. Board of Education of Topeka* y la interpretación dinámica de la Constitución”, *La Ley*, t. 2004-C, p. 1232.

versos ámbitos, tales como las escuelas públicas, instituciones estatales e incluso empresas privadas.

4.3.1. El caso *Brown vs. Board of Education*⁵⁶⁴

Fue recién en el año 1954, cuando la *Supreme Court* revisó y cambió la doctrina “separados pero iguales”, al fallar en el caso *Brown vs. Board of Education*, que fue resuelto junto con tres casos más⁵⁶⁵. En todos estos precedentes, menores de raza negra requirieron, a través de sus representantes legales, que el Poder Judicial declarara la inconstitucionalidad de leyes que exigían o permitían la segregación racial en las escuelas públicas, solicitando ser admitidos en las escuelas de su comunidad. Fundaron su petición en que “... las escuelas públicas segregadas no son iguales, que no pueden ser iguales, y que por esto ellos están privados de la igualdad ante la ley”⁵⁶⁶.

Para resolver, la Corte no se valió de una interpretación histórica de la decimocuarta enmienda, dejando de lado la intención reguladora de los primeros constituyentes y afirmando que no resultaba posible “... volver el reloj a 1868 cuando la enmienda fue adoptada, o aún a 1896 cuando ‘*Plessy v. Ferguson*’ fue dictado”⁵⁶⁷. Era necesario “... considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su lugar actual en la vida americana...”⁵⁶⁸. Ello implicó adoptar una

⁵⁶⁴ 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁶⁵ Los casos —todos provenientes de diferentes Estados: Kansas, South Carolina, Virginia y Delaware— fueron *Briggs v. Elliott*; *Davis v. County School Board of Prince Edward County* y *Gebhart v. Belton*.

⁵⁶⁶ 347 U.S. 483, 488 (1954). Se cita de la traducción realizada en la obra de Miller, J.; Gelli, A. y Cayuso, S., *Constitución y derechos humanos...*, ob. cit., p. 1545.

⁵⁶⁷ 347 U.S. 483, 492 (1954).

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

interpretación dinámica de la Constitución, que toma en cuenta los cambios sociales y científicos, y que posibilita un desarrollo del Derecho a partir de principios ético - jurídicos —como el principio de igualdad de todos los hombres con independencia de su raza—, en cuanto “... pautas orientadoras de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas”⁵⁶⁹; pues se trata de principios que “... prescriben desde sí mismos, y su existencia no depende de que hayan sido reconocidos en una Constitución”⁵⁷⁰, en razón de que “... constituyen un núcleo de juridicidad intrínseca, radical y forzosa...”⁵⁷¹.

Para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que autorizaban o exigían la segregación racial, el tribunal tomó en cuenta los efectos psicológicos de la medida en los niños y adolescentes de raza negra⁵⁷². En este sentido, afirmó que “separarlos de otros de similar edad y calificaciones solamente por su raza, genera un sentimiento de inferioridad en cuanto a su status en la comunidad que puede afectar sus corazones y sus mentes en una forma que difícilmente alguna vez pueda ser anulada”⁵⁷³. Asimismo, la sentencia se

⁵⁶⁹ LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg. Se cita de la edición en castellano, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, 1ª edición, Ariel, Barcelona, 1994, p. 418.

⁵⁷⁰ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 137.

⁵⁷¹ VIGO, R. L., “Teoría distintiva fuerte entre normas y principios”, en *El iusnaturalismo actual...*, ob. cit., p. 478.

⁵⁷² En el caso “Breggs v. Elliot”, que llegó a la Corte junto con el caso “Brown”, los reclamantes hicieron declarar a un psicólogo social de Nueva York, quien basó su testimonio en la “prueba de las muñecas”. Entre una muñeca blanca y otra negra, las niñas elegían la primera, lo que sólo podía explicarse en razón del sentimiento de inferioridad que tenían de si mismas (cfr. IBARLUCÍA, E., “El caso Brown v. Board of Education of Topeka...”, ob. cit., p. 1232).

⁵⁷³ 347 U.S. 483, 494 (1954).

remitió a consideraciones efectuadas por un tribunal inferior en el caso presentado contra el Estado de Kansas, en el que se puso de manifiesto que atento al sentimiento de inferioridad de los grupos negros que genera la segregación racial, ella "... tiene una tendencia a retardar el desarrollo mental y educacional de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que ellos recibirían en un sistema escolar racialmente integrado"⁵⁷⁴. Las conclusiones referidas, afirmó la *Supreme Court*, encuentran amplio apoyo en la doctrina psicológica moderna. De este modo, tomó en cuenta un aspecto importante de la interpretación constitucional, cual es "... la valoración de las consecuencias que pueden derivarse de las posibles respuestas a las preguntas planteadas por los casos"⁵⁷⁵.

Finalmente, el tribunal resolvió que "... los demandantes y otros en situación similar por quienes se ha deducido acción, están, por razón de la segregación cuestionada, privados de la igual protección de la ley garantizada por la enmienda XIV"⁵⁷⁶.

Luego de esta resolución, la *Supreme Court* requirió a las partes que presenten argumentos adicionales vinculados con el modo de implementación de la sentencia, o sea, la forma en que se llevaría a cabo el proceso de cambio de escuelas públicas segregadas a escuelas racialmente integradas. Después de haber escuchado a las partes, en 1955 dictó un nuevo fallo⁵⁷⁷, delegando en los tribunales inferiores la facultad de implementar este proceso de cambio guiados por principios de equidad, a los fines de ajustar y reconciliar las necesidades

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

⁵⁷⁵ ZAGREBELSKY, G., "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 176.

⁵⁷⁶ 347 U.S. 483, 495 (1954)

⁵⁷⁷ 349 U.S. 294 (1955).

públicas y privadas. En efecto, llevar a cabo la decisión de la Corte implicaba una profunda reforma en diferentes aspectos del sistema educacional, tales como edificios escolares, transporte, personal, distritos escolares, leyes y reglamentaciones locales, etc., reforma que no resultaba posible poner en práctica en forma automática, sino a través de un proceso de transición y adaptación, cuyo control fue delegado en los tribunales inferiores.

El cambio jurisprudencial que se produjo a partir del caso *Brown v. Board of Education*, abandonando la doctrina sentada en *Plessy v. Ferguson*, demuestra que la determinación de las exigencias que plantea el principio de igualdad implica ineludiblemente asumir una cierta concepción de persona, del Derecho y de la justicia⁵⁷⁸. El texto de la decimocuarta enmienda era el mismo al fallarse ambos casos.

⁵⁷⁸Advirtiendo cómo la historia de la humanidad ha admitido como lícitas conductas que actualmente se consideran discriminatorias, en el sentido de contrarias al principio de igualdad, se ha señalado que las "... discusiones en torno al principio de igualdad y al concepto de igualdad van de la mano de una notable evolución en la historia de la humanidad. En este sentido (...), puede hablarse de la existencia de progreso moral, porque está claro que ese sistema de situaciones que otorgaban desde el comienzo a cada individuo posiciones, que implicaban obviamente violaciones al principio de igualdad, se han ido restringiendo y eliminando en lo que podríamos llamar, insisto, progreso moral de la humanidad" (RABOSI, E., "Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación", en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 48). Referirse al progreso moral de la humanidad en el reconocimiento de las exigencias que plantea el principio de igualdad, implica admitir la existencia de una verdad moral, puesto que no resulta posible progresar sino es con referencia a un criterio o parámetro considerado como digno de ser alcanzado o realizado. Aunque desde una teoría ética diversa a la del autor citado, Tomás de Aquino ya afirmaba que el conocimiento de la ley natural podía faltar en algunos por tener la razón depravada por la pasión o por la mala costumbre (cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica...*, q. 94, a. iv), señalando también que la ley natural podía mutar por adición, agregándose nuevos preceptos (cfr. q. 94, a. v).

Lo que cambió no fue el texto, sino la concepción de persona, de Derecho y de justicia sustentada por el tribunal. Sólo a partir de una teoría de la justicia, la que a su vez presupone un cierto concepto de Derecho y de persona, es posible dotar de contenido a la máxima tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, pues de lo contrario, ésta queda reducida a un enunciado puramente formal, incapaz de vincular en sentido fuerte al legislador y al juez en sus tareas de creación, interpretación y aplicación de las normas.

4.3.2. *El caso Loving v. Virginia*⁵⁷⁹

La doctrina jurisprudencial que consideró a las clasificaciones basadas en la raza de las personas como “sospechosas” fue reafirmada en *Loving v. Virginia*. En dicha oportunidad, la *Supreme Court* declaró inconstitucional, por violar la decimocuarta enmienda, una ley del Estado de Virginia que prohibía y penaba los casamientos interraciales⁵⁸⁰. El más alto tribunal estadual había declarado la conformidad de dicha legislación con la enmienda catorce, remitiéndose para ello a los fundamentos vertidos en el caso *Naim v. Naim* (1955), en el que dicho tribunal sostuvo que los legítimos propósitos del Estado eran “preservar la integridad racial de sus ciudadanos” e impedir “la corrupción de la sangre”, “una raza de ciudadanos mestizos” y “la extinción del orgullo racial”; lo cual significaba, a juicio de la *Supreme Court*, una clara confirmación de la doctrina de la supremacía racial⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ 388 U.S. 1, (1967).

⁵⁸⁰ Se aclara en la sentencia que Virginia era uno de los dieciséis Estados que prohibían y penaban casamientos sobre la base de clasificaciones raciales.

⁵⁸¹ Cfr. 388 U.S. 1, 7 (1967).

El Estado de Virginia defendió la compatibilidad de la norma cuestionada con la cláusula de la igual protección, alegando que el significado de la misma “... según fuera ilustrada por afirmaciones de los constituyentes, es únicamente que las leyes penales estatales que contienen un elemento interracial como parte de la definición de la ofensa, deben ser aplicadas igualmente a blancos y a negros, en el sentido de que los miembros de cada raza son castigados de la misma manera”⁵⁸².

La defensa referida fue rechazada por la *Supreme Court*, por cuanto sostuvo que las “... leyes que contienen clasificaciones raciales y el hecho de su aplicación igualitaria no libera a la ley de la carga muy pesada de justificarlas, que la enmienda XIV ha tradicionalmente requerido a las leyes estatales relativas a la raza”⁵⁸³. Ello supuso imponer la carga de la argumentación sobre la parte que defendía la constitucionalidad de las clasificaciones basadas en la raza, aplicando la regla conforme a la cual quien pretenda tratar a una persona A distinto que a B por razón de su raza debe justificarlo, estando sujeta dicha justificación al más rígido escrutinio judicial.

A juicio del tribunal, “el propósito claro y central de la enmienda XIV fue eliminar todas las fuentes oficiales de discriminaciones raciales odiosas en los Estados. (...) Como mínimo, la cláusula de la igualdad ante la ley requiere que las clasificaciones raciales, especialmente cuestionables en las leyes penales, estén sujetas al más rígido escrutinio y, para ser confirmadas, deben ser necesarias para el cumplimiento de algún objetivo estatal permisible, que sea independiente de la discriminación racial cuya eliminación fue el objeto de la enmienda XIV. No hay ningún propósito legítimo ni excepcio-

⁵⁸² Cfr. *idem*, 7-8.

⁵⁸³ *Ídem*, 9.

nal independiente de la odiosa discriminación racial que justifique esta clasificación”⁵⁸⁴.

De los párrafos transcriptos, puede concluirse que el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley impugnada en razón de que no perseguía ningún propósito legítimo, pues la preservación de la raza blanca, invocada como objetivo por la Corte estadual en defensa de la clasificación racial, resultaba contraria al principio de igualdad, en tanto se fundaba en una supuesta supremacía de la raza blanca.

Finalmente, la *Supreme Court* resolvió que, habiendo denegado de modo uniforme “... la constitucionalidad de medidas que restringen los derechos de los ciudadanos en razón de su raza; no puede haber ninguna duda que restringir la libertad de casarse solamente por clasificaciones raciales viola el significado central de la cláusula de igualdad ante la ley”⁵⁸⁵.

En efecto, no obstante el legislador es libre de efectuar clasificaciones en el otorgamiento de derechos y en la asignación de deberes, dicha libertad no es absoluta y se encuentra limitada por el necesario reconocimiento de aquellos bienes humanos que son debidos a todo hombre por su sola condición y en tanto constituyen aspectos básicos de la plena realización humana⁵⁸⁶. El matrimonio, entendido como unión permanente entre el varón y la mujer para ayudarse mutuamente y perpetuar la especie mediante la procreación y la educación de los hijos⁵⁸⁷, constituye uno de estos bienes y el legislador no debe denegar el derecho a contraer matrimonio en razón de la raza,

⁵⁸⁴ Ídem, 10-11.

⁵⁸⁵ Ídem, 12.

⁵⁸⁶ Cfr. FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., pp.

⁵⁸⁷ cfr. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Familia, T. I*, octava edición, Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 43-45.

puesto que el título de tal derecho no reside en la raza sino en la condición de ser humano y en la sexualidad.

5. EL CASO DE LAS ACCIONES POSITIVAS

5.1. De la igualdad formal entre las razas a la igualdad material o de hecho: las acciones positivas provenientes de poderes públicos

Aun cuando las discriminaciones normativas establecidas por razón de la raza fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la discriminación racial en los ámbitos educativo, laboral y empresarial continuó siendo un grave problema de la sociedad estadounidense⁵⁸⁸. En este sentido, se ha afirmado que la raza "... ha jugado un rol crucial en el pasado de nuestra nación, por tanto debe jugar un rol en el presente, ya sea para erradicar las distinciones raciales de nuestro futuro, o para superar los prolongados efectos de la discriminación racial, o para alcanzar el

⁵⁸⁸ Así lo pusieron de relieve los jueces Ginsburg y Breyer en el caso *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (515 U.S. 200, 1995), donde describiendo la discriminación social sufrida por los afro-americanos, sostuvieron que los efectos de la discriminación racial "... son evidentes en nuestros lugares de trabajo, mercados y vecindarios. Los solicitantes de trabajo con idéntico currículum vitae, calificaciones y estilos de entrevistas todavía experimentan diferentes acogidas, dependiendo de su raza. Los consumidores blancos y afro-americanos todavía encuentran tratos diferentes. La gente de color que busca vivienda todavía se enfrenta a un tratamiento discriminatorio de los propietarios, agentes inmobiliarios y prestamistas hipotecarios. Los empresarios minoritarios a veces, no son adjudicatarios de los contratos aunque sean los oferentes más bajos, y en ocasiones son rechazados sus trabajos aun después de resultarles adjudicados" (515 U.S. 200, 3-4).

pluralismo y la diversidad racial sin una dominación racial”⁵⁸⁹. Con el objetivo de obtener la participación de las minorías raciales en determinados sectores sociales de los que estaban excluidas, tales como la universidad, la actividad laboral o empresarial, diversos organismos públicos decidieron implementar medidas de acción positiva, concretándose algunas de ellas en medidas de discriminación inversa⁵⁹⁰. De tal modo se buscó que la igualdad *de iure* entre los hombres de diferentes razas, reconocida en las normas jurídicas, se tradujera en una igualdad material o de hecho, presente en los diferentes ámbitos de la sociedad estadounidense.

Si bien existe gran confusión en la doctrina acerca de la definición de las medidas de acción positiva⁵⁹¹, en este estudio se entenderá que las medidas de acción positiva consisten en el trato formalmente desigual que se fundamenta en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado socialmente (ej. las mujeres, las minorías étnicas), rasgo que se caracteriza por ser trans-

⁵⁸⁹ TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., p. 1521.

⁵⁹⁰ El desarrollo de las medidas de acción positiva adoptadas por los organismos públicos en Estados Unidos puede consultarse en GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 90 y siguientes y en PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions*; Kluwer Law, London, 1999, ps. 31 y siguientes.

⁵⁹¹ Así, por ejemplo, para Alexy, la acción positiva es cualquier prestación del Estado (cfr. *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., ps. 419 y siguientes). Para Rey Martínez el concepto de acción positiva no implica necesariamente el trato formalmente desigual. Así, define a las acciones positivas que tienden a obtener la igualdad entre los sexos como “... aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho” (REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 85).

parente, involuntario, inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación⁵⁹². Un rasgo es transparente cuando puede ser percibido de modo inmediato, sin necesidad de conocer profundamente a la persona o mantener un diálogo con ella, como por ejemplo el sexo, la raza o la minusvalía física; es involuntario porque no depende de la elección de la persona, sino que le viene dado; y es inmodificable porque no es susceptible de cambio, ni tan siquiera con el transcurso del tiempo.

La finalidad de las acciones positivas es la de promover la igualdad material entre los colectivos, puesto que se presupone que el beneficiado por la medida la necesita para luchar contra la discriminación que padece el grupo en la realidad social, con independencia de sus circunstancias individuales⁵⁹³.

La discriminación inversa es una modalidad de acción positiva y consiste en reservar cuotas a determinados grupos minusvalorados en los procesos de selección para acceder a bienes escasos de la sociedad (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, pues éstos pierden ciertos bienes sociales escasos que les hubieran correspondido si no se hubiera tenido en cuenta favorablemente el rasgo de sus competidores (sexo, raza, discapacidad) en el proceso selectivo⁵⁹⁴.

La doctrina ha señalado que la discriminación inversa sólo se ha establecido para las discriminaciones por razón de la raza, el sexo o la

⁵⁹² Las cláusulas específicas de no discriminación son aquellas expresamente previstas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o en la Constitución del Estado.

⁵⁹³ Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas...*, ob. cit., ps. 61-62.

⁵⁹⁴ Cfr. idem, ps. 77-78.

minusvalía física o psíquica; por cuanto se trata de rasgos que se caracterizan por ser transparentes, involuntarios e inmodificables para los individuos que los poseen, quienes son considerados por la sociedad (al menos, respecto de algunos aspectos) de forma negativa (cuando no estigmatizadora)⁵⁹⁵.

A su vez, la discriminación inversa puede concretarse en: a) discriminación inversa en estado puro, la que establece una cuota rígida reservada para una minoría determinada; y b) discriminación inversa racionalizada, conocida como cuota flexible, donde la consideración de la pertenencia al grupo estigmatizado es un factor más en el proceso de selección, en vez del único factor a tener en cuenta⁵⁹⁶.

Las acciones positivas a favor de las minorías raciales provinieron de los tres poderes del Estado. Los jueces las impusieron en el carácter de sanciones a través de los denominados “*remedies*”⁵⁹⁷, a aquellas empresas que resultaron condenadas en casos de discriminación, obligándolas a implementar planes de acción positiva como parte de la condena⁵⁹⁸. Asimismo, las empresas privadas, a los fines

⁵⁹⁵ Cfr. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...*, ob. cit., p. 85 y RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, en IGLESIAS, P. (ed.), *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, p. 80.

⁵⁹⁶ Cfr. ídem, p. 83. Como ejemplo de discriminación inversa racionalizada puede citarse el caso *Helmut Marshall c/Land Nordrhein-Westfalen* (Asunto C-409/95, del 11 de noviembre de 1997), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que se hace referencia en la nota 327 del presente capítulo).

⁵⁹⁷ Los denominados *remedies* constituyen medios judiciales o extrajudiciales a través de los cuales se hace efectivo o protege un derecho, o se repara o evita un ilícito (cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y HOAGUE, E.C., *Diccionario Jurídico*, Law Dictionary, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p. 646).

⁵⁹⁸ Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 97 y PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions...*, ob. cit., p. 54-57. En el caso *United States v. Paradise* (480 U.S. 149 [1987]),

de evitar demandas por discriminación basadas en lo que se ha denominado el *disparate impact*⁵⁹⁹, han elaborado y aplicado voluntariamente programas de *affirmative action*⁶⁰⁰.

la *Supreme Court* confirmó la orden de un tribunal de distrito por el que obligó al Departamento de Seguridad Pública de Alabama a que el cincuenta por ciento de los ascensos correspondan a afro-americanos a los fines de erradicar los efectos de la discriminación pasada y presente. El máximo tribunal estadounidense sostuvo que la orden resultaba constitucional, puesto que el establecimiento temporario de una cuota de ascenso para afro-americanos servía al interés apremiante del gobierno de erradicar la exclusión discriminatoria dominante, sistemática y obstinada, de los afro-americanos, y estaba estrictamente adaptada para alcanzar dicho propósito.

Una medida similar a los denominados *remedies* implementó la Cámara Nacional Civil, Sala H, en el caso “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.”, del 16-12-2002, revocando la sentencia de primera instancia que había rechazado el amparo interpuesto por la actora, alegando que la firma Freddo S.A. realizaba prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. El tribunal de alzada condenó a dicha empresa a contratar sólo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida (cfr. *La Ley*, t. 2003-B, p. 970).

⁵⁹⁹ “La doctrina jurisprudencial norteamericana del *disparate impact* (impacto desigual) condena la utilización de criterios para el acceso o promoción en el empleo, en apariencia neutrales, pero que provocan un resultado desfavorable para los colectivos protegidos por el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. En estos casos se produce una *prima facie discrimination*: es el empleador el que ha de demostrar que no ha discriminado” (GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 97).

⁶⁰⁰ Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., pp. 97-98 y PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions...*, ob. cit., p. 50.

5.1.1. El caso *Regents of University of California v. Bakke*⁶⁰¹

La primera oportunidad en la que la *Supreme Court* se pronunció sobre la constitucionalidad de las acciones positivas, y en particular de la discriminación inversa en estado puro, fue el precedente *Regents of University of California v. Bakke*, en el que Allan Bakke, un aspirante blanco cuyo pedido de admisión a la Facultad de Medicina en Davis de la Universidad de California fue rechazado en 1973 y 1974, cuestionó el proceso de admisión diseñado para admitir dieciséis estudiantes pertenecientes a minorías de cada clase ingresante de cien. En efecto, la Facultad de Medicina utilizaba dos programas de admisión: uno regular y otro especial. El primero, se aplicaba a los candidatos con un promedio inferior a 2,5, los que eran directamente rechazados. Los que obtenían un promedio superior a 2,5 eran listados por el Comité regular de admisión según el orden de méritos. El programa especial era aplicado a aspirantes pertenecientes a minorías, quienes eran evaluados por un Comité también compuesto por miembros de minorías raciales y no se aplicaba el promedio de 2,5 para la eliminación de los aspirantes.

Allan Bake había obtenido un puntaje significativamente superior al de aspirantes que fueron admitidos bajo el programa especial de admisión con puntajes inferiores a 2,5. Luego de su segundo rechazo, demandó a la Facultad de Medicina Davis con fundamento en una norma constitucional estadual, en el Título VI de la Ley de

⁶⁰¹ 438 U.S. 265 (1978). Si bien, antes de *Bakke*, a la Corte se le presentó el caso *De Funis v. Odegaard* (1974), en el que se cuestionaba la constitucionalidad del sistema de selección establecido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, favoreciendo a determinadas minorías raciales. El tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo, por cuanto después de que la Corte de Apelaciones falló a favor de De Funnis, la Facultad se comprometió a que el actor se graduaría con independencia de lo que se resolviera en definitiva.

derechos civiles de 1964⁶⁰², y en la cláusula de igualdad ante la ley de la enmienda XIV.

El fallo de la Corte estuvo dividido. Por una parte, el ministro Powell, quien fue el que lideró la decisión de la Corte, adhirió en parte al voto de los ministros Burger, Stewart, Rhenquist y Stevens, en cuanto sostuvieron que el programa especial de admisión era ilegal y confirmaron la decisión de la Corte de California, que había ordenado la admisión del actor en la Facultad de Medicina Davis. Los precitados jueces, a excepción de Powel, consideraron que para resolver el caso bastaba con aplicar la Sección 601 de la Ley de derechos civiles, la que claramente prohibía la aplicación de cualquier tipo de cuota racial por instituciones que recibían apoyo financiero del Estado Federal, siendo innecesario adentrarse en el análisis de la decimocuarta enmienda. Por otra parte, Powel adhirió al voto de los ministros Brennan, White, Marshall y Blackmun, quienes revocaron la decisión de la Corte californiana de ordenar a la Universidad no considerar a la raza en sus procesos de admisión.

La Facultad de Medicina Davis alegó en su defensa que no debía aplicarse el escrutinio estricto al programa especial de admisión, "... porque los hombres blancos (...) no son una minoría aislada y perteneciente a un grupo determinado que requiera una protección extraordinaria del proceso político mayoritario"⁶⁰³. Asimismo, agregó que mediante dicho programa especial intentaba alcanzar los siguientes propósitos: "a) reducir el déficit histórico de las minorías

⁶⁰² La Sección 601 del Título VI de la ley de derechos civiles de 1964 establece que: "nadie en los Estados Unidos será discriminado, ni excluido, ni privado de los beneficios resultantes de cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal, en base a su raza, color u origen nacional".

⁶⁰³ 438 U.S. 290 (1978). Se cita de la traducción realizada en la obra de MILLER, J.; GELLI, A. y CAYUSO, S., *Constitución y derechos humanos...*, ob. cit. pp. 1555-1573.

tradicionalmente desfavorecidas en las facultades de medicina y en la profesión médica...; b) contrarrestar los efectos de la discriminación social; c) aumentar el número de médicos que ejercerán en comunidades actualmente subatendidas; y d) obtener los beneficios educativos que fluyen de un cuerpo de estudiantes étnicamente diverso”⁶⁰⁴.

El juez Powel afirmó que “... las diferencias raciales y étnicas de cualquier tipo son inherentemente sospechosas y por ello requieren el más estricto examen judicial”⁶⁰⁵, rechazando el argumento de la Universidad conforme al cual no debía aplicarse el escrutinio estricto. Con relación a los objetivos invocados por la Facultad, sostuvo que el primero de ellos era inválido, por cuanto preferir miembros de un grupo étnico por ninguna razón más que por la raza era discriminatorio⁶⁰⁶. Respecto del segundo, consideró que la Facultad de Medicina Davis carecía de competencia para pretender dicho objetivo, pues su misión era la educación y no la formulación de alguna política legislativa o la adjudicación de reclamos particulares por ilegalidad⁶⁰⁷. En cuanto al tercer objetivo, también fue rechazado como justificación, porque estimó que la Facultad no había cumplido con la carga de demostrar que estaba obligada a preferir a miembros de un grupo étnico sobre todos los otros individuos para promover un mejor cuidado de la salud a ciudadanos carenciados⁶⁰⁸. Finalmente, si bien calificó al cuarto objetivo de constitucionalmente permisible, juzgó innecesario el programa especial de admisión como medio para alcanzar la diversidad étnica pretendida. Para justificar dicha afirmación, citó como ejemplo el sistema de ingreso al Harvard College,

⁶⁰⁴ 438 U.S. 290, 306 (1978).

⁶⁰⁵ Ídem, 29.

⁶⁰⁶ Cfr. ídem, 307.

⁶⁰⁷ Cfr. ídem, 309.

⁶⁰⁸ Cfr. ídem, 311.

donde no se establecían cuotas fijas reservadas a miembros de determinada raza, sino que el Comité de admisión, con varios criterios en mente, prestaba atención a la distribución de las vacantes entre muchos tipos y categorías de estudiantes, buscando incluir estudiantes de grupos económica, racial o étnicamente desaventajados⁶⁰⁹. Con relación a ello, afirmó que “en semejante programa de admisión, la raza o el antecedente étnico puede ser considerado un plus en el caso de un aspirante en particular, pero aún así no aísla al individuo de la comparación con todos los otros candidatos para las vacantes disponibles. (...) En síntesis, un programa de admisión articulado de esta forma es lo suficientemente flexible para considerar todos los elementos de diversidad pertinentes a la luz de las particulares calificaciones de cada solicitante y colocarlos en el mismo nivel de consideración, aunque no se les acuerden el mismo peso”⁶¹⁰.

Para el juez Powell, lo que se ha denominado la discriminación inversa en estado puro, entendiendo por ello la asignación rígida de un número determinado de vacantes para miembros de grupos víctimas de la discriminación racial, resultaba contraria a la igual protección de la ley. No obstante ello, aceptó la constitucionalidad de la discriminación inversa racionalizada, donde la consideración de la pertenencia al grupo racial minoritario puede ser considerado como un factor más en el proceso de selección, en vez del único factor a tener en cuenta⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Cfr. *idem*, 311-317.

⁶¹⁰ *Ídem*, 317.

⁶¹¹ En igual sentido, aunque con relación a medidas de discriminación inversa tendientes a lograr la igualdad entre hombres y mujeres, se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *E. Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen*, (Asunto C-450/93, del 17 de octubre de 1995), rechazando la compatibilidad de la discriminación inversa en estado puro con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de la Unión Europea, pues juzgó que una

Los ministros Brennan, White, Marshall y Blackmun sostuvieron que el programa de admisión de la Facultad de Medicina Davis era plenamente constitucional. Como fundamento de su decisión, expusieron que "... la pretensión de que la ley debe ser ciega al color o que el dato racial ya no es relevante para la elaboración de políticas

norma nacional que establecía que, en un concurso, las mujeres que tenían la misma capacitación que sus competidores masculinos gozaban automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarepresentadas, entrañaba una discriminación por razón de sexo. Luego, en el caso *Helmut Marshall c/Land Nordrhein-Westfalen* (Asunto C-409/95, del 11 de noviembre de 1997), convalidó las medidas de discriminación inversa racionalizadas. En dicha oportunidad, se cuestionaba la compatibilidad de una disposición de la Ley de la Función Pública del Land mencionado, con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de la Unión Europea. Según lo prescripto por dicha norma legal, "cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor...". Frente la impugnación formulada, el tribunal, aceptando la licitud de medidas de discriminación inversa racionalizadas, declaró que "los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (...) no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurren en la persona del candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de las candidatas de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas".

sociales, debe ser vista como una aspiración más que como la descripción de una realidad. Esto no significa denigrar una aspiración; la realidad nos muestra que la raza ha sido usada con demasiada frecuencia por aquellos que estigmatizarían y oprimirían a las minorías. Sin embargo, no podemos (...) permitir que la ceguera del color se transforme en miopía que enmascare la realidad de que muchos de los creados iguales han sido tratados en nuestras vidas como inferiores, tanto por la ley como por sus conciudadanos”⁶¹².

Asimismo, los jueces mencionados rechazaron la posición de Bakke, conforme a la cual, tratándose de una clasificación racial, debía aplicarse el escrutinio estricto. Ello, por cuanto no estaba en juego un derecho fundamental y los blancos no constituían una clase sospechosa, “... cargada de incapacidades, o sujeta a una historia de deliberado trato desigual, o relegada a una posición de impotencia política tales como para disponer una protección extraordinaria del proceso político mayoritario”⁶¹³. Tampoco aceptaron la aplicación del requerimiento de un mínimo de racionalidad, tal como lo proponía la Facultad de Medicina, concluyendo en que “... las clasificaciones raciales diseñadas para promover propósitos reparadores deben propiciar importantes objetivos gubernamentales y deben estar sustancialmente relacionadas con el cumplimiento de estos objetivos”⁶¹⁴. En otros términos, se inclinaron por la aplicación del test intermedio de revisión, utilizado, tal como se expuso, para las discriminaciones por razón del sexo y del origen extramatrimonial de la filiación.

A la luz de lo sostenido, los jueces consideraron que el propósito expresado por la Facultad de Medicina Davis, de remediar los

⁶¹² 438 U.S. 327 (1978).

⁶¹³ Ídem, 357.

⁶¹⁴ Ídem, 359.

efectos de la discriminación social pasada, resultaba “... lo suficientemente importante para justificar el uso de programas de admisión que toman en cuenta la raza cuando hay una base sólida para concluir que la subrepresentación de minorías existe en forma sustancial y crónica, y que la desventaja producida por la discriminación pasada impide el acceso de minorías a la Facultad de Medicina”⁶¹⁵.

Finalmente, los jueces mencionados criticaron la posición del ministro Powell, según la cual el programa especial de admisión de la Facultad violaba la Constitución porque reservó un número predefinido de vacantes para candidatos de minorías raciales, en vez de utilizar el status de minoría como un factor positivo a ser considerado al evaluar las solicitudes de ingreso de aspirantes de minorías desaventajadas. En este sentido, afirmaron que “para el propósito del análisis constitucional, no existe diferencia alguna entre un enfoque y otro. En cualquier programa de admisión que acuerde especial consideración a minorías raciales desaventajadas, la determinación del grado de preferencia a ser otorgado es ineludible, y cualquier preferencia determinada que resulte en la exclusión de un candidato blanco es ni más ni menos aceptable constitucionalmente que un programa como el de Davis”⁶¹⁶. De tal modo, equipararon constitucionalmente la discriminación inversa en estado puro con la denominada discriminación inversa racionalizada.

⁶¹⁵ Ídem, 362.

⁶¹⁶ Ídem, 378.

5.1.2. *Los casos Fullilove v. Klutznick*⁶¹⁷, *Richmond v. J. A. Croson*⁶¹⁸ y *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*⁶¹⁹

Luego de “Bakke”, la Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver otros casos de discriminación inversa y medidas de acción positiva, sin haber logrado una línea doctrinaria coherente durante muchos años, pues sus fallos se caracterizaron, al igual que “Bakke”, por estar profundamente divididos. Así, en *Fullilove v. Klutznick*, se cuestionó una Ley Federal por la que se destinaban fondos para los Estados a fin de que lleven a cabo proyectos de inversión pública, bajo la condición de que esos proyectos sean ejecutados contratando un 10% de empresas pertenecientes a minorías, o sea, aquellas cuyos dueños fueran negros, de origen hispano, oriental, hindú o esquimal. La cuota del 10% debía ser cumplida aun cuando las ofertas de las empresas referidas fueran superiores a las presentadas por otras empresas. La *Supreme Court*, aunque por fundamentos diversos, confirmó la constitucionalidad de la ley impugnada, sin haber logrado una mayoría respecto a la cuestión de cuál era el examen de razonabilidad que debía ser aplicado a este tipo de clasificaciones raciales: el escrutinio estricto o el test intermedio de revisión⁶²⁰.

En *Richmond v. J. A. Croson*, la *Supreme Court* resolvió por voto mayoritario que “... el estándar de revisión bajo la cláusula de la igual protección no depende de la raza de aquellos que son cargados o beneficiados por una clasificación particular” (...) “y que el único estándar de revisión para las clasificaciones raciales debía ser el escru-

⁶¹⁷ 448 U.S. 448 (1980).

⁶¹⁸ 488 U.S. 469 (1989).

⁶¹⁹ 497 U.S. 547 (1990).

⁶²⁰ Cfr. 448 U.S. 448 (1980).

tinio estricto”⁶²¹. Este fallo únicamente aclaró cuál debía ser el test de razonabilidad aplicable a las acciones provenientes de los Estados o gobiernos locales, dejando en una zona de penumbra aquel correspondiente a las acciones del Gobierno Federal.

Fue en *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, por cinco votos contra cuatro, donde la Corte definió por primera vez el escrutinio bajo el cual debían juzgarse las medidas de acción positiva provenientes del Estado Federal, decidiendo que debía aplicarse el test intermedio de revisión. En dicha oportunidad, confirmó la constitucionalidad de un plus o ventaja que la Comisión Federal de Comunicaciones otorgaba a aquellas empresas cuyos accionistas mayoritarios pertenecieran a razas minoritarias, en el proceso de selección establecido para la concesión de licencias de emisión televisiva. Ello, por cuanto juzgó que la promoción de la diversidad racial en la emisión de los programas constituía un importante interés estatal⁶²².

5.1.3. El caso *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁶²³

En contradicción con lo decidido en *Metro Broadcasting Inc.*, y efectuando un cambio jurisprudencial que fue considerado injustificado por los votos minoritarios, el tribunal resolvió, en *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, por cinco votos contra cuatro, que a todas las clasificaciones por razón de la raza o el origen nacional, ya sean odiosas o benignas —tales como las medidas de acción positiva—, debía aplicarse el escrutinio estricto. En el precedente bajo análisis la firma *Adrand Constructors Inc.* cuestionó la práctica de la División

⁶²¹ 488 U.S., 493-494, (voto de O’Connor, al que adhirieron Rehnquist, Kennedy y White, coincidiendo Scalia, aunque este último por sus fundamentos).

⁶²² Cfr. 497 U.S. 547 (1990).

⁶²³ 515 U.S. 200 (1995).



Central Federal de Carreteras Terrestres —parte del Departamento de Transporte de los Estados Unidos—, por la que se otorgaba un incentivo financiero a aquellas empresas adjudicatarias que subcontrataran con pequeñas empresas, certificadas por el Gobierno Federal como controladas por individuos social y económicamente desaventajados, presumiéndose que los negros, hispanos, nativos y asiáticos americanos constituían dicha clase. La firma *Adarand*, cuya oferta, no obstante ser la más baja, había sido rechazada a favor de una de las empresas pertenecientes a minorías consideradas desaventajadas, accionó contra el Gobierno Federal reclamando que la presunción establecida a favor de tales grupos minoritarios discriminaba sobre la base de la raza, en violación de la Quinta Enmienda⁶²⁴.

El voto de la mayoría no se pronunció sobre el fondo de la cuestión, decidiendo reenviar el caso a la Corte de Apelaciones para que ésta resolviera la constitucionalidad de la medida aplicando el escrutinio estricto, pues dicho tribunal, basándose en el precedente *Metro Broadcasting Inc.* había convalidado la medida de acción positiva cuestionada por la firma *Adarand*, bajo el test intermedio de revisión. Por tal razón, los argumentos del voto mayoritario se dirigieron a justificar el cambio de criterio y por qué *Metro Broadcasting Inc.* no debía ser tomado en cuenta para decidir, afirmándose que había socavado importantes principios de la jurisprudencia de la Corte sobre la igual protección: la congruencia, entre los estándares aplicables a las clasificaciones raciales federales y estatales; el escepticismo frente a todas las clasificaciones raciales y la coherencia de trato, independientemente de la raza del grupo cargado o beneficiado⁶²⁵.

A juicio de la mayoría, todas las clasificaciones raciales impuestas ya sea por el Estado Federal, los Estados miembros o los gobier-

⁶²⁴ Cfr. *idem*, 2, voto de la juez O' Connor.

⁶²⁵ Cfr. *idem*, 25.

nos locales, debían ser analizadas mediante el escrutinio estricto, pues la Constitución imponía sobre todos ellos la misma obligación con respecto al derecho personal a la igual protección de las leyes⁶²⁶. Por tanto, las clasificaciones raciales sólo se considerarán constitucionales “... si son medidas exhaustivamente adaptadas que promuevan un interés gubernamental apremiante”⁶²⁷. Remitiéndose a lo sostenido en “Croson”, fundamentaron la aplicación del más estricto examen de razonabilidad, en que “ausente una indagación judicial inquisitiva en la justificación para tales medidas basadas en la raza, no hay simplemente camino para determinar qué clasificaciones son benignas o remedios y qué clasificaciones están de hecho motivadas por ilegítimas nociones de inferioridad racial o simples políticas raciales. En efecto, el propósito del escrutinio estricto es poner al descubierto usos ilegítimos de la raza para asegurar que los cuerpos legislativos están persiguiendo un importante objetivo, suficiente para justificar el uso de un instrumento altamente sospechoso...”⁶²⁸.

Los votos de la minoría confirmaron la decisión de la Corte de Apelaciones que había declarado la constitucionalidad del programa de acción afirmativa, habiéndolo juzgado según el test intermedio de revisión. El voto del juez Stevens, al que Ginsburg adhirió, se ocupó de responder a los argumentos de la mayoría, afirmando que no existían razones suficientes ni estaba justificado apartarse de la jurisprudencia sentada en *Metro Broadcasting Inc.*, según la cual las clasificaciones basadas en la raza y provenientes del Estado Federal debían ser juzgadas bajo el test intermedio de revisión. Rechazó el argumento de la mayoría centrado en la necesidad de una coherencia de trato, conforme a la cual se debía aplicar a toda diferenciación racial el

⁶²⁶ Cfr. *idem*, 30.

⁶²⁷ *Ídem*, 26.

⁶²⁸ 488 U.S. 469, 493, voto de la juez O’Connor (1989).

escrutinio estricto, independientemente de la raza del grupo cargado o beneficiado, sosteniendo que “... no hay una equivalencia constitucional o moral entre una política que está diseñada para perpetuar un sistema de casta y una que busca erradicar la subordinación racial. La discriminación odiosa es un instrumento de opresión, sojuzgamiento a grupos desfavorecidos para aumentar o mantener el poder de la mayoría. Las preferencias compensatorias basadas en la raza reflejan el impulso opuesto: un deseo de fomentar la igualdad en la sociedad”⁶²⁹. Asimismo, señalaron que el argumento de la coherencia, traería como consecuencia el resultado anómalo de que el Gobierno podría más fácilmente sancionar programas de acción afirmativa para remediar la discriminación contra la mujer —los que se someterían al test intermedio de revisión—, que programas de acción afirmativa para superar la discriminación contra los americanos de origen africano, no obstante el propósito primario de la cláusula de la igual protección había sido poner fin a la discriminación contra los esclavos⁶³⁰.

Con relación al argumento de la congruencia invocado por el voto mayoritario, Stevens consideró insostenible afirmar que no hay diferencias significativas entre una decisión del Congreso de los Estados Unidos de adoptar un programa de acción positiva y una decisión de los Estados o municipios. Ello, por cuanto según la Constitución, es el Congreso el que tiene el poder de proveer al bienestar general de los Estados Unidos y de aplicar, mediante una legislación apropiada, la garantía de la igual protección⁶³¹. En este sentido, señaló que “la decimocuarta enmienda directamente faculta al Congreso al mismo tiempo que expresamente limita a los Estados. Esto no es

⁶²⁹ 515 U.S. 200, 2, voto del juez Stevens (1995).

⁶³⁰ Cfr. *idem*, 6 y 7.

⁶³¹ Cfr. *idem*, 9 y 10.

un accidente. Representa el consenso de nuestra Nación, alcanzado después de una dura experiencia a través de nuestra lamentable historia de relaciones raciales, que el Gobierno Federal debe ser el primer defensor de las minorías raciales contra los Estados, alguno de los cuales pueden estar inclinados a oprimir a tales minorías”⁶³².

Por otra parte, también tuvo en cuenta que en el caso sometido a decisión, la subcontratación con empresas pertenecientes a minorías raciales no era una calificación suficiente para ser beneficiado con la ayuda financiera proporcionada por el gobierno federal; pues el programa impugnado excluía miembros de minorías raciales que no eran, de hecho, individuos social o económicamente desaventajados. La pertenencia a una minoría racial operaba a modo de presunción; pero, si en un caso particular esa desventaja no estaba presente y se trataba de una empresa exitosa, la presunción podía ser refutada⁶³³. El programa preveía la revisión periódica de la condición de empresa perteneciente a minorías desaventajadas y los competidores podían cuestionar la existencia de dicha condición⁶³⁴. Así también, la medida de acción afirmativa no establecía una cuota o porcentaje determinado exigible obligatoriamente —como aconteció en el caso *Fullilove*—, sino tan sólo una ayuda financiera, por lo que si las contratistas no subcontrataban empresas pertenecientes a grupos desaventajados no perdían por ello el contrato con el Gobierno Federal⁶³⁵. La medida consistía en una acción positiva moderada y no en una medida de discriminación inversa, pues beneficiaba a grupos minusvalorados sin valerse de cuotas en el procedimiento de selección.

⁶³² Ídem, 15.

⁶³³ Cfr. ídem, 20-21.

⁶³⁴ Cfr. ídem, 22-23.

⁶³⁵ Cfr. ídem, 23.

Finalmente cabe destacar que en el voto del juez Souter, al cual Ginsburg y Breyer adhirieron, se subrayó del carácter temporal de las medidas de acción afirmativa, sosteniéndose que no pueden ser más prolongadas que los efectos de la discriminación racial que se dirigen a eliminar.

5.1.4. Los casos *Grutter v. Bollinger*⁶³⁶ y *Gratz v. Bollinger*⁶³⁷

Luego de veinticinco años de haberse pronunciado en el precedente *Bakke*, la *Supreme Court* tuvo oportunidad de expedirse en los casos *Grutter v. Bollinger* y *Gratz v. Bollinger*, ambos resueltos el 23 de junio de 2003, acerca de la constitucionalidad de las acciones afirmativas implementadas por las universidades en beneficio de las minorías raciales y étnicas.

En el primero de los nombrados, Bárbara Grutter, una residente blanca de Michigan planteó la inconstitucionalidad del programa de admisiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, por considerar que mediante la aplicación de dicho programa se la discriminaba por razón de su raza, vulnerándose la decimocuarta enmienda y el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Se planteó así ante la Corte, si la utilización de la raza como criterio a tomar en cuenta en los procesos de admisión de estudiantes a la Universidad era contrario a la garantía de la igual protección de las leyes.

La política de admisiones de la referida Facultad requería que los funcionarios evaluaran a cada postulante basándose en toda la información disponible en el archivo, incluyendo una declaración personal, cartas de recomendación, un ensayo describiendo las formas

⁶³⁶ 539 U.S. 306 (2003).

⁶³⁷ 539 U.S. 244 (2003).

en que el postulante contribuiría a la vida y diversidad de la Facultad. No sólo debían tenerse en cuenta las calificaciones, puesto que ni tan siquiera el puntaje más alto garantizaba la admisión en la Facultad. Como parte de la política de admisiones, la Facultad se planteó como meta alcanzar la diversidad racial y étnica del cuerpo estudiantil, con especial referencia a la inclusión de estudiantes de grupos que habían sido históricamente discriminados, como los afroamericanos, hispanos e indígenas americanos. Ello, sin reservar una cuota rígida a tales minorías, como así tampoco asignarles un puntaje determinado por el solo hecho de pertenecer a una cierta raza o etnia.

El máximo tribunal estadounidense, por una mayoría de cinco votos contra cuatro, confirmó la constitucionalidad del programa de admisiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, considerando que este superaba el escrutinio estricto aplicable a todo tipo de clasificaciones raciales, incluso a aquellas que pretendían favorecer a los integrantes de minorías raciales o étnicas.

En el voto de la jueza O'Connor, quien pronunció la sentencia de la Corte, se puso de manifiesto que "... el interés de la Facultad de Derecho no es simplemente 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 (...) La política de admisiones de la universidad promueve la comprensión entre razas, ayuda a eliminar los estereotipos raciales, y permite a los estudiantes entender mejor a las personas de diferentes razas"⁶³⁸. Tomando en cuenta los dictámenes de peritos e informes presentados por la Facultad como elementos probatorios, la jueza consideró que mediante ellos se demostró que "... la diversidad del cuerpo estudiantil pro-

⁶³⁸ 539 U.S. 306 (2003). Voto de la jueza O'Connor.

mueve resultados de aprendizaje, y prepara mejor a los estudiantes para una fuerza de trabajo y sociedad cada vez más diversa, y también los prepara mejor como profesionales. Estos beneficios no son teóricos sino reales; las más grandes empresas estadounidenses han dejado en claro que las aptitudes necesarias en el mercado global actual sólo pueden desarrollarse a través de la exposición a individuos, culturas, ideas y puntos de vista muy diversos”⁶³⁹.

Siguiendo la doctrina sentada por el juez Powell en el precedente *Bakke*, la jueza O’Connor sostuvo que si bien la raza no puede ser utilizada para asegurar un sistema de cupos, puede ser considerada como un plus en el legajo del postulante a los fines de obtener los beneficios educativos que confluyen de un cuerpo de estudiantes diverso. Finalmente, resaltó también que las políticas de admisión con eje en la raza deben limitarse en el tiempo, pues no pueden ser empleadas por un período mayor al que requiera alcanzar el interés perseguido.

En el caso *Gratz v. Bollinger*, por medio de una acción de clase, se planteó la inconstitucionalidad del programa de admisiones de la Facultad de Literatura, Ciencia y Artes de la Universidad de Michigan, por violación de la igual protección de las leyes y del Título VI de la Ley de Derechos Civiles, en tanto asignaba 20 puntos a cada postulante de un grupo minoritario étnico o racial por ese solo hecho y sin consideración de los antecedentes particulares, experiencias, o cualidades individuales.

La *Supreme Court*, por cinco votos contra cuatro, declaró la inconstitucionalidad del programa de admisiones de la referida Facultad. Entre los fundamentos esgrimidos el voto de la mayoría se remitió, al igual que en *Grutter*, al voto del juez Powell en el precedente *Bakke*. Siguiendo tales lineamientos, el presidente de la Corte desta-

⁶³⁹ *Ibidem*.

có “... la importancia de considerar a cada postulante en particular como un individuo, valorando todas sus cualidades y, a su vez, evaluando la capacidad de dicho individuo de contribuir al escenario único de la educación superior”⁶⁴⁰. En otros términos, y marcando la diferencia existente con la política de admisiones juzgada en el caso *Grutter*, la jueza O’Connor sostuvo que “... los procedimientos empleados por la Oficina de Admisiones de Estudiantes Universitarios de la Universidad de Michigan no establecen una revisión individualizada significativa de los postulantes”⁶⁴¹. Lo expuesto, llevó a la conclusión de que “... como la Universidad utiliza la raza en su política de admisiones actuales de estudiantes de primer año no apunta estrechamente a alcanzar los intereses de diversidad de los demandados, la política de admisión viola la Cláusula de la Protección Equitativa de la Décimocuarta Enmienda”⁶⁴².

La falta de una valoración de las características particulares de cada persona que se presentaba para ser admitida en la Facultad y la asignación de un puntaje determinado por la sola pertenencia a una raza o etnia minoritaria, no fue considerado por el voto mayoritario como un medio idóneo, ni tampoco legítimo, tendiente a lograr el objetivo de la diversidad en el ámbito académico. Por lo tanto, para la mayoría, si bien la finalidad perseguida por la Universidad fue calificada como constitucional, el programa de admisión sometido a revisión no logró superar el juicio de idoneidad, pues además de resultar en sí mismo contrario a la igualdad entre las razas, no presentaba una relación de adecuación estricta con la finalidad pretendida, cual era la de lograr la diversidad racial y étnica dentro del cuerpo estudiantil.

⁶⁴⁰ 539 U.S. 244 (2003). Voto del juez Rehnquist.

⁶⁴¹ Ídem, voto de la jueza O’Connor.

⁶⁴² Ídem, voto del juez Rehnquist.

Los casos *Grutter* y *Gratz* pusieron fin a la incertidumbre existente respecto a la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa en el ámbito de la educación universitaria. En tal sentido, la mayoría de la Corte siguió los lineamientos del voto del juez Powell en el precedente *Bakke*, y de tal modo se convalidaron las medidas de discriminación inversa racionalizadas en el ámbito de la educación universitaria, o sea, aquellas que permiten considerar a la raza como un plus o factor más a tener en cuenta en el procedimiento de admisión, sin descuidar por ello las restantes cualidades del candidato y sin asignar al factor raza un puntaje determinado o reservar un número de vacantes para los grupos raciales o étnicos minoritarios. Asimismo, siguiendo en este punto al juez Powell, el logro de la diversidad racial y étnica dentro del cuerpo estudiantil fue admitido como un interés estatal apremiante, suficiente para justificar en el marco del escrutinio estricto, la implementación de los programas de admisión a la Universidad que utilizaban la raza como uno de los criterios de selección.

Por otra parte, los precedentes analizados confirmaron la doctrina sentada 8 años atrás en *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁶⁴³. Conforme a ella, tal como se desarrolló anteriormente al tratar dicho caso, para todo tipo de clasificaciones raciales —ya sean en perjuicio o beneficio de las minorías raciales y étnicas— se debe aplicar el escrutinio estricto.

Las medidas de acción positiva que adoptan la modalidad de la discriminación inversa han sido motivo de profundas divisiones, exponiéndose argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de las mismas. A continuación se examinarán críticamente las diferentes posiciones que existen al respecto, y que se han esgrimido desde la jurisprudencia y la doctrina.

⁶⁴³ 515 U.S. 200 (1995).

5.2. Las medidas de discriminación inversa provenientes del Estado y su compatibilidad con los principios de igualdad y razonabilidad

5.2.1. Argumentos favorables y contrarios a la discriminación inversa

Como una modalidad de lo que se ha denominado “acción positiva o acción afirmativa”, las medidas de discriminación inversa son las que han recibido mayores reproches constitucionales, alegándose que son desproporcionadas y violatorias del derecho a la igualdad de las personas, pues establecen diferenciaciones en los procesos de selección, con base en criterios que constituyen cláusulas específicas de no discriminación —raza, sexo, nacionalidad o discapacidad— y producen una privación de bienes sociales escasos sobre los grupos que no pertenecen al colectivo que se pretende beneficiar por considerarse minusvalorado o desaventajado socialmente. Quienes la han defendido, sostuvieron que la discriminación inversa constituye un medio para remediar la discriminación social pasada, que impide a los minorías raciales o a las mujeres situarse en igual punto de partida. Este fue uno de los objetivos alegados por la Facultad de Medicina Davis en el caso *Bakke*⁶⁴⁴ —remediar la discriminación racial pasada—, considerado como un importante objetivo por los jueces Brennan, White, Marshall y Blackmun.

Frente a este argumento, se ha respondido que no es justo que terceros “... se vean perjudicados en su derecho a un trato formal igualitario por unos planes que tratan de compensar una discriminación perpetrada por sus antepasados, de la que no son responsa-

⁶⁴⁴ 438 U.S. 265 (1978).

bles”⁶⁴⁵. En razón de ello, la doctrina que defiende la discriminación inversa utiliza cada vez menos este argumento denominado compensatorio⁶⁴⁶.

En favor de la discriminación inversa también se ha esgrimido que mediante ella resulta posible obtener la diversidad racial y de sexo en diferentes órdenes de la sociedad —las empresas, la administración, las universidades—⁶⁴⁷. El logro de la diversidad racial en el ámbito universitario fue también uno de los objetivos alegados por la Facultad de Medicina Davis en el caso *Bakke*. El único aceptado como constitucionalmente permisible por el ministro Powell⁶⁴⁸.

Quienes critican el argumento de la diversidad afirman que éste implicaría que “... cada profesión, institución, etc., ha de reflejar, como un espejo, la composición de la sociedad. Como bien dice

⁶⁴⁵ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., pp. 168-169.

⁶⁴⁶ Cfr. ídem, p. 169.

⁶⁴⁷ Cfr. ídem, p. 171. Con relación a la importancia de la diversidad racial en las universidades, se ha afirmado que “... el principio de diversidad ha sido desarrollado como un medio para promover la excelencia educativa a través de la exposición de una amplia variedad de puntos de vista e ideas en la clase (...). Más aún, los beneficios de tal diversidad son considerados para extender no solo a los miembros de aquellos grupos minoritarios infrarepresentados que se benefician de las políticas en cuestión, sino también a la mayoría de los receptores de tales puntos de vista” (FOSTER, S., “Difference and equality: a critical assessment of the concept of diversity”, *WIS. L. REV.* 105, 1993, pp. 138-139).

⁶⁴⁸ En este sentido, el ministro Powell sostuvo que “... nuestra tradición y experiencia apoyan el punto de vista de que la contribución a la diversidad es sustancial... Los médicos sirven a una población heterogénea. Un estudiante de medicina en otros aspectos debidamente calificado, con antecedentes particulares —sean étnicos o geográficos, culturalmente aventajado o no— puede traer a una facultad de medicina experiencias, perspectivas e ideas que enriquezcan el entrenamiento de su cuerpo de estudiantes y equipen mejor a sus graduados para prestar con comprensión sus servicios vitales a la humanidad”.

McWhirter, la diversidad, llevada a sus últimas consecuencias, supondría que en los equipos de baloncesto hubiera un 70% de blancos, que los chinos—americanos, mayoritarios en ciencias, fueran llevados a Facultades de Letras, que muchos judíos se quedaran sin ir a las Facultades de Derecho o que a las mujeres no se les dejara estudiar enfermería⁶⁴⁹. Ello, conduciría “... a un sistema que coarta la libertad de elección: se corresponde con regímenes totalitarios; no con un sistema de libertades; favorece el dirigismo estatal frente a la libertad individual”⁶⁵⁰.

Los opositores de las medidas de discriminación inversa también han afirmado que las mismas conducen a la estigmatización de las minorías y al resentimiento entre las diversas razas⁶⁵¹, exacerbando la tensión racial y prolongando así la discriminación, el odio y la violencia. Con relación al ámbito universitario, “algunos educadores sostienen que esa benignidad es ineficaz, e incluso contraproducente, porque el tratamiento preferencial reforzará el sentimiento de inferioridad que tienen ya muchos negros. Otros plantean una objeción más general; argumentan que 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”⁶⁵².

⁶⁴⁹ McWHIRTER, DARIEL, *The end of affirmative action (Where do we go from here?)*, Carol Publishing Book Group, New York, 1996, p. 155, citado por GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 176.

⁶⁵⁰ GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 177.

⁶⁵¹ Cfr. ANDERSON, C.E., “The erosion of affirmative action in university admissions”, 32 *Akron Law Review* 181, 1999, p. 10.

⁶⁵² DWORKIN, R., *Los derechos en serio...*, ob. cit., pp. 328-329.

Frente a tales objeciones, Dworkin responde que esos son juicios empíricos complejos y controvertibles y que además no constituyen “...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”⁶⁵³. Por ello, este tipo de cálculo político complejo y anticipado debería dejarse “... a juicio de los funcionarios elegidos o de los ejecutivos asignados por estos funcionarios y responsables ante ellos. Si el Congreso decide que es preferible una política nacional que prohíba cualquier acción afirmativa, tiene el poder de sancionar un estatuto que en parte lo logre. La Corte Suprema no debería asumir ese juicio político”⁶⁵⁴.

Por otra parte, se aduce que las medidas de discriminación inversa establecen clasificaciones *overinclusive*, pues no todos los miembros de las minorías raciales, ni tampoco todas las mujeres son víctimas actuales de la discriminación. De tal modo, se establecen ventajas por la pertenencia a un grupo y no en función de la historia individual de cada persona. Frente a ello, se ha respondido que “... las acciones positivas (y mucho más la discriminación inversa) sólo se justifican en una concreta y no genérica desigualdad fáctica, objetiva y fehacientemente constatable (a menudo, con el auxilio de estadísticas)”⁶⁵⁵. Asimismo, aunque con relación directa a la discriminación inversa por razón del sexo —lo que resultaría aplicable a la raza—, se ha señalado que “tratar como grupo a las mujeres cuando se las discrimina del modo tradicional y tratar como individuos a los varones

⁶⁵³ Ídem, p. 329.

⁶⁵⁴ DWORKIN, *Law's empire*, Harbard University Press, Cambridge, Mass., 1986. Se cita de la ed. en castellano, *El imperio de la justicia*, 2ª edición, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 278.

⁶⁵⁵ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...*, ob. cit., p. 98.

cuando se trata de igualar a las mujeres mediante la discriminación inversa, es aplicar la ley del embudo”⁶⁵⁶. En otros términos, si las conductas discriminatorias contra la mujer no toman en cuenta las características personales de cada una y las afectan como grupo, no resulta posible subsanarlas aplicando medidas de modo individualizado, sino generalizado.

Finalmente, mediante el denominado argumento “redistributivo”, hay quienes alegan que “la finalidad constitucionalmente deseable que justifica el trato desigual es la redistribución de los bienes sociales (el poder, el trabajo, etc...)”⁶⁵⁷, considerados escasos. Por ello, será necesario para sortear el juicio de igualdad constitucional demostrar la existencia de un desequilibrio real y actual en perjuicio del colectivo en la distribución de bienes sociales escasos, lo que se hace generalmente mediante estudios estadísticos y constituyen datos que es preciso comprobar periódicamente⁶⁵⁸.

En favor de las medidas de discriminación inversa en estado puro, tal como la dispuesta por la Facultad de Medicina Davis en el caso *Bakke* precedentemente analizado, Dworkin ha sostenido que la cláusula de la igual protección da status constitucional al derecho a ser tratado como igual, pero en ese derecho no resulta posible encontrar sustento a la pretensión de que la cláusula convierte en ilegales todas las clasificaciones raciales⁶⁵⁹. Ello, por cuanto “... ni el texto

⁶⁵⁶ RUIZ MIGUEL, A., “Discriminación inversa e igualdad”, ob. cit., p. 90.

⁶⁵⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 171.

⁶⁵⁸ Cfr. ídem, pp. 171 y 178.

⁶⁵⁹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio...*, ob. cit., p. 334. Tal como se expuso en el epígrafe 2.2. del capítulo I, el autor señala que el derecho a la igualdad supone dos tipos distintos de derechos: el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual. Si bien reconoce que los individuos tienen derecho a igual tratamiento en la educación elemental, puesto que sin ella tendrán pocas

de la Constitución ni las decisiones previas de la Suprema Corte responden de manera decisiva a la cuestión de si, como cuestión de derecho, la cláusula de igual protección convierte en inconstitucionales todas las clasificaciones raciales⁶⁶⁰. Por otra parte, cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros —ya sea la raza, la inteligencia o cualquier otro—⁶⁶¹. Es más, no siempre la inteligencia es el criterio exclusivo de admisión, pues a veces, las facultades prefieren los aspirantes aplicados a los que son haraganes. Asimismo, la inteligencia como criterio de selección no es utilizado porque los aspirantes tengan derecho a ser juzgados de esa manera, sino porque es razonable que ellos podrán servir mejor a la comunidad⁶⁶².

Según Dworkin, la reserva de un número determinado de vacantes para candidatos pertenecientes a minorías raciales podría justificarse con argumentos utilitaristas e idealistas⁶⁶³. Por los primeros, cabría invocar los objetivos de utilidad social alegados por la Facultad de Medicina en su defensa, tales como aumentar el número de médicos que ejercerán en comunidades actualmente subatendidas y

posibilidades de desarrollar una vida útil; no tienen derecho a igual tratamiento en la educación universitaria, pues no es algo tan vital e imprescindible. Pero sí, todos tienen derecho a ser tratados con igual consideración y respeto, lo cual significa que "... sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la facultad (...) decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión" (p. 333). En otros términos, "el derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como un asunto inquietante, pero que tal pérdida puede de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal" (p. 333).

⁶⁶⁰ DWORKIN, R., *Los derechos en serio...*, ob. cit., p. 331.

⁶⁶¹ Cfr. *idem*, p. 333.

⁶⁶² Cfr. *idem*, p. 330.

⁶⁶³ Cfr. *idem*, p. 339.

obtener los beneficios educativos que fluyen de un cuerpo de estudiantes étnicamente diverso. Por los segundos, se podría sostener que “... sea cual fuere el efecto que la preferencia minoritaria haya de tener sobre el bienestar promedio, así se conseguirá una comunidad más equitativa y, por ende, más justa”⁶⁶⁴. Este último se podría identificar con el argumento redistributivo antes mencionado, pues las medidas de discriminación inversa se justificarían por el logro de una redistribución equitativa de bienes que son escasos —tales como la educación universitaria— y de cuyo goce las personas pertenecientes a ciertas razas se vieron excluidas durante mucho tiempo, persistiendo dicha exclusión en la actualidad.

5.2.2. *El test de constitucionalidad aplicable*

La doctrina favorable a la discriminación inversa ha señalado que esta medida sólo podrá considerarse constitucionalmente legítima y no violatoria del principio de igualdad, en caso de que se superen los siguientes juicios:

a) Teniendo en cuenta su finalidad: sólo se justificarían si tienen por objetivo “... remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Esto determina que fuera del cumplimiento de dicha finalidad, las discriminaciones inversas se transforman en inaceptables discriminaciones directas”⁶⁶⁵. Por tanto, no cualquier objetivo podrá ser considerado como constitucionalmente legítimo ni proporcionado a los medios utilizados, sino tan sólo aquel que se dirija a superar una profunda discriminación racial, sexual, o por razón de la minusvalía,

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...*, ob. cit., p. 86.

mediante la redistribución de bienes sociales escasos entre tales colectivos tradicionalmente excluidos.

b) Deben superar el juicio de necesidad, pues “sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de otras medidas menos extremas de acción positiva”⁶⁶⁶. Si resulta factible alcanzar igual objetivo mediante la implementación de acciones positivas moderadas, la aplicación de la discriminación inversa resultará contraria al principio de igualdad. A su vez, y también como exigencia del juicio de necesidad, deben limitarse al período de tiempo estrictamente indispensable para alcanzar el objetivo propuesto⁶⁶⁷. Por ello, no pueden prolongarse en el tiempo indefinidamente.

c) Para superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la medida no debe suponer un daño excesivo a individuos no pertenecientes a la minoría favorecida⁶⁶⁸, y por supuesto, no podrá privar a persona alguna de un derecho humano.

d) Con relación a la carga de la prueba, quienes propongan la medida deberán acreditar objetiva y fehacientemente la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate. Aquí tienen especial relevancia los estudios estadísticos⁶⁶⁹.

e) Sólo podrán establecerse mediante ley⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Ibidem.

⁶⁶⁷ Cfr. idem, p. 87.

⁶⁶⁸ Cfr. GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 179.

⁶⁶⁹ Cfr. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...*, ob. cit., p. 86.

⁶⁷⁰ Cfr. idem, p. 87.

Aceptando únicamente la constitucionalidad de la discriminación inversa racionalizada, se ha señalado que además de los requisitos indicados precedentemente, los planes deberían prever que:

f) “La diferencia de mérito entre el miembro del grupo escogido en virtud de su raza o sexo y la persona no perteneciente a ese grupo y excluida de la selección sea mínima”⁶⁷¹.

g) Los objetivos porcentuales que se establezcan sean flexibles y ajustados a las reales expectativas de no discriminación del colectivo beneficiado en el sector concreto en el que se aplican⁶⁷². Esto último parece particularmente importante, pues el punto especialmente crítico de la discriminación inversa es que considera a las personas, no individualmente, sino como miembros de un grupo, lo que puede conducir a resultados injustos en determinados supuestos concretos. En razón de ello, el establecimiento de cuotas flexibles permite considerar las particularidades de cada caso, y efectuar una aplicación equitativa de la medida en cuestión⁶⁷³.

⁶⁷¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, ob. cit., p. 185.

⁶⁷² Cfr. ibídem. La moderación de la discriminación inversa mediante los requisitos señalados ha sido también defendida por Giménez Gluck con argumentos sociológicos, indicando que “contrariamente a lo que en principio se pretende, los planes de discriminación inversa llevan a una sociedad mucho más dividida por razón de la raza y, en menor medida, por el sexo. Al clasificar desde un punto de vista racial o sexual se provoca una concienciación muy fuerte de la pertenencia a un grupo determinado: las mujeres a su sexo, las minorías a su raza y la mayoría blanca a su condición de blancos. En vez de favorecer una sociedad plural en la que el sexo o el color de la piel sean meras anécdotas sin importancia se construye una sociedad cada vez menos cohesionada en la que se le da excesiva importancia al grupo racial o sexual al que pertenece” (pp. 185-186).

⁶⁷³ Resulta aplicable a lo expuesto, lo señalado por Aristóteles con relación a la equidad “... la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error... En consecuencia, cuando la ley ha-

Indudablemente, la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa resulta altamente controvertible, habiéndose expuesto razones sociológicas y psicológicas en contra de tales medidas cuya comprobación requeriría de profundos estudios. Lo que sí parece claro es que no puede asumirse una postura genérica y única; pues no cabe equiparar un procedimiento de selección para acceder a la universidad con otro que se refiere al acceso a la función pública. En este último supuesto especialmente —aunque también determinado nivel de capacidad y mérito es necesario para acceder a la universidad—, la idoneidad constituye un requisito ineludible sobre el que no pueden prevalecer criterios como la raza, el sexo o la minusvalía. En efecto, en diversas constituciones constituye una exigencia expresa que los empleos y cargos públicos sean asequibles a todos sin otra condición que la idoneidad⁶⁷⁴, por lo que cabría únicamente admitirlas a igualdad de mérito o capacidad⁶⁷⁵, sin perjuicio

blare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado. (...) Y esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general” (*Ética Nicomaquea*, Libro V, ..., ob. cit., p. 71).

⁶⁷⁴ La Constitución argentina establece en su artículo 16 que “... Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles sin los empleos sin otra condición que la idoneidad...”. A su vez, el artículo 103.3. de la Constitución española prescribe que: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

⁶⁷⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, tuvo oportunidad de pronunciarse en la STC 269/94, donde juzgó acerca de un plan de discriminación inversa a favor de los minusválidos. La Comunidad de Canarias convocó a concurso para ocupar cargos de administradores generales, reservando seis plazas a

de los restantes requisitos ya señalados por la doctrina para superar el juicio de igualdad constitucional.

Por otra parte, y en lo que respecta a la realidad de Occidente⁶⁷⁶, tampoco cabe equiparar lo que fue la gravedad y la magnitud de los efectos de la discriminación racial con la discriminación por razón del sexo o por la minusvalía física, pues la primera supuso el extremo de la esclavitud y la violación de derechos humanos básicos como la vida y la libertad ambulatoria, con consecuencias sociales que llevaron a la violencia y al enfrentamiento entre la raza negra y la blanca. Ello, constituye un dato de la realidad que debe ser sopesado en el juicio de igualdad constitucional.

A la hora de determinar la constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa, no puede desconocerse que la igualdad de oportunidades no basta para alcanzar una igualdad material o de hecho que asegure una justa distribución de los bienes sociales escasos, pues en ocasiones los prejuicios profundamente arraigados en la cultura contra una determinada raza, sexo o minusvalía, actúan como barreras infranqueables no obstante demostrarse la existencia de

las personas afectadas por una incapacidad física, psíquica o sensorial del 33%, las que serían elegidas bajo la condición de que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. La medida fue cuestionada por una aspirante que obtuvo 6,34 puntos en el concurso de oposición, habiendo sido desplazada por un minusválido que obtuvo 6,07 puntos. El TC sostuvo que la cuota establecida en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo no sólo no vulneraba el art. 14 de la Constitución Española, sino que además era legítima, constituyendo el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2. en relación con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1. CE), y con la política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que ordena el artículo 49 CE.

⁶⁷⁶ No cabe referirse a la realidad de aquellos países musulmanes, donde la mujer se encuentra sometida y sus derechos fundamentales resultan desconocidos no sólo en la realidad social, sino por el mismo orden normativo vigente.

igual mérito y capacidad. Pues si bien la igualdad de oportunidades implica para todos igual punto de partida, no garantiza la meta de llegada, o sea una igualdad de resultados. Con relación a ello, se ha sostenido que "... desde una concepción de la igualdad como valor unitario, cabe preguntarse si tiene sentido establecer una escisión, una separación radical entre la igualdad de oportunidades o igualdad en los puntos de partida y la igualdad en los resultados o en los puntos de llegada. Más bien lo que existe es una continuidad entre ambas"⁶⁷⁷.

Mediante las acciones positivas, comprendiendo dentro de ellas a la discriminación inversa, no se distribuyen bienes sociales en razón de la raza, el sexo o la minusvalía de las personas; no son estos los criterios que fundamentan la atribución del derecho a una plaza universitaria, a un empleo público o a la contratación por parte de la Administración, sino la situación de innegable desventaja social, laboral o económica en la que se encuentran determinados colectivos, producto de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables. Este fue el argumento sustentado por el Tribunal Constitucional Español al juzgar la constitucionalidad de una acción positiva consistente en prestaciones en concepto de guarderías para todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años, recibiendo también dicho beneficio los hombres viudos con hijos de esa edad⁶⁷⁸.

En efecto, demostrándose la real existencia de una situación discriminatoria en perjuicio de las personas por razón de su raza, se-

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ RUIZ GALVEZ, 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 Iura*, N° 5, 1995, p. 240.

⁶⁷⁸ Cfr. STC 128/87, F. 7.

xo o minusvalía, el logro de la igualdad sustancial requerirá de un trato desigual. En este sentido, se ha afirmado que “por su propia naturaleza el principio de no discriminación es un puente entre la igualdad formal y la igualdad sustancial, porque quiere (...) la eliminación de la discriminación, que en algunos casos significará un mandato de parificación, y, en otros casos precisamente lo contrario, una diferenciación que elimine la discriminación...”⁶⁷⁹.

Cabría afirmar que la implementación de la discriminación inversa a través de cuotas flexibles —dándose la totalidad de los supuestos y sorteándose los juicios señalados precedentemente para poder ser considerada como un trato desigual razonable— implicaría el establecimiento de un “... derecho desigual igualitario, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación...”⁶⁸⁰, entre los hombres de raza negra y blanca; las mujeres y los hombres; los minusválidos y aquellos que gozan de la totalidad de sus facultades físicas y mentales.

6. BALANCE: ACIERTOS Y DEBILIDADES EN EL MODELO DE LA IGUAL PROTECCIÓN

Conforme a lo expuesto, lo que a primera vista se destaca en el modelo de la igual protección elaborado por la jurisprudencia de la *Supreme Court* estadounidense, es la aplicación de tres tipos de escri-

⁶⁷⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 77.

⁶⁸⁰ STC 229/1992, F.2. Cabe aclarar, que la sentencia citada no se refería en particular a la discriminación inversa, sino a las medidas de acción positiva en general.

tinios para analizar la compatibilidad de las clasificaciones normativas con la decimocuarta enmienda. Tales escrutinios — el test de la relación racional, el test intermedio y el escrutinio estricto— suponen diversa intensidad en el examen de razonabilidad empleado a la hora de juzgar, intensidad que viene determinada por dos elementos que pueden darse en forma conjunta o alternativa: por el criterio escogido para diferenciar —considerado sospechoso— o por el derecho fundamental respecto del cual se imparte el trato desigual cuestionado.

La aplicación de los tres estándares de revisión analizados en los epígrafes precedentes presenta aciertos y debilidades, dando lugar a los siguientes interrogantes: i) si resulta razonable aplicar tres clases de tests a los fines de juzgar la existencia de una violación del principio de igualdad, o si por el contrario, debería aplicarse un único estándar de revisión; ii) si es justo que las clasificaciones basadas en la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero y de hijo extramatrimonial sean juzgadas con mayor severidad que aquellas que escogen otros criterios de diferenciación; iii) si resulta coherente aplicar un escrutinio estricto para las diferenciaciones establecidas con relación al ejercicio de derechos fundamentales, dejando de lado aquellos derechos que, no estando consagrados expresa o implícitamente en la Constitución, son debidos a todo ser humano en razón de su dignidad; iv) si la carga de la argumentación, cuando la *Supreme Court* aplica el test de la relación racional, debe ser impuesta sobre la parte que impugna la clasificación normativa; y v) si la estructura del juicio de razonabilidad de las distinciones normativas, formulado por la *Supreme Court* bajo la modalidad de los tres escrutinios, resulta adecuado o presenta deficiencias.

Con relación a la primera cuestión, se ha criticado el régimen de análisis de la igual protección bajo la modalidad de los tres escrutinios, sosteniéndose que “... no puede más una injusticia manifiesta escapar a un análisis riguroso porque no involucró una clasificación



que la Corte ha considerado tradicionalmente como sospechosa, ni dejar que los tribunales anulen leyes que parecen ser justas y razonables simplemente porque abogados hábiles han hecho que en la clasificación parezca estar involucrada una clasificación sospechosa”⁶⁸¹. La crítica resulta acertada, en tanto implique no atenerse rigurosamente a estándares predispuestos, y adaptarse a las exigencias planteadas por el caso concreto⁶⁸², teniendo en cuenta que “... la búsqueda del ajustamiento de las relaciones sociales, y la capacidad para determinar qué es lo suyo de cada uno, es tarea vinculada a la prudencia”⁶⁸³. Pues, “corresponde a la prudencia jurídica especificar y mandar, sin pretensión de universalidad o necesidad demostrativa, lo que por razón de justicia se debe hacer o no hacer en ese tiempo y lugar. Estamos aquí ante un saber circunstanciado, que dilucida lo justo respecto a ciertos sujetos y a tenor de irrepetibles coordenadas históricas”⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ MARQUEZ LUNDIN, J., “Making equal protection analysis make sense”, 49 *Syracuse Law Review* 1191, 1999, p. 16. El autor propone en lugar de los tres escrutinios lo que denomina el test de la distinción racional, o sea, un único estándar de revisión.

⁶⁸² La particular importancia del caso concreto en el proceso de interpretación y aplicación del derecho ha sido puesta de relieve por la hermenéutica, afirmándose que “norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de aplicación de la norma o de decisión del caso real” (HASSEMER, W., “Hermenéutica y derecho”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, N° 25, 1985, p. 71). Asimismo, se ha sostenido que “... el caso y su solución correcta siguen siendo el último contraste para comprobar la recta delimitación de una norma o doctrina. ¿Dónde se encontrarán los criterios para determinar la adecuada colocación de aquéllas dentro del sistema, sino en el caso, mejor aún, en el caso límite, en el caso que plantea un conflicto? (ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosh, Barcelona, 1961, p. 388).

⁶⁸³ OLLERO, A., *Tiene razón el derecho...*, ob. cit., p. 287.

⁶⁸⁴ VIGO, R. L., *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 229.

La dificultad de aplicar de modo rígido los escrutinios elaborados por la *Supreme Court*, y la necesidad de su flexibilización y adaptación a través de la prudencia jurídica, se han puesto especialmente de relieve a la hora de juzgar casos donde diversos criterios de clasificación se interfieren, tal como aconteció en el precedente *Miller v. Albright*⁶⁸⁵, el que involucraba clasificaciones basadas en la extraneidad, el sexo y el status de hijo extramatrimonial. De igual modo, la dificultad señalada se reflejaría en la incoherencia que supondría juzgar mediante un estándar más estricto las medidas de acción positiva establecidas a favor de una minoría racial, que aquellas sancionadas para remediar la discriminación social contra la mujer, tal como lo puso de manifiesto el juez Stevens en su voto en *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁶⁸⁶. Así también, tanto en *Plyler v. Doe*⁶⁸⁷, como en *Metropolitan Life Insurance v. Ward*⁶⁸⁸, no obstante no estar en juego un derecho fundamental o una clasificación sospechosa, la *Supreme Court* no se limitó a juzgar la discriminación cuestionada bajo el test de la racional, aplicando un escrutinio más severo.

Sin olvidar el rol protagónico de la prudencia jurídica a la hora de aplicar los escrutinios elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, e intentando responder la segunda cuestión planteada, parece justo que conforme al criterio de diferenciación el estándar de revisión resulte más o menos exigente. Si bien esta cuestión será analizada con mayor profundidad luego, cabe señalar que resulta posible *prima-facie*, para una generalidad de supuestos y

⁶⁸⁵ 523 U.S. 420 (1998). Este caso fue tratado en el epígrafe 3.1. del presente capítulo.

⁶⁸⁶ 515 U.S. 200 (1995). Cfr. epígrafe 5.1. del presente capítulo.

⁶⁸⁷ 457 U.S. 202 (1982). Para una reseña del caso cfr. epígrafe 4.2. de este capítulo.

⁶⁸⁸ 470 U.S. 869 (1985). Un análisis del caso puede leerse en el epígrafe 2.2. del presente capítulo.

aun antes de considerar las circunstancias concretas del caso, determinar la irrelevancia de ciertos rasgos o caracteres de las personas para establecer distinciones normativas. En efecto, los criterios considerados sospechosos por la *Supreme Court* —la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero y de hijo extramatrimonial— no se vinculan, en la generalidad de los casos, con el fundamento o título de los derechos con relación a los cuales se establecen diferenciaciones normativas⁶⁸⁹, porque constituyen características de las personas que no resultan modificables por medio de su conducta, en cuanto no han sido elegidas, sino que les vienen dadas con independencia de su voluntad. Así, por ejemplo, el título que justifica el salario es el trabajo realizado, en otros términos, una conducta que depende de la voluntad del empleado, el que puede optar por trabajar o dejar de hacerlo, incumpliendo con su obligación. Por ello, “... habrá discriminación injusta si —por el mismo trabajo— se da mayor salario a los nacionales que a los extranjeros o a los blancos que a los negros, pues ni la nacionalidad ni el color de la piel afectan la relación trabajo-salario como fundamento del derecho a la justa remuneración”⁶⁹⁰.

Por otra parte, los criterios considerados sospechosos por la Corte Suprema de los Estados Unidos fueron motivo a lo largo de la historia de discriminaciones notoriamente injustas, arraigadas en la conciencia popular y en las prácticas sociales de toda una cultura, lo que generó la creación de un plexo de normas insertas en el orden jurídico positivo del Estado contrarias a las exigencias del principio de igualdad.

⁶⁸⁹ Los conceptos de título y fundamento del derecho son desarrollados en el numeral 9.4. de las Conclusiones.

⁶⁹⁰ HERVADA, J., “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”..., ob. cit., p. 348.

En lo que respecta a la tercera cuestión, cabe señalar que la doctrina sentada por la *Supreme Court* conforme a la cual las distinciones establecidas con relación al ejercicio de derechos fundamentales deben ser juzgadas de acuerdo al escrutinio estricto, no contempla los casos donde, si bien no está en juego un derecho fundamental, se trata de un derecho humano cuyo reconocimiento resulta exigible en condiciones de igualdad con independencia de su consagración constitucional. Ello lleva a incoherencias tales como proponer juzgar bajo un estándar más estricto discriminaciones vinculadas al derecho de voto —considerado fundamental—, que aquellas concernientes al derecho a la educación, no obstante el carácter de derecho humano de este último. La fuerza deóntica de los derechos humanos, aun cuando no han sido explícita o implícitamente incorporados al texto constitucional, puede verse, por ejemplo, en el caso *Plyler v. Doe*⁶⁹¹, en el que el máximo tribunal estadounidense si bien afirmó aplicar el estándar de las bases racionales por cuanto no se encontraba en juego una clasificación sospechosa, ni un derecho fundamental, no se limitó a valorar la existencia de una relación racional entre medios y fines, sino que, intensificando el juicio de razonabilidad, consideró la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, así como el carácter decisivo de la educación básica a los fines de alcanzar la realización individual, el progreso y bienestar de la sociedad y del país.

Con relación a la cuarta cuestión, vinculada a la carga de la justificación del tratamiento desigual, cabe recordar que cuando la *Supreme Court* aplica el test de la relación racional la impone sobre la parte que impugna la clasificación normativa, presumiendo la constitucionalidad de la misma. Si la imposición de la carga de la argu-

⁶⁹¹ 457 U.S. 202 (1982). El caso *Plyler v. Doe* es analizado en el epígrafe 4.2. del presente capítulo.

mentación sobre quien cuestiona la clasificación resulta acertada, depende de las exigencias que ello suponga. Si por carga de la argumentación se entiende la obligación de fundar la impugnación, aportando el término de comparación con respecto al cual se reclama identidad de tratamiento y demostrando que el reclamante se encuentra en igualdad de circunstancias, parece acertada la doctrina de la *Supreme Court*, pues ello responde tanto al principio conforme al cual los actos estatales se presumen constitucionales como a la obligación de fundar la inconstitucionalidad alegada⁶⁹². Ahora bien, es preciso aclarar que la imposición de la carga de la argumentación sobre quien cuestionó la diferencia de trato no debe implicar liberar al creador o defensor de la norma del deber de aportar las razones, y en su caso las pruebas que justifican la distinción normativa efectuada. Ello, en razón de que la parte que generalmente se encuentra en condiciones de demostrar los objetivos que persigue mediante la diferenciación normativa no es la impugnante, sino el creador de la norma, o sea el mismo Estado. En segundo lugar, por cuanto ello implicaría violar una de las reglas del discurso práctico, conforme a la cual la carga de la argumentación para el tratamiento desigual constituye un postulado de la racionalidad práctica⁶⁹³.

Finalmente, la quinta cuestión nos interroga sobre la estructura del juicio de razonabilidad de las distinciones normativas, propuesta por la jurisprudencia estadounidense en sus tres clases de escruti-

⁶⁹² En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha destacado la importancia de que, quien alega la violación del derecho de igualdad, debe aportar un término de comparación que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales se le ha dispensado un trato diferente sin una justificación objetiva y razonable (cfr. STC 261/88 y STC 9/1989).

⁶⁹³ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 405. Un mayor desarrollo de la fundamentación de esta regla del discurso práctico puede verse en el capítulo III, epígrafe 2.1. del presente trabajo.

nios. Dicha estructura, tal como se expuso, presenta variaciones según el criterio de clasificación y el carácter fundamental o no del derecho respecto del cual se establece la distinción de trato; pero en ninguna de las modalidades que asume dicho juicio de razonabilidad, la *Supreme Court* contempla el denominado juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental o del derecho humano en juego. Dicha omisión, conforme se desarrolló en el epígrafe 5.2.3. del primer capítulo, presenta el riesgo cierto y probable de incurrir en un análisis utilitarista, concibiendo los derechos humanos como meros medios "... para el logro de una mayor utilidad y, como tales medios, valdrán sólo en la medida de su ordenación al fin y podrán ser descartados en cuanto su funcionalidad desaparezca o simplemente disminuya. Es evidente que hablar de derechos humanos en este contexto parece claramente como un sinsentido"⁶⁹⁴. Ignorar la aplicación del juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental respecto del cual se establece la distinción de trato, implicaría reducir el análisis de razonabilidad constitucional a un mero juicio de racionalidad técnica o instrumental, lo que no resulta acertado, puesto que el primero se inserta dentro del ámbito de la racionalidad ética, mientras que el segundo es propio de la actividad productiva gobernada por la eficacia cuantitativa⁶⁹⁵. Desde la perspectiva de una racionalidad meramente instrumental los derechos humanos carecerían de una obligatoriedad absoluta y de su carácter inviolable, pues bastaría invocar y probar la existencia de una relación racional entre un objetivo estatal apremiante y una medida legislativa que discrimine a un grupo de personas privándolas del goce de tales derechos, para que ésta se entienda justificada y razonable.

⁶⁹⁴ MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 76.

⁶⁹⁵ Cfr. *idem*, p. 68.

7. RECAPITULACIÓN

Conforme al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, la estructura del principio de razonabilidad cuando es aplicado a los fines de determinar la existencia de una razón suficiente para impartir un trato igual o desigual —en otros términos, para juzgar la violación del principio de igualdad— presenta características peculiares que lo diferencian de su aplicación como parámetro de control de la reglamentación de otros derechos fundamentales diversos al derecho de igualdad.

Del análisis de los precedentes de la Corte Suprema estadounidense vinculados a la cláusula de la igual protección de las leyes, pudieron extraerse tres clases de escrutinios o exámenes de razonabilidad:

a) El denominado “test de la relación racional”, conforme al cual ha de existir una relación de idoneidad entre la clasificación normativa y los propósitos perseguidos, los que a su vez han de ser constitucionalmente legítimos. Este test supone únicamente la aplicación del juicio de adecuación, efectuando un mero control de evidencia, por lo que sólo será considerado irrazonable aquel trato desigual que de ningún modo se relacione con el objetivo buscado. Asimismo, excluye la valoración de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación impugnada, a la par que traslada la carga de la argumentación para la parte que impugna el tratamiento desigual, el que se presume constitucional.

El test de la relación racional resulta aplicable a las clasificaciones vinculadas a la legislación económico social y siempre que no se encuentre en juego una clasificación basada en la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de hijo extramatrimonial o de extranjero. En este último supuesto, se aplicará el test de la relación racional en caso de normas federales concernientes a las cuestiones de extranjería, a las relaciones internacionales, así como a la inmigración y na-

turalización. Asimismo, el criterio de la extranjería no es considerado sospechoso cuando se utiliza a los fines de encomendar sólo a los ciudadanos cargos electivos y no electivos importantes relacionados con el proceso de autogobierno democrático, requiriéndose únicamente en estos supuestos la existencia de una relación racional, entendida como adecuación entre medios y fines.

b) El “test intermedio”, bajo el cual son revisadas las discriminaciones normativas que utilizan criterios tales como el sexo y la condición de hijo extramatrimonial, implica la aplicación del juicio de adecuación y el de proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al primero, éste no se limita a requerir la existencia de una cierta relación racional entre medios y fines, sino que intensifica el control de adecuación, exigiendo una mayor precisión y exactitud, por lo que la clasificación impugnada ha de estar sustancialmente relacionada con los objetivos propuestos. A su vez, la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se traduce en el requisito de que los fines perseguidos se identifiquen con importantes objetivos estatales, resultando insuficiente que se trate de objetivos constitucionalmente legítimos.

Con relación a la carga de la argumentación, ésta se impone a la parte que defiende el tratamiento desigual, quien ha de demostrar que la clasificación legislativa cuestionada se encuentra sustancialmente relacionada con la consecución de importantes objetivos estatales.

c) El “escrutinio estricto” constituye el estándar utilizado e invocado por la Corte Suprema estadounidense para juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones establecidas con respecto al ejercicio de derechos fundamentales y aquellas discriminaciones por razón de la raza, el origen nacional y la extranjería, siempre que en este último supuesto no concurren las circunstancias que hacen aplicable el test de la relación racional —conforme se explicitó en el epígrafe 4.2. del presente capítulo—.

En el escrutinio estricto se ponen en juego los tres subprincipios, adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, pues para que una clasificación normativa logre superar dicho examen es preciso que se encuentre estrictamente adaptada a la realización de un objetivo estatal apremiante y que se trate de la medida menos restrictiva, entre las disponibles e igualmente eficaces para alcanzar dicho objetivo.

Como en el test intermedio de revisión, la carga de la justificación se impone sobre quien defiende la clasificación impugnada, debiendo demostrar la razonabilidad de la misma, puesto que rige en su contra una presunción de inconstitucionalidad.

Si bien la jurisprudencia de la *Supreme Court* se ha mostrado inconsistente y contradictoria para determinar el escrutinio aplicable a las medidas de acción positiva establecidas a favor de una minoría racial o nacional, tomando en cuenta la doctrina sentada a partir del caso *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁶⁹⁶, el escrutinio estricto también debe ser utilizado para juzgar las clasificaciones basadas en la raza o el origen nacional, aun cuando tales criterios sean invocados para implementar medidas de acción positiva moderadas o medidas de discriminación inversa tendientes a favorecer a dichas minorías.

En coincidencia con lo señalado, o sea, sin conformarse con el test de la relación racional, como así tampoco con el escrutinio intermedio, cierta doctrina ha sostenido que para juzgar la compatibilidad de las medidas de discriminación inversa con el principio de igualdad, éstas han de superar los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, pues deben dirigirse a remediar una arraigada discriminación racial, sexual, o por razón de la minusvalía, mediante la redistribución de bienes sociales escasos entre tales colectivos tradicionalmente excluidos; deben ser limitadas en el tiempo

⁶⁹⁶ 515 U.S. 200 (1995).

y las únicas disponibles para alcanzar el objetivo indicado y no deben generar un perjuicio desproporcionado a aquellos que no se benefician con tales medidas. A ello, propongo agregar el juicio de alteración del contenido del derecho fundamental en juego, por lo que tampoco podrán ser declaradas constitucionales si alteran o violentan el derecho fundamental o humano de los miembros del colectivo no beneficiado.

En cuanto al examen de razonabilidad de las clasificaciones normativas aplicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si bien resulta acertado intensificarlo cuando éstas discriminan en el ejercicio de derechos fundamentales o se valen de criterios tales como la raza, el origen nacional, la condición de extranjero, de hijo extramatrimonial o el sexo, sostengo que los tres tipos de escrutinios deben ser considerados a la manera de “ideas regulativas”⁶⁹⁷, requiriendo una aplicación prudencial, atenta a las exigencias que plantea el caso concreto.

Las insuficiencias que presenta el examen de razonabilidad expresado bajo la modalidad de los tres escrutinios consisten en: a) en primer lugar, y en el caso del test de la relación racional, imponer la carga de la argumentación y de la prueba sobre la parte que impugna el tratamiento desigual, en tanto ello implique liberar al creador o defensor de la norma del deber de aportar las razones, y en su caso las pruebas que justifican la distinción normativa efectuada. Ello, en razón de que la parte que generalmente se encuentra en condiciones de demostrar los objetivos que persigue mediante la diferenciación normativa no es la impugnante, sino el creador de la norma, o sea el

⁶⁹⁷ El concepto de “idea regulativa” es utilizado por Alexy en otro contexto, y a los fines de calificar la tesis de Dworkin sobre la “única respuesta correcta” en el marco del discurso práctico (cfr. ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, N° 5, 1988, p. 151).

mismo Estado. Así también, por cuanto ello implicaría violar una de las reglas del discurso práctico, conforme a la cual la carga de la argumentación para el tratamiento desigual constituye un postulado de la racionalidad práctica⁶⁹⁸; b) en segundo lugar, no contemplar el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental o humano con respecto al cual se imparte la distinción de trato, lo que conlleva un análisis utilitarista, que subordina la validez y vigencia de tales derechos a la existencia de un interés estatal importante o apremiante; c) finalmente, excluir de un escrutinio más estricto a aquellas normas que clasifican a las personas con respecto al ejercicio de derechos que, si bien no son considerados fundamentales, por cuanto la jurisprudencia de la *Supreme Court* ha decidido que no están explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución, revisten el carácter de derechos humanos, los que tienen por objeto bienes indispensables para el florecimiento o desarrollo humano y le son debidos a todo hombre en razón de su dignidad.

⁶⁹⁸ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 405.

CAPÍTULO III
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS
CON CONTENIDO PATRIMONIAL
EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

1. PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. DELINEANDO EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN

En el presente capítulo y en el siguiente se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina relativa al principio de igualdad en la formulación o creación de las normas jurídicas. Se examinará, en concreto, la argumentación utilizada por el máximo tribunal para justificar las resoluciones dictadas en aquellos casos en los que se cuestionó una norma jurídica por considerarla violatoria de dicho principio. En el examen a realizar se pondrán de relieve los aciertos, como así también las insuficiencias de la justificación jurídica brindada por la Corte Suprema para acoger o rechazar las impugnaciones a las diferenciaciones normativas; y a su vez se propondrá un camino alternativo de fundamentación.

Tal como se expuso en el capítulo I, la violación del principio de igualdad puede ser invocada no sólo ante un tratamiento irrazonablemente discriminatorio, sino también frente a una equiparación injustificada. No obstante ello, en la gran mayoría de los fallos analizados el impugnante pretendió un tratamiento igual al término de comparación invocado, es decir, se agravió por la existencia de una discriminación injustificada. Cabe señalar, que no resulta frecuente la alegación de una lesión del derecho de igualdad por tratar de modo igual lo desigual, aduciendo lo que se ha denominado “discriminación por indiferenciación”, en razón de la cual el recurrente reclama se le imparta un tratamiento diferente por considerarse inmerso en una circunstancia diversa a la contemplada en un determinado régimen normativo⁶⁹⁹.

Dada la profusión de fallos existentes, se optó por analizar en profundidad aquellos que se consideran de mayor relevancia, ya sea porque la Corte ha sentado doctrina que luego es reiterada en otros pronunciamientos, por su gran riqueza argumentativa, o porque constituyen decisivos cuya justificación presenta deficiencias.

En los casos seleccionados para analizar en el presente capítulo se encuentra en juego el principio de igualdad con relación al ejercicio de derechos de carácter patrimonial. Ellos serán estudiados y clasificados desde dos perspectivas: en primer lugar, serán ordenados según el tipo de derecho con respecto al cual se reclama igual tratamiento. En este sentido, se distinguirá entre derechos patrimoniales

⁶⁹⁹ El caso “Coronel José Luis García s/Hábeas Corpus” (Fallos 312:1082, 1989), a que se hace referencia en el epígrafe 2.2.4., a) del capítulo IV, constituye el único fallo analizado en el presente trabajo, en el que se demanda un tratamiento desigual, puesto que el actor —militar retirado— reclamó se le impartiera un trato diferente al de los militares en actividad, en lo que se refiere al derecho de libertad de expresión, por considerar que su situación era diversa a la de aquellos.

derivados de regímenes laborales, previsionales, impositivos y vinculados a los depósitos bancarios. En segundo lugar, los casos serán analizados y clasificados teniendo en cuenta la argumentación desarrollada por la Corte Suprema para fundamentar la “razonabilidad” de la distinción creada por la norma jurídica impugnada.

Con relación a esta última perspectiva, podrán observarse dos tendencias presentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema, por un lado la de aquel grupo de fallos en los que presume la razonabilidad del trato desigual por no haberse acreditado la existencia de arbitrariedad, indebido privilegio o ánimo persecutorio. De tal modo, el máximo tribunal invierte la carga de la argumentación, imponiendo sobre quién ha impugnado la norma por violatoria del principio de igualdad la carga de demostrar que la distinción cuestionada carece de una justificación razonable. En estos fallos la Corte Suprema se autolimita en el control de constitucionalidad por considerar que se trata de cuestiones no justiciables, exentas del control jurisdiccional y reservadas al ámbito de competencia de los otros poderes del Estado. Bajo tal pretexto, omite dotar al pronunciamiento de una justificación suficiente, incurriendo en afirmaciones dogmáticas, en tanto no hace más que reiterar fórmulas genéricas expresadas en otros pronunciamientos sin relacionarlas con las concretas circunstancias del caso.

Una segunda tendencia está constituida por aquel grupo de fallos donde también el impugnante cuestionó la distinción normativa vinculada con el ejercicio de derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsionales, impositivos y vinculados a los depósitos bancarios; pero a diferencia de la primera tendencia, en estos casos la Corte Suprema esgrimió las razones que justificaban o dejaban sin sustento la desigualdad de tratamiento cuestionada. En ellos, se reveló un esfuerzo por demostrar a los destinatarios de su decisión, con mayor o menor éxito, la ausencia o existencia de arbitrariedad en la distinción impugnada. En este grupo de casos, para con-

validar la discriminación normativa, se establecieron dos exigencias: en primer lugar, se requirió la existencia de una razón suficiente que la justifique; en segundo lugar, se exigió preservar inalterable el derecho constitucional con relación al cual se reclamó un tratamiento igual.

La existencia de una razón suficiente consistió en algunos casos en una relación de adecuación o idoneidad entre la distinción normativa impugnada y los fines que con ella se pretendían alcanzar; en otros, este examen de medios a fines implicó valorar exigencias propias de la justicia distributiva, pues supuso juzgar si el criterio cuestionado y escogido para establecer las distinciones en el reparto de bienes o cargas, respondía a la finalidad que mediante dicho reparto el legislador se proponía alcanzar.

Aun cuando fue posible determinar una relación de adecuación entre el criterio escogido para diferenciar y los objetivos propuestos, la Corte Suprema no convalidó la distinción normativa si mediante ella se alteraba el contenido esencial del derecho constitucional con respecto al cual se reclamaba igual tratamiento. Así, al requerimiento de un mínimo de racionalidad, agregó el juicio de inalterabilidad del contenido esencial.

2. PRESUNCIÓN DE RAZONABILIDAD Y CUESTIONES NO JUSTICIABLES

Resultan numerosos los casos en los que la Corte Suprema de Justicia argentina se autolimitó en el control de razonabilidad de las clasificaciones normativas, especialmente, tal como se expuso, cuando se trató de cuestiones vinculadas a las diferenciaciones establecidas en los regímenes laborales, previsionales e impositivos, presumiendo la razonabilidad de las diferenciaciones establecidas y de las categorías creadas por el legislador.

Con sustento en dicha presunción de razonabilidad, en la mayor parte de los fallos concernientes a dichas cuestiones se han denegado las impugnaciones fundadas en la violación del principio de igualdad. En coincidencia con ello, se ha afirmado que mientras en materia tributaria la Corte admitió en pocos casos que se había violado el principio de igualdad, “... en materia de contratos de trabajo y de jubilaciones y pensiones fueron aún menos los casos en que opinó que ese principio estaba lesionado”⁷⁰⁰.

Esta negación para valorar la razonabilidad de los criterios escogidos por el legislador a los fines de diferenciar, fue justificada por el máximo tribunal en algunos pronunciamientos en la existencia de cuestiones no justiciables, cuyo acierto o conveniencia no le correspondía juzgar. Escudándose bajo tal pretexto, cuando se planteó la violación del principio de igualdad no hizo más que reiterar fórmulas genéricas relativas a dicho principio, sin relacionarlas con las concretas circunstancias del caso y sin explicitar por qué la distinción impugnada estaba dotada de una justificación suficiente y razonable. En concordancia con lo expuesto, también se advirtió que en la jurisprudencia de la Corte Suprema, “... se ha evidenciado la tendencia, al tiempo de aplicar la fórmula al caso concreto, a retraer del control el criterio de selección del legislador, so pretexto que tal revisión implicaría invadir la zona de reserva de otro poder. Y en tal sentido parece haber considerado que tal aspecto hace al ejercicio de la función en términos de mérito, oportunidad y conveniencia”⁷⁰¹.

Es constitucionalmente correcto que los tribunales en el ejercicio del control de constitucionalidad se inhiban de juzgar acerca del mérito, el acierto, o conveniencia de las normas jurídicas impugna-

⁷⁰⁰ RIUS, O., *La igualdad ante la ley*, Lerner, Córdoba, 1987, p. 67.

⁷⁰¹ CAYUSO, S., “El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino”, *La Ley*, t. 2003-F, p. 1389.

das, pues ello implicaría invadir la esfera de competencia de los otros poderes y asumir el ejercicio de una función que no les ha sido encomendada por la Constitución, para la cual, por otra parte, tampoco poseen los medios adecuados a los fines de ejercitarla con eficacia y responsabilidad, pues carecen del conocimiento suficiente y del asesoramiento de expertos en las diversas materias que involucran los asuntos del gobierno. En este sentido, se ha sostenido que “no es aceptable, por tanto, que un juez descalifique una norma reglamentaria de los derechos elaborada por el Congreso, sólo porque a él no le convenza o porque entienda que en lugar de esa ley, sería mejor otra. Un activismo judicial de esa índole importaría una seria desnaturalización de los roles de la judicatura y una infracción al principio constitucional de corrección funcional... La averiguación de un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para conseguir los fines de la ley y su correspondencia mínima con ciertos valores constitucionales, como justicia y bien común, es tarea inevitable del Poder Judicial en su misión de control de razonabilidad de las normas. Superado ese cupo mínimo y satisfecho así el recaudo de razonabilidad de la norma reglamentaria, la tarea judicial no debe proseguir para señalarle al legislador cuál es el mejor acierto o la mejor correspondencia, porque la decisión, en este punto, es trabajo propio y exclusivo de quien elabora la norma (el Congreso) y no de quien la revisa (el juez)”⁷⁰².

Sin embargo, no cabe equiparar el juicio acerca de la oportunidad, mérito o conveniencia de una distinción normativa establecida por el legislador con el juicio relativo a su razonabilidad, si bien en algunos casos los límites entre uno y otro pueden resultar difíciles de establecer. El máximo tribunal de la Nación, en diversos pronun-

⁷⁰² SAGÜÉS, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 405.

ciamientos donde se cuestionaba la diferenciación de tratamiento establecida con relación a derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsionales e impositivos, parece haber confundido ambos juicios, negándose a fundamentar la razonabilidad de la distinción impugnada, so pretexto de constituir una cuestión de política legislativa, sujeta a la discrecionalidad de los restantes poderes.

Si bien, tal como se podrá ver en diversos casos que se analizarán seguidamente, las cuestiones sujetas a juzgamiento reglaban puntos concernientes a la discrecionalidad legislativa, constituyendo una alternativa de regulación normativa entre otras posibles e igualmente constitucionales, ello no impedía juzgar su razonabilidad, brindando al justiciable los fundamentos que justificaban la distinción establecida por el creador de la norma. Para ello, el tribunal pudo valerse de una interpretación finalista o teleológica de las normas jurídicas, pues resulta claro que si el legislador estableció una diferenciación en la regulación de una situación jurídica no debió hacerlo arbitrariamente, sino en virtud de razones que sustentaron dicha decisión.

La interpretación teleológica supone indagar cuál ha sido la voluntad del legislador, qué fines ha pretendido alcanzar, cuál ha sido su propia idea normativa o intención reguladora, pero también implicará el empleo complementario de criterios teleológicos objetivos, con el objeto de determinar la meta inmanente de la ley⁷⁰³, pues ésta, "... tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado. La ley interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley con-

⁷⁰³ Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho...*, ob. cit., pp. 312-316.

sigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores”⁷⁰⁴.

Con relación a la importancia de la interpretación teleológica para juzgar lo que Linares ha denominado razonabilidad de las diferenciaciones establecidas por el legislador, se ha afirmado que “cuando el fin y motivos de la distinción no pueden ser precisados por recurso a los debates parlamentarios, el tribunal busca objetivamente su racionalidad tratando de establecer cuáles pueden haber sido los motivos y fines perseguidos o, por lo menos, las posibles consecuencias sociales de la ley”⁷⁰⁵.

Explicitar las razones que fundamentan la distinción normativa o los fines que con ella se intenta alcanzar mediante una interpretación teleológica de la norma jurídica impugnada, no implica pronunciarse sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de los objetivos perseguidos, como así tampoco exigir una relación exacta o matemática entre medios y fines, pero sí dotar al pronunciamiento que resuelve el planteo de inconstitucionalidad de una justificación suficiente, mediante una argumentación racional que evite incurrir en afirmaciones dogmáticas y disipe toda duda de arbitrariedad, indebido privilegio o ilegítima persecución. Pues, cabe recordar, que mientras el Poder Legislativo extrae su legitimidad de la elección popular, el Poder Judicial al ejercer el control de constitucionalidad, deriva “... su legitimidad de la consistencia y coherencia de su argumentación, ceñida siempre a los límites de la propia jurisdicción constitucional”⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ Ídem, p. 313.

⁷⁰⁵ LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes...*, ob. cit., p. 156.

⁷⁰⁶ DE LA QUADRA, T., “La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación...*, ob. cit., p. 137.

La presunción de razonabilidad de las diferenciaciones establecidas por el legislador con relación al ejercicio de derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsionales e impositivos, está acompañada por una inversión de la carga de la argumentación, correspondiendo a quién se agravia por la discriminación cuestionada demostrar que ella es arbitraria por carecer de una justificación objetiva y razonable.

2.1. Inversión de la carga de la justificación

En unos pocos fallos vinculados a cuestiones impositivas la Corte Suprema sostuvo que el mero hecho de la clasificación por sí solo resultaba insuficiente para declarar que una ley no violaba el principio de igualdad, siendo indispensable, además, demostrar que aquella se basaba en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria⁷⁰⁷. En contradicción con dicha tesitura y en la mayoría de los casos donde se alegó la violación del principio de igualdad con fundamento en la diversidad de tratamiento impartido por regímenes laborales, previsionales o impositivos, dicho tribunal afirmó que el establecimiento de regímenes diferentes en tales materias no lesionaba la garantía de la igualdad, salvo que se demostrara la existencia de una discriminación arbitraria⁷⁰⁸. Es decir, desplazó la carga de la justificación desde el creador o defensor de las distinciones normativas hacia quien impugnó las diferenciaciones establecidas en las normas jurídicas; por tanto, quien se agravia por la clasificación normativa que establece categorías entre contribuyentes o

⁷⁰⁷ Cfr. Fallos 149:417 (1927); 176:339 (1936) y 184:398 (1939).

⁷⁰⁸ Cfr. Fallos 180:39 (1938); 238:60 (1957); 247:551 (1960); 271:320 (1968); 325:2600 (2002); 325:2394 (2002) y “Santiago Dugan Trocello SRL c/P. E. Nac. Ministerio de Economía s/Amparo”, Fallos 328:2567 (2005), entre muchos otros.

crea diferentes regímenes laborales y previsionales debe demostrar que la distinción es arbitraria o está inspirada en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas.

En este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido a su par estadounidense, la que, conforme se desarrolló en el epígrafe 2 del capítulo II, bajo el test de la relación racional, aplicable a todas las clasificaciones normativas relativas a la legislación económica social y que no se valen de criterios sospechosos, ha impuesto la carga de desvirtuar la presunción de constitucionalidad de la diferenciación normativa sobre la parte que se agravia invocando una violación de la decimocuarta enmienda.

La doctrina de la presunción de razonabilidad de las distinciones efectuadas por el legislador y la imposición de la carga de la justificación sobre quien la impugna, responde a las reglas que rigen el control de constitucionalidad, conforme a las cuales los actos estatales gozan de presunción de constitucionalidad y quien alega la inconstitucionalidad debe probarla⁷⁰⁹. Pero al mismo tiempo, dicha doctrina se ha apartado de las reglas sobre la carga de la argumentación que han formulado algunas teorías del discurso práctico y de la argumentación jurídica.

Así, según Alexy, "... la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales es un postulado de la racionalidad práctica"⁷¹⁰. Dicha carga "... resulta conjuntamente del principio de universalidad (1.3') y de la regla de fundamentación (2)"⁷¹¹. Según el principio de

⁷⁰⁹ Cfr. BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., T. I, pp. 270-272 y 274-276.

⁷¹⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 405.

⁷¹¹ ALEXY, R., *Theorie der juristischen argumentation, Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*, Suhrkamp. Se cita de la edición en castellano: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel

universalidad aplicado a los juicios de valor: “todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare son iguales en todos los aspectos relevantes”⁷¹². La regla de fundamentación exige que: “todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación”⁷¹³.

A partir del principio de universalidad y de la regla de fundamentación, puede extraerse la siguiente regla: “quien pretende tratar a A de una manera distinta que a B afirma -en tanto presupone el principio de universalidad- que existe una diferencia relevante”⁷¹⁴. La afirmación de que existe una diferencia relevante es preciso fundarla, rigiendo para la ello la regla conforme a la cual:

“(3.1.) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo”⁷¹⁵.

En coincidencia con las reglas relativas a la carga de la argumentación en los discursos prácticos, se ha señalado que “si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe (aunque ni siquiera así en todos los casos) a quien defiende la ley, pero como la igualdad también puede argüirse frente a un tratamiento legal que, a juicio de quien impugna, ha ignorado diferencias

Arienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 191.

⁷¹² *Ibidem*, p. 187.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 188.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 191.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 191.

significativas, es éste quien debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias”⁷¹⁶.

El Tribunal Constitucional español, a diferencia del criterio sustentado por la Corte Suprema, ha resuelto que “cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el art. 14 corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y por consiguiente la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos y en su caso propuestos por el legislador...”⁷¹⁷. Cabe señalar, que conforme a la jurisprudencia de dicho tribunal, la imposición de la carga de la argumentación sobre la parte que defiende la constitucionalidad de la clasificación impugnada, procede frente a los casos que quedan genéricamente comprendidos dentro del general principio de igualdad que consagra el art. 14 de la Constitución, como así también, tornándose dicha carga aún más rigurosa, frente a supuestos en que el factor diferencial es uno de los típicos que el art. 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones⁷¹⁸.

Es preciso señalar, que acertadamente el Tribunal Constitucional español no se refiere a la carga de la prueba de hechos materiales, en el sentido de desplazamiento del *onus probandi*, sino a la “... imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad, sin caer en la discrimi-

⁷¹⁶ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional...”, ob. cit., p. 628.

⁷¹⁷ STC 103/1983. En el mismo sentido cfr. STC 75/1983 y STC 142/1990.

⁷¹⁸ Cfr. STC 81/1982.



nación producto de la irrazonabilidad y de su consecuencia la inconstitucionalidad”⁷¹⁹.

Seguidamente se analizarán algunos casos, los que fueron escogidos para ejemplificar que, cuando se trata de clasificaciones vinculadas con derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsionales e impositivos, la mayoría de las veces la Corte se autolimitó en el control de constitucionalidad, presumiendo la razonabilidad de los criterios escogidos para diferenciar e imponiendo la carga de la justificación sobre la parte que impugnó la distinción normativa cuestionada.

2.2. Las aplicaciones de la presunción de razonabilidad

2.2.1. Derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales

a) *El caso “García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano s/Bonificación estatuto del periodista”*⁷²⁰

a1) Los hechos

Los demandados interpusieron recurso extraordinario contra la sentencia que confirmó la condena fundada en el artículo 46 del Estatuto del Periodista Profesional (Ley 12.908), obligándolos a pagar la bonificación allí establecida en caso de retiro voluntario de un periodista profesional. El artículo 46 del referido Estatuto dispone que “... todo empleado que tenga una antigüedad en el servicio superior a cinco años, tendrá derecho, en caso de retiro voluntario, a una bo-

⁷¹⁹ STC 75/1983.

⁷²⁰ Fallos 238:60 (1957).

nificación de medio mes de sueldo por cada año que exceda de los cinco y hasta un máximo de tres meses. No gozará de este derecho en el supuesto que omitiese preavisar al empleador en los mismos plazos impuestos a este último”.

Los recurrentes sustentaron la impugnación en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional, alegando, entre otras razones, que la norma impugnada contrariaba el principio de igualdad al crear un beneficio a favor del periodista que no estaba acordado por otros estatutos particulares a los demás empleados u obreros.

a2) Los fundamentos principales

Con relación al agravio vinculado al principio de igualdad, la Corte sostuvo que “no cabe argüir que el texto del art. 46 de la ley 12.908 es violatorio de la igualdad por el mero hecho de que acuerda al periodista un beneficio que en igualdad de circunstancias —la del retiro voluntario— no ha sido reconocido por otros estatutos, pues tanto valdría pretender que el Estatuto del Periodista es también inconstitucional en todo aquello que pudiera diferenciarlo de los estatutos de otros gremios...”⁷²¹.

Asimismo, el máximo tribunal reiteró, conforme a lo sostenido en Fallos 189:234, que las leyes laborales “... contemplan el problema general dentro de cada género de actividad y proveen, (...) las soluciones que consideran más justas para la sociedad dentro de la letra y del espíritu de la Constitución”⁷²². También señaló, que “... la circunstancia de que las leyes establezcan regímenes distintos de indemnización con referencia a diferentes actividades, no autoriza la invocación de la garantía de la igualdad ante la ley para uniformar-

⁷²¹ Ídem, p. 64.

⁷²² Ídem, p. 65.

los”, agregando que tales puntos están “... librados a la prudencia legislativa, sin relación con la garantía invocada, en tanto no se demuestren discriminaciones por razón de hostilidad o injusto privilegio...”⁷²³.

Finalmente, la Corte afirmó que “... no puede argumentarse que hay irrazonabilidad en el beneficio, dado que él solo se otorga al empleado que se retira con una antigüedad en el servicio superior a cinco años, y es indudable que la bonificación en este caso puede justificarse con un fundamento semejante al que justifica la indemnización por antigüedad en caso de despido”⁷²⁴.

a3) Análisis del fallo

Tal como se desprende de los argumentos transcritos, el máximo tribunal de la Nación, amparándose en la libertad del legislador para distinguir y clasificar los objetos de la legislación, así como en la prudencia legislativa que contempla los problemas propios de cada actividad laboral, no fundamentó la razonabilidad de la dife-

⁷²³ *Ibidem*. En sentido similar, el Tribunal Constitucional español ha resuelto, aunque con relación a la diversidad de regímenes remuneratorios existentes entre médicos de urgencia hospitalaria (regidos por la legislación laboral) y los restantes facultativos del INSALUD (regidos por un régimen estatutario de derecho público) que la simple constatación de la diferencia retributiva entre dos cuerpos no viola el derecho de igualdad, “... sin que haya norma jurídica alguna, ni siquiera el art. 14 CE, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual estructuración hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador, porque la unidad del título por sí sola no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar en consideración. Esta misma doctrina ha de ser aplicada, y aún con más sólido fundamento, cuando de lo que se trata es de las diferencias retributivas existentes entre empleados de un ente público al que prestan sus servicios en regímenes jurídicos sustancialmente distintos...” (STC, 3/1994, f. 51-52).

⁷²⁴ Fallos 238:60 (1957), p. 65.

renciación establecida entre los periodistas profesionales y el resto de los empleados, presumiendo la constitucionalidad del otorgamiento a los primeros de una bonificación para el caso de retiro voluntario no contemplada para los segundos.

Como consecuencia de la presunción de constitucionalidad de la diversidad de regímenes indemnizatorios basados en la diferente actividad laboral, la sentencia estableció una regla relativa a la carga de la argumentación, haciéndola recaer sobre quién invoca la violación del principio de igualdad, pues en tanto “... no se demuestren discriminaciones por razón de hostilidad o injusto privilegio...”⁷²⁵, la distinción se considera compatible con dicho principio constitucional. De tal modo, y en contraste con lo resuelto en aquellos casos donde se emplearon criterios como la nacionalidad y el sexo para clasificar, se produjo una inversión de la carga de la justificación, debiendo el recurrente demostrar la irrazonabilidad de la norma que establece un régimen indemnizatorio diverso al de los restantes trabajadores dependientes.

La argumentación de la sentencia presenta graves deficiencias, al negarse a expresar las razones que justifican la diferenciación cuestionada, es decir, la razonabilidad del criterio escogido para distinguir entre los periodistas profesionales y el resto de los trabajadores dependientes en lo que se refiere al retiro voluntario.

En tal sentido, el tribunal debió haber brindado en la fundamentación de su resolución los motivos por los cuales consideraba que la bonificación que se debe abonar al periodista profesional que se retira voluntariamente no resulta arbitraria. Ello, por cuanto encuentra sustento en “... la posibilidad, siempre probable, de que el periodista se vea obligado a renunciar por un eventual cambio de orientación del periódico que violente sus convicciones o le cree una

⁷²⁵ *Ibidem*.

situación incómoda. Distintas legislaciones extranjeras han adoptado el beneficio cuya implementación tiende a proteger al periodista en su dignidad y libertad conforme informa Rocco, citando distintos fallos dictados en Roma, a partir del año 1901, confirmados por la Corte de Casación”⁷²⁶.

En el caso, el máximo tribunal no carecía de elementos que le permitieran conocer los fundamentos de la bonificación otorgada a los periodistas profesionales y debió ponerlos de manifiesto para demostrar al justiciable que la distinción por él impugnada como violatoria del principio de igualdad se sustentaba en una justificación objetiva y razonable, vinculada con la necesidad de preservar el derecho de libertad de expresión, de pensamiento y de conciencia del periodista profesional. Indudablemente, invocar tales razones como justificatorias de la bonificación otorgada por la legislación, no suponía invadir una esfera reservada a la prudencia legislativa o atribuirse el rol de legislador.

b) *El caso “Fernández, Eduardo c/ T. A. La Estrella S.A.”*⁷²⁷

b1) Los hechos

Eduardo Fernández demandó a la firma en la que se desempeñaba en relación de dependencia reclamando las indemnizaciones correspondientes por despido y omisión de preaviso. En primera y segunda instancia la pretensión fue rechazada por cuanto se sostuvo que la empleadora ajustó su conducta a las disposiciones del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, conforme al cual el trabajador que reune los requisitos exigidos para obtener el porcentaje má-

⁷²⁶ SARDEGNA, M. A., *Tratado de derecho del trabajo*, T. 6, director Antonio Vázquez Vialard, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 391.

⁷²⁷ Fallos 315:1190 (1990).

ximo del haber de la jubilación ordinaria puede ser intimado por el empleador para iniciar los trámites pertinentes. Dicha intimación implica la notificación del preaviso. Obtenido el beneficio jubilatorio o vencido el término de un año, el contrato de trabajo queda extinguido sin obligación para el empleador de pagar indemnización alguna.

El actor promovió recurso extraordinario contra el pronunciamiento de la alzada, solicitando se declare la inconstitucionalidad del precepto legal mencionado por considerarlo contrario al principio de igualdad, atento al diferente y desigual tratamiento que el legislador otorga al trabajador que está en condiciones de jubilarse con relación a otros supuestos de extinción de la relación laboral. Asimismo, adujo la violación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional alegando que el régimen previsional argentino desprotege al trabajador y lo lleva a la indigencia. También sostuvo que la norma cuestionada lesionaba su derecho de propiedad (artículo 17 de la C.N.).

La Corte rechazó el recurso extraordinario, declarando la constitucionalidad de la norma jurídica impugnada⁷²⁸.

b2) Los fundamentos principales

Como respuesta al agravio vinculado con el principio de igualdad, la Corte se limitó a afirmar que el artículo 16 de la Ley Fundamental "... no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para orde-

⁷²⁸ Cabe señalar, que en Fallos 223:343 (1952), el máximo Tribunal se pronunció en igual sentido en un caso similar, donde se cuestionaba la constitucionalidad del decreto ley 6395/46 por establecer que el principal quedaba eximido de pagar la indemnización por antigüedad en casos de cesantía o despido de empleados en condiciones de obtener la jubilación ordinaria íntegra.

nar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”⁷²⁹. Agregó, que las distinciones que establezca el legislador “... entre supuestos que estime distintos son válidas en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido beneficio sino motivadas en una diferenciación objetiva, así sea su fundamento opinable”⁷³⁰, circunstancias que la Corte Suprema entendió no se configuraban en el tratamiento diferenciado impartido por el artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Finalmente, sostuvo que “... corresponde al legislador establecer las bases jurídicas de las relaciones de trabajo y las consecuencias de la ruptura del contrato laboral, sin que los jueces se hallen facultados para decidir sobre el mérito y la conveniencia de tal legislación”⁷³¹.

b3) Análisis del fallo

Bajo el pretexto de tratarse de una cuestión no justiciable, y mediante la invocación de fórmulas genéricas, la Corte omitió dar razones que justifiquen, con expresa referencia a las circunstancias concretas, por qué el principio de igualdad no resultaba vulnerado. Se ha señalado, con relación al caso bajo análisis, que “con esta doctrina, el tribunal evita examinar el criterio utilizado para crear las categorías, aceptando la consistencia constitucional de los motivos del legislador”⁷³².

⁷²⁹ Fallos 315:1190 (1990), considerando 3.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ *Ídem*, considerando 5.

⁷³² GELLI, M. A., “La Corte Suprema de Justicia fija el alcance de la inconstitucionalidad sobreviniente”, *La Ley*, t. 1993-A, p. 547.

No obstante estar de acuerdo con la constitucionalidad de la norma impugnada, considero que el tribunal no cumplió con el deber de dotar al pronunciamiento de un fundamento suficiente. En primer lugar, la sentencia debió determinar si el trabajador que está en condiciones de obtener el beneficio de la jubilación máxima se encuentra en iguales circunstancias que el término de comparación invocado por el actor, o sea, el trabajador que aún no ha reunido los requisitos para dicho beneficio. Es claro que existen diferencias objetivas entre una y otra situación y que ambos no se encuentran en igualdad de circunstancias, pues mientras el primero tiene asegurado un ingreso sustitutivo del salario mediante la jubilación, el segundo carece de dicha garantía, debiendo obtener un nuevo empleo para satisfacer sus necesidades vitales. De tal modo, cabe afirmar que no concurrían en el caso uno de las condiciones de aplicación del principio de igualdad, cual es la existencia de igualdad de circunstancias.

Luego, el tribunal debió fundamentar si el criterio escogido como relevante para establecer la diferenciación —reunir los requisitos para obtener la jubilación máxima— a los fines de eximir al empleador de la obligación de indemnizar, resistía el test de razonabilidad. Para ello, y empleando un análisis de medios a fines, es preciso preguntarse por el objetivo perseguido mediante el trato desigual impugnado: ¿por qué motivo el legislador ha decidido eximir al empleador de la obligación de indemnizar al dependiente que se encuentra en condiciones de obtener la jubilación máxima? Si se parte de una interpretación teleológica objetiva, el fin de la distinción podría ser reducir los costos que pesan sobre el empleador para fomentar la creación de mayores puestos de trabajo dada su gran escasez.

Por otra parte, si se atiende a las razones por las cuales el empleador debe pagar la indemnización por despido, ésta tiene por finalidad permitir al trabajador disponer de los recursos necesarios hasta tanto le sea posible insertarse nuevamente en el mercado de trabajo. Tal obligación se funda en razones de justicia conmutativa y

distributiva al mismo tiempo⁷³³. En el caso de que dicho trabajador se encuentre en condiciones de gozar de la jubilación máxima, el fin del derecho a la indemnización habría sido realizado, pues el trabajador contará con la jubilación para satisfacer sus necesidades básicas. En virtud de ello, cabe concluir que la discriminación establecida por el artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo no resulta irrazonable y resiste el test de constitucionalidad.

Ninguno de estos argumentos fueron expuestos en la sentencia, siendo que ellos resultaban ineludibles si es que se la quería dotar de una justificación razonada y suficiente, pues no constituyen más que la aplicación, a las concretas circunstancias del caso, de la fórmula genérica relativa al principio de igualdad invocada por el máximo tribunal.

2.2.2. *Derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales*

a) *El caso “Pelliza, Esilda María s/pensión”*⁷³⁴

⁷³³ Según Finnis, “... muchas acciones son a la vez distributiva y conmutativamente justas (o injustas)”. Es más, “... puede haber campos del derecho respecto de los cuales es difícil decir (o al menos es una cuestión de interpretación controvertida) si las reglas están pensadas para asegurar la justicia distributiva o, más bien, la conmutativa” (FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 208). Tal es el caso de la obligación de indemnizar al trabajador despedido, la que se funda en razones de justicia conmutativa y distributiva al mismo tiempo, por cuanto si bien es consecuencia de la ruptura del vínculo contractual —regido por la justicia sinagmática—, también obedece a la posición de mayor debilidad en la que se encuentra el dependiente. Adviértase que este último tan sólo debe cumplir con la obligación de preaviso si desea poner fin a la relación laboral, y ello es así, no obstante darse el supuesto de un trabajador calificado cuyo reemplazo no resulte en absoluto sencillo de lograr.

⁷³⁴ Fallos 247:551 (1960).

a1) Los hechos

La actora interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Trabajo que le denegó el beneficio de pensión solicitado en su carácter de hermana del causante. Como fundamento de su recurso tachó de inconstitucional el artículo 42 de la ley 4349, agraviándose por cuanto “... si bien a la fecha en que se habría originado el beneficio que pretende, se hallaba vigente el texto primitivo del art. 42 de la ley 4349, que desconocía el derecho de las hermanas del jubilado fallecido a percibir el beneficio de pensión, también es verdad que, en la misma época, aquélla era la única ley de previsión social que no reconocía tal beneficio, razón por la cual entiende que la norma referida es violatoria de la garantía constitucional de igualdad ante la ley”⁷³⁵. La ley 4349 resultaba aplicable a la recurrente por estar vigente a la fecha del fallecimiento del causante, habiendo sido modificada con posterioridad por la 12.837 “... que vino a incluir entre los beneficiarios a las hermanas del causante..”⁷³⁶.

La Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia impugnada, denegando el beneficio de pensión solicitado por la actora.

a2) Los fundamentos principales

La Corte justificó el decisorio de modo escueto, invocando su reiterada doctrina conforme a la cual “... la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no resulta afectada por la existencia de regímenes diferentes en las distintas cajas, en orden a los beneficios

⁷³⁵ Ídem, considerando 1.

⁷³⁶ Dictamen del Procurador General.

que ellas acuerdan...”⁷³⁷. Asimismo, agregó que “lo atinente a la uniformidad o diversidad de sistemas en materia de previsión constituye, en efecto, una cuestión de política legislativa, cuya desventaja o acierto escapa al examen de esta Corte Suprema en tanto no se demuestre la existencia de discriminaciones por razón de hostilidad o indebido privilegio”⁷³⁸.

a3) Análisis del fallo

Es éste uno de los tantos precedentes vinculados a cuestiones previsionales, en los que la Corte rechaza todo planteo por el que se pretenda, con base en el principio de igualdad, extender beneficios que otorgan otros regímenes previsionales no aplicables al recurrente⁷³⁹. Aunque, cabe aclarar, el caso “Pelliza” presenta una particulari-

⁷³⁷ Fallos 247:551 (1960), considerando 3.

⁷³⁸ *Ibidem*.

⁷³⁹ Cfr. Fallos 218:470 (1950); 223:343 (1952); 315:482 (1992); 319:1630 (1996). En el caso “Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión” (Fallos 293:551(1975)), la Corte hizo una excepción a la doctrina enunciada, elevando la movilidad del 82% -establecida en el artículo 51 del decreto-ley 18.037/68 para las prestaciones de los magistrados y funcionarios que se hubiesen jubilado y sus causahabientes- a la prescripta en el régimen del decreto-ley 18.464/69 no aplicable a dichos beneficiarios y equivalente al 85%. Como fundamento de su decisión, sostuvo que la desigualdad se producía por la “... vigencia de normas que contemporáneamente establecen un régimen privilegiado, al tiempo que mantienen un régimen irrazonable, sin que se adviertan circunstancias que excluyan la arbitrariedad de tal diferencia” (considerando 4). Asimismo, agregó que “... las desigualdades surgidas como consecuencia de la aplicación de una ley previsional no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar. Ello resulta del objetivo preeminente de la Constitución Nacional de lograr el bienestar general (Fallos 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social” (considerando 5). Cabe señalar, que en este pronunciamiento, verdaderamente excepcional, la Corte no justifica porqué la diferenciación existente entre los regímenes del decreto ley 18.037/68 y el 18.464/69 resul-

dad en relación a otros precedentes del tribunal: la ley 4349 era la única que no otorgaba, a la fecha de fallecimiento del causante, el derecho de pensión para las hermanas⁷⁴⁰; por ello, el término de comparación estaba dado por todos los restantes regímenes de previsión. Además, dicha ley fue reformada con posterioridad por la 12.387, la que incluyó entre los beneficiarios de la pensión a las hermanas del causante. No obstante ello, la recurrente no se ampara en dicha reforma para solicitar el beneficio, aceptando la regla conforme a la cual los derechos previsionales se ejercitan con arreglo a la situación existente al día del fallecimiento del causante⁷⁴¹.

En el presente, el máximo tribunal reiteró su doctrina según la cual la uniformidad o diversidad de sistemas en materia de previsión constituye una cuestión de política legislativa, cuyo acierto o desventaja escapa al examen judicial en tanto no se demuestre la existencia de discriminaciones arbitrarias. Ello supuso trasladar la carga de la argumentación sobre quien impugna la norma por violatoria del principio de igualdad, pues si bien no se dice expresamente cuál de

ta arbitraria, como así tampoco cuál es la razón para apartarse de su reiterada doctrina conforme a la cual el principio de igualdad no impide la existencia de regímenes previsionales distintos en tanto no exista una discriminación irrazonable o propósitos persecutorios, no pudiéndose extender beneficios que otorgan otros regímenes previsionales no aplicables al recurrente.

El caso “Sánchez de Sotelo” (Fallos 312:615 [1989]) constituyó otra excepción a la doctrina referida, puesto que en dicha oportunidad la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 123 del Estatuto de la Policía Federal y 94, inciso 1) del decreto ley 333/58, que establecían la extinción del derecho a pensión para la viuda por causa de nupcias posteriores a su otorgamiento, porque su mantenimiento —frente a la ley N° 22.611 vigente en el sistema nacional que arbitra una solución opuesta— conducía a negar a unos lo que se concede a otros en iguales circunstancias, en violación del principio de igualdad ante la ley.

⁷⁴⁰ Cfr. Fallos 247:551 (1960), considerando 1.

⁷⁴¹ Cfr. Fallos 163:89 (1931); 181:127 (1938) y 199:60 (1944).

las partes debe demostrarlo, resulta evidente que el organismo previsional demandado, en la generalidad de los casos, no tiene interés ni tampoco intentará demostrar que la discriminación es arbitraria. Por tanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte, es a quien se agravia por la distinción de trato impartida con relación a otros sistemas previsionales, a quien incumbe desvirtuar la presunción conforme a la cual "... la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no resulta afectada por la existencia de regímenes diferentes en las distintas cajas, en orden a los beneficios que ellas acuerdan"⁷⁴².

Pero adviértase que el tribunal no sólo traslada la carga de la argumentación sobre quien se agravia por la diferenciación normativa, sino que también se abstiene de fundamentar porqué las razones dadas por el recurrente no resultan suficientes para demostrar la existencia de una distinción normativa irrazonable. Cabe señalar, que resulta criticable imponer la carga de la argumentación al recurrente, en tanto no es éste sino el organismo previsional quién se encuentra en mejores condiciones para invocar las razones que justifican la diversidad de tratamiento cuestionada. Ello, por cuanto es dicho organismo el que probablemente cuente con la información técnica necesaria y los antecedentes de la legislación de los que surja el fundamento del trato desigual impartido por la norma recurrida.

Si bien parece correcto no exigir una absoluta uniformidad entre todos los sistemas de previsión social y reconocer al legislador libertad de configuración, ello no exime al tribunal de justificar por qué la distinción impugnada no es arbitraria, aún cuando a su juicio, la recurrente no halla demostrado la existencia de una discriminación irrazonable.

⁷⁴² Fallos 247:551 (1960), considerando 3. Doctrina también sostenida en Fallos 206:112 (1946).

La Corte se limita a afirmar que la uniformidad o diversidad de los regímenes previsionales es una cuestión de política legislativa y no viola el principio de igualdad, pero omite fundamentar su afirmación, la que luce como genérica y desvinculada de las circunstancias del caso. En apoyo de la presunción sostenida por el máximo tribunal, pueden aducirse razones de diversa índole, tanto de validez general como relativas al caso sometido a decisión. Así, podría argüirse que pretender una absoluta uniformidad entre los distintos sistemas de previsión resultaría de imposible cumplimiento, atento a las particularidades que cada una de las cajas de previsión social presenta, a las que se debe adaptar la normativa correspondiente. En efecto, la extensión de los beneficios previsionales que cada una de ellas otorga, dependerá también de las posibilidades económicas y de otros factores que el Poder Judicial no se halla en condiciones de valorar, pues carece de la capacidad técnica necesaria y de competencia constitucional.

En este sentido, en el caso “Huergo”, con ocasión de resolver un planteo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad por una norma previsional, la Corte sostuvo que “es grande la atribución del legislador en la materia porque en rigor, la jubilación no está en relación económica estricta con los aportes efectuados. Es un sistema de asistencia social que así como se financia en parte con aportes de los que no se ha seguido ningún beneficio para quien los hizo ni para sus sucesores —como son los efectuados por quienes mueren o dejan el servicio antes de tener derecho a ninguna prestación—, se financia también, —y no es ésta, por cierto, la porción menos importante—, con rentas generales, es decir, con una contribución de la colectividad cuyas generaciones van tomando sobre sí sucesivamente, por elementales razones de solidaridad social, la carga económica que impone el cumplimiento del deber de justicia distributiva a que obedece la asistencia en cuestión. En consecuencia lo que la ley regula y limita al ponerle condiciones al otorgamiento de

estos beneficios no es sólo el derecho de los beneficiarios sino también la contribución colectiva con que se los sostiene”⁷⁴³.

Las consideraciones expuestas en el párrafo precedente resultarían aplicables al caso bajo análisis, a los fines de justificar por qué no es dable exigir del legislador una uniformidad absoluta en materia previsional. En efecto, el derecho de los hermanos a gozar del beneficio de pensión no está en una relación económica estricta con los aportes del causante, y la extensión del citado beneficio a los parientes colaterales, como son los hermanos, constituye una facultad privativa del legislador, quien evaluará las posibilidades del sistema previsional de que se trate para soportar la carga que supone admitir otros potenciales titulares del derecho, además de los ya previstos en la normativa vigente. Conforme a ello, cabría afirmar que si los hermanos tienen derecho a gozar del beneficio de pensión es una cuestión que corresponde determinar al legislador, pues dependerá de la suficiencia de recursos, ya que a falta de ellos resultará imposible su distribución.

Ni las razones expuestas, ni otras posibles, fueron invocadas por el máximo tribunal, quien omitió el deber de motivar su resolución, pronunciándose dogmáticamente y privando a la sentencia de un fundamento que diera acabada respuesta a la impugnación formulada por el recurrente. La exigencia de una justificación suficiente de las decisiones judiciales resulta ser de primordial importancia en un sistema de gobierno en el que los jueces no son elegidos mediante el

⁷⁴³ Fallos 219:343 (1951). Este pronunciamiento, en cuanto a su fundamentación, resulta ser una excepción en lo que respecta al principio de igualdad en materia previsional, pues aquí la Corte demuestra un esfuerzo por justificar la presunción de razonabilidad de las distinciones establecidas por el legislador en la regulación de las cuestiones previsionales.



voto popular, pues ella constituye un factor que las legitima y permite el control por parte de las instancias revisoras⁷⁴⁴.

b) *El caso “Baldini, Gabriela Javiera Rosario s/pensión”*⁷⁴⁵

b1) Los hechos

La actora interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que había confirmado lo resuelto por la Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos, en cuanto había supeditado el pago de la pensión a la opción que debía formular la Sra. Baldini entre el precitado beneficio y una jubilación concedida por la misma Caja, conforme a lo prescripto por el artículo 41 de la ley 18.037.

En el remedio federal, la recurrente cuestionó el artículo 41 de dicha ley, considerándolo violatorio del principio de igualdad, por cuanto al cónyuge del causante no se le imponía la opción referida, mientras que a la hija incapacitada se le exigía optar entre la pensión a que tenía derecho a raíz del fallecimiento de su madre y la jubilación de que era titular con anterioridad⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ Cfr. VIGO, R. L., “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Tomo XXXII, Año Académico 1993, pp. 226-229.

⁷⁴⁵ Fallos 295:455 (1976).

⁷⁴⁶ Cabe señalar, que en Fallos 294:122 (1976) y 317:59 (1994) se efectuaron cuestionamientos similares al del caso bajo análisis —aunque con relación a los artículos 25, inciso 5 y 26 del decreto ley 18.038, en el primer caso y 26, inciso 1º, apartado b de la misma norma legal, en el segundo—. En Fallos 294:122 se cuestionó la obligación de optar de los hermanos entre la pensión y otro beneficio previsional y en Fallos 317:59, se impugnó dicha obligación, aunque con relación a los hijos. En tales pronunciamientos, la Corte resolvió en idéntico sentido, declarando la constitucionalidad de las normas mencionadas por considerar que no

La Corte, por voto unánime, rechazó el recurso interpuesto, confirmado la sentencia de la Cámara y resolviendo que la norma cuestionada no lesionaba el principio de igualdad.

b2) Los fundamentos principales

La Corte Suprema señaló que la opción impuesta por el artículo 41 de la ley 18.037 es consecuencia de que en materia previsional, “... en principio no procede la acumulación de beneficios, salvo que exista autorización expresa (doctrina de Fallos 235:215; 256:457; 271:389 y otros)”⁷⁴⁷.

Agregó también, que “... la base de la desigualdad que se señala estaría dada por la distinta naturaleza del vínculo con el causante. Ello es así por cuanto, si bien pudiera argüirse que al cónyuge y a los hijos no se les asigna un orden de prelación excluyente a efectos del derecho a pensión (art. 37, in fine, de la ley 18.037), debe empero recordarse que la garantía de que se trata no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas (doctrina de Fallos 238:60, antes citado), propósitos que no se advierten en el *sub lite*...”⁷⁴⁸.

Brindando como único sustento las consideraciones vertidas en el párrafo transcripto, la Corte resolvió que el artículo 41 de la Ley

vulneraban el principio de igualdad, pero sin fundamentar por qué la diferenciación establecida con relación a otros derechohabientes —quienes sí podían acumular beneficios sin obligación de optar— no era arbitraria.

⁷⁴⁷ Fallos 295:455 (1976), considerando 3.

⁷⁴⁸ Ídem, considerando 4.

18.037 no violaba el principio de igualdad, confirmando la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones y rechazando el recurso extraordinario interpuesto por la actora.

b3) Análisis del fallo

La sentencia bajo análisis puede ser calificada como dogmática, puesto que más allá de que se comparta o no la resolución final del planteo de inconstitucionalidad formulado, lo cierto es que la misma carece de una fundamentación suficiente. Pues, en efecto, ante la impugnación del artículo 41 de la ley 18.037, la Corte se limita a reiterar la facultad del legislador para clasificar y distinguir los objetos de la legislación, siempre que la discriminación no sea arbitraria. Adviértase que no obstante el principio genérico enunciado por el tribunal, éste no se hace cargo de justificar porqué en el caso la distinción establecida entre cónyuges e hijos con relación al derecho de acumular los beneficios previsionales no resultaba arbitraria. La distinta naturaleza del vínculo con el causante, invocada para dar sustento a la distinción establecida en la norma jurídica cuestionada, no parece ser una razón suficiente, sino en todo caso una diferencia meramente fáctica que no basta por sí sola para dotar de fundamentación a la discriminación normativa⁷⁴⁹.

En este sentido, Alexy ha advertido con acierto que “los juicios sobre igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un tratamiento igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un tratamiento desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un tratamiento igual. (...) Como no existe ni una

⁷⁴⁹ Con relación a las diferencias de trato en el acceso a la pensión a favor de familiares, el TCE ha sostenido que “... únicamente pueden venir justificadas si existe realmente una causa objetiva y razonable y sea proporcionada a la misma” (SCT 3/1993, f. 42).

igualdad ni una desigualdad en todos los aspectos (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre las personas y situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) fáctica parcial en algún aspecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad valorativa⁷⁵⁰. Ello significa que la sola existencia de diferencias fácticas no es razón suficiente para justificar un tratamiento desigual, por cuanto en el ámbito de lo real todos los entes son iguales y desiguales en ciertos aspectos; de allí que lo que exige el principio de igualdad es fundamentar por qué determinadas diferencias fácticas constituyen criterios relevantes a los fines de establecer un tratamiento normativo diverso, o por el contrario, se trata de diferencias irrelevantes que imponen una uniformidad de trato legal.

En el caso bajo estudio, el máximo tribunal debió explicitar qué caracteres de la distinta naturaleza del vínculo con el causante resultaban relevantes para fundar un tratamiento diverso. Y ello no significa juzgar sobre la conveniencia o equidad del criterio escogido por el legislador, sino poner de manifiesto qué fines o razones tuvo en miras el creador de la norma, por cuanto resulta evidente que la selección por él efectuada no debe ser azarosa, aunque sí puede ser discrecional, teniendo en cuenta que estaba dentro de sus facultades otorgar el derecho de acumular los beneficios previsionales también a los hijos y no sólo al cónyuge.

Efectuando una interpretación teleológica-objetiva de la norma cuestionada, cabría afirmar que si el legislador optó por conceder sólo al viudo el derecho de acumular a la pensión otro beneficio previsional, fue porque la pensión es consecuencia de los aportes del causante, los que en parte pertenecen al supérstite, teniendo en cuenta

⁷⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 387.

que el derecho presume que éste ha contribuido con su apoyo y acompañamiento —y quizás también con su trabajo— a producirlos.

Por lo expuesto, puede concluirse en que si bien la sentencia resolvió correctamente el planteo de inconstitucionalidad formulado, no dotó al pronunciamiento de una fundamentación suficiente tendiente a demostrar porqué la clasificación impugnada resultaba compatible con el principio de igualdad.

2.2.3. *Derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos*

a) *El caso “Estancias y Colonias Badenia S.A. c/Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad de patente”⁷⁵¹.*

a1) Los hechos

La firma “Estancias y Colonias Badenia S.A.” demandó a la Provincia de Santa Fe por devolución de la suma pagada en concepto de impuesto de patente, creado por ley 2308, que en su artículo 18 estableció que las sociedades territoriales o compañías de tierras y anónimas que no ejerzan un ramo comercial o industrial pagarían el impuesto de patentes conforme a la escala allí establecida, la que dependía del capital social. Cabe aclarar que la demanda de repetición se interpuso por ante la Corte Suprema de Justicia, la que dictó sentencia en ejercicio de su competencia originaria, por tratarse de un litigio entre una Provincia y un vecino de otra Provincia (cfr. artículo 116 de la Constitución argentina), atento a que la sociedad se hallaba constituida en la Provincia de Córdoba.

⁷⁵¹ Fallos 179:86 (1937).

La actora cuestionó la constitucionalidad de dicho impuesto, alegando con relación al principio de igualdad que se trataba de un gravamen a la persona jurídica como tal. La Corte rechazó tal agravio, así como los restantes, y confirmó la constitucionalidad del impuesto impugnado.

a2) Los fundamentos principales

El máximo tribunal, remitiéndose a lo resuelto en Fallos 170:62 (1933), donde admitió la posibilidad constitucional de gravar a las sociedades territoriales o anónimas con un impuesto que no se cobra a las personas físicas, sostuvo que “... la garantía de la igualdad del impuesto del art. 16 de la Constitución, no constituye una regla absoluta que obligue al legislador a cerrar los ojos a la diversidad de circunstancias, condiciones y diferencias, que puede presentarse a su consideración. Lo que estatuye aquella regla es la obligación de igualar a todas las personas o instituciones afectadas por un impuesto dentro de la categoría, grupo o clasificación que corresponda, evitando distinciones arbitrarias inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas (Fallos t. 150, pág. 108 y los allí citados)”⁷⁵².

Finalmente, el tribunal señaló que “... no se trata, en el caso de autos, de un gravamen fiscal a una persona jurídica por el hecho de ser tal, como se arguye por la actora, sino a una entidad especial dentro de esas creaciones legales, a una Sociedad Anónima que es una institución netamente mercantil por precepto del art. 282 del Código y por ello mismo, prevista en el art. 1º de la ley provincial N° 2317, y la presunción *juris tantum* de que una entidad mercantil se

⁷⁵² Ídem, considerando 4.

dedica a realizar actos de comercio (art. 5° del Código de Comercio) no sólo no ha sido rectificada en autos sino que se confirma...”⁷⁵³.

a3) Análisis del fallo

El presente caso ha sido escogido para su estudio como prototipo de fallos relativos a cuestiones impositivas en los que la Corte sostuvo que el principio de igualdad no se opone a la clasificación en categorías de contribuyentes, siempre que el impuesto sea uniforme para todas las que se encuentran en igualdad de condiciones, es decir dentro de cada categoría formada por la ley⁷⁵⁴.

En otros pronunciamientos, el máximo tribunal agregó: no basta que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento, sino también es necesario que la clasificación misma repose sobre una base razonable⁷⁵⁵, se halle fundada en diferencias razonables⁷⁵⁶, o tenga razón de ser⁷⁵⁷, evitando distinciones arbitrarias inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas⁷⁵⁸.

Si bien esta doctrina es expuesta y reiterada por la Corte Suprema, ésta ha omitido en diversos pronunciamientos donde juzgó la

⁷⁵³ Ídem, considerando 5. En concordancia con esta jurisprudencia, en otros pronunciamientos la Corte admitió los recargos de impuestos o impuestos aplicados únicamente a sociedades anónimas (cfr. Fallos 188:105 [1940]; 201:202 (1945) y 251:180 [1961]).

⁷⁵⁴ Cfr. Fallos 115:111 (1911); 150:89 (1927); 176:157 (1936); 188:464 (1940); 190:159 (1941); 200:424 (1944); 204:391 (1946); 210:172 (1948); 248:285 (1960); 273:241 (1969); 286:166 (1973); 314:1293 (1991) y 327:2435 (2004).

⁷⁵⁵ Cfr. Fallos 176:157 (1936); 188:464 (1940) y 327:2435 (2004).

⁷⁵⁶ Cfr. Fallos 195:270 (1943) y 210:284 (1948).

⁷⁵⁷ Cfr. Fallos 200:424 (1944).

⁷⁵⁸ Cfr. Fallos 150:89 (1927); 179:86 (1937); 210:172 (1948); 314:1293 (1991).

categoría impositiva impugnada por el recurrente argumentar y demostrar cuál es la razón de ser o la diferencia razonable en que ella se apoya, limitándose a exponer el principio enunciado en el párrafo precedente de modo dogmático sin relacionarlo con las circunstancias concretas del caso⁷⁵⁹.

En el caso bajo análisis la Corte incurre en el error señalado, pues no se hace cargo de justificar la razonabilidad de la categoría cuestionada. Tal como se expuso en el análisis del caso “Baldini”⁷⁶⁰, las diferencias fácticas o jurídicas no bastan para dotar a la clasificación de una razón suficiente. Por ello, afirmar, como lo hace el tribunal, que la “sociedad anónima” se trata de una entidad especial dentro de las creaciones legales, netamente mercantil, dedicada a realizar actos de comercio, no tiene otra significación más que constatar una característica jurídica propia de las sociedades anónimas que por sí misma resulta irrelevante a los fines del impuesto cuestionado, puesto que otros tipos de sociedades también son mercantiles y tienen por objeto la realización de actos de comercio. Asimismo, la celebración de actos de comercio también es propia de los comerciantes, trátense de personas físicas o jurídicas.

⁷⁵⁹ Este déficit de argumentación se ve también reflejado en Fallos 188:464 (1940), por el que se resolvió que no violentaba el principio de igualdad el impuesto de patente que se cobraba por la Municipalidad de Buenos Aires a los cabarets y no así a otros establecimientos de diversión; en Fallos 204:391 (1946), donde se cuestionó que la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires gravara más severamente a las funciones de cines que a las de teatros, siendo tal diferenciación convalidada por la Corte; en Fallos 311:1459 (1988), por el que se declaró compatible con el principio de igualdad un impuesto de la Provincia de Buenos Aires creado por la ley 10.293 que gravaba únicamente a los buques deportivos; en Fallos 320:1166 (1997), analizado en el epígrafe 2.2.3., b) del presente capítulo.

⁷⁶⁰ Fallos 295:455, (1976).

Más allá del acierto o error de la decisión del máximo tribunal al declarar compatible con el principio de igualdad un impuesto que se cobra sólo a las sociedades territoriales o anónimas y no así a las personas físicas⁷⁶¹, lo que interesa destacar es el déficit de argumentación señalado en el párrafo precedente y el deber del tribunal de explicitar las razones que justifican la creación de la categoría impugnada. Cuando no le resulte posible hacerlo, se ha de pronunciar declarando su inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, pues ello prueba la inexistencia —mientras no se demuestre lo contrario— de una razón suficiente que haga excepción a los principios de uniformidad y generalidad de los impuestos, los que constituyen una derivación del principio de igualdad en materia impositiva y una expresión de las exigencias propias de la justicia distributiva.

b) *El caso “Cafés La Virginia S.A. c/Dirección General Impositiva s/demanda de repetición”*⁷⁶².

b1) Los hechos

La actora interpuso demanda de repetición contra la Dirección General Impositiva tendiente al cobro de las sumas abonadas en concepto de impuesto a las ganancias por el año 1987 y anticipos del año 1988, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del

⁷⁶¹ En el presente no se valorará el acierto o error de la decisión del tribunal, puesto que no se ha podido acceder al expediente donde tramitó la causa y conocer la totalidad de los argumentos esgrimidos por la Provincia de Santa Fe para defender la constitucionalidad del impuesto, como así tampoco fue posible tomar conocimiento de los debates parlamentarios o antecedentes de la ley para determinar los motivos que tuvo el legislador para gravar únicamente a las sociedades anónimas o territoriales.

⁷⁶² Fallos 320:1166 (1997).

punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260 por violación del derecho de propiedad y del principio de igualdad⁷⁶³.

El punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260 “... dispuso que los nuevos métodos establecidos para el avalúo de las existencias de mercaderías —valores más cercanos a la fecha de cierre del ejercicio— serán de aplicación en el primer ejercicio de vigencia de la reforma tanto para las existencias finales como para las iniciales, tomando como base para éstas los valores que hubiera correspondido asignar a las existencias finales del ejercicio anterior, si se hubiera utilizado el mismo método. Sin perjuicio de ello, la norma en cuestión agregó que el valor así asignado a las existencias iniciales del primer ejercicio de vigencia de la ley 23.260 no se tendrá en cuenta para el ajuste por inflación”⁷⁶⁴.

A su vez, la ley 23.525 introdujo una excepción a lo dispuesto en el punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260, permitiendo al sector pecuario aplicar el sistema de ajuste por inflación en el primer ejercicio para el que regirían las disposiciones de la ley 23.260, evitando así que quedasen sujetas al impuesto ganancias irreales o ficticias.

⁷⁶³ El punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260 disponía que: “Las modificaciones introducidas por los puntos 15, 16, 17 y 18 serán de aplicación para las existencias finales de los ejercicios que se inicien con posterioridad a la fecha de publicación. Las existencias iniciales del primer ejercicio al que sea de aplicación lo establecido en el párrafo anterior, deberán valuarse empleando el mismo método utilizado para las existencias finales de ese mismo ejercicio, tomando como base los valores que hubiere correspondido asignar a las existencias finales del ejercicio anterior si se hubieren valuado por el citado método; lo dispuesto precedentemente no será aplicable para la determinación del ajuste por inflación, el cual se regirá por lo dispuesto en el último artículo agregado por el punto 43 del art. 1º”.

⁷⁶⁴ SPISSO, R., “La incidencia del impuesto a las ganancias sobre utilidades nominales”, *La Ley*, t. 1998-C, p. 756.



La actora consideró violado el principio de igualdad por la excepción establecida en la referida ley 23.525 para el sector pecuario, término de comparación invocado por la actora con respecto al cual se impartía el tratamiento desigual cuestionado. De tal modo, el punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260 cuya inconstitucionalidad se solicitó no afectaba en si mismo el principio de igualdad, sino en relación con la ley 23.525, que fue la que creó la excepción a la regla establecida en dicho artículo 5 en beneficio del sector pecuario.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda, sentencia que fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, por considerar que la precitada norma legal "... en cuanto dejó subsistente para el primer ejercicio al cual se aplicarían las disposiciones de esta ley, el criterio legislativo vigente con anterioridad para la valuación de las existencias iniciales —a los efectos del ajuste por inflación— conducía al resultado de que quedasen sujetas al impuesto ganancias irreales o meramente nominales"⁷⁶⁵. Asimismo, la Cámara "... hizo referencia a distintas opiniones vertidas en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 23.525⁷⁶⁶, que señalaron

⁷⁶⁵ Fallos 320:1166 (1997), considerando 1, primer párrafo.

⁷⁶⁶ El artículo 1 de la ley 23.525 había incorporado como tercer párrafo del punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260 una excepción a lo establecido en dicho punto 9, prescribiendo que lo allí dispuesto no sería de aplicación "... para las existencias iniciales de hacienda de establecimientos ganaderos de cría —incluidos los establecimientos tamberos— y de invernada que se podrán valuar a los precios que resulten de deflacionar los valores de cada categoría tomados en cuenta para valuar la existencia final del ejercicio anterior. La deflación se realizará en función de la variación operada en el índice de precios al por mayor, nivel general, publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, entre el mes de cierre del ejercicio en el que se apliquen por primera vez los nuevos métodos de valuación para la referida hacienda y el mes de cierre del ejercicio inmediato anterior. Para la determinación del ajuste por inflación deberá considerarse como valor al inicio del ejercicio, el que resulte de aplicar el método precedente".



la injusticia que habría generado el punto 9 del artículo 5 de la ley 23.260, injusticia que afectaría a todo tipo de empresas, pero que la ley citada en primer término sólo atendió en lo atinente al sector pecuario. Según el a quo el hecho de que se haya solucionado el problema de un sector, y no el de la totalidad de los afectados, importó una vulneración del principio de igualdad”⁷⁶⁷.

Contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, la demandada interpuso recurso extraordinario, el que fue declarado procedente por la Corte Suprema, revocando la sentencia apelada y rechazando la demanda de repetición interpuesta por la actora.

b2) Los fundamentos principales

La Corte Suprema consideró que la prueba producida en autos no resultaba idónea para demostrar la existencia de una lesión al derecho constitucional de propiedad, invocada por el recurrente⁷⁶⁸.

Con relación al principio de igualdad, que la Cámara juzgó vulnerado, la Corte afirmó que “... es doctrina reiteradamente sostenida que no viola el art. 16 de la Constitución Nacional el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución de personas o grupo de ellas. La garantía consagrada en dicho precepto constitucional entrega a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (...). En tal sentido, es evidente que la sola ponderación de que existían en el país otros sectores —además del ganadero— con problemas econó-

⁷⁶⁷ Fallos 320:1166 (1997), considerando 1, tercer párrafo.

⁷⁶⁸ Cfr. *idem*, considerandos 5 y 6.

nicos no es razón suficiente para concluir que la solución adoptada por el legislador pueda ser identificada con las discriminaciones arbitrarias o con las persecuciones ilegítimas aludidas por la doctrina citada”⁷⁶⁹.

Asimismo agregó, reiterando doctrina sentada con anterioridad, que “... el principio de igualdad no exige que deban gravarse por igual a todas las industrias, cualquiera sea su clase, desde que es evidente que no son iguales las cosas que son diferentes, trátase de objetos o de industrias de distinta clase, y que por lo mismo, para que sea una realidad el principio establecido en el artículo 16 de la Constitución, de que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, no puede ni debe referirse a cosas iguales y del mismo género, que constituyan la igualdad del impuesto de que habla el artículo y que es, según él, la base del impuesto y de las cargas públicas (Fallos 98:67)”⁷⁷⁰.

b3) Análisis del fallo

En el presente análisis no se abordará el agravio relativo a la confiscatoriedad del impuesto y la consecuente vulneración del derecho de propiedad, sino que se tratará la cuestión vinculada con la violación del principio de igualdad.

Ante el cuestionamiento formulado por la recurrente, la Corte Suprema, aunque no de modo explícito, pero sí implícitamente, le impuso la carga de la argumentación, debiendo aquella demostrar la existencia de una discriminación arbitraria y destruir de tal modo la presunción de razonabilidad que rige para las distinciones normati-

⁷⁶⁹ ídem, considerando 7, primer párrafo.

⁷⁷⁰ ídem, considerando 7, segundo párrafo.

vas vinculadas con derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos.

Adviértase también, que según la Corte no cualquier razón resulta suficiente para destruir la presunción aludida. En el caso, el tribunal afirmó dogmáticamente que la existencia de otros grupos con problemas económicos no es una razón idónea para demostrar la existencia de una discriminación arbitraria entre el sector pecuario y los otros sectores de la economía, aunque no señaló por qué dicho argumento carecía de idoneidad y debía ser rechazado, como así tampoco indicó criterios que permitieran determinar cuándo una razón podría ser considerada suficiente para demostrar que la discriminación normativa era arbitraria.

Finalmente, citando un antiguo precedente, el máximo tribunal reiteró los alcances del principio de igualdad en materia de gravámenes a las industrias o a las diversas actividades productivas, señalando que lo único que éste exige es que se grave por igual a cada clase o género de objetos o de industrias⁷⁷¹. De tal modo, como en los casos “Estancias y Colonias Badenia S.A.”⁷⁷² y “Baldini”⁷⁷³, confundió nuevamente la igualdad jurídica que exige el artículo 16 de la Constitución Argentina con la igualdad fáctica, negándose a examinar la razonabilidad del criterio escogido por el legislador para distinguir entre el sector pecuario y los restantes sectores de la economía.

Con el objeto de justificar la distinción impugnada mediante una interpretación teleológica, podría llegar a afirmarse que la excepción establecida en la ley 23.525 con respecto al sector pecuario tendía a fomentar o promocionar una determinada actividad económica que se encontraba en situación de emergencia; pero dicha

⁷⁷¹ Cfr. *idem*, considerando 7, segundo párrafo.

⁷⁷² Fallos 179:86 (1937)

⁷⁷³ Fallos 295:455 (1976).

interpretación ha sido criticada, pues partiendo del principio conforme al cual el tributo debe incidir sobre utilidades reales y no simplemente nominales, se sostuvo que el punto 9 del artículo 5 de la ley 23.360 resultaba inconstitucional por posibilitar que el impuesto a las ganancias incidiera sobre el capital de las empresas, en vez de gravar la renta. Con fundamento en ello, se afirmó que la ley 23.525 –término de comparación invocado por la actora– no se podía considerar “... una norma promocional o de fomento de una actividad o tendiente a aliviar la situación de emergencia de un determinado sector de la economía, en cuyo caso podría considerársela compatible con la doctrina judicial de la Corte sobre el principio de igualdad. La ley 23.525, por el contrario, tendió a sustituir, respecto de un sector económico, un criterio irracional que posibilitaba que el tributo incidiera sobre el capital de las empresas, por otro tendiente a evitar tales perniciosos efectos. Con ello, la ley 23.525 contribuyó a desnudar la inconstitucionalidad del criterio plasmado en el artículo 5º, parte 9ª de la ley 23.260 cuyo mantenimiento para los restantes contribuyentes agravia el principio de igualdad”⁷⁷⁴.

A tenor de lo expuesto, cabe concluir que si bien los objetivos de la legislación impugnada resultaban plenamente legítimos —promocionar la actividad del sector pecuario que se encontraba en crisis—, los medios utilizados para alcanzar dichos fines resultaban desproporcionados por cuanto implicaban una alteración del derecho de propiedad del resto de los sectores de la economía, al gravar el capital de las empresas en vez de su renta, estableciendo un tributo confiscatorio.

⁷⁷⁴ SPISSO, R. R., “La incidencia del impuesto a las ganancias...”, ob. cit., p. 759.

3. EL ESCRUTINIO ORDINARIO

En algunas ocasiones, aun cuando se trataba de derechos patrimoniales, y a diferencia de lo acontecido en aquellos fallos donde se hizo valer una presunción de razonabilidad de las clasificaciones normativas, conforme se ha expuesto en el epígrafe precedente, la Corte Suprema argentina, al juzgar la compatibilidad de las distinciones normativas con el principio de igualdad, desarrolló las razones que a su parecer justificaban la diversidad de tratamiento y desecharon toda sospecha de arbitrariedad. Esto es, no se limitó a negar dogmáticamente la existencia de una discriminación arbitraria, sino que explicitó por qué en el caso sometido a decisión la diferenciación establecida por el legislador resultaba razonable y por tanto no vulneraba el principio de igualdad.

Del estudio de la jurisprudencia del máximo tribunal puede derivarse que para considerar razonable un tratamiento desigual con relación a derechos patrimoniales debe existir una razón suficiente. En algunos casos la razón suficiente esgrimida para dotar de fundamento a la distinción normativa cuestionada consistió en una relación de adecuación o idoneidad entre la diferenciación establecida por la norma y la finalidad que con ella se perseguía, la que, cabe aclarar, ha de ser conforme a la Constitución. Tal como se expuso en el capítulo II, este examen es aplicado por la jurisprudencia constitucional estadounidense y se expresa como el requerimiento de un mínimo de racionalidad entre la clasificación impugnada y los objetivos perseguidos. En otros casos la razón suficiente se centró en las exigencias propias de la justicia distributiva, aduciéndose para confirmar la constitucionalidad del tratamiento desigual que éste respondía a una justa distribución de cargas, o alegándose la violación de los criterios que rigen la distribución de los bienes y cargas en el grupo social, a los efectos de invalidarlo.

Tal como se examinará en los precedentes seleccionados, la existencia de una razón suficiente no bastó para sortear el juicio de razonabilidad de la distinción impugnada si mediante ella se alteraba el contenido sustancial del derecho constitucional en juego. Por tanto, el escrutinio ordinario aplicado por la Corte Suprema para juzgar la razonabilidad de las clasificaciones normativas vinculadas con el ejercicio de derechos patrimoniales exigió la concurrencia de una razón suficiente que la justifique y la inalterabilidad del derecho fundamental involucrado.

A continuación se desarrollarán algunos de los aspectos teóricos de los criterios o juicios señalados precedentemente como integrantes del escrutinio ordinario —desarrollo que se complementa con lo expuesto en los epígrafes 2.3. y 5. 2. del capítulo I—, los que fueron aplicados por el máximo tribunal para la resolución de los casos analizados en los epígrafes subsiguientes

3.1. Existencia de una razón suficiente

3.1.1. *Requerimiento de una relación racional entre medios y fines*

El requerimiento de una relación racional entre medios y fines equivale al requerimiento de un mínimo de racionalidad, el que, conforme se expuso en el epígrafe 2 del capítulo II, es la denominación utilizada por la doctrina para referirse al test de constitucionalidad aplicado por la Corte Suprema de Estados Unidos a los fines de juzgar la violación de la decimocuarta enmienda por aquellas clasifi-

caciones normativas correspondientes al área económica o social⁷⁷⁵, que no involucran derechos fundamentales y que no se valen de criterios sospechosos tales como la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero o de hijo extramatrimonial. La exigencia de un mínimo de racionalidad supone la idoneidad de las distinciones para servir a los propósitos perseguidos por las reglas legislativas o administrativas⁷⁷⁶.

La argumentación utilizada por la Corte Suprema para desestimar las impugnaciones sustentadas en el principio de igualdad se ha centrado, en gran número de casos donde se encontraban en juego clasificaciones normativas vinculadas al ejercicio de derechos patrimoniales, en el análisis de esta relación de idoneidad entre la distinción normativa y la finalidad que con ella se perseguía⁷⁷⁷, valorando asimismo la constitucionalidad del objetivo propuesto.

Aunque cabe advertir, este examen de adecuación entre medios y fines de ningún modo es concebido como un mero ejercicio técnico, aplicación de lo que Max Weber denominó racionalidad instrumental⁷⁷⁸, sino que por el contrario es sumamente flexible, efectuándose un control de evidencia, en tanto no se exige una relación de adecuación exacta. A esta tolerancia para el examen de adecuación entre medios y fines pareciera referirse la Corte Suprema argentina al expresar en reiteradas ocasiones que las distinciones establecidas

⁷⁷⁵ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., pp. 639 y 646.

⁷⁷⁶ Cfr. TRIBE, L., *American constitucional...*, ob. cit., p. 1440.

⁷⁷⁷ Cfr. Fallos 132:402 (1920); 147:402 (1926); 184:398 (1939); 210:284 (1948); 264:53 (1966); 285:155 (1973); 304:667 (1982); 306:495 (1984); 306:1560 (1984); 310:2443 (1987); 313:928 (1990); 315:222 (1992); 316:2796 (1993); entre muchos otros.

⁷⁷⁸ Cfr. RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p. 166.

por el legislador no deben ser arbitrarias aunque su fundamento sea opinable⁷⁷⁹.

Tal como se desarrolló en el epígrafe 2. del capítulo II, la jurisprudencia constitucional estadounidense, al aplicar el denominado test de la relación racional, también se ha caracterizado por valorar con extrema deferencia la idoneidad de las clasificaciones para alcanzar los propósitos perseguidos, sometiendo la legislación cuestionada a una fuerte presunción de constitucionalidad⁷⁸⁰.

El Tribunal Constitucional español, si bien no ha elaborado diversos tests o escrutinios a la manera del modelo norteamericano, para determinar la razonabilidad de los criterios escogidos para diferenciar también ha valorado la existencia de una relación racional entre la diferenciación cuestionada y los fines perseguidos, sosteniendo que el principio de igualdad prohíbe al legislador otorgar relevancia jurídica a circunstancias que “... no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”⁷⁸¹.

Con relación a esta técnica de control, se ha señalado que en diversas ocasiones los jueces han aceptado el objetivo declarado por el Poder Legislativo al sancionar la norma, “... lo que impidió a los tribunales investigar las verdaderas razones que pudo haber tenido el Estado para realizar las citadas clasificaciones”⁷⁸². Ello presenta el

⁷⁷⁹ Cfr. Fallos 271:124 (1968); 299:181 (1977); 300:1049 (1978) y 300:1087 (1978); entre muchos otros.

⁷⁸⁰ Cfr. TRIBE, L., *American constitucional...*, ob. cit., pp. 1442-1443.

⁷⁸¹ STC 125/2003 y 186/2004.

⁷⁸² GULLCO, H. V., “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad...*, ob. cit., p. 257. El autor señala como ejemplo el caso “Vega” (311:1565 [1988]), en el que la Corte Suprema declaró constitucionalmente válida una ley que prohibía al actor (dueño de una planta de fraccionamiento de vinos ubicada en la

problema de los fines ilegítimos encubiertos, la responsabilidad de la parte impugnante de demostrar la persecución de tales fines y del Poder Judicial de investigar y analizar cuáles son los objetivos verdaderos de una clasificación legislativa.

3.1.2. *Exigencias de la justicia distributiva*

La Corte Suprema argentina también ha fundamentado la razonabilidad de las distinciones establecidas por el legislador con relación a derechos patrimoniales en exigencias propias de la justicia distributiva, siguiendo, a mi entender, en alguno de sus pronunciamientos la concepción clásica de la justicia formulada por Aristóteles y Tomás de Aquino. Conforme se desarrolló en el epígrafe 2.3. del capítulo I, la justicia distributiva tiene por objeto repartir proporcionalmente, según una igualdad geométrica, las cargas, deudas, bienes, funciones, servicios, honores o cualquier otra cosa que se vincule con "... el acervo común y los inconvenientes de la empresa común, que no sirven al bien común si no son y mientras no son asignados a individuos particulares"⁷⁸³. Con relación a ello, cabe recordar que tal como señala Finnis, "todas las exigencias de la justicia general, [la que tiene por objeto la realización del bien común], son específica-

provincia de Entre Ríos) realizar dicha actividad por estar fuera de la zona de cultivo y extracción de uvas. Según Gullco, dicha ley no tenía como objetivo primordial proteger la salud pública, tal como lo sostuvo el máximo tribunal, sino que, en realidad, era el producto del esfuerzo de lobby de un determinado grupo económico para lograr el control monopolístico sobre el mercado. También hace referencia al caso *Williamson v. Lee Optical* (348 U.S. 483, [1955]), de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como otro ejemplo donde se convalidaron diferenciaciones normativas que perseguían fines aparentemente neutrales y legítimos, pero que en realidad constituían maniobras monopolísticas, tendientes a favorecer a determinados grupos económicos.

⁷⁸³ FINNIS, J., *Natural law and natural rights...*, ob. cit., p. 196.

mente exigencias o de la justicia distributiva o conmutativa o de las dos”⁷⁸⁴, por ello, el fundamento vinculado a la justicia distributiva implicará ineludiblemente una referencia a los requerimientos del bien común.

En los fallos de la Corte, las razones referidas a la justicia distributiva se presentan particularmente —aunque no de manera exclusiva— cuando están en juego cuestiones impositivas, pues se trata en tales casos de juzgar la proporcionalidad del reparto de las cargas sociales que las partes deben al Estado para la realización del bien común. Así, por ejemplo, en el fallo “Bonorino Ezeyza de Claypole” —analizado en el epígrafe 3.3.3., d) subsiguiente—, en el que la Corte declaró la constitucionalidad del impuesto inmobiliario progresivo, se afirmó expresamente que “... la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional”⁷⁸⁵, lo que recuerda a la igualdad proporcional con la que Aristóteles identificaba a la justicia en su *Ética Nicomaquea*⁷⁸⁶. Seguidamente, y en concordancia con ello, se desarrollaron consideraciones acerca de los fines extrafiscales perseguidos por el impuesto cuestionado, vinculados a exigencias de justicia distributiva, como la necesidad de redistribuir la propiedad inmueble mediante la promoción de la división de las grandes extensiones de tierra, favoreciendo el acceso a la propiedad de un mayor número.

También en el precedente “Don Pascual Caeiro” —desarrollado en el epígrafe 3.3.3., a)— subyace un problema de justicia distributiva, pues el tribunal consideró la proporcionalidad del reparto de una carga impositiva vinculada con la obligación de costear una obra pública.

⁷⁸⁴ Ídem, p. 199. Lo escrito entre paréntesis es propio.

⁷⁸⁵ Fallos 210:284 (1948), p. 300.

⁷⁸⁶ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, ob. cit., libro V, III, ps. 61 y 62.



Finalmente, en el caso “Peralta” —expuesto en el epígrafe 3.3.4., a)—, como uno de los argumentos para fundar la inconstitucionalidad del decreto 36/90⁷⁸⁷, el recurrente adujo la violación del principio de igualdad, lo que fue rechazado por la Corte entre otras razones, por cuanto consideró que la restricción impuesta obedecía a un reparto proporcional de las cargas en atención a la supuesta capacidad económica de quienes era titulares de depósitos bancarios y por un monto superior a la cantidad señalada en el decreto mencionado, desechando la posibilidad de una inequitativa elección de aquellos sobre quienes la medida repercutiría. De tal modo, la Corte Suprema entendió que la norma cuestionada no vulneraba la igualdad en el reparto de las cargas públicas, en cuanto exigencia de la justicia distributiva, estimando proporcionada la distribución de los sacrificios que supusieron las medidas a adoptar tendientes a paliar la situación de emergencia económica.

3.2. Inalterabilidad del contenido del derecho fundamental

Como seguidamente se analizará, en algunos fallos el máximo tribunal consideró que se había vulnerado el principio de igualdad, por cuanto la diferencia de tratamiento implicaba la supresión o alteración sustancial del derecho constitucional con respecto al cual se establecía la distinción de trato. En tales casos resultaba posible justificar la desigualdad creada por la norma jurídica impugnada partiendo del juicio de adecuación o idoneidad, pues existía una cierta relación entre medios y fines, siendo estos últimos considerados legí-

⁷⁸⁷ El decreto 36/90 limitaba la devolución de los depósitos a plazo fijo a la suma de 1.000.000 de australes y establecía el canje compulsivo de lo que excediera dicho monto por títulos públicos (Bonos Externos serie 1989), con vencimiento a diez años.

timos. Pero la irrazonabilidad de la diferenciación normativa estaba dada por la alteración sustancial del derecho fundamental en juego.

En estos fallos podrá verse claramente la naturaleza específicamente relacional del derecho de igualdad, pues, como se dijo, siempre aparece vinculado a otro derecho con respecto al cual se reclama su reconocimiento en condiciones de igualdad, lo que supone impartir el mismo tratamiento que a otros sujetos contemplados en otras normas jurídicas, los que constituyen el término de comparación.

Determinar en qué situaciones se produce una alteración del derecho constitucional, cuyo reconocimiento se pretende en condiciones de igualdad, se vincula, tal como se desarrolló en el epígrafe 5.2.4. del capítulo I, con lo que la doctrina europea ha denominado la garantía del contenido esencial. Para delimitar el contenido esencial del derecho involucrado, será necesario “... mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; (...) atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable”⁷⁸⁸, sin olvidar que “... su determinación depende al menos en parte de las circunstancias históricas...” y “... de los hechos del caso de que se trate”⁷⁸⁹.

A continuación se expondrán los hechos y los fundamentos principales de un grupo de casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que serán utilizados como puntos de partida para el desarrollo y la profundización de las ideas precedentes. Algunos de estos casos han sido seleccionados por su trascendencia, pues sentaron jurisprudencia con relación a determinadas cuestiones, otros han sido

⁷⁸⁸ SERNA, P., TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos...*, ob. cit., p. 42.

⁷⁸⁹ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, ob. cit., pp. 279 y 352.

elegidos por su riqueza argumentativa, no obstante carecer de gran relevancia institucional.

3.3. Las aplicaciones del escrutinio ordinario

3.3.1. *Derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales*

a) *El caso “Dardanelli de Cowper, Ana Inés Marta c/Aerolíneas Argentinas S.A.”*⁷⁹⁰

a1) Los hechos

La Sra. Dardanelli de Cowper interpuso queja por denegación del recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que fijó la indemnización por accidente laboral sobre la base del decreto 16130/46, por el que se estableció el régimen del personal aeronavegante.

La actora, que se desempeñaba como empleada en la empresa Aerolíneas Argentinas S.A., cuestionó la constitucionalidad de la indemnización establecida por el referido decreto, considerándola contraria al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en razón de resultar significativamente inferior a la dispuesta por la ley 9688, régimen comprensivo de la mayor parte de los trabajadores dependientes.

El máximo tribunal resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 35 del decreto 16130/46 por quebrantar el principio de igualdad

⁷⁹⁰ Fallos 306:1560 (1984).

ante la ley y dejó sin efecto la sentencia, ordenando se dicte nuevo fallo.

a2) Los fundamentos principales

La Corte comenzó sosteniendo que “... aún cuando cabe aceptar la existencia de regímenes indemnizatorios diversos según la distinta actividad laboral (Fallos 236:168; 263:545; 290:245; 292:160, 356 considerando 19) y que no compete al tribunal juzgar sobre el acierto o la conveniencia de los enfoques de política legislativa (Fallos 238:60; 251:53, entre otros), es apropiado destacar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta (Fallos 290:245, considerando 8º)”⁷⁹¹.

A continuación, el tribunal indicó que la indemnización prevista por el decreto 16130/46 equivalía a menos de la quinta parte de la que la habría correspondido a la actora según la ley 9688, agregando que “... una diferencia económica tan significativa entre la indemnización dada a la actora y la que le correspondería por el mismo infortunio a todo trabajador dependiente de cualquier otra actividad aún dentro de un sistema reparador de alcances limitados, exige para su validez en los términos del artículo 16 de la Ley Fundamental, una causa objetiva o razón sustancial de inequívoca existencia. En el caso, ni las particularidades de los servicios de la actora, ni la actividad en la que ellos se insertan, prestan apoyo alguno a la disparidad subrayada, sin que por lo demás corresponda inferir tampoco que la distinción pueda obedecer a motivos políticos, sociales o económicos, bienestar general o bien común”⁷⁹².

⁷⁹¹ Ídem, considerando 4º.

⁷⁹² Ídem, considerando 7º.



Finalmente, y luego de referirse a los fundamentos y propósitos que acompañaron al texto del decreto cuestionado, la Corte sostuvo que “... el régimen del personal aeronavegante, que fue creado con el objetivo de otorgar mayores beneficios que el de la ley 9688, se transformó por el mero transcurso del tiempo y a raíz de las actuaciones del sistema general, en un ordenamiento notoriamente menos favorable que aquél; en consecuencia, cabe concluir que la razón determinante de su sanción se frustró sin motivo valedero y su aplicación actual, en el caso, provoca lesión a la garantía constitucional invocada”⁷⁹³.

a3) Análisis del fallo

De modo preliminar, la Corte Suprema confirmó su doctrina de acuerdo con la cual la diversidad de regímenes indemnizatorios según la distinta actividad laboral no lesiona el principio de igualdad, y constituye una cuestión de política legislativa no justiciable. Pero ello es así, aclaró, siempre que dicha diversidad sea razonable.

Lo más interesante es que aquí se define la razonabilidad de las leyes como “adecuación a los fines que persiguen” y “ausencia de iniquidad manifiesta”⁷⁹⁴. Debe señalarse, por un lado, que la Corte se ha mostrado en general reticente a la hora de definir la razonabilidad y, por otro, que la definición que se brinda en este caso es coincidente con dos de los subprincipios del moderno principio de proporcionalidad: el subprincipio de adecuación y el de proporcionalidad en sentido estricto, el que a su vez supone el juicio de alteración del contenido esencial, todos tratados en los epígrafes 5.2.1., 5.2.3. y 5.2.4. del capítulo I del presente trabajo.

⁷⁹³ Ídem, considerando 9º.

⁷⁹⁴ Ídem, considerando 4º.

La adecuación al fin propuesto por la norma supone juzgar la relación de idoneidad existente entre la diversidad de tratamiento impuesta y el objetivo que con ello se intenta alcanzar⁷⁹⁵. En el caso, la diferencia de trato estaba dada entre el monto de la indemnización prevista por la ley 9688 y aquel establecido en el decreto 16130/46. La diferencia del monto no era mínima, sino significativa; así, la Corte señaló expresamente que la indemnización dispuesta en el segundo régimen equivalía a menos de la quinta parte de la que le hubiera correspondido a la actora por aplicación de la ley 9688⁷⁹⁶. Más aun, esta última norma no comprendía a un cierto sector de los trabajadores o algún tipo de empleo con características específicas, sino que resultaba aplicable a la mayor parte de los trabajadores dependientes, siendo este dato tenido en cuenta por el tribunal en su considerando sexto.

El establecimiento de un régimen específico para el personal aeronavegante —según los fundamentos del decreto 16130/46— obedeció a la intención de legislador de otorgar mayores beneficios que

⁷⁹⁵ Cfr. epígrafe 5.2.1. del capítulo I.

⁷⁹⁶ Si bien la Corte no lo puso de manifiesto, a la fecha de dictarse la sentencia bajo examen se encontraba vigente el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos “Alegre, Cornelio c. Manufactura Algodonera Argentina s/accidente de trabajo”, por el que se aplicó el artículo 1113 del Código Civil (responsabilidad objetiva) a los infortunios laborales. Según se ha señalado, de la aplicación de la reparación integral por la vía del artículo 1113 del Código Civil resultaba una suma por lo menos cuatro veces superior a la establecida por la ley 9688, llegando en algunos casos a ser seis o más veces superior a la misma. Ello significaba que la indemnización prevista por el artículo 35 del decreto-ley 16130/46 no sólo era significativamente inferior a la que le hubiese correspondido por la ley 9688, sino que también resultaba ser una vigésima parte de la que hubiese tenido derecho a percibir la actora por la aplicación del derecho civil con base en lo establecido por el artículo 1113 del Código Civil (cfr. GUILLÉN, H. “La indemnización por incapacidad del aeronavegante. Inconstitucionalidad del art. 35 del decreto-ley 16130/46”, *La Ley*, t. 1986-A, p. 316).

los de la ley 9688⁷⁹⁷. Pero el paso del tiempo y la evolución del régimen indemnizatorio en general, impidieron que la finalidad perseguida por el artículo 35 del decreto impugnado se cumpliera. Ello significa que la norma cuestionada al momento de su dictado resultaba adecuada al objetivo pretendido por el legislador —adecuación *ex ante*—, deviniendo inadecuada como consecuencia del cambio de circunstancias sociales y económicas existentes en la época de su sanción. Por ello, al momento de plantearse la inconstitucionalidad de la norma, la distinción de trato no obedecía a razón alguna que la justificara, es decir, carecía de motivación y no perseguía ninguna finalidad de bien común. Ello es puesto de manifiesto por el tribunal, al afirmar que no correspondía inferir que “... la distinción pueda obedecer a motivos políticos, sociales o económicos, bienestar general o bien común”⁷⁹⁸.

Lo expuesto en el párrafo precedente revela que en el presente caso, para juzgar la relación de adecuación entre la diferenciación normativa y la finalidad pretendida se exigió la adecuación *ex post* de la norma impugnada, resultando insuficiente la existencia de una relación de adecuación *ex ante*, o sea al momento de su dictado⁷⁹⁹. Según los fundamentos de la sentencia, la diferencia entre ambos regímenes indemnizatorios para no violentar el principio de igualdad debía obedecer a una causa objetiva o razón sustancial de inequívoca existencia en la actualidad, las que no habían sido invocadas por la

⁷⁹⁷ En los considerandos del decreto-ley 16130/46 se destacaba la intención de contemplar con espíritu justo y razonable no solo las condiciones generales de trabajo y remuneración del personal aeronavegante, sino también las medidas que lo amparan frente a las contingencias de su riesgosa profesión.

⁷⁹⁸ Fallos 306:1560 (1984), considerando 7º.

⁷⁹⁹ La cuestión vinculada con la exigencia de adecuación *ex ante* o *ex post* para juzgar la razonabilidad de una medida fue tratada en el epígrafe 5.2.1. del capítulo I.

Cámara o la contraparte, como así tampoco fueron encontradas por la Corte para justificar la desigualdad de tratamiento.

Resulta oportuno preguntarse que hubiese resuelto el tribunal sentenciante si la diferencia entre ambos regímenes indemnizatorios hubiesen sido mínimas y en absoluto sustanciales. Para responder a este interrogante, es preciso tomar en cuenta la segunda nota con que define en el fallo la razonabilidad, o sea, como “ausencia de iniquidad manifiesta”.

En efecto, y atento a la libertad que la Corte reconoce al legislador para establecer diversos regímenes laborales, cabría afirmar que la inexistencia de una gran diferencia entre ambos montos indemnizatorios hubiese sido insuficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por violación del principio de igualdad. Y ello es así, por cuanto no habría resultado manifiestamente inequitativo, o sea injusto, al no alterar sustancialmente el derecho de la actora a cobrar una indemnización por el infortunio laboral ocurrido que sea proporcionado al perjuicio sufrido.

Por tanto, puede concluirse que la irrazonabilidad de la diferenciación establecida entre ambos regímenes indemnizatorios estaba dada no sólo por la ausencia de una razón sustancial o finalidad de bien común que la justifique, sino también y concurrentemente por constituir una iniquidad manifiesta, al alterar el contenido esencial del derecho a una justa indemnización⁸⁰⁰.

b) *El caso “Gorosito, Juan R. y otros c/Riva S.A. y otros”*⁸⁰¹

b1) Los hechos

⁸⁰⁰ El tema vinculado con el juicio de alteración del contenido esencial fue tratado en el epígrafe 5.2.4. del capítulo I.

⁸⁰¹ Fallos 325:11 (2002).



La demandada interpuso recurso extraordinario contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, el que, confirmó el fallo de la alzada, que había acogido la acción de inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 24557 y, en consecuencia, había declarado inconstitucional la imposibilidad del trabajador de acceder a una reparación integral, como la del Código Civil, para los casos donde había mediado culpa del empleador. El recurso a la acción civil sólo quedaba abierto en el supuesto del artículo 1072 del citado Código, o sea en caso de dolo por parte del empleador⁸⁰².

Cabe aclarar, que en el sistema anterior al de la ley 24557, el trabajador podía optar por una indemnización tarifada, con claras limitaciones para la exoneración de responsabilidad del empleador, o por la acción civil, reclamando una indemnización integral y sin tope, contra el empleador y la aseguradora.

El Tribunal Superior de Justicia de Neuquén consideró que “... cualquier previsión que limite la vigencia del *alterum non laedere* o lo excluya en determinada situación colisiona con lo previsto por los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional”⁸⁰³. Entre otros argumentos, agregó que la norma impugnada contradice la Ley Fundamental en cuanto libera de responsabilidad culposa al empleador⁸⁰⁴.

La recurrente adujo que el decisorio imponía obligaciones ajenas al marco en que la garantía de la igualdad desplegaba su activi-

⁸⁰² El artículo 39 de la ley 24557 establece que: “las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción derivada del art. 1072 del Código Civil. En este caso, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar la reparación de los daños y perjuicios, de acuerdo a las normas del Código Civil. Sin perjuicio de la acción civil del párrafo anterior, el damnificado tendrá derecho a las prestaciones de esta ley a cargo de las ART o de los autoasegurados”

⁸⁰³ Citado en el dictamen del Procurador General de la Nación.

⁸⁰⁴ *Ibidem*.

dad y contradecía la discrecionalidad que atañe a la política legislativa. Defendió también la legalidad y razonabilidad de la restricción impuesta a la vía civil, afirmando que la norma impugnada contaba con beneficios superiores a su antecesora, particularmente centrados en la prevención, recuperación del trabajador y su reinserción laboral o productiva.

La sentencia de la Corte, por voto mayoritario, acogió el recurso extraordinario interpuesto y revocó el fallo del Superior Tribunal de Neuquén.

b2) Los fundamentos principales

A los fines de delimitar el objeto de la decisión, la Corte afirmó que le correspondía “... determinar —por un lado— si el legislador pudo crear válidamente un sistema específico para la reparación de los daños del trabajo y separarlo del régimen general de responsabilidad por daños establecido en el Código Civil y, por el otro, si en el *sub examine* se ha acreditado que tales normas violentan la garantía de igualdad ante la ley y de propiedad”⁸⁰⁵.

Remitiéndose a los antecedentes parlamentarios de la Ley de Riesgos del Trabajo, el máximo tribunal señaló que el legislador, advirtiendo que por la anterior legislación se cobraba tarde, mal y poco y que se generaba un incremento en los costos laborales, decidió un cambio de sistema por razones económicas y sociales y con el objetivo de incrementar la prevención de los riesgos, la reparación de daños y la rehabilitación del damnificado⁸⁰⁶. Agregó que, “el texto legal revela que de acuerdo con la voluntad del legislador, el objetivo del sistema no consiste en la exoneración de la responsabilidad por cul-

⁸⁰⁵ Fallos 325:11 (2002), considerando 3 del voto de la mayoría.

⁸⁰⁶ Cfr. *idem*, considerando 5 del voto del voto de la mayoría.

pa del empleador sino en la sustitución del obligado frente al siniestro. En efecto, el bien jurídico protegido es la indemnidad psicofísica del trabajador dependiente; desde tal perspectiva se impone otorgar primacía a la circunstancia de que, en definitiva, el daño llegue a ser reparado”⁸⁰⁷.

En este sentido, señaló que, ante el riesgo que suponía la reparación de los daños por la vía civil, donde la satisfacción del crédito depende de la solvencia del deudor y de las contingencias del proceso probatorio, la nueva normativa creó un Fondo de Garantía y un Fondo de Reserva para abonar las prestaciones en caso de insolvencia del empleador o liquidación de las Aseguradores de Riesgos del Trabajo, estableciendo un procedimiento que permite la rápida percepción de las prestaciones por parte del beneficiario⁸⁰⁸.

Con relación al objetivo de la rehabilitación psicofísica del trabajador, la Corte Suprema sostuvo que “frente a contingencias tales como los accidentes laborales y las enfermedades profesionales generadores de incapacidad parcial o total y temporal o permanente (arts. 6 y 10), el legislador previó prestaciones en dinero y en atenciones médicas integrales y, entre las primeras, privilegió las prestaciones periódicas por sobre las de pago único (arts. 11 a 20) vinculándolas con el sistema previsional”⁸⁰⁹.

La Corte consideró que el *a quo* atribuyó erróneamente “... a las normas civiles que reglamentan en general la reparación de los daños causados por culpa el carácter de garantía constitucional otorgándoles impertérrita invariabilidad”. Del principio establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional “... que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero (...) no se sigue necesariamente

⁸⁰⁷ Ídem, considerando 6 del voto de la mayoría.

⁸⁰⁸ Cfr. ídem, considerandos 14 y 15 del voto de la mayoría.

⁸⁰⁹ Ídem, considerando 5 del voto de la mayoría.

que tal reglamentación en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes tenga carácter exclusivo y excluyente, por cuanto expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (confr. considerando 14) máxime cuando el Código Civil constituye, precisamente, una de las reglamentaciones posibles del citado principio”⁸¹⁰.

Por otra parte, también sostuvo, que “... la impugnación de inconstitucionalidad no es pertinente cuando el fin con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado, sino el restablecimiento de un régimen normativo derogado, lo cual es de incumbencia del legislador”⁸¹¹.

Con expresa referencia al principio de igualdad, el voto de la mayoría afirmó que en el caso no se había demostrado la existencia de discriminaciones arbitrarias, o que importen ilegítima persecución de personas o grupos de personas. Ello, por cuanto “... la limitación a la vía civil que establece la norma impugnada no puede ser considerada de suyo discriminatoria. En primer lugar, porque no obstante abarcar a la mayoría de la población económicamente activa, el sistema de la ley 24.557 atiende a situaciones y riesgos producidos en un ámbito específico y diferenciado de los restantes de la vida contemporánea —el del trabajo— lo cual permite la previsión y el resarcimiento de las consecuencias dañosas derivadas específicamente de la situación laboral conforme a parámetros preestablecidos. En segundo lugar, porque sin conocer la cuantía del daño y de los eventuales resarcimientos no es posible efectuar comparación alguna”⁸¹².

⁸¹⁰ Ídem, considerando 8 del voto de la mayoría.

⁸¹¹ Ídem, considerando 10 del voto de la mayoría.

⁸¹² Ídem, considerando 12 del voto de la mayoría.

Con relación a la imposibilidad de obtener una reparación plena mediante el sistema indemnizatorio impugnado, no obstante mediar culpa del empleador, la Corte se refirió a que "... la reparación plena es un concepto sujeto a limitaciones tanto en el Código Civil como en otros sistemas especiales de responsabilidad. Así, dentro del primero la extensión del resarcimiento encuentra límites específicos en distintos preceptos (arts. 520, 521, 901, 903, 904, 905, 906, 907, 1069). Con relación a lo segundo, cabe mencionar, a título de ejemplo, los arts. 158, 159 y 160 del Código Aeronáutico"⁸¹³.

Finalmente, y también en lo referido al derecho a una reparación plena, el máximo tribunal señaló que en el caso "... no es posible predicar en abstracto que el precepto impugnado en la especie conduzca inevitablemente a la concesión de reparaciones menguadas con menoscabo de derechos de raigambre constitucional"⁸¹⁴.

Los jueces Belluscio, Bossert, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, considerando, al igual que el Procurador, que el recurso extraordinario era inadmisibile por no dirigirse contra un pronunciamiento definitivo.

b3) Análisis del fallo

El escrutinio que el tribunal aplicó para juzgar si mediante el artículo 39 de la ley 24557 se había violado el principio de igualdad puede ser encuadrado dentro de lo que he denominado escrutinio ordinario. Ello, en razón de que el voto de la mayoría, remitiéndose a los antecedentes parlamentarios, se dirigió a determinar cuál había sido el objetivo perseguido por el legislador mediante la sanción de dicha norma legal, o sea, las razones económicas y sociales que moti-

⁸¹³ Ídem, considerando 16 del voto de la mayoría.

⁸¹⁴ Ídem, considerando 18 del voto de la mayoría.

varon el cambio de régimen indemnizatorio de los accidentes y enfermedades laborales. A juicio de la Corte, la nueva normativa tendía básicamente a prevenir los riesgos, asegurar la reparación de los daños y la rehabilitación psicofísica del trabajador⁸¹⁵, objetivos cuyo mérito o conveniencia, sostuvo, no le correspondía juzgar⁸¹⁶. Tales propósitos, desde la perspectiva del tribunal, justificaban la creación de un sistema de previsión y reparación de daños dentro del ámbito específicamente laboral, con características propias y diferentes de los restantes ámbitos de la vida social. De tal modo, la sentencia se valió de un examen de medios a fines, e intentó demostrar, analizando diferentes normas del nuevo régimen legal, una relación de adecuación entre los objetivos señalados —los que consideró plenamente legítimos— y las normas sancionadas mediante la ley 24557.

El juicio de adecuación, como ya se ha explicado, no resulta suficiente para juzgar la razonabilidad de las distinciones normativas establecidas por el legislador. También es preciso efectuar el denominado juicio de alteración del contenido del derecho constitucional con relación al cual se reclama la igualdad de tratamiento; en el caso, el derecho a obtener una reparación proporcionada al daño ocasionado, que se fundamenta en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en las exigencias de la justicia conmutativa. Dicho juicio no pudo ser efectuado por la Corte, debido a que, como ella misma lo reconoce⁸¹⁷, no era posible predicar en abstracto que el precepto impugnado conducía a una indemnización menguada, puesto que el *a*

⁸¹⁵ Cfr. *idem*, considerando 5 del voto de la mayoría.

⁸¹⁶ Esta negación expresa a valorar la oportunidad de la legislación impugnada es contradicha en la misma sentencia, puesto que la Corte, principalmente en los considerandos 14 y 15, se explaya acerca de las ventajas comparativas del régimen de la ley 24.557 en relación al régimen de reparación integral previsto en el Código Civil.

⁸¹⁷ Cfr. Fallos 325:11 (2002), considerandos 12 y 18 del voto de la mayoría.



quo se había pronunciado en el marco de una acción de inconstitucionalidad, por lo que no se había tramitado etapa probatoria alguna tendiente a determinar la cuantía del daño y los eventuales resarcimientos.

En efecto, la sola exclusión de la posibilidad de acceder a la vía civil para obtener una reparación por los daños causados por el trabajo o en ocasión del trabajo no constituye una violación del principio de igualdad, si se prevé un régimen jurídico laboral específico que otorgue el derecho a obtener una reparación proporcionada a los perjuicios sufridos por el trabajador y sus derechohabientes. Para juzgar la violación del principio de igualdad por el artículo 39 de la ley 24557 es preciso valorar la proporcionalidad del sistema instaurado como único y excluyente por el legislador para la reparación de los daños causados en el ámbito laboral, lo cual, como se dijo, no podía hacerse en abstracto e independientemente de las circunstancias concretas del caso relativas a la magnitud del perjuicio sufrido por el actor.

Por otra parte, cabe señalar que el recurso a la vía civil no era por sí mismo un imperativo constitucional, sino el modo de integrar una laguna normativa. Ello, por cuanto determinada la irrazonabilidad del resarcimiento previsto en la citada ley y la inconstitucionalidad de la norma para el caso, "... el juez queda facultado para establecer la norma aplicable al caso (llenar la laguna producida por su propia decisión). Se trata de reemplazar la norma excluida por irrazonable por otra que no adolezca de ese vicio"⁸¹⁸, atento al principio conforme al cual los jueces no pueden dejar de fallar bajo el pretexto

⁸¹⁸ VÁZQUEZ VIALARD, A., "La Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado la constitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo", *La Ley*, t. 2002-A, p. 937.

de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (artículo 15 del Código Civil).

En concordancia con lo expuesto y poniendo el acento en el juicio relativo a la proporcionalidad de la indemnización otorgada al trabajador como dato relevante para determinar la razonabilidad del tratamiento desigual impartido, se ha sostenido que la magnitud de los daños no reparados será la que, en definitiva, y en cada caso, “... habrá de mostrar si la limitación cuantitativa, aunque se considere compensada con otras ventajas del sistema, supone o no una privación irrazonable del derecho a la reparación plena —cuando se tenga derecho a ella de acuerdo al Código Civil— y, consecuentemente, si ello implica un trato discriminatorio en perjuicio del trabajador o sus derechohabientes”⁸¹⁹.

Aún desde una posición favorable a la constitucionalidad de la norma bajo examen, se cuestionó la no inclusión del daño moral como rubro indemnizable y se ha admitido la posibilidad de que en ciertos casos la indemnización otorgada resulte desproporcionada. En este sentido, se señaló que las prestaciones en dinero que tienden a reparar la menor capacidad laboral del trabajador a través de un suplemento de ingresos podrían resultar en algunos casos irrazonables en razón del tope del importe (\$55.000) que integra el capital con que se ha de abonar la renta periódica que complementa el haber jubilatorio⁸²⁰.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir en que para juzgar la violación del principio de igualdad por el artículo 39 de la ley 24557 no bastaba limitarse a constatar que los fines perseguidos por la dife-

⁸¹⁹ ACKERMAN, M. E. y MAZA, M. A., *Ley sobre riesgos del trabajo. Aspectos constitucionales y procesales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 96.

⁸²⁰ Cfr. VÁZQUEZ VIALARD, A., *Aspectos fundamentales de la ley sobre riesgos del trabajo (ley 24557)*, en T. y S. S., 1995, p. 748.



renciación impugnada resultaban legítimos y que existía una relación de adecuación entre los objetivos del nuevo sistema y las normas allí previstas, era también indispensable valorar en concreto la proporcionalidad de las prestaciones establecidas en el régimen indemnizatorio, lo cual, como se dijo, no resultaba factible en el caso por no conocerse la magnitud del daño. Asimismo, mediante el precedente analizado, se ha podido vislumbrar que el juicio de alteración del contenido del derecho fundamental en cuestión, difícilmente puede ser realizado en abstracto e independientemente de las circunstancias concretas, tal como se expuso en el epígrafe 5.2.4. del capítulo I. La necesidad de conocer la magnitud del daño ocasionado para determinar la razonabilidad de la indemnización otorgada por la Ley de Riesgos del Trabajo puede verse claramente en el precedente “Aquino”, el que será tratado seguidamente.

c) *El caso “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.”*⁸²¹

c1) Los hechos

La demandada interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que, confirmando la sentencia de primera instancia, había declarado la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo, condenando a la empleadora, con base en el Código Civil, a pagar la indemnización por daños derivados del accidente laboral, reclamada por el actor.

El trabajador padecía de una incapacidad del 100% de la llamada total obrera, como consecuencia de un accidente laboral sufrido a la edad de 29 años, consistente en la caída desde un techo de chapa

⁸²¹ Fallos 327:3753 (2004).

ubicado a unos 10 metros del piso. Se había demostrado en la causa que al trabajador no le habían sido otorgados los elementos de seguridad y que no se había colocado una red u otra protección para el caso de caídas.

La Corte Suprema, por unanimidad de votos —aunque no todos por idénticos fundamentos— confirmó el fallo de la alzada, declarando la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del artículo 15, inciso 2, segundo párrafo de aquella. De tal modo, con una nueva integración, el máximo tribunal se apartó de la jurisprudencia sentada en el caso Gorosito precedentemente analizado, aunque cabe aclarar que en éste había dejado abierta la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada una vez demostrada la cuantía del daño y el eventual resarcimiento regulado por aquella.

c2) Los fundamentos principales

El primer voto correspondió a los ministros Petracchi y Zaffaroni, quienes sostuvieron “que el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación”⁸²², por lo que agregaron, “... resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera justa, puesto que indemnizar es (...) eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”⁸²³.

⁸²² Ídem, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 3.

⁸²³ Ídem, considerando 4.

Refiriéndose a la indemnización prevista por la Ley de Riesgos del Trabajo, afirmaron que esta no puede superar los \$55.000 (artículo 15, inc. 2 de la norma legal precitada) y que sólo contempla el lucro cesante, el que además evalúa menguadamente⁸²⁴. También, agregaron que “... si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional”⁸²⁵.

Asimismo, señalaron que “... el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados (supra considerando 6º), vuelve al art. 39, inc. 1, de la LRT contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo”⁸²⁶. Finalmente, concluyeron en que el art. 39, inc. 1 de la LRT es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc.2, segundo párrafo, de aquélla.

En los votos de los jueces Belluscio y Maqueda se destacó que la eventual indemnización que le correspondería al trabajador por pérdida de ganancia, aplicando las pautas del derecho común, superaría la suma de \$209.000, o sea, más de tres veces el importe resultante de aplicar la pautas de la LRT⁸²⁷. Por dicha razón, concluyeron en

⁸²⁴ Cfr. idem, considerando 6.

⁸²⁵ Ídem, considerando 9.

⁸²⁶ Ídem, considerando 11.

⁸²⁷ Ídem, voto de los jueces Belluscio y Maqueda, considerando 8.

que los daños irrogados a la víctima, resultaban insuficientemente reparados por el régimen de la ley “... en medida tal que importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica del trabajador”⁸²⁸. Asimismo aclararon, que la exclusión de la vía reparadora del Código Civil no constituye de por sí una disposición censurable, “... sí lo es —como se advirtió en los considerandos precedentes— en la medida en que se invoque y demuestre que el desarraigo del principio general que aquella vía reglamenta, comporta un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación”⁸²⁹. Por las razones señaladas, al igual que el primer voto, concluyeron en la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1 de la LRT.

En cuanto al voto del juez Boggiano, éste se remitió a las razones expuestas por los jueces Belluscio y Maqueda en los considerandos 8 a 11, concluyendo en que “... la indemnización tarifada conduce a la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar”⁸³⁰.

La jueza Highton de Nolasco fue la única que consideró a la norma cuestionada desde la perspectiva del principio de igualdad, sosteniendo que la exclusión de los trabajadores de la vía reparadora del Código Civil “... no encuentra razonable apoyo en el texto constitucional, pues la igualdad de tratamiento ante la ley —no exenta de razonables distinciones, según constante jurisprudencia del tribunal—, no admite que se distinga negativamente a quienes ven lesionada su capacidad laborativa por un infortunio, privándoles de aquello que se concede a los restantes habitantes en circunstancias similares. Ello, debido a la ausencia de toda relación lógica y normativa en-

⁸²⁸ Ídem, considerando 9.

⁸²⁹ Ídem, considerando 10.

⁸³⁰ Ídem, considerando 4.

tre la condición de trabajador y la denegación del acceso a la justicia para solicitar la aplicación del régimen general previsto en el Código Civil, que no encuentra compensación adecuada en un régimen sustitutivo, de indemnizaciones tarifadas, cuya adopción —y la ponderación de sus eventuales ventajas comparativas—, no es producto de la libre elección de la víctima”⁸³¹.

En concordancia con los votos de los ministros Belluscio y Maqueda, señaló que todo régimen limitativo de la reparación de daños no resulta de por sí censurable, pero que en el caso la violación del artículo 28 de la CN se tradujo “... en la manifiesta insuficiencia de la reparación a que conduce la indemnización tarifada, frente a la magnitud de la que exige la reparación integral acorde a las circunstancias del caso”⁸³². Finalmente, concluyó en que el art. 39, inciso 1 de la ley 24.557 afecta las garantías constitucionales reconocidas en los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional⁸³³.

c3) Análisis del fallo

Si bien coincidiendo en la resolución del caso, los jueces de la Corte votaron en forma separada. Los diferentes votos, a excepción del de la jueza Highon de Nolasco, no hicieron referencia alguna al principio de igualdad, centrando su argumentación en el principio jurídico consagrado en el artículo 19 de la CN, conforme al cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero y del que se deriva el derecho a una justa reparación de los daños sufridos. No obstante ello, resulta posible efectuar un análisis en términos de igualdad, en particular, respecto del reiterado argumento esbozado

⁸³¹ Ídem, considerando 13.

⁸³² Ídem, considerando 17.

⁸³³ Cfr. ídem, considerando 18.

por la doctrina y jurisprudencia según el cual la imposibilidad del trabajador de entablar la acción civil por daños y perjuicios, establecida por el artículo 39, inciso 1 de la ley 24.557, constituye un trato discriminatorio en relación con los restantes habitantes de la Nación.

Tal como lo sostuvo la Corte Suprema al resolver el caso “Goroso”, la sola imposibilidad de los trabajadores de accionar civilmente por los daños y perjuicios no constituye de por sí un trato discriminatorio. Ello, en razón de que el régimen de responsabilidad del Código Civil no reviste el carácter de garantía constitucional y la sanción de un régimen especial de responsabilidad por daños en materia laboral tuvo por finalidad prevenir los riesgos, asegurar la reparación de los daños y la rehabilitación psicofísica del trabajador, además de establecer condiciones para que el financiamiento imponga costos previsibles y razonables, sin generar a los empleadores situaciones traumáticas desde el punto de vista financiero. En otros términos, tales objetivos son legítimos y constituyen una razón suficiente para establecer un sistema de responsabilidad laboral específico y diferenciado.

La constitucionalidad de los objetivos que el artículo 39, inciso 1) de la LRT es reconocida por los jueces Petracchi y Zaffaroni, quienes haciendo referencia a ellos afirmaron: “... es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad (...). Empero, esto es así, bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de dichos fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales”⁸³⁴.

⁸³⁴ Ídem, considerando 13, voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni.

En efecto, la sola persecución de propósitos legítimos no basta para considerar la razonabilidad de la normativa cuestionada, pues de lo contrario, y tal como se expuso en el epígrafe 5.2.3. del capítulo 1, bastaría con invocar un interés estatal apremiante para justificar la violación de derechos humanos que valen con independencia de su consagración positiva y se fundamentan en la dignidad de todo ser humano.

Según quedó demostrado en el precedente “Aquino” —habiendo coincidido en este punto los diversos votos—, la indemnización tarifada prevista por la LRT resultó ser desproporcionada frente a la magnitud del daño irrogado al trabajador, conduciendo en el caso, a una supresión o desnaturalización del derecho a obtener una justa reparación de los perjuicios sufridos, derecho fundamental que, según la jurisprudencia del más alto tribunal, encuentra sustento en el artículo 19 de la CN⁸³⁵. Por tanto, puede afirmarse que la imposibilidad del trabajador de accionar civilmente constituyó una violación del principio de igualdad, pues implicó negar al actor el derecho de obtener una justa indemnización reconocido al resto de los habitantes. De tal modo, el trato desigual impartido por la normativa cuestionada era irrazonable, por cuanto no logró superar el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental en juego.

⁸³⁵ En los casos “Gunther” (Fallos 308:1118 [1986]) y “Luján” (Fallos 308:1109 [1986]), la Corte Suprema reconoció expresamente que el derecho a la reparación del daño tiene jerarquía constitucional, con sustento en el artículo 19 CN. Según Pizarro, en estos fallos la Corte proclamó que el derecho a la reparación del daño injustamente sufrido —que deriva del principio *alterum non laedere*— tiene, en nuestro sistema, raíz constitucional, sea que se lo considere como un derecho autónomo (argum. art. 33, CN) o, emplazado en el art. 19 CN (“Santa Coloma”, “Gunther” y “Luján”), o como derecho inferido de la garantía de la propiedad (arts. 14, 17 y concs. (“Motor Once”)) (PIZARRO, R. D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación”, *La Ley*, t. 2004-F, p. 91).

Con relación a lo expuesto, se ha sostenido acertadamente que, el Congreso de la Nación está facultado para crear un sistema específico de reparación y separarlo del régimen general de la responsabilidad por daños establecido en el Código Civil y del principio de la reparación plena. No obstante ello, “si de la aplicación de los mentados parámetros normativos surge una clara degradación del derecho a la reparación, fruto de la aplicación de topes o tarifas que terminan degradándolo, al otorgar una indemnización sensiblemente menguada, comparada con la que correspondería en caso de aplicarse las reglas ordinarias del derecho común —Código Civil— la tacha de inconstitucionalidad será evidente”⁸³⁶.

El precedente “Aquino” corroboró lo señalado al analizar el caso “Gorosito” respecto a la imposibilidad de juzgar en abstracto la compatibilidad del artículo 39, inciso 1) de la LRT con el principio de igualdad, pues para ello resultaba necesario efectuar el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental en juego, lo que a su vez implicaba valorar en concreto la proporcionalidad de las prestaciones previstas en el régimen indemnizatorio, como única vía para determinar la razonabilidad de la exclusión de los trabajadores del régimen general del Código Civil en materia de responsabilidad por daños.

⁸³⁶ PIZARRO, R. D., “La Corte consolida la jerarquía...”, ob. cit., p. 95. En igual sentido MOSSET ITURRASPE, J., “Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales)”, *Revista de Derecho de daños*, 2001-1, p. 125 y sgtes.

3.3.2. *Derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales*

a) *El caso “Pobes, Juan s/Jubilación”*⁸³⁷

a1) Los hechos

El actor interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la que confirmó la resolución del Instituto Nacional de Previsión Social y de la Caja Nacional de Previsión para Profesionales, por la que en aplicación del artículo 13 de la ley 14397, modificado por el decreto-ley 23391/56, determinó que el goce de la jubilación se haría efectivo a partir de la resolución que acuerda el beneficio, o de la cesación, cuando ésta sea posterior al otorgamiento de la prestación.

La recurrente sostuvo que, en oposición a lo resuelto por la Cámara, el beneficio jubilatorio debía acordarse desde la fecha de la efectiva cesación de servicios del afiliado, lo que en el caso había ocurrido con anterioridad al otorgamiento del beneficio por la Caja aludida.

La Corte resolvió revocar la sentencia apelada, declarando violatoria de los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional la limitación impuesta por la segunda parte del artículo 13 de la ley 14.307, modificada por el decreto-ley 23.391/56.

a2) Los fundamentos principales

El máximo tribunal comenzó su argumentación sosteniendo que “... si bien es exacto que la jurisprudencia ha reconocido latitud de facultades al legislador para organizar los sistemas jubilatorios y

⁸³⁷ Fallos 266:299 (1966).

establecer las condiciones con sujeción a las cuales se acuerdan los beneficios derivados de aquéllos (Fallos 247:551; 258:315 y otros), ello es así a condición de que esas facultades se ejerciten dentro de límites razonables, esto es, sin alterar fundamentalmente los derechos de las personas comprometidas en los regímenes previsionales, y no puede desconocerse que esa alteración se produce si se difiere el pago de la jubilación hasta la fecha de su otorgamiento, pese a que el afiliado —que acreditó los demás requisitos exigidos— cesó en sus actividades varios años antes”⁸³⁸.

A continuación, la Corte agregó que siendo el haber jubilatorio sustitutivo del salario, aceptar que se difiera su pago hasta la fecha de su otorgamiento, aunque el afiliado haya cesado con anterioridad, implicaría dejar sin cobertura el lapso transcurrido entre el cese en los servicios y la fecha en que la prestación se acuerde, con grave perjuicio para el beneficiario de la jubilación⁸³⁹.

Finalmente sostuvo, que “... la limitación impuesta por la segunda parte del art. 13 de la ley 14.397, modificada por el decreto-ley 23.391/56, está en pugna con el principio general que gobierna el sistema previsional argentino, en el cual la prestación se acuerda desde la fecha de la efectiva cesación de actividades. Siendo ello así, esa discriminación adquiere características incompatibles con dicho sistema y resulta violatorio de las garantías contenidas en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional...”⁸⁴⁰.

a3) Análisis del fallo

⁸³⁸ Ídem, considerando 5°.

⁸³⁹ Cfr. idem, considerando 6°.

⁸⁴⁰ Ídem, considerando 8°.

En el presente caso, la Corte comparó el régimen normativo impugnado con los restantes regímenes jubilatorios del sistema jurídico argentino, en los que por principio, la prestación se acuerda desde la fecha de la efectiva cesación de actividades y no desde la fecha de su otorgamiento. El tribunal concluyó que el artículo 13 de la ley 14397, modificado por el decreto-ley 23391/56, al apartarse del principio vigente en los restantes regímenes previsionales —término de comparación con relación al cual se produjo la desigualdad de tratamiento—, resultaba discriminatorio, es decir, contrario al artículo 16 de la Constitución Nacional.

Para llegar a tal conclusión, no dejó de reiterar el principio de libertad de configuración del legislador en materia previsional, refiriéndose a precedentes anteriores, pero aclaró que dicha libertad no es absoluta, sino que ha de ejercerse dentro de límites razonables, lo cual significa, según el tribunal, no alterar fundamentalmente los derechos de las personas comprendidas en los regímenes previsionales. Una vez más, la jurisprudencia constitucional argentina vinculó el principio de razonabilidad con la preservación del derecho constitucional en juego, que en el caso se trataba del derecho a percibir la jubilación sustitutiva del salario, de carácter alimentario y expresamente consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En el considerando 7° del fallo se hizo mención a los argumentos desarrollados por el acuerdo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el que se sostuvo que la disposición normativa cuestionada tenía su fundamento en las especiales características de las actividades independientes y en la situación económica de las nuevas cajas. Vemos aquí que el tribunal inferior había señalado un fin legítimo a la diferencia establecida por el régimen previsional impugnado. Pero ello no bastó para que el máximo tribunal la considerara razonable, no obstante haber siempre exhibido una extrema deferencia al juzgar la razonabilidad de las distinciones normativas en materia previsional.

Lo expuesto autoriza a concluir que, aún cuando el fin perseguido mediante la diversidad de tratamiento normativo sea constitucional, la distinción es irrazonable y contraria al principio de igualdad cuando de ella resulta una alteración sustancial del derecho fundamental con relación al cual se reclama la igualdad de tratamiento. En otros términos, cabe afirmar que conforme a esta jurisprudencia el fin, por más legítimo que sea, no justifica cualquier medio.

3.3.3. *Derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos*

a) *El caso “Don Pascual Caeiro c/ don Enrique Astengo s/ Cobro de pesos”*⁸⁴¹

a1) Los hechos

El recurrente impugnó la validez constitucional de la Ordenanza N° 30, de fecha 14 de noviembre de 1913, dictada por la Municipalidad de Rosario dentro del marco de facultades otorgadas por la Ley de afirmados de la Provincia de Santa Fe, del 9 de enero de 1897.

Por dicha Ordenanza, la Municipalidad dispuso que la pavimentación de la calle La Plata fuera costeadada totalmente por los propietarios de los inmuebles contiguos. La obra fue encomendada al empresario Enrique Astengo, quien tomó a su cargo el cobro de las cuotas a los contribuyentes. El propietario Pascual Caeiro se negó al pago y fue demandado ejecutivamente, siendo su propiedad vendida en subasta pública.

⁸⁴¹ Fallos 140:175 (1924).



El Sr. Caeiro sostuvo la inconstitucionalidad de la contribución impuesta, por considerarla contraria al derecho de propiedad e incompatible con el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la C.N.

La Corte resolvió declarar que la ley de pavimentación de la Provincia de Santa Fe, del 09 de enero de 1987, y la Ordenanza N° 30 de la Municipalidad de Rosario, de la manera en que habían sido aplicadas al caso, resultaban inconciliables con los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

a2) Los fundamentos principales

En primer lugar, la Corte se refirió a que "... el procedimiento adoptado para atender al costo de la obra de que se trata, ha sido el que se conoce en Inglaterra y en los Estados Unidos con el nombre de *local assesment*, y que consiste en hacer recaer total o parcialmente el gasto exigido por una obra pública de beneficio local sobre el patrimonio de los propietarios beneficiados o que se presumen beneficiados particularmente por la construcción de dicha obra"⁸⁴². Atento a ello, para la validez el impuesto que se cuestionaba debían "... concurrir los elementos esenciales de que la obra pública sea de beneficio local y de que ese beneficio no sea substancialmente excedido por la contribución (Fallos tomo 138, pág. 161)"⁸⁴³.

En el caso, el tribunal consideró que la vía pública pavimentada atravesaba en su mayor extensión, y especialmente en donde se encontraba la propiedad de Caeiro, grandes fracciones de tierra destinadas al cultivo de alfalfa y legumbres, sin constituir una calle de ciudad, aunque se encontrara dentro de los límites del municipio. Si

⁸⁴² Ídem, p. 194.

⁸⁴³ Ídem, p. 195.

bien no desconoció que la pavimentación de la vía producía algún tipo de beneficio a sus propietarios, sostuvo que la mejora realizada era “... ante todo y principalmente de interés general como que está destinada a facilitar las comunicaciones con los centros de población vecinos, y especialmente el aprovisionamiento de la ciudad. En presencia del plano agregado a fojas 24 de los autos, que demuestra plenamente que el camino atraviesa una región esencialmente rural, no podría sostenerse seriamente que su construcción ha obedecido al propósito de mejorar la condición de los escasos habitantes de la zona”⁸⁴⁴.

Por las razones expuestas, la Corte juzgó que la Municipalidad de Rosario omitió tener en cuenta “... si el beneficio obtenido por los propietarios guardaba o no relación con la cuota que se les asignaba para costear la obra”⁸⁴⁵. Cabe destacar que según la sentencia, la imposición había absorbido el setenta por ciento del valor de la propiedad del actor.

Para imponer a los propietarios contiguos a la obra pública la obligación de costearla totalmente, sin desmedro de los derechos de propiedad e igualdad, “... es indispensable que su situación respecto a la obra pública sea también excepcional por razón de las ventajas derivadas de la mejora que se les obliga a costear. (...) Una solución distinta equivale a tomar la propiedad de algunos particulares en beneficio de la comunidad y a incurrir en una violación flagrante del principio de igualdad en cuanto al impuesto”⁸⁴⁶.

a3) Análisis del fallo

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ *Ídem*, p. 196.

⁸⁴⁶ *Ídem*, p. 197.

Adviértase que en este caso, la Corte Suprema no se limitó a requerir la existencia de un mínimo de racionalidad entendida como relación de adecuación entre la distinción normativa y la finalidad por ella perseguida. Desde tal perspectiva la norma impugnada hubiese podido ser convalidada, pues la obligación de contribuir impuesta únicamente sobre los propietarios contiguos a la calle La Plata presentaba una relación de adecuación con respecto al objetivo propuesto: costear la obra de pavimentación de la referida calle, finalidad que a su vez resultaba ser plenamente constitucional.

En el fallo bajo análisis, el máximo tribunal tuvo en cuenta que la obra de pavimentación de ese sector de la calle redundaba en beneficio de la generalidad de la comunidad, por lo que era desproporcionado y no se compadecía con las exigencias de la justicia distributiva imponer la carga de su costo de modo exclusivo sobre los propietarios contiguos, quienes por otra parte, no se veían beneficiados en la misma proporción del sacrificio que ello les significaba. Tratándose de una obra de indudable interés público, no debía ser soportada únicamente por algunas personas, sino por toda la comunidad. De lo contrario, ello significaba distribuir inequitativamente la carga, atento a que como se señaló en el epígrafe 2.3. del capítulo I, “lo proporcionado o adecuado a cada titular en las distribuciones es aquella parte de los bienes —o cargas— a repartir que corresponde a su posición y relación respecto a la finalidad del reparto...”⁸⁴⁷. En el caso, la finalidad de la obra a costear era en beneficio de toda la comunidad, por lo que toda ella debía contribuir, al menos en parte, a cubrir los gastos de su realización.

Pero adviértase que en el caso, la Corte Suprema también valoró la constitucionalidad de la medida impugnada desde la óptica de la justicia conmutativa. En este sentido consideró si el beneficio obte-

⁸⁴⁷ HERVADA, J., *Lecciones de filosofía del derecho...*, ob. cit., p. 233.

nido por los propietarios contiguos obligados al pago de la contribución guardaba relación con la cuota que se les asignaba para costear la obra, concluyendo que existía un desequilibrio entre las prestaciones, pues la contribución a que estaban obligados absorbía el setenta por ciento del valor de la propiedad, sin que la obra pública costada redundara en un beneficio similar o excepcional para el contribuyente. El análisis que desde ambas formas de justicia –distributiva y conmutativa– puede hacerse de la argumentación de la sentencia, confirma lo señalado por Villey y Finnis, para quienes hay relaciones jurídicas que se rigen por ambas formas de justicia, presentándose como una combinación de distribución y conmutación⁸⁴⁸.

Asimismo, y atento a que la obligación impositiva absorbía el setenta por ciento de la propiedad sin el correspondiente beneficio o contraprestación por parte del Estado, la norma también devenía inconstitucional por cuanto implicaba una alteración del contenido esencial del derecho de propiedad de los titulares de los inmuebles contiguos a la obra pública. Si bien ello no fue señalado expresamente por la Corte Suprema, tal conclusión puede derivarse de la afirmación conforme a la cual declarar la constitucionalidad de la contribución impuesta implicaba tomar la propiedad de algunos particulares en beneficio de toda la comunidad⁸⁴⁹.

b) *El caso “Jewish Colonization Association c/ Provincia de Santa Fe, s/ devolución de dinero”*⁸⁵⁰

b1) Los hechos

⁸⁴⁸ Cfr. VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho...*, ob. cit., p. 92-93 y FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., p. 208.

⁸⁴⁹ Fallos 140:175 (1924), p. 196.

⁸⁵⁰ Fallos 147:402 (1926).

La sociedad Jewish Colonization Association demandó a la provincia de Santa Fe por repetición de la suma de dinero pagada en concepto de impuesto al ausentismo. Conforme al artículo 3 de la Ley 2040 que creó el impuesto, se consideraban ausentes “las sociedades anónimas y demás personas jurídicas que tengan su directorio principal fuera de la República”. La provincia de Santa Fe estimó que dicho impuesto alcanzaba a la sociedad actora por tener establecido fuera del país su directorio y exigió el pago correspondiente.

La recurrente reclamó la devolución de los montos pagados por el impuesto al ausentismo con fundamento en que la Ley 2040 vulneraba el principio de igualdad, al haber sancionado una especie de contribución territorial para los habitantes con residencia en el país, y otra para los ausentes de la República, de lo que resultaba que un mismo bien abonaba más o menos, según la circunstancia accidental de la residencia de su dueño. Así, un inmueble de igual valuación que otro soportaba mayor o menor contribución, sólo por la ausencia o presencia temporaria de su dueño.

La provincia demandada alegó que el impuesto cuestionado no vulneraba la igualdad consagrada en el artículo 16 CN, por cuanto ese principio sólo exige establecer contribuciones iguales para todos los contribuyentes que se hallen en idénticas condiciones. Además, destacando la finalidad perseguida por el impuesto, afirmó que el mismo respondía a sistemas económicos encaminados a combatir el ausentismo por considerarlo uno de los grandes males sociales, citando opiniones de diversos economistas.

La Corte SupremaJN rechazó la demanda interpuesta, considerando que el impuesto al ausentismo no violentaba el principio de igualdad ante la ley.

a2) Los fundamentos principales

De modo preliminar, la Corte reiteró argumentos ya vertidos en fallos anteriores, sosteniendo que el art. 16 de la CN “... no excluye

la facultad del legislador para establecer distinciones o formar categorías de contribuyentes, siempre que tales clasificaciones no revisitan el carácter de arbitrarias o estén inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (Fallos, tomo 115, pág. 111; tomo 132, pág. 402); es decir, siempre que tales distinciones, categorías o clasificaciones se apoyen en una base razonable o respondan a una finalidad económica o social (Fallos, tomo 138, pág. 313, Cooley, *Taxation*, 3ª ed., pág. 75 y siguientes; Willoughby, *On The Constitution*, pág. 593)⁸⁵¹.

Según la Corte Suprema, la clasificación impugnada por la actora no podía ser tachada de arbitraria por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque "... asegura igual tratamiento a todas las personas o sociedades que se encuentren en idénticas condiciones..." y en segundo lugar, porque "... se halla inspirada en un propósito de gobierno y en una finalidad de orden social, como es la de combatir el ausentismo, que le dan una base de razonabilidad suficiente para justificarla desde el punto de vista constitucional"⁸⁵².

Finalmente, sostuvo que los jueces no pueden juzgar sobre la conveniencia del impuesto, pues "la posibilidad de que tal impuesto envuelva un error económico y pueda dar, en definitiva, resultados contraproducentes, porque desvíe de la provincia demandada la corriente de capitales extranjeros, no constituye un óbice constitucional". Tales cuestiones, "... son de competencia del poder encargado de la sanción de la ley impositiva y están subordinadas, exclusivamente, a su discreción y acierto..."⁸⁵³.

a3) Análisis del fallo

⁸⁵¹ Ídem, p. 409.

⁸⁵² *Ibidem*.

⁸⁵³ *idem*, pp. 409:410.

Tal como se desprende de los fundamentos apuntados, la Corte se ocupó de enfatizar, antes de cualquier otra consideración, el principio de libertad de configuración del legislador, como uno de los criterios que rigen la interpretación y aplicación del principio de igualdad. Asimismo, señaló expresamente que tales distinciones o clasificaciones no deben revestir el carácter de arbitrarias, e inmediatamente después aclaró que la ausencia de arbitrariedad supone que las clasificaciones se apoyen en una base razonable o respondan a una finalidad económica social. Ello implicó vincular la noción de ausencia de arbitrariedad con la de razonabilidad y finalidad; por tanto, la categoría creada por el impuesto para no ser arbitraria debe perseguir algún objetivo.

La Corte no se limitó a la enunciación genérica de la doctrina precedentemente sintetizada, sino que especificó cuál era el fin del impuesto: combatir el ausentismo. Y era esta finalidad de orden económico y social la que le proporcionó a la categoría impositiva una base de razonabilidad.

Ahora bien, adviértase que la Corte no entró a valorar si el objetivo de combatir el ausentismo resulta o no conveniente para la economía del Estado; como así tampoco exigió una perfecta adecuación entre medios y fines; por ello afirmó: "... la posibilidad de que tal impuesto envuelva un error económico y pueda dar, en definitiva, resultados contraproducentes, (...) no constituye un óbice constitucional"⁸⁵⁴.

Si bien en el fallo no se transcribieron las razones económicas que sustentaron la política encaminada a combatir el ausentismo, sí se dice que la demandada citó las opiniones de diversos economistas que consideraban al ausentismo como un mal social y aludían a la necesidad de desfavorecerlo y luchar contra él.

⁸⁵⁴ *Ibidem*.



En efecto, los tribunales no cuentan con la formación técnica necesaria, ni tampoco con competencia para juzgar sobre las políticas económicas a implementar por los restantes poderes del Estado. Este juicio es ajeno a la esfera de competencia del Poder Judicial y se encuentra exento de control.

Se puede concluir entonces, que en el presente fallo el análisis de la razonabilidad de la clasificación establecida por una norma impositiva consistió en examinar si la distinción normativa respondía a una finalidad económica o social legítima, y cuál era ella, pero sin pretender una adecuación exacta, ni valorar la eficacia de la norma con relación al objetivo propuesto.

c) *El caso “Cruz, José c/Provincia de Santiago del Estero s/inconstitucionalidad de la ley 1202”*⁸⁵⁵

c1) Los hechos

El Sr. José Cruz demandó a la Provincia de Santiago del Estero, solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 1202, prorrogada por la 1255, conjuntamente con su decreto reglamentario, en virtud de la cual se le había cobrado la suma de diez mil pesos en concepto de patente única, exigible a todo comprador, acopiador o cargador de carbón. Asimismo, reclamó la devolución de dicha suma, con más los intereses y las costas.

Las leyes impugnadas también prescribían que las sociedades cooperativas con personería jurídica establecidas en la provincia, a las cuales se hallen agremiados por lo menos cincuenta productores de carbón, pagarían sólo cinco mil pesos en concepto de patente. El decreto reglamentario disponía, entre otras cosas, que, salvo el caso

⁸⁵⁵ Fallos 179:98 (1937).

de las cooperativas autorizadas a cargar en todas las estaciones de ferrocarril, los productos no podrían embarcarse sino por dos estaciones.

Entre los fundamentos esgrimidos, el actor cuestionó la constitucionalidad de tales normas por vulnerar los artículos 14, 16 y 17 CN. Sostuvo que en diciembre de 1932 se constituyó en la provincia la Cooperativa Nacional de Productos Forestales, bajo el auspicio del gobierno local. Debido a que los obreros y acopiadores no se adhirieron, se sancionó la ley 1202, la que, según el actor, tuvo un efecto compulsivo sobre los cargadores. Ello, por cuanto no disponían de un capital que les permitiera pagar la patente de diez mil pesos, lo que se corroboraba constatando que al año 1934 solamente se había expedido la patente del Sr. José Cruz, quien, según sus dichos, la solicitó, no para hacer ganancias, sino para que se restablezcan las garantías constitucionales.

Asimismo, argumentó que las normas que cuestionaba violaban el principio de igualdad, puesto que causaban una "... visible e irritante diferencia de tratamiento con respecto a los industriales y comerciantes cobijados en la Cooperativa...", hostilizando a los acopiadores, cargadores y compradores que no se adhirieron a la misma. Sostuvo, además, que este espíritu de hostilidad se puso de manifiesto en el hecho de que antes de la sanción de la ley 1202 había innumerables obreros en la provincia que abonaban una patente de cincuenta y cien pesos. A partir de dicha ley la patente asciende a diez mil pesos sin una razón que lo justifique, favoreciendo a los agraviados en la Cooperativa y hostilizando a los otros cargadores, pues la patente de cinco mil pesos que se le cobraba a aquella recaía sobre cientos de contribuyentes, representando para cada uno una módica contribución. Por lo demás, agrega, las demás patentes que cobra la provincia en ningún caso exceden de dos mil pesos.

La provincia demandada alegó en su defensa que la suma de cinco mil pesos exigible a las cooperativas en concepto de patente se

basó en el objetivo de fomentar esta forma de agremiación. Sostuvo la provincia que a causa de la crisis económica los obrajeros se dedicaron a la producción del carbón y determinaron una baja del producto por su excesiva oferta, dando lugar a una inicua explotación por parte de los consignatarios, quienes adjudicaban discrecionalmente el precio. Para salvarse de esta exacción, los productores decidieron asociarse y constituir la “Cooperativa Nacional de Productos Forestales” y vender directamente el carbón, lo que mereció el apoyo del gobierno provincial. La provincia también destacó que la imposición de tributos consiste en el ejercicio de facultades discrecionales, confiadas a la prudencia, sabiduría y justicia de los cuerpos legislativos.

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto declarando inconstitucional el impuesto de patente cuestionado y ordenando a la Provincia de Santiago del Estero devolver la suma abonada por dicho concepto.

c2) Los fundamentos principales

Entre los argumentos invocados por el máximo tribunal, se destacarán únicamente aquellos vinculados a la violación del principio de igualdad por el impuesto impugnado. En este sentido, la Corte Suprema sostuvo que el impuesto sirvió “... para compeler a los obrajeros a agremiarse bajo la égida de la Cooperativa, so pena de desaparecer...”, revelando un espíritu de hostilidad contra los industriales que pretendían trabajar independientemente⁸⁵⁶. De tal modo, el impuesto fue un “... instrumento para beneficiar a unos en perjuicio de otros, alterando las bases en que debe reposar toda imposición y llegando al extremo de suprimir toda competencia, industrial o comer-

⁸⁵⁶ Cfr. *idem*, p. 110.

cial, para cimentar una situación de privilegio...”, vulnerando las garantías de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional⁸⁵⁷.

En los fundamentos de la sentencia se reconoció que las facultades impositivas de las provincias son amplias, pero se aclaró que deben “... ejercerse de buena fe, para objetos públicos y no privados, y los impuestos deben ser establecidos dentro de un sistema de imparcialidad y uniformidad a fin de distribuir con justicia la carga (t. 128, pág. 435; t. 98, pág. 52 y otros)”⁸⁵⁸. Por ello, “... toda imposición tributaria que persiga y hostilice a una clase profesional hasta desalojar en masa la mayoría de sus factores esenciales, es a todas luces atentatoria de los derechos y garantías que la Constitución consagra en su estructura general y especialmente en los arts. 14, 16 y 17 (Fallos t. 128, pág. 453)”⁸⁵⁹.

c3) Análisis del fallo

El análisis que hizo la Corte acerca de la constitucionalidad del impuesto fue más allá del objetivo que la Provincia demandada dijo perseguir mediante su creación: fomentar la cooperativa como forma de agremiación para paliar la crisis por la que atravesaban los productores de carbón⁸⁶⁰. El tribunal no consideró suficiente efectuar un análisis de medios a fines, juzgando la adecuación de la medida cuestionada con la finalidad perseguida. Con sustento en la argumentación de la sentencia cabría afirmar que para superar el test de constitucionalidad no basta alegar un fin legítimo, si los medios utilizados para obtener el objetivo propuesto suponen hostilizar a una

⁸⁵⁷ *Ibidem*.

⁸⁵⁸ *Ídem*, p. 111.

⁸⁵⁹ *Ídem*, pp. 111-112.

⁸⁶⁰ *Cfr. idem*, pp. 106-107.

determinada clase profesional, beneficiando a unos en perjuicio de otros y alterando sustancialmente los derechos constitucionales en juego: en el caso, el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita (art. 14 CN).

La absoluta desproporcionalidad del impuesto con relación a la riqueza gravada, resultaba en la práctica una supresión del derecho constitucional referido y la creación de una situación de privilegio para las cooperativas con relación a los trabajadores independientes. Por ello, aun en el supuesto de que el verdadero fin perseguido por la Provincia fuera paliar la crisis del sector productivo del carbón y no servir a intereses privados, debió emplear medios que no implicaran la supresión total de un derecho garantizado por la Constitución Nacional en condiciones de igualdad.

Puede concluirse entonces que, según la jurisprudencia del máximo tribunal, una categoría impositiva no será razonable si, no obstante responder a un fin económico o social plenamente legítimo, hostiliza a una determinada clase mediante la imposición de una contribución que obstaculiza severamente el ejercicio del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, alterándolo sustancialmente.

d) El caso “Delia Bonorino Ezeyza de Claypole y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de la ley 4834 y del art. 1º, inc. 5 de la ley 4204”⁸⁶¹

d1) Los hechos

La Sra. Delia Bonorino Ezeyza de Claypole y sus hermanos —todos herederos de su madre, la Sra. Magdalena Ezeyza de Bonorino— iniciaron demanda de repetición contra la Provincia de Bue-

⁸⁶¹ Fallos 210:284 (1948).

nos Aires, reclamando la devolución del impuesto anual progresivo adicional al impuesto inmobiliario, creado por la ley 4834, y solicitaron asimismo la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma legal⁸⁶². Ésta disponía que los inmuebles o conjunto de inmuebles de diez mil hectáreas o más deberían pagar un impuesto anual progresivo que se liquidaría sobre el avalúo fiscal según una escala que comenzaba por el 6%, para los de 10.000 hectáreas, y llegaba al 14% para los de más de 30.000.

Los recurrentes alegaron que la contribución de la ley 4834 era incompatible con la garantía de la igualdad, al prescindir del valor de los bienes que gravaba y tener en cuenta su extensión, la que no siempre coincidía con el primero. De tal modo, inmuebles de mayor extensión pero inferior valor estaban obligados a contribuir en mayor cantidad que aquellos de menor extensión pero superior valor.

La provincia demandada sostuvo que la tacha de inconstitucionalidad del gravamen que creaba la ley 4834 era infundada, porque prescindía de los fundamentos y altas finalidades sociales perseguidas por aquélla, cual era la de contrarrestar los efectos negativos que para la economía de la Provincia podían derivarse de la acumulación por un solo propietario de considerables extensiones de tierra. Agregó que conforme a los artículos 17 y 18 de la ley 4834, el artículo 11 del decreto reglamentario había establecido que los propietarios de diez mil hectáreas o más, cuya valuación no excediera de m\$*n* 1.000.000, pagarían el impuesto con una reducción del 50%, contemplándose así el valor de la tierra, para corregir las desigualdades que podrían surgir. Adujo también, que el artículo 16 de la precitada norma legal,

⁸⁶² Los actores formularon otras pretensiones, a las que no se hará referencia en el presente por no estar directamente vinculadas con el principio de igualdad, o porque la Corte no se refirió a tales agravios.

autorizaba al contribuyente a solicitar reajuste impositivo cuando el gravamen o su acumulación con otro superara el 33% de la renta.

El máximo tribunal de la Nación rechazó parcialmente la demanda en cuanto persiguió la repetición de lo pagado en concepto del impuesto creado por la ley 4834, por considerarlo compatible con el principio de igualdad, declarando la constitucionalidad del impuesto progresivo.

d2) Los fundamentos principales

Dada la extensión de los argumentos utilizados en la sentencia, se citarán aquellos que se consideran medulares para proceder seguidamente a su análisis.

La Corte comenzó reiterando que “... la garantía de la igualdad ante la ley y de las cargas públicas no impide que la legislación considere de manera diferente situaciones que estime diversas, con tal, sin duda, que el criterio de distinción no sea arbitrario ni responda a un simple propósito de injusta hostilidad o indebido privilegio”⁸⁶³.

Señaló asimismo que “... la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos distintos de la sola medida económica de esa capacidad (...). En estas determinaciones pueden intervenir factores que no son económicos o que lo son solo indirectamente”⁸⁶⁴. Seguidamente, ejemplificó los criterios que las leyes impositivas podrían adoptar para establecer categorías: “por las características de los bienes, por el modo de poseerlos o explotarlos, por la mayor o menor vinculación del dueño con el país en que la riqueza gravada tiene su asiento o fuente, por la clase de actividad que con ella se realiza... Todos los impuestos progresivos, los que

⁸⁶³ Fallos 210:284 (1948), p. 298.

⁸⁶⁴ Ídem, pp. 298-299.

tienen en cuenta la tierra libre de mejoras, la diversidad de patentes según las especies de negocios a que se refieren, los impuestos aduaneros específicos, la constitución de una categoría distinta para los ausentes, el diverso por ciento con que se limita el impuesto sucesorio según el parentesco de los herederos con el causante, etc. son ejemplos de diferenciaciones impositivas que no se rigen sólo por el diferente valor económico de las riquezas que constituyen la materia del gravamen...”⁸⁶⁵.

La Corte también sostuvo que “... la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional”⁸⁶⁶. Por ello, “... debe tomar en consideración tanto las diferencias que caracterizan a cada una de las personas en la materia regulada por el régimen legal de que se trata —para determinar quienes son iguales—, cuanto la relación en que la particular obligación impuesta por la ley esté con las necesidades o conveniencias generales en el lugar, tiempo y modo de su aplicación —para determinar si son o no iguales las circunstancias—, las leyes pueden y aún deben establecer categorías diversas a condición de que la distinción sea razonable, es decir, tenga razón de ser en la naturaleza de las cosas de que se trata (Fallos 182:355; 190:231; 139:204, 391 y otros)”⁸⁶⁷.

Más adelante, el tribunal especificó cuál es la relación aludida precedentemente entre la obligación impuesta por la ley con las necesidades o conveniencias generales, vale decir, con las exigencias del bienestar general, afirmando que el impuesto impugnado puede ser considerado “... como una instancia destinada a promover la división de las extensiones que excedan el límite a partir del cual se aplica el adicional y favorecer con ello las posibilidades de acceso a la propie-

⁸⁶⁵ Ídem, p. 299.

⁸⁶⁶ Ídem, p. 300.

⁸⁶⁷ *Ibidem*.

dad de un mayor número...” o, como “... lo que en punto a bien público puede hacer el Estado con el producido de este impuesto, compensando con ello relativamente la limitación de esas posibilidades a causa de la concentración de la propiedad territorial...”⁸⁶⁸.

Asimismo, la Corte afirmó que la propiedad “... constituye un bien fundamental tanto desde el punto de vista de las condiciones del trabajo para quien es propietario, como desde el de la garantía de la libertad que la misma comporta. El propietario hállase, en una superior condición no meramente económica sino social. Por ello la distribución y el uso de la propiedad han de subordinarse al bien común”⁸⁶⁹. Mediante estas expresiones la Corte dejó traslucir su concepción acerca de la función social de la propiedad y también se ocupó de señalar la importancia que ella tiene no sólo desde un punto de vista económico, indicando como favorece tanto el trabajo como la libertad. Y es en razón de esta importancia que las posibilidades regulares de acceso a la condición de propietario “... deben ser directa o indirectamente favorecidas, pues ello comporta afianzamiento del orden y la paz sociales”⁸⁷⁰. De este modo, el tribunal justificó la legitimidad del fin perseguido por el impuesto al promover la división de las extensiones, favoreciendo el acceso a la propiedad de un mayor número de personas.

d3) Análisis del fallo

En la sentencia bajo análisis se señaló en primer lugar que la determinación de las diversas categorías de contribuyentes puede hacerse por motivos diversos de la capacidad económica, y se brindó

⁸⁶⁸ Ídem, p. 303.

⁸⁶⁹ Ídem, p. 302.

⁸⁷⁰ *Ibidem*.

ejemplos de los criterios que también pueden regir para la distribución de las cargas impositivas. En el caso, si bien el criterio primordial tenido en cuenta por la ley impugnada fue el de la extensión de la propiedad, su valor económico no fue ignorado pues, tal como adujo la Provincia demandada, el artículo 11 del decreto reglamentario estableció que los propietarios de diez mil hectáreas o más cuya valuación no excediera de m\$*n* 1.000.000, pagarían el impuesto con una reducción del 50%. Asimismo, la demandada puso de resalto que el artículo 16 de la ley 4834 autorizaba al contribuyente a solicitar un reajuste impositivo cuando el gravamen o su acumulación superase el 33% de la renta. Tales mecanismos correctores, tendían a evitar la imposición de gravámenes confiscatorios, y si bien se basaron en el valor económico de la propiedad, éste constituyó un criterio secundario para el establecimiento de categorías de contribuyentes.

No obstante la defensa alegada por la Provincia de Buenos Aires, la Corte se ocupó de justificar por qué el criterio de la extensión de la propiedad y no el de su valor —el que de algún modo refleja la capacidad económica del contribuyente, que en el caso cumplía un rol subsidiario y no principal—, no resultaba arbitrario para fijar el monto a abonar en concepto de impuesto inmobiliario. Para ello, intentó precisar la relación existente entre la obligación impuesta por la ley impugnada y las exigencias del bienestar general, es decir, efectuó un examen de medios a fines, señalando los posibles propósitos perseguidos mediante el impuesto progresivo que grava la propiedad inmueble, especificando dos: la promoción de la división de la propiedad para favorecer el acceso a ella de un mayor número de personas y el bien público que el Estado puede realizar con el producido del impuesto, compensando de tal modo la limitación de las posibilidades para el acceso a la propiedad a causa de su concentración.

El tribunal no se limitó a juzgar la relación existente entre el criterio escogido por la ley para formar la categoría de contribuyentes y

el objetivo que ella se propuso alcanzar, sino que fue más allá y entró a valorar la legitimidad del fin propuesto. A ello se enderezaron las manifestaciones que remarcaron la importancia de la propiedad no sólo desde la perspectiva económica, sino también en aras de posibilitar el derecho de libertad y favorecer las condiciones de trabajo. Es más, se consideró que promover el acceso a la propiedad contribuye a afianzar el orden y la paz sociales.

En la valoración de la constitucionalidad del objetivo perseguido por la ley mediante la creación de la categoría de contribuyentes impugnada, la Corte dejó traslucir cierta concepción de justicia y del derecho de propiedad. Tal como se adelantó en el epígrafe 3.1.2., el presente fallo refleja la concepción clásica de la justicia, al afirmarse que “... la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional”⁸⁷¹. En la justicia distributiva la igualdad a realizar será proporcional a las personas y circunstancias, dependiendo el criterio para la distribución de bienes y cargas de la finalidad del reparto. En el caso, y conforme a lo afirmado por la provincia demandada, dicha finalidad consistía en la redistribución de la propiedad inmueble, que se hallaba concentrada en pocas manos. Por ello, el criterio de la distribución del impuesto fue la mayor o menor extensión de los bienes inmuebles poseídos, con el objetivo de promover su división y favorecer el acceso a la propiedad de un mayor número de personas.

Conforme se expuso, la valoración de la legitimidad del objetivo promovido por la categoría cuestionada también implicó para la Corte adoptar una determinada concepción del derecho de propiedad, el que no fue considerado ilimitado —como en la filosofía jurídica liberal individualista—, sino por el contrario, sujeto a las exigencias del bien común, lo que se vislumbra claramente cuando

⁸⁷¹ Ídem, p. 300.

afirmó que “... la distribución y el uso de la propiedad han de subordinarse al bien común”⁸⁷².

Este concepto del derecho de propiedad también se desprende de una concepción clásica de la justicia, en su forma de justicia general o legal, pues su ejercicio nunca podrá contradecir el bien común⁸⁷³, ni convertirse en antisocial, lo que no significa que el goce de los derechos fundamentales esté sujeto al bien de la mayoría, sino que su contenido es limitado. Desde esta perspectiva, “no habrá auténtico bien público que altere los derechos fundamentales ni existirá derecho fundamental cuyo alcance pueda significar la violación de otros derechos fundamentales o la frustración de un bien público...”⁸⁷⁴. La imposibilidad de contradicción entre los bienes individuales —objeto de los derechos humanos— y el bien común es sostenida por Tomás de Aquino, para quien “el que busca el bien común de la sociedad, consiguientemente busca también su propio bien”⁸⁷⁵. Por ello, podría sostenerse que “... el bien propio y el común se implican mutuamente...”, pues “... no hay bien común sin que los individuos alcancen su bien particular, ni pueden alcanzarlo si no se busca el bien común”⁸⁷⁶.

⁸⁷² Fallos 210:284 (1948), p. 302

⁸⁷³ Sobre el bien común en cuanto objeto de la justicia general cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, ob. cit., q. 58, a. 5 y 6; PINTO, M. A., “La noción de bien común según la filosofía tomista”, *Prudentia Iuris*, t. III, 1981, pp. 7-24; FINNIS, J., *Ley natural...*, ob. cit., pp. 183-185 y 194-195; VIGO, R. L., *Las causas del derecho*, Prólogo de Georges Kalinowki, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 155-180.

⁸⁷⁴ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, ob. cit., p. 358.

⁸⁷⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a. 10.

⁸⁷⁶ VIGO, R. L., *Las causas del derecho...*, ob. cit., p. 169 VIGO, R. L., *Las causas del derecho...*, ob. cit., p. 169.

Aunque la sentencia no lo afirmó expresamente, cabría sostener que no cualquier objetivo justifica el criterio escogido para una clasificación normativa, sino que éste ha de ser legítimo, es decir, conforme a la Constitución. Pero a su vez, valorar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la categoría establecida por la ley en muchas ocasiones supondrá —como en el caso bajo análisis— llevar a cabo valoraciones políticas y éticas acerca de la bondad de los fines que se pretenden alcanzar, las que a su vez reflejarán una cierta concepción del estado, la justicia y el derecho. Ello, por cuanto si bien es cierto que el texto constitucional obedeció a cierta filosofía política y jurídica que inspiró al poder constituyente, la forma lingüística del texto constitucional, cargada de generalidad cuando se refiere a principios y valores, permite una interpretación dinámica, por la que el intérprete distinga entre “... los mandatos constitucionales aquellos elementos esenciales que necesariamente debe respetar, y los elementos contingentes que puede y debe acomodar a tenor de la cambiante realidad a la que regula”⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ VIGO, R. L., *Interpretación constitucional*, ob. cit., p. 161. Este dinamismo en la interpretación del derecho de propiedad en situaciones de emergencia económica se ve claramente reflejado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y estadounidense (cfr. BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., T. 2, pp. 372-488). En este sentido, se ha sostenido que “... las Constituciones expresan su contenido material en formulaciones sintéticas, breves, que no descienden al desarrollo de los derechos y libertades, sino que se limitan a dar formulaciones quintaesenciadas de tales derechos y libertades (...). Esta formulación sintética del texto constitucional trae como consecuencia, de una parte, la ineludible necesidad de proceder a un desarrollo del texto para que despliegue toda su eficacia y potencialidad, pero simultáneamente pone de relieve, en ocasiones, la ambigüedad de las propias previsiones del texto constitucional” (DE LA QUADRA, T., “La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica”, ob. cit., pp. 136-137).

3.3.4. *Derecho de propiedad sobre los depósitos bancarios*

a) *El caso “Peralta, L. A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía – Banco Central)”*⁸⁷⁸

a1) Los hechos del caso

Los actores interpusieron acción de amparo contra el Estado Nacional y el Banco Central de la República Argentina, solicitando se declare la inconstitucionalidad del decreto 36/90 y de las disposiciones que lo reglamentaban, reclamando también el pago del capital depositado a plazo fijo en una entidad bancaria, conjuntamente con los intereses pactados. El juez de primera instancia rechazó el amparo, y la Cámara de Apelaciones hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad, sentencia contra la cual el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido.

El decreto mencionado limitaba la devolución de los depósitos a plazo fijo a la suma de 1.000.000 de australes y establecía el canje compulsivo de lo que excediera dicho monto por títulos públicos (Bonos Externos serie 1989), con vencimiento a diez años.

En la sentencia bajo análisis se resolvieron diversas cuestiones, tales como: i) la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de un proceso de amparo; ii) la facultad constitucional del Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia —la que, cabe aclarar, no estaba prevista expresamente por ese entonces en la Constitución argentina—⁸⁷⁹; iii) los límites del Poder del Estado para una regulación razonable de los derechos en

⁸⁷⁸ Fallos 313:1513 (1990).

⁸⁷⁹ Los decretos de necesidad y urgencia fueron incorporados como una atribución del Poder Ejecutivo en la reforma constitucional de 1994, en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución argentina.

situaciones de emergencia y iv) la existencia de violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Entre los argumentos referidos por la sentencia de segunda instancia para declarar la inconstitucionalidad del decreto 36/90, se invocó la violación del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 CN, por cuanto el someter "... a los actores al empréstito por el sólo hecho de tener en depósito un pequeño ahorro y con total abstracción de su capacidad económica, menoscaba el principio de igualdad frente a las cargas públicas, que requiere considerar la condición y magnitud de la riqueza de las personas que han de soportarlas (...) e impone establecer categorías diversas para que la sujeción sea razonable (Corte Sup., Fallos 210:284). La igualdad veda que alguien sea forzado al empréstito por el sólo hecho de tener un ahorro en moneda nacional y en un banco en tanto quedan fuera de la carga quienes, con mayor capacidad contributiva, lo acumulan en moneda extranjera o en otro tipo de colocación. La pequeñez de la base a partir de la cual el empréstito absorbe obligatoriamente el ahorro de los actores aumenta la arbitrariedad de la carga pues – como se ha visto más arriba– afecta en más de un 50% de su importe a quienes en autos aducen –y la autoridad recaudadora no niega– encontrarse en una imposibilidad o necesidad económica que el escaso monto hace presumir (doct. Corte Sup. Fallos 294:152, consid. 9)⁸⁸⁰.

Según el tribunal de alzada, el monto del depósito no excedía el de un pequeño ahorro, pues era inferior al sueldo que para el mes de enero de 1990 se había fijado para los ministros del Poder Ejecutivo. Asimismo, el monto que el reglamento impugnado permitió retirar a los actores resultaba inferior al sueldo de un secretario de facultad

⁸⁸⁰ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3ª, 3-04-1990, *Jurisprudencia argentina*, t.II-1990, p. 249.

con dedicación exclusiva. En el caso, los actores habían aducido, aunque no probado, la necesidad de disponer del dinero depositado para responder a obligaciones contraídas con anterioridad, para adquirir elementos imprescindibles para la subsistencia y para su utilización en vacaciones propias y de familiares⁸⁸¹.

La Corte Suprema declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, dejó sin efecto la sentencia apelada y rechazó la demanda de amparo, declarando en lo que se refiere al derecho de propiedad que el decreto cuestionado resultaba ser un ejercicio razonable de la facultad del Estado para regularlo en situaciones de emergencia y con relación al principio de igualdad, que la selección del sector social perjudicado por la medida no fue formulada con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor o de ilegítima persecución⁸⁸².

⁸⁸¹ Cfr. *idem*, voto en disidencia, pp. 250-251.

⁸⁸² Con posterioridad a “Peralta”, la Corte Suprema resolvió tres casos relevantes vinculados al derecho de propiedad sobre los depósitos bancarios en situaciones de emergencia. En los dos primeros: «Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”», sentencia de fecha 1 de febrero de 2002 (Fallos 325:28) y “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”, sentencia de fecha 05-03-2003 (Fallos 326:417) no se desarrollaron argumentos vinculados al principio de igualdad, centrándose la sentencia en el análisis del derecho de propiedad y la razonabilidad de la reglamentación. En el último de los casos resueltos, caratulado “Bustos, Alberto R. y otros c/Estado Nacional y otros”, de fecha 26-10-2004, (Fallos 327:4495) la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, por la que se había declarado la inconstitucionalidad de las leyes 25.557 y 25.561, de los decretos 1570/2001, 71/2002, 141/2002, de los artículos 1, 2, 4, 9 y 10 del decreto 214/2002, del artículo 3 del decreto 302/2002, de las resoluciones 6, 9, 18, 23 y 36/2002 del Ministerio de Economía de la Nación y de las Comunicaciones A 3446, 3467 y 3468 del Banco Central de la República Argentina, y de todo otra norma que impidie-

ra, limitara o restringiera de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista..

El principio de igualdad fue invocado como fundamento de la sentencia por los tres primeros votos, aunque no en el mismo sentido, sino con relación a diversas cuestiones. En el primer voto, correspondiente a los jueces Belluscio y Maqueda, acogiendo uno de los agravios invocados por el Banco de Entre Ríos, se señaló la desigualdad de hecho que implicó hacer lugar a las demandas de amparos, por las que sólo algunos ahorristas pudieron cobrar la totalidad de sus depósitos en la moneda de origen, resultando para otros ahorristas imposible obtener dicho beneficio, ya sea porque no lo solicitaron o porque la medida cautelar no les fue concedida (cfr. considerando 15). En el segundo de los votos, suscripto por el juez Boggiano, se hace referencia al principio de igualdad entre los acreedores externos y los internos, sosteniéndose que ante una situación de crisis e insolvencia por parte del Estado Nacional —cabe aclarar que la Argentina había suspendido el pago de la deuda externa— también los acreedores financieros locales debían soportar el sacrificio de la insolvencia (cfr. considerandos 19, 22 y 25). Finalmente, en el voto del juez Zaffaroni, se afirmó que “... se vulneraría el principio de igualdad si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes...”, por lo que, sostuvo, “...se impone un tratamiento diferenciado de depósitos de cuantías mayores y menores” (considerandos 7 y 8). Tomando como parámetro lo dispuesto en el decreto 739/2003, este voto estimó razonable que para los titulares de depósitos o certificados que en cada acción reclamen hasta U\$S 70.000 (setenta mil dólares estadounidenses) de valor nominal original, las entidades bancarias hagan entrega inmediata a los ahorristas del importe necesario para adquirir dólares estadounidenses en el mercado de cambio. Para quienes sean titulares de depósitos o certificados mayores a dicho importe y hasta la suma de U\$S 140.000 (ciento cuarenta mil dólares estadounidenses) de valor nominal original, se consideró adecuado su devolución en la moneda de origen o al tipo de cambio existente en el mercado hasta la suma de U\$S 70.000 (setenta mil dólares estadounidenses) y el saldo a razón de pesos uno con cuarenta centavos por cada dólar estadounidense originalmente depositado, con más el CER. En el caso de los depósitos que excedan la suma de U\$S 140.000, se dispuso que el importe debería ser reintegrado conforme a lo previsto en la normativa de emergencia (cfr. considerandos 10, 11 y 12). Las distinciones de trato señaladas se fundamentaron en razones de justicia distributiva, sosteniéndose que “... si los perjuicios del estado de necesidad deben repartirse entre todos, justo es que la mayor carga la soporten

a2) Los fundamentos principales relativos al derecho de propiedad y al principio de igualdad

Previo al desarrollo de los argumentos por los que consideró que el decreto 36/90 no vulneraba el principio de igualdad, la Corte Suprema se centró en la justificación de la razonabilidad de la restricción al derecho de propiedad en situaciones de emergencia, citando entre otros, los precedentes “Home Building and Loan Association v. Blaisdell”⁸⁸³, de la Corte Suprema de los Estados Unidos y

quienes tienen mayor capacidad para soportarla y, por ende, también mayor capacidad de recuperación frente a la lesión sufrida” (considerando 8).

Como se desprende de la breve reseña efectuada, no puede leerse en la sentencia una misma línea argumental vinculada al principio bajo estudio, pues cada voto lo invocó desde una perspectiva diferente: en el primero se hizo referencia a la existencia de una desigualdad de hecho entre los ahorristas que recuperaron sus depósitos en virtud de las medidas cautelares autosatisfactivas y aquellos que no lograron recuperarlos; en el segundo voto se invocó como término de comparación a los acreedores externos, señalándose la exigencia de respetar el principio de igualdad entre los acreedores internos y externos, en lo que respecta al sacrificio que impone la situación de quebranto e insolvencia del Estado, y en el tercer voto se aludió al principio de igualdad en cuanto exige tratar diferente a quienes se hallan en diversidad de circunstancias, considerándose necesario tratar desigualmente a los depositantes de cuantías mayores y menores, atento a la mayor capacidad de los primeros para soportar el perjuicio que supone la no devolución de la totalidad del dinero depositado. No obstante las diversas líneas argumentales de los tres votos reseñados, y sin entrar a juzgar su acierto o desacierto, todas se vincularon con razones de justicia distributiva, lo que demuestra una vez más que toda aplicación del principio de igualdad implica ineludiblemente asumir una cierta concepción de justicia.

⁸⁸³ 290 U.S. 398 (1934). En este fallo se cuestionó la constitucionalidad de la una ley dictada en el año 1933 por el Estado de Minesota, que había establecido una moratoria hipotecaria mediante la prórroga del plazo del rescate de los inmuebles vendidos en ejecuciones hipotecarias por el término que los tribunales considerasen equitativo, no pudiendo exceder dicho plazo del 1º de mayo de 1935. La Corte de los Estados Unidos declaró la constitucionalidad de dicha ley,

“Avico c. de la Pesa”⁸⁸⁴, de la Corte argentina, en los que se fijaron los requisitos que debe cumplir una ley de emergencia para que su sanción esté justificada⁸⁸⁵.

Asimismo, el tribunal destacó que “en situaciones de emergencia o con motivo de ponerles fin, se ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente convenidos por las partes, siempre que no se altere su sustancia, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”⁸⁸⁶. Agregó que la restricción impuesta por la legislación de emergencia “... debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad...”⁸⁸⁷.

Con relación al decreto cuestionado, la Corte Suprema sostuvo que las normas impugnadas estaban destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó al sistema financiero ar-

admitiendo las facultades del Estado para intervenir de modo temporario en el cumplimiento forzoso de los contratos, si ello fuere necesario para dar alivio a necesidades públicas urgentes producidas por causas económicas. Asimismo, señaló los requisitos que debían concurrir para considerar válido el ejercicio del poder económico de emergencia.

⁸⁸⁴ Fallos 172:29 (1934). En dicho precedente se cuestionó la validez de la ley 11.741 que había establecido la prórroga por tres años del vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y reducido la tasa de interés al 6% durante el referido plazo. La Corte declaró la constitucionalidad de la ley impugnada invocando los fundamentos de la sentencia de su par estadounidense recaída en *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*.

⁸⁸⁵ Fallos 313:1513 (1991), considerando 40.

⁸⁸⁶ Ídem, considerando 42.

⁸⁸⁷ Ídem, considerando 43.

gentino⁸⁸⁸; y remitiéndose a los considerandos del decreto 36/90 señaló que mediante su dictado se pretendía cortar el proceso inflacionario que desgarraba a la sociedad; inducir la baja primero y luego la estabilización del precio del dólar y de todos los bienes de la economía argentina y recuperar el valor adquisitivo de la moneda nacional⁸⁸⁹. Seguidamente, sostuvo que el pago de los depósitos mediante la entrega de “bonos externos”, serie 1989 supuso una fuerte reprogramación de vencimientos, pero no una quita, pues aún “... admitiendo que la paridad de mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la nominal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que, en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella quita haya efectivamente ocurrido”⁸⁹⁰. De tal modo, el tribunal comparó la medida cuestionada con los efectos típicos de una devaluación, afirmando que si se quisiera ver una mengua en los créditos presuntamente afectados, ésta no sería sino uno de los típicos efectos derivados de cualquier devaluación, que si bien no produce efectos sobre las sumas nominales, si sobre los valores reales⁸⁹¹.

Finalmente, el tribunal dirigió su argumentación a desechar el agravio relativo a la violación del principio de igualdad. En este sentido, afirmó que podría objetarse que con la devaluación toda la sociedad resultaba perjudicada, mientras que con medidas como las del decreto 36/90 sólo resultaba perjudicado un sector de ella. Reafirmando la existencia de analogía entre la medida de gobierno cuestionada con los efectos de una devaluación, desechó el agravio referido aduciendo que esta última “... ha trasladado sus consecuencias

⁸⁸⁸ Cfr. *idem*, considerando 48.

⁸⁸⁹ Cfr. *idem*, considerando 50.

⁸⁹⁰ *Ídem*, considerando 52.

⁸⁹¹ Cfr. *idem*, considerando 55.

de modo positivo o negativo, sobre los intereses de diferentes sectores de la sociedad, así, por lo común, los intereses de importadores y exportadores, productores primarios e industriales, rentistas y asalariados, etc., se ven favorecidos los unos en medida similar a la que se ven perjudicados los otros⁸⁹²; consecuencias que consideró como inevitables y propias de muchas medidas de gobierno⁸⁹³. Concluyó en que “el sector perjudicado en este caso —en principio, pues es, como se señaló, incierta la realidad y entidad final del perjuicio aducido— no aparece como irrazonablemente elegido por dos órdenes de razones: el uno de índole técnica, pues era por el manejo de determinado tipo de depósitos bancarios por donde debía pasar ineludiblemente el remedio arbitrado. La otra, de índole patrimonial, pues la imposición de tales depósitos y a partir de la cantidad propuesta, es señal en la generalidad de los casos de una correlativa capacidad económica, que aventa la medida de una inequitativa elección de aquellos sobre quienes la medida percutiría. En definitiva, no se advierte una distinción formulada con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, o de ilegítima persecución⁸⁹⁴”.

a3) Análisis del fallo

Conforme se ha desarrollado en el epígrafe 5.1. del capítulo I, la violación del principio de igualdad requiere de un término de comparación con respecto al cual se imparte el tratamiento desigual cuestionado. En el caso, el término de comparación invocado en la sentencia de segunda instancia está constituido por aquellos miembros de la sociedad que, poseedores de una mayor capacidad económica, eran titulares de depósitos bancarios en moneda extranjera o de otro

⁸⁹² Ídem, considerando 58.

⁸⁹³ Cfr. ídem, considerando 58.

⁸⁹⁴ *Ibidem*.



tipo de colocación diversa al plazo fijo. En este sentido, la Corte Suprema intenta hacer ver que no sólo en el caso de la norma cuestionada existe un grupo perjudicado en mayor medida que otros, sino que también en el supuesto de la devaluación existen ciertos sectores que se ven perjudicados y otros beneficiados, citando como ejemplos los intereses de importadores y exportadores, productores primarios e industriales, rentistas y asalariados. Con respecto a este argumento, cabe señalar que la constatación de que mediante una devaluación se producen efectos positivos para algunos y negativos para otros, no justifica la selección efectuada por el decreto 36/90, pues se limita a describir un hecho de la realidad que no basta por sí mismo para dotar a la clasificación cuestionada de una razón suficiente.

Seguidamente, el tribunal se dirige a justificar la razonabilidad de la selección efectuada por el decreto impugnado y desechar la posible violación del principio de igualdad. A tales fines, recurre a dos órdenes de razones: la primera es calificada por la Corte como de índole técnica y tiende a fundamentar la idoneidad y necesidad de la medida. En este sentido, sostuvo que era "... por el manejo de determinado tipo de depósitos bancarios por donde debía pasar ineludiblemente el remedio arbitrado"⁸⁹⁵. La utilización del término "ineludible" intentó subrayar que era sólo mediante el canje compulsivo de ese tipo de depósitos —plazos fijos a corto plazo— por títulos de la deuda pública, como podrían alcanzarse los objetivos que se propuso el decreto 36/90, cuales eran cortar con el proceso inflacionario, inducir la baja y estabilización del dólar y de todos los bienes de la economía y recuperar el valor adquisitivo de la moneda nacional⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ *Ibidem*.

⁸⁹⁶ Cfr. *idem*, considerando 49.

Ahora bien, adviértase que la Corte no justificó en dicho considerando, como así tampoco en el resto de la sentencia, por qué el remedio arbitrado debía pasar necesariamente por ese tipo de depósitos bancarios. A lo único que se refiere en el considerando 54 es al rol negativo que tales tipos de depósitos cumplían en el mecanismo existente en la economía argentina. Por ello, cabría decir que el primer argumento esgrimido se trata de una afirmación dogmática o que al menos da por presupuestas razones técnicas que no explicita. En sentido coincidente se ha señalado que la Corte no profundizó el análisis del decreto 36/90, pues afirmó que el mismo es apto para poner coto a la situación de grave riesgo social y para la preservación de la vida del Estado mismo, pero no desarrolló el camino argumental de porque es así⁸⁹⁷.

Asimismo, cabe destacar que la Corte Suprema omitió fundamentar "... la razonabilidad del plazo estipulado para la devolución de los depósitos (diez años, puesto que esa era la fecha de vencimiento de los bonos por los que fueron canjeados)"⁸⁹⁸, lo que significa que no se pronunció sobre la necesidad de la medida y por tanto no ponderó la posibilidad de restituir los depósitos en un plazo menor al establecido en el decreto 36/90.

Con relación al segundo orden de razones, el tribunal sostuvo que la selección de depósitos a plazo fijo no inferiores a la suma de 1.000.000 de australes para ser canjeados compulsivamente por títulos públicos no resultaba arbitraria, por cuanto hacía suponer una correlativa capacidad económica; lo que podría traducirse en el sentido de que la imposición de la medida cuestionada era proporcio-

⁸⁹⁷ Cfr. BIANCHI, A. B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *La Ley*, t. 1991-C, p. 170.

⁸⁹⁸ CIANCIARDO, J., *El conflictivismo...*, ob. cit., p. 103.

nada puesto que recaía sobre quienes presuntamente tenían la capacidad suficiente para soportarla⁸⁹⁹.

A partir de lo expuesto, podría formularse el siguiente interrogante: ¿si el recurrente hubiese demostrado que el canje de su depósito por bonos externos lo privaba de la posibilidad de acceder a condiciones dignas de vida, la Corte hubiese podido, desde la misma línea argumental, ordenar que se le restituya inmediatamente aunque más no sea la parte de dinero que resultaba esencial para no verse privado de los derechos humanos básicos, tales como vida, salud, vivienda, alimentación y educación? La respuesta —aunque sea una mera hipótesis— debería ser positiva, pues en tal caso la presunción legal de que el afectado por la medida poseía suficiente capacidad económica para soportar la restricción impuesta habría quedado desvirtuada por las pruebas relativas al carácter indispensable del depósito efectuado.

4. RECAPITULACIÓN

Con fundamento en las sentencias analizadas en el presente capítulo y en aquellas a las que se hace expresa referencia en las notas o en el cuerpo del trabajo —aunque por razones de extensión no resultó posible tratar—, cabría afirmar que la Corte Suprema argentina no siguió un criterio uniforme en la justificación y determinación de la razonabilidad de las distinciones normativas, para aquellos casos en los que se invocó la violación del principio de igualdad con re-

⁸⁹⁹ Es preciso destacar que, tal como lo puso de manifiesto la sentencia de segunda instancia, los ahorros de los actores no superaban el sueldo de un Ministro del Poder Ejecutivo.

lación al ejercicio de derechos patrimoniales, pudiéndose establecer dos grupos de fallos:

a) Aquellos en los que el máximo tribunal presumió la razonabilidad de la distinción establecida en la norma jurídica impugnada, por considerar que se trataba de una cuestión no justiciable y librada a la discrecionalidad legislativa. Con base en esta presunción, omitió exponer las razones que otorgaban a la distinción normativa una justificación objetiva y razonable, recayendo sobre el que invocó el agravio la carga de demostrar la existencia de arbitrariedad, indebido privilegio o ánimo persecutorio. En estos casos se encontraban en juego, principalmente, derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsionales e impositivos, con relación a los cuales el recurrente reclamó igual tratamiento que el previsto para otro grupo de personas en la misma norma legal o en un régimen jurídico diverso del que resultaba aplicable.

Aun cuando la Corte presuma la razonabilidad de las distinciones normativas señaladas, demostrando deferencia hacia los criterios escogidos por el legislador para clasificar y ordenar los objetos de la legislación en materia de derechos patrimoniales, lo criticable del máximo tribunal resulta ser el dogmatismo con que rechaza los argumentos de quien alega la violación del principio de igualdad, limitándose a reiterar fórmulas genéricas, sin relacionarlas con las concretas circunstancias del caso. Hacerse cargo de los fundamentos esgrimidos por quien invoca el agravio con sustento en dicho principio, implicará de un modo ineludible referirse a las razones que justifican la clasificación impugnada, y por tanto examinar la razonabilidad de los criterios establecidos para impartir un tratamiento desigual.

Una vía posible para superar el déficit de argumentación señalado, podría ser, tal como se expuso a lo largo de este capítulo, efectuar una interpretación teleológica de la norma impugnada, indagando la voluntad presunta del legislador —remitiéndose a las traba-

jos preparatorios, debates parlamentarios, entre otros antecedentes— o la finalidad objetiva de la ley. Ello, indudablemente supondrá un mayor esfuerzo de argumentación por parte del tribunal, pero permitirá dotar al pronunciamiento de una justificación suficiente, que disipe toda duda de arbitrariedad, indebido privilegio o ánimo persecutorio.

b) Un segundo grupo de fallos está constituido por aquellos que, también vinculados con el ejercicio de derechos patrimoniales — derivados de regímenes impositivos, laborales, previsionales y vinculados a los depósitos bancarios—, no se negaron a valorar la razonabilidad de las distinciones normativas cuestionadas, sino que, con mayor o menor éxito, revelaron un esfuerzo de justificación tendiente a demostrar la ausencia de arbitrariedad mediante la exposición de las razones que fundamentaron la diversidad de tratamiento en el ejercicio de tales derechos.

En tales casos, el tribunal se valió de los siguientes argumentos:

i) En algunos precedentes, se centró en un examen de medios a fines, valorando la existencia de una relación de adecuación o idoneidad entre la distinción normativa y el objetivo que mediante ella se pretendía alcanzar, pero sin exigir una adecuación exacta ni valorar la eficacia del medio con relación al fin. Asimismo, y como parte de este examen, la Corte también tomó en cuenta que el objetivo a perseguir sea compatible con los principios constitucionales, invocando razones por las que intentaba demostrar la legitimidad del fin propuesto. Este tipo de argumento puede ser identificado con el juicio de adecuación o idoneidad, que constituye uno de los subprincipios del principio de razonabilidad, como así también con los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema de Estados Unidos en aquellos casos —vinculados con el área económico-social— en los que aplica el denominado “requerimiento de un mínimo de racionalidad”, al que se hizo expresa referencia en el epígrafe 2 del capítulo II del presente.

ii) Asimismo, en otros casos, ya sea para convalidar o declarar inconstitucional la norma cuestionada como violatoria del principio de igualdad, la Corte adujo razones de justicia distributiva, conforme a la concepción clásica de la justicia en Aristóteles y Tomás de Aquino. En estos fallos el tribunal examinó la proporcionalidad del reparto de la carga impuesta al grupo agraviado, tomando en cuenta la relación de los destinatarios de la carga con la finalidad de la distribución y la vinculación de dicha finalidad con el bien común.

iii) Finalmente, se examinaron casos en los que la Corte Suprema además de requerir la existencia de una relación de adecuación entre el tratamiento desigual impartido y la finalidad perseguida, exigió que el trato desigual impartido mediante la norma impugnada no alterara sustancialmente el derecho constitucional que se encontraba en juego. Así, declaró inconstitucional aquellas normas que, no obstante sortear el juicio de adecuación o idoneidad, alteraban esencialmente el derecho fundamental con respecto al cual el recurrente reclamaba igual tratamiento; y convalidó aquellas otras que, además de resultar adecuadas a la finalidad perseguida, mantenían inalterable el derecho fundamental involucrado.

CAPÍTULO IV
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EXTRAPATRIMONIALES
EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

1. PLANTEAMIENTO: LA JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO DESIGUAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EXTRAPATRIMONIALES. DELINEANDO EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN

En el presente capítulo se examinarán aquellos casos en los que la Corte Suprema, para ciertos tipos de clasificaciones, ha juzgado la razonabilidad de las mismas de un modo más estricto, intensificando el control de constitucionalidad y revelando un mayor esfuerzo justificador de la diversidad de tratamiento impartido en la norma jurídica general impugnada. Como podrá observarse, en los fallos donde el tribunal aplicó, lo que he denominado un escrutinio extraordinario, estuvo en juego algún derecho fundamental de carácter extrapatrimonial —derechos a la libertad de expresión, a contraer matrimonio, a la libertad física o ambulatoria— o los criterios de diferenciación se basaron en rasgos o características de las personas —como son el sexo, el origen nacional y la nacionalidad— que sólo en de-

terminados supuestos y luego de ser sometidos a un examen de razonabilidad estricto, pueden llegar a constituir criterios válidos para la asignación de derechos y deberes. Al mismo tiempo, tales rasgos han sido histórica y actualmente motivo de discriminaciones injustas tanto fácticas como normativas, pretendiendo convertirse en fundamento para la denegación de derechos constitucionales o legales. No obstante ello, cabe aclarar que no existe una prohibición absoluta de diferenciar con base en el sexo, el origen nacional o la nacionalidad, pues en determinados casos omitir impartir un tratamiento desigual con fundamento en tales criterios, constituiría un supuesto de discriminación por indiferenciación⁹⁰⁰.

La mayor intensidad del control de razonabilidad para las distinciones referidas, tuvo lugar porque la Corte no se limitó a juzgar la idoneidad de la clasificación impugnada para alcanzar un objetivo legítimo y la inalterabilidad del derecho fundamental con respecto al cual se reclamaba igualdad de tratamiento, sino que también valoró la existencia de una relación de proporcionalidad entre las diferenciaciones establecidas en la norma y los fines que con ella se perseguían, es decir, efectuó un balance entre costos y beneficios —juicio de proporcionalidad en sentido estricto—. Asimismo, en algunos ca-

⁹⁰⁰ Así, por ejemplo, la nacionalidad constituye un requisito que hace a la idoneidad para el acceso a cargos públicos vinculados a tareas que comprometen la seguridad y defensa del Estado. Del mismo modo, y tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, en las relaciones laborales el trato diferenciado a favor de la mujer resulta justificado y razonable teniendo en cuenta “la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de la mujer tiene la maternidad y la lactancia”, a los fines de “compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer” (STC 109/1993. En dicho pronunciamiento, el Tribunal declaró conforme al principio de igualdad el permiso de lactancia consistente en una hora de ausencia del trabajo, concedido sólo a favor de la mujer).

sos, también juzgó la necesidad de la clasificación normativa, ponderando su indispensabilidad.

También, podrá verse que en determinados precedentes el tribunal expresamente impuso la carga de la justificación en cabeza de quien defendía la clasificación normativa, debiendo demostrar la razonabilidad del criterio de distinción impugnado.

Finalmente, en el epígrafe tres me referiré a un nuevo nivel de justificación, que se presenta como un escrutinio más estricto que el extraordinario, asemejándose al modelo de argumentación utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para las discriminaciones que involucran derechos fundamentales y se basan en la raza, el origen nacional o, en ciertos casos, la condición de extranjero.

Seguidamente, luego de exponer en que consistió el escrutinio extraordinario, se analizarán los fallos donde éste fue aplicado, clasificándolos según el derecho fundamental involucrado.

2. LA INTENSIFICACIÓN DEL JUICIO DE RAZONABILIDAD: EL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO

Conforme se ha expuesto en el epígrafe 5 del capítulo I, el principio de razonabilidad, según se desprende de la práctica de los tribunales, supone juzgar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida impugnada. Tal como se desarrolló en el capítulo III, en aquellos casos donde se encontraban en juego derechos patrimoniales, el juicio de razonabilidad del tratamiento desigual no consideró la necesidad ni la proporcionalidad en sentido estricto de la distinción de trato y consistió, según el caso, en el examen de la idoneidad de la clasificación impugnada para servir a los objetivos perseguidos por la norma, en la valoración de las exigencias propias de la justicia distributiva y en el juicio de inalterabilidad del

contenido sustancial del derecho constitucional con relación al cual se reclamaba identidad de tratamiento.

En los casos que seguidamente se analizarán, la Corte intensificó el control de razonabilidad del criterio escogido para diferenciar, juzgando no sólo la idoneidad de la selección normativa para alcanzar determinados fines, sino también su proporcionalidad en sentido estricto⁹⁰¹. Ello implica que no se conformó con que la distinción de trato impartida por la norma cuestionada fuese adecuada o idónea para lograr el objetivo pretendido, sino que también requirió una relación proporcionada “... con el valor político y social que encierra la finalidad perseguida, en cuya valoración, desde luego, gozan los poderes públicos de un amplio margen de apreciación”⁹⁰².

De acuerdo a lo expuesto, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto de la clasificación cuestionada no cualquier objetivo legítimo resultará suficiente para considerar a la diferenciación de trato como razonable. Será necesario también, que la finalidad perseguida revista la suficiente importancia para el bien común como para compensar la restricción impuesta al grupo discriminado. En los fallos que se analizarán en el presente capítulo, la Corte juzgó que la defensa y seguridad nacional⁹⁰³, el mantenimiento de la disciplina

⁹⁰¹ Un mayor desarrollo del juicio de proporcionalidad *stricto sensu* se formula en el epígrafe 5.2.3. del capítulo I. Para un estudio profundizado de dicho juicio o subprincipio puede verse: BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., pp. 495-535; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, ob. cit.; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad*, ob. cit.; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, ob. cit.

⁹⁰² BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad...”, ob. cit., p. 500.

⁹⁰³ Cfr. “Radulescu”, Fallos 290:83, de fecha 22-10-1974 y “Gabrielli”, Fallos 319:1165, de fecha 05-07-1996.

y buen funcionamiento del Ejército⁹⁰⁴, la necesidad de evitar que se frustre la acción de la justicia⁹⁰⁵, el valor institucional de la familia legítima⁹⁰⁶, la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio⁹⁰⁷, el sosiego y la certeza en los vínculos familiares⁹⁰⁸, constituían objetivos de suficiente relevancia para justificar la distinción de trato impartida al impugnante, quien reclamaba se le reconocieran iguales derechos que el grupo de personas invocadas como términos de comparación.

El juicio de necesidad fue aplicado en el caso “Franco”⁹⁰⁹, en el que se cuestionó una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, y aunque únicamente por la disidencia, en el caso “Coronel José Luis García”⁹¹⁰. Posteriormente, también fue aplicado en los precedentes “Hoofft” y “Gottschau”⁹¹¹, perfilando una reformulación del escrutinio extraordinario para las discriminaciones por razón de la nacionalidad y del origen nacional.

⁹⁰⁴ Cfr. “Coronel José Luis García”, Fallos 312:1082, de fecha 29-06-1989.

⁹⁰⁵ Cfr. “Nápoli”, Fallos 321:3630, de fecha 22-12-1998.

⁹⁰⁶ Cfr. “D. de P. V., A. c/O., C. H. s/Impugnación de la paternidad”, Fallos 322:2701 (1999).

⁹⁰⁷ *Ibidem*.

⁹⁰⁸ *Ibidem*.

⁹⁰⁹ Fallos 325:2968 (2002)

⁹¹⁰ Fallos 312:1082 (1989).

⁹¹¹ Fallos 327:5118 [2004] y Fallos 329:2986 (2006).

2.1. La carga de la justificación para el tratamiento desigual

Tal como se adelantó en el epígrafe 2.1. del capítulo III, uno de los problemas que plantea la aplicación del principio de igualdad consiste en determinar sobre quién ha de pesar la carga de justificar la razonabilidad del tratamiento desigual establecido en la norma jurídica que se impugna.

En algunos de los casos donde se aplicó un escrutinio extraordinario, requiriéndose una proporcionada relación entre la clasificación impugnada y el fin que con ella se pretendió alcanzar, puede verse que el tribunal expresamente impuso la carga de justificar el tratamiento desigual sobre el creador de la norma jurídica cuestionada.

La carga de la justificación puede implicar no sólo argumentar a favor de la discriminación tachada de inconstitucional, sino también probar los objetivos o intereses perseguidos que se alegan en sustento de la misma. Ello, parece surgir de la misma jurisprudencia de la Corte Suprema, la que en determinados precedentes ha exigido la concurrencia de una prueba relativa al interés invocado por el Estado en su defensa, afirmando que no resultaba suficiente su sola invocación.

Con respecto a las distinciones por razón de sexo, del caso “Carballo”⁹¹²—analizado en el epígrafe 2.2.2., a) del presente capítulo— pueden extraerse ciertos lineamientos en lo que se refiere a la carga de la argumentación. Si bien en dicho precedente no se afirmó expresamente que quién ha de demostrar la razonabilidad de la norma es la parte que defiende la distinción cuestionada basada en el sexo, se establece que la discriminación establecida por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 7673/55 que niega el estado policial al

⁹¹² Fallos 287:42 (1973).



personal femenino, por el solo hecho de ser tal, carece de base que la sustente, considerándose insuficiente las razones genéricas invocadas por la Cámara relativas a motivos de conveniencia administrativa. De tales argumentos esgrimidos por la Corte puede inferirse que quien defiende o crea una diferenciación basada en el sexo de las personas ha de esgrimir las razones de hecho y de derecho que la sustentan, es decir, corre con la carga de la argumentación.

En el caso “Repetto”⁹¹³, los jueces Petracchi y Bacqué hicieron recaer expresamente la carga de la justificación sobre la Provincia demandada, sosteniendo que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad, por lo que concluyeron que quien defiende la legitimidad de tal distinción debe probar la existencia de un interés estatal urgente⁹¹⁴. En el voto de los ministros Caballero y Belluscio, la carga de la argumentación se impuso implícitamente para el tratamiento desigual, al afirmar que el interés vital del Estado en la educación no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias impugnadas⁹¹⁵. Ello implicó que la provincia de Buenos Aires demandada no había probado cuál era ese interés vital en mantener la distinción entre nacionales y extranjeros para acceder a cargos docentes, no obstante haber alegado en su defensa que la nacionalidad constituía un requisito que importaba asegurar la defensa de los intereses de la Nación⁹¹⁶.

⁹¹³ Fallos 311:2272 (1988).

⁹¹⁴ Cfr. *idem*, considerando 7 del voto de los jueces Petracchi y Bacqué.

⁹¹⁵ Cfr. *idem*, considerando 6 del voto de los ministros Caballero y Belluscio.

⁹¹⁶ Cfr. *idem*, considerando 2 del voto de los ministros Caballero y Belluscio.

Igual criterio se sostuvo en “Calvo y Pessini”⁹¹⁷, donde también con relación a la distinción entre nacionales y extranjeros para el acceso al cargo de psicóloga en un hospital público, la Corte exigió expresamente que la provincia de Córdoba justifique suficientemente la discriminación establecida en la ley 7625, extremo que consideró no satisfecho por limitarse la demandada a formular afirmaciones dogmáticas⁹¹⁸.

En el precedente “Hooft”⁹¹⁹ —referido a las distinciones entre argentinos nativos y por opción o naturalizados—, la Corte Suprema sostuvo que las distinciones basadas en el origen nacional, por constituir uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (artículo 1.1. del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), se presumen inconstitucionales, recayendo la carga de la argumentación, que en este caso también implicó la carga de la prueba, sobre el defensor de la discriminación cuestionada.

Finalmente, en el caso “Gottschau”⁹²⁰, siguiendo la doctrina sentada en los precedentes “Repetto”, “Calvo y Pessini” y “Hooft”, la Corte Suprema declaró que las diferenciaciones por razón del origen nacional se presumen inconstitucionales, imponiendo la carga de la argumentación y de la prueba sobre el Estado creador de la clasificación impugnada.

Los casos “Repetto”, “Calvo y Pessini”, “Hooft”, “Gottschau” y “Carballo”, autorizan a concluir que el sexo, la nacionalidad y el origen nacional como criterios de distinción no bastan por sí solos para justificar la razonabilidad de un trato desigual, recayendo sobre

⁹¹⁷ Fallos 321:194 (1998).

⁹¹⁸ Cfr. *idem*, considerando 9.

⁹¹⁹ Fallos 327:5118 (2004).

⁹²⁰ Fallos 329:2986 (2006).

quien se vale de ellos la carga de justificar la razonabilidad de la discriminación tachada de inconstitucional. Dicha carga podrá implicar también la obligación de probar los hechos que se invocan como justificación de la diferencia cuestionada.

Seguidamente se analizarán los casos donde la Corte aplicó un escrutinio extraordinario, sometiendo la clasificación impugnada a los juicios de adecuación, de inalterabilidad del contenido esencial y de proporcionalidad *stricto sensu*.

2.2. Las aplicaciones del escrutinio extraordinario

2.2.1. *Derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y de la nacionalidad*

a) El caso “Radulescu, Alejandro Constantino c/Gobierno Nacional s/contencioso administrativo”⁹²¹

a1) Los hechos

El actor dedujo recurso contencioso administrativo contra el decreto 5094/71, del Poder Ejecutivo Nacional, que había desestimado el recurso interpuesto, confirmando la regla de que los argentinos naturalizados no pueden ejercer la función de prácticos marítimos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2 y 32, inciso a) del Reglamento de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos, Pasos y Canales de la República Argentina (decreto 8823/69)⁹²².

⁹²¹ Fallos 290:83 (1974).

⁹²² El artículo 2 del decreto 8823/69 disponía que: “En aguas jurisdiccionales de la Nación el practicaje y el pilotaje constituyen un servicio público propio ejer-

Tanto en primera instancia como en segunda el decreto impugnado fue confirmado, rechazándose el recurso contencioso administrativo promovido por el actor. Contra la sentencia de la Cámara, Radulescu interpuso recurso extraordinario, sosteniendo que los artículos 3 y 32 del decreto 8823/69 eran inaplicables por afectar derechos protegidos por los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, al distinguir entre argentinos nativos o por opción y argentinos naturalizados, impidiendo a estos últimos el ejercicio de la función de prácticos de puertos.

a) Los fundamentos principales

El máximo tribunal, a los fines de decidir sobre la validez constitucional de las normas impugnadas, consideró necesario "... tener en cuenta que el práctico oficial, en el ejercicio de sus funciones, es un delegado de la autoridad marítima, encargado de vigilar y exigir el cumplimiento de las previsiones legales y reglamentarias (artículo 26 del Reglamento citado), como así también que el practicaje constituye un servicio público que preserva a la navegación de daños y riesgos e interesa definitivamente a la seguridad nacional. Por ello es que el Comando General de la Armada y el Ministerio de Defensa Nacional tuvieron especial intervención en las tareas preparatorias del reglamento (confr. considerandos de los decretos 8823/69 y 5207/71)..."⁹²³.

cido exclusivamente por argentinos nativos o por opción, que con el título de prácticos oficiales nombra el prefecto nacional naval, de acuerdo con las prescripciones de este reglamento". A su vez, el artículo 32, entre las condiciones generales para la obtención del título de práctico oficial mencionaba: "Ser argentino, nativo o por opción".

⁹²³ Fallos 290:83 (1974), considerando 6.

Asimismo, sostuvo “que el otorgamiento de la nacionalidad argentina a los extranjeros (...) no impide que el Poder Legislativo o el Poder Administrador —en ejercicio de su facultad constitucional de reglamentar las leyes— efectúen distinciones entre argentinos nativos o por opción y argentinos naturalizados para el ejercicio de determinadas funciones vinculadas con la soberanía y seguridad de la República, en tanto mediante ellas no se infrinjan los límites de la razonabilidad o se concreten propósitos persecutorios”⁹²⁴.

Finalmente, agregó que las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales pueden establecer, con la limitación contenida en el artículo 28 de la Constitución Nacional, requisitos acerca de la idoneidad para el desempeño de funciones o empleos, y “... que atento las características del servicio de practicaje, puestas de relieve en el considerando 6º, la exigencia de ser argentino naturalizado o por opción para obtener el título de práctico oficial de puerto no resulta arbitraria o irrazonable, aunque su fundamento sea opinable”⁹²⁵.

a3) Análisis del fallo

En el presente caso, si bien la Corte confirmó la validez constitucional de las normas impugnadas, no puede decirse que se haya limitado a exigir una cierta relación entre la distinción cuestionada y los fines que con ella se persiguieron; como así tampoco cabe sostener que de acuerdo con los fundamentos de la sentencia cualquier finalidad legítima justifica la diferenciación entre argentinos nativos o por opción y argentinos naturalizados.

⁹²⁴ Ídem, considerando 7.

⁹²⁵ Ídem, considerando 8.

Lo afirmado encuentra sustento en lo sostenido por el máximo tribunal en el considerando 7, donde expresamente sienta la regla conforme a la cual no violan el principio de igualdad las distinciones entre argentinos nativos o por opción y naturalizados para el ejercicio de funciones o empleos vinculados con la soberanía y seguridad de la República. Dicha exigencia supone, aunque no se reconozca explícitamente en los considerandos del fallo, efectuar un balance entre costos y beneficios, por cuanto el objetivo de bien común que se pretende alcanzar con la diferenciación referida no puede ser cualquiera, sino que ha de vincularse con la soberanía y seguridad del Estado, cuestión que afecta a su misma existencia, compensando de tal modo la restricción que mediante la distinción señalada recae sobre los argentinos naturalizados.

Ahora bien, seguidamente y como formando parte de la regla enunciada por la Corte en el considerando 7, se aclara que tales diferenciaciones serán constitucionales siempre que con ellas no se infrinjan los límites de la razonabilidad. A tenor de lo sostenido en el considerando 8, donde específicamente se señala que la reglamentación de los derechos ha de establecerse conforme a lo prescripto en el artículo 28 de la Constitución Nacional, cabría concluir que el límite de razonabilidad que han de respetar las diferenciaciones referidas, se vincula con la preservación del contenido esencial del derecho fundamental con relación al cual se establece la distinción de trato, en el caso, el derecho de acceder a cargos y empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. De tal modo, puede afirmarse que desde la perspectiva de la sentencia bajo análisis, la razonabilidad de una diferenciación normativa no se desvincula del denominado juicio de alteración o afectación del contenido esencial⁹²⁶, de-

⁹²⁶ Así denominado por CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 100-102.

pendiendo aquella de la preservación del contenido del derecho fundamental en juego.

En el caso, no se alteró el contenido esencial del derecho del actor a acceder a cargos y empleos públicos sin otra condición que la idoneidad por diversos órdenes de razones. En primer lugar, por cuanto no existe un derecho constitucional a trabajar como práctico oficial y además de ello, porque al argentino naturalizado le está permitido ingresar en otros cargos o empleos públicos que no se relacionen con cuestiones que hacen a la soberanía o seguridad de la República; tal como se demostró años posteriores en el caso “Hoofft”⁹²⁷, también fallado por la Corte Suprema. Menos aún podría sostenerse la violación del derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita, puesto que la prohibición de trabajar como práctico oficial de ningún modo obstaculiza que el argentino naturalizado se desempeñe en otras tareas laborales.

El considerando 8 de la sentencia pareciera centrarse en el análisis de la idoneidad de la clasificación cuestionada, al afirmarse que a tenor de las características del practicaje, puestas de relieve en el considerando 6, la exigencia de ser argentino nativo o por opción para obtener el título de práctico oficial no resultaba arbitraria o irrazonable, aunque su fundamento sea opinable. De ésta última expresión se desprende que el máximo tribunal no exigió una relación exacta entre medios y fines para considerar la medida adecuada al objetivo propuesto; la mayor o menor utilidad de la clasificación impugnada para alcanzar la finalidad pretendida constituye desde esta perspectiva una cuestión ajena a la competencia de los tribunales y hace a la prudencia del Poder Legislativo o Ejecutivo, manteniéndose dentro de la esfera de facultades que le son propias. Conforme se

⁹²⁷ Fallos 327:5118 (2005). Esta sentencia es analizada en el epígrafe 3. a) de este capítulo.

desarrollará al tratar el precedente “Hooff”, la Corte Suprema ha variado el criterio sentado en “Radulescu” al intensificar el juicio de adecuación.

b) *El caso “Repetto, Inés María c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de normas legales”*⁹²⁸

b1) Los hechos

La Srta. Inés Repetto, de nacionalidad estadounidense y padres argentinos, quién había ingresado al país a la edad de tres años, se desempeñaba como maestra jardinera en un establecimiento educativo incorporado a la enseñanza privada de la provincia de Buenos Aires. A raíz de una inspección llevada a cabo por la autoridad escolar, se le hizo saber que no podría continuar desempeñando el cargo que ocupaba por cuanto no tenía nacionalidad argentina, siendo ésta exigida por la reglamentación aplicable.

Tras agotar las instancias administrativas pertinentes, Repetto inició demanda contra la provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5º, inciso a, del Reglamento General de Escuelas Privadas, vigente por resolución 2877 del 17/07/1959 y su modificación realizada por resolución 721 del 23/03/77, como así también del decreto 4 del 4/01/80. Dicha normativa disponía el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática. Tal exigencia también estaba contemplada en el artículo 57 de la ley 10.579, vigente en la provincia demandada.

⁹²⁸ Fallos 311:2272 (1988).

La actora sostuvo la inconstitucionalidad de las normas dictadas por la Provincia de Buenos Aires, atento a la indebida restricción de los derechos que en su condición de extranjera le acuerda la Constitución Nacional en su artículo 20.

En la contestación del recurso, la Provincia sostuvo que las normas impugnadas no hacían más que reglamentar el requisito de la idoneidad, el que, vinculado a la nacionalidad, importaba asegurar la defensa de los intereses de la Nación, y citó en su favor el caso “Radulescu”⁹²⁹.

La Corte acogió el recurso, resolviendo por unanimidad declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones normativas cuestionadas por considerarlas violatorias del principio de igualdad⁹³⁰.

b2) Los fundamentos principales

Si bien el caso bajo análisis se resolvió por unanimidad, en la sentencia pueden verificarse tres votos que representaron tres líneas de argumentación diferentes.

El voto de los jueces Caballero y Belluscio se centró en el artículo 20 de la Constitución Nacional y se fundamentó sintéticamente en las siguientes afirmaciones:

⁹²⁹ Fallos 290:83, de fecha 22-10-1974.

⁹³⁰ Apartándose de la jurisprudencia sentada en Repetto, en el caso “Asociación por los Derechos Civiles c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 31-03-2005, expediente N° 3103/2004, publicado en www.tsjbaires.gov.ar, el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires, por mayoría de votos, declaró la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso de los extranjeros a la docencia, invocando los casos “Ambach” y “Sugarman”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, analizados en el epígrafe 4.2. del capítulo II del presente trabajo.

i) En el ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, en el desempeño de las profesiones, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos⁹³¹.

ii) El interés vital del Estado en la educación no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de las normas reglamentarias impugnadas⁹³².

El segundo voto pertenece al juez Fayt, quién sostuvo que:

i) La cuestión —a diferencia de lo expuesto en el voto anterior— no se resolvía mediante el artículo 20 de la Constitución Nacional, porque lo decisivo era determinar si el requisito de ser argentino “... ha surgido o no de un razonable ejercicio de la potestad del Estado Nacional o Provincial de reglamentar los derechos constitucionales, que la propia Constitución prevé”⁹³³.

ii) La Corte ha dicho en reiterados pronunciamientos que la Constitución no concede derechos absolutos⁹³⁴.

iii) La necesidad de integrar efectivamente a la Nación los diferentes aportes étnicos en épocas de inmigración, condujo a dictar normas como las que se cuestionaron⁹³⁵.

iv) El cuadro histórico ha sufrido grandes modificaciones, cumpliendo la función de socialización en importantísima medida la educación no sistemática, a través de los medios masivos de comunicación⁹³⁶.

⁹³¹ Cfr. Fallos 311:2272 (1988), considerando 4.

⁹³² Cfr. *idem*, considerando 6.

⁹³³ *Idem*, considerando 8.

⁹³⁴ Cfr. *ibídem*.

⁹³⁵ Cfr. *idem*, considerando 13.

⁹³⁶ Cfr. *idem*, considerando 14.



v) El control administrativo sobre la enseñanza sistemática se halla plenamente asentado, de modo que no se requiere indispensablemente de la nacionalidad de los docentes⁹³⁷.

vi) Por los motivos expuestos las normas atacadas no resisten en la actualidad el control de razonabilidad constitucional⁹³⁸.

Los jueces Petracchi y Bacqué coincidieron con el primer voto emitido y argumentaron además que:

i) "... Toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad"⁹³⁹.

ii) Todo "... aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un interés estatal urgente para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea razonable"⁹⁴⁰.

iii) La demandada no ha probado cuál es el interés estatal insoslayable⁹⁴¹.

b3) Análisis del fallo

El primero de los votos se limitó a efectuar una remisión al artículo 20 de la Constitución, sin precisar el sentido y alcance que debía darse a dicha norma. Al mismo tiempo, indicó sin explayarse sobre el asunto, que un interés vital del Estado es el que debería ser probado para justificar una distinción entre extranjeros y argentinos

⁹³⁷ *Ibidem*.

⁹³⁸ *Cfr. idem*, considerando 15.

⁹³⁹ *Ídem*, considerando 7.

⁹⁴⁰ *Ibidem*.

⁹⁴¹ *Cfr. ibidem*.

en el ejercicio de los derechos civiles, no resultando suficiente una invocación genérica de dicho interés, como lo hizo la Provincia de Buenos Aires. En este voto pareciera que se aplicó el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, en tanto no bastó cualquier finalidad constitucionalmente válida y socialmente relevante para discriminar entre argentinos y extranjeros en el ejercicio de los derechos civiles, sino que se requirió probar la existencia de un interés vital para el Estado. De tal modo, se lograría una relación de proporcionalidad o cierto equilibrio entre la restricción impuesta a los extranjeros y los beneficios a alcanzar por el Estado. Asimismo, se impuso la carga de la justificación sobre el Estado provincial que defendía la discriminación cuestionada por Repetto, pues el voto hizo notar la insuficiencia de una invocación genérica del supuesto interés estatal, de lo que se infiere la exigencia de probar concretamente el interés vital que movió al Estado a establecer como requisito la nacionalidad argentina para el desempeño de la docencia.

En cuanto al voto del juez Fayt, éste afirmó por un lado que la Corte había reiterado en numerosas oportunidades que la Constitución no concede derechos absolutos. Partiendo de tal premisa y admitiendo por tanto una restricción en los derechos civiles de los extranjeros, se preguntó por la razonabilidad de la reglamentación cuestionada. Para ello, indicó que la finalidad que se persiguió mediante el requisito de la nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia, fue integrar efectivamente a la Nación los diferentes aportes étnicos en épocas de inmigración⁹⁴², advirtiendo que dicha fina-

⁹⁴² Cfr. *idem*, considerando 13. Con relación a la finalidad asignada por el juez Fayt al requisito de la nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia, se ha señalado que si bien durante la presidencia de Roca se dictaron decretos exigiéndola a los profesores de Historia y Educación Cívica, también se sancionaron normas que no establecían dicho requisito. Por ejemplo, la ley de educación común N° 1420, promulgada en septiembre de 1884 para ejercer la docencia en las

lidad carecía de actualidad en razón de la función de socialización que cumplen los medios de comunicación y el control administrativo sobre la enseñanza sistemática⁹⁴³, a lo que cabría agregar la inexistencia de importantes flujos inmigratorios. En otras palabras, si bien la discriminación establecida entre argentinos y extranjeros para el ejercicio de la docencia fue adecuada al momento de su dictado, ella devino inidónea por carecer de actualidad o vigencia la finalidad perseguida y por tanto resultaba irrazonable, no cumpliendo función alguna⁹⁴⁴. Asimismo, el voto de Fayt, al referirse al control administrativo sobre la enseñanza sistemática, valoró la necesidad de la norma cuestionada, al señalar que dicho control constituye otro medio alternativo para favorecer la idoneidad de los maestros y restringe en menor medida el derecho a un trato igualitario de los docentes extranjeros⁹⁴⁵.

escuelas públicas de enseñanza primaria, no exigía la nacionalidad argentina, sino tan solo la revalidación de los títulos y conocer el idioma. Asimismo, Juárez Celman, en su discurso de apertura de las sesiones del Congreso del año 1888, al referirse a la instrucción pública, señaló que en La Capital Federal las 116 escuelas en funcionamiento eran servidas por 590 docentes argentinos y 156 extranjeros (cfr. PUYPREDÓN, J. M. y RINALDI, J. L., “La igualdad civil de argentinos y extranjeros”, *La Ley*, t. 1989-B, p. 348).

⁹⁴³ Cfr. ídem, considerando 14.

⁹⁴⁴ Puede verse que el juez Fayt privilegia la adecuación *ex post* de la norma, o sea al tiempo de juzgar sus efectos. Con relación a ello, se ha sostenido que “... resulta necesario asegurar el respeto del mandato constitucional que prescribe el cumplimiento de las normas iusfundamentales...”, cuya inobservancia parece evidente en caso de considerar idónea una medida que si bien fue adecuada al momento de su dictado, con posterioridad se vuelve inadecuada. (CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 73).

⁹⁴⁵ Cfr. CLÉRICO, M. L. y SCHVARTZMAN, S., “Repetto revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad...*, ob. cit., p. 367.

En el voto de los jueces Petracchi y Bacqué se sentó como principio que toda distinción entre argentinos y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Constitución, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Ello supuso trasladar la carga de la justificación del tratamiento desigual hacia el creador de la norma jurídica impugnada, en el caso, la Provincia de Buenos Aires, sobre la que se impuso la carga de probar la existencia de un interés estatal urgente en mantener la discriminación entre argentinos y extranjeros.

Conforme al voto bajo análisis, para la justificación de las medidas que discriminan entre nacionales y extranjeros con relación al ejercicio de derechos constitucionales reconocidos a estos últimos no basta que la distinción impugnada sea razonable, es necesario también que el objetivo perseguido constituya un “interés estatal urgente”, el que, tal como se expuso, debe ser probado por el Estado.

Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por interés estatal urgente?. En el voto no se brindan pautas que permitan saber cuando éste se halla presente. Asimismo, ¿qué significado ha de otorgarse a la afirmación “no basta que la distinción impugnada sea razonable”?. Tomando en cuenta la jurisprudencia del tribunal sobre la razonabilidad de las discriminaciones normativas —especialmente en la que ha aplicado un escrutinio ordinario— pareciera que mediante dicha afirmación lo que se quiere expresar es que no alcanza con que exista una relación de adecuación con algún fin constitucionalmente legítimo; en el caso, tratándose del ejercicio de derechos constitucionales reconocidos tanto a los nacionales como a los extranjeros, es necesario también que la distinción supere el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual, requerirá de la consecución de un interés estatal urgente que compense o sea proporcionado con la restricción de la norma iusfundamental que reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los nacionales.

Por otra parte, cabe preguntarse, ¿qué sucedería si el fin, identificado con un interés estatal urgente, requiere para su consecución de una medida que discrimine a un grupo de extranjeros violentando sustancialmente sus derechos fundamentales? Tal como se expuso en los epígrafes 5.2.3. y 5.2.4. del capítulo I, el test de razonabilidad exige que también se efectúe el denominado juicio de alteración o afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales⁹⁴⁶, para lo cual será necesario valorar si la distinción normativa impugnada mantiene inalterable el contenido esencial del derecho fundamental con relación al cual se reclama identidad de trato.

En el mismo sentido, con relación al voto de los jueces Petracchi y Bacqué, advirtiendo sobre los riesgos de admitir una discriminación entre nacionales y extranjeros mediante la acreditación de un interés estatal urgente, se ha señalado que “como el interés estatal no es más que el interés de los hombres de Estado, y su urgencia tiene que ver exclusivamente con necesidades y preferencias políticas, resulta de algún modo una piedra libre para el Estado la posibilidad de discriminar con un sustento presuntamente jurídico (...) Posibilidades como éstas, en manos de voluntades políticas inescrupulosas, constituyen un riesgo grande para el ejercicio de las libertades civiles”⁹⁴⁷.

Para concluir, cabe destacar que si bien el fallo adopta una decisión correcta, adolece de algunas deficiencias en la argumentación. En concreto, restringe el examen de razonabilidad de las discriminaciones entre nacionales y extranjeros a los juicios de adecuación y de

⁹⁴⁶ Cfr. ídem, pp. 100-102. El juicio de alteración o afectación del contenido esencial es postulado por Cianciardo como parte del juicio de razonabilidad *stricto sensu*.

⁹⁴⁷ BIDART CAMPOS, G. J. y HERRENDORF, D. E., “El requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia”, *El Derecho*, t. 132, p. 554.

proporcionalidad en sentido estricto de la medida, requiriendo que ella persiga un interés estatal urgente, pero sin exigir al mismo tiempo la preservación de la sustancia del derecho fundamental en juego. De tal modo, se corre el riesgo de incurrir en un análisis meramente consecuencialista, de tipo utilitarista, bastando invocar y probar la existencia de un fin apremiante, para justificar la alteración esencial de un derecho fundamental que se ha de reconocer en condiciones de igualdad.

c) *El caso “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba s/Amparo”*⁹⁴⁸

c1) Los hechos

Rocío Calvo y Pessini, de nacionalidad española y de profesión psicóloga, interpuso acción de amparo contra la Provincia de Córdoba con el fin de que se abstuviera de aplicar a su respecto el artículo 15, inciso a) de la ley provincial 7625 que impedía el ingreso, reingreso o reincorporación al Régimen de Personal que integraba el Equipo de Salud Humana a quienes no cumplieran con el requisito de ser argentinos.

La actora planteó la inconstitucionalidad de la ley 7625 por violación de los artículos 14 de la Constitución Nacional en cuanto le impedía el ejercicio de su profesión por ser extranjera, y del 16, en tanto éste garantiza el ingreso a los empleos públicos sin otra condición que la idoneidad. Asimismo, citó en su apoyo el caso “Repetto, Inés M. c/Provincia de Buenos Aires”⁹⁴⁹.

La Provincia de Córdoba sostuvo, en defensa de la ley impugnada, que el artículo 16 de la Constitución Nacional proscribía dis-

⁹⁴⁸ Fallos 321:196 (1998).

⁹⁴⁹ Fallos 311:2272 (1988).

criminales subjetivas pero no las que establezcan razonables requisitos de carácter objetivo general, entre los cuales está el de la ciudadanía argentina, afirmando que el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente están sujetos a reglamentación legal.

Por unanimidad de votos, la Corte Suprema hizo lugar a la acción de amparo promovida y declaró la inconstitucionalidad del artículo 15, inciso a) de la ley 7625 por violación del principio de igualdad.

c2) Los fundamentos principales

En primer lugar la Corte afirmó que la decisión del caso planteado pasaba por la consideración del principio establecido en el artículo 16, en cuanto dispone que “todos sus habitantes son iguales antes la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”⁹⁵⁰.

Asimismo, añadió que a los fines de determinar si el derecho de todos los habitantes a ser admitidos en los empleos puede sufrir, por vía de reglamentación —en el caso el artículo 15 de la ley 7625— la exclusión de los extranjeros, “... la cuestión consiste en esclarecer si media un razonable interés estatal que justifique la restricción que sufre Rocío Calvo y Pessini, por su condición de española, de asistir a los pacientes que requieran su apoyo terapéutico como psicóloga en el Hospital Neuropsiquiátrico”⁹⁵¹.

Sostuvo también que “... corresponde decidir si la condición de argentino contenida en el artículo 15 de la ley 7625 supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, en este caso, el desempeño como psicóloga en un hospital público. Esto es, juzgar

⁹⁵⁰ Fallos 321:196, considerando 4.

⁹⁵¹ Ídem, considerando 6.

de la condición en concreto. No otra cosa ha hecho este tribunal en Fallos 290:83 cuando al considerar la exigencia de la ciudadanía para los cargos de prácticos marítimos la justificó como razonable en tanto vinculó la función con la seguridad y soberanía de la República...”⁹⁵².

Finalmente, resolvió que “... parece propio exigir una justificación suficiente de la restricción consagrada en la ley 7625, extremo que de modo alguno ha satisfecho la demandada, limitada a una dogmática afirmación de su postura que excluye la acreditación de su razonabilidad o del interés estatal que la ampara”⁹⁵³.

c3) Análisis del fallo

La argumentación de la sentencia se centró en la interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional a luz del caso concreto; por ello, la Corte se preguntó sobre la posibilidad de reglamentar el derecho de todos los habitantes a ser admitidos en los empleos sin otra condición que la idoneidad, mediante la exclusión de los extranjeros. Al interrogante formulado respondió que era preciso esclarecer si mediaba un razonable interés estatal que otorgara justificación suficiente a la restricción señalada.

Adviértase que a la Corte no le bastó cualquier finalidad como justificativo de la discriminación entre argentinos y extranjeros para el acceso a empleos públicos, sino que por el contrario, exigió que el fin perseguido respondiera a un “razonable interés estatal”. Ello implica efectuar un balance entre los costos y beneficios que conlleva la discriminación en razón de la nacionalidad; así, la restricción en el derecho de los extranjeros a ejercer empleos públicos deberá guardar

⁹⁵² Ídem, considerando 8.

⁹⁵³ Ídem, considerando 9.

una relación de proporcionalidad o equilibrio con el beneficio a alcanzar, el que ha de responder a un interés estatal razonable. Si bien no requirió un fin estatal urgente o insoslayable —como se exigió en Repetto—, tampoco resultó suficiente un simple interés legítimo —entendido como aquel que no esté prohibido expresamente por la Constitución—⁹⁵⁴.

El juicio de proporcionalidad *stricto sensu* explicitado en el párrafo precedente, supuso valorar previamente la relación de adecuación entre la condición de argentino como requisito de idoneidad y la función de psicóloga de un hospital público, lo que es puesto de manifiesto por la Corte al afirmar que “... corresponde decidir si la condición de argentino contenida en el artículo 15 de la ley 7526 supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo...”⁹⁵⁵. Al declarar la inconstitucionalidad de dicha norma legal, el tribunal consideró la falta de adecuación entre el requisito de ser argentino y la función de psicóloga. Ello también, por cuanto la Provincia demandada no justificó suficientemente la restricción impuesta por la mencionada ley 7526.

Cabe destacar que en este caso, al igual que en “Repetto”, la carga de la justificación de la discriminación entre argentinos y extranjeros recayó sobre el Estado. Ello se desprende claramente del considerando 9 de la sentencia bajo análisis, al sostenerse que la demandada no ha satisfecho la exigencia de una justificación suficiente de la restricción consagrada en la ley 7625, limitándose a una dogmática afirmación de su postura y sin acreditar su razonabilidad o la existencia de un interés estatal que la ampare.

⁹⁵⁴ Cfr. CLÉRICO L. y SCHVARTZMAN, S., “Repetto: revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires...”, ob. cit., p. 364.

⁹⁵⁵ Ídem, considerando 8.

De acuerdo a lo expuesto puede concluirse que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no toda discriminación entre argentinos y extranjeros está vedada constitucionalmente, sino aquella en la que el Estado no acredita la existencia de un razonable interés estatal y una relación de adecuación entre la distinción normativa y el referido interés del Estado. Atento a ello, cabe formular idéntico interrogante que en “Repetto”, ¿resultaría constitucionalmente válida una norma que discrimine entre nacionales y extranjeros alterando sustancialmente los derechos fundamentales de éstos últimos con el objeto de alcanzar un razonable interés estatal? Desde la jurisprudencia de la Corte relativa al principio de razonabilidad la respuesta sería negativa, pues dicha norma atentaría contra el artículo 28 de la Constitución, aniquilando la sustancia de los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los argentinos.

2.2.2. Derecho a no ser discriminado por razón de sexo

a) *El caso “Carballo, María Isabel y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/contencioso administrativo”*⁹⁵⁶.

a1) Los hechos

Las recurrentes —cuarenta y dos empleadas de la Prefectura Nacional Marítima— cuestionaron la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, que había confirmado el rechazo de la demanda contencioso administrativa por la que impugnaron la constitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 7673, del 30 de diciembre de 1955, mediante el cual se las privó del estado

⁹⁵⁶ Fallos 287:42 (1973).



policial, incorporándolas al régimen del personal civil de las Fuerzas Armadas. El decreto referido había dispuesto que el personal masculino del Cuerpo Auxiliar “A” podía optar por permanecer en la Prefectura Nacional Marítima con estado policial o pasar a formar parte del personal civil, mientras que con relación al personal femenino de los Cuadros “A” y “B” dispuso que, sin posibilidad de opción, pasarían a revistar como personal civil⁹⁵⁷. La Cámara había confirmado la sentencia de primera instancia, considerando que el principio de igualdad no se encontraba violado, por cuanto resultaba “... razonable pensar que motivos de conveniencia administrativa hayan movido a otorgar sólo a los varones —y no a las mujeres— una opción para permanecer en la Prefectura Nacional Marítima con estado policial”⁹⁵⁸.

Asimismo, cabe destacar que en el expediente administrativo agregado en la causa, constaba la opinión del Prefecto Nacional Marítimo, quien apoyó, mediante diversas razones, la reincorporación de las recurrentes al estado policial.

El máximo tribunal, mediante voto unánime, revocó la sentencia recurrida por considerar que el decreto impugnado vulneraba el principio de igualdad.

a2) Los fundamentos principales

Remitiéndose a las pruebas obrantes en el expediente, la Corte hizo referencia a dos notas suscriptas por quienes se desempeñaban con el cargo de Prefecto Nacional Marítimo, apoyando la reincorporación de las recurrentes al estado policial. En dichas notas se pusieron de manifiesto “... las ventajas que supone el hecho de que el per-

⁹⁵⁷ Cfr. *idem*, considerandos 1 y 5.

⁹⁵⁸ *Ídem*, considerando 3.

sonal femenino cuente con estado policial, tales como su mayor permanencia en el empleo, lo que le permite acumular experiencia y le da capacitación, y la posibilidad de hacer jugar un mismo régimen de disciplina, como así de asignarle funciones sin limitación de horarios; habiéndose observado —se añade— una excelente adaptabilidad al estado policial...”⁹⁵⁹.

El máximo tribunal agregó que lo expuesto en el párrafo precedente, “... muestra que la discriminación que efectuó el decreto 7673/55, al negar al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado policial, carece de base que la sustente; pues si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino sólo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones, conservando aquel estado policial. Ello impone, como es obvio, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte mencionada en el considerando 4, el acogimiento del reparo constitucional que se formula en el subjuicio contra el decreto 7673/55, con invocación del art. 16 de la Ley Suprema”⁹⁶⁰.

Con tales fundamentos, la Corte resolvió que las actoras tenían derecho a dar el examen de habilitación previsto en el art. 3 del decreto 7673/55 y que, en caso de aprobar dicha prueba, tenían derecho a las diferencias de sueldos que correspondieran al nuevo cargo al cual accedieran⁹⁶¹.

a3) Análisis del fallo

⁹⁵⁹ Ídem, considerando 6.

⁹⁶⁰ Ídem, considerando 7.

⁹⁶¹ Cfr. ídem, parte resolutive de la sentencia.

Del examen de los párrafos transcritos en el epígrafe precedente, cabe concluir que, según la jurisprudencia del máximo tribunal, el sólo hecho de ser mujer o varón no puede erigirse en razón suficiente para denegar u otorgar el derecho de acceder a un cargo público, en el caso, la opción de permanecer en la Prefectura Nacional Marítima con estado policial. En el expediente estaba probado, por declaraciones de quienes ocuparon el cargo de Prefecto Nacional Marítimo, que las recurrentes habían demostrado una excelente adaptabilidad al estado policial, así como las ventajas que suponía el hecho de que el personal femenino cuente con estado policial. En virtud de tales constancias probatorias es que el máximo tribunal concluyó en la inexistencia de base que sustentara la discriminación establecida en el decreto 7673/55.

Adviértase que el hecho de ser mujer o varón no afecta el título del derecho a desempeñarse en un empleo público, y si bien la Constitución no reconoce el derecho al empleo, en el sentido de conferir el derecho subjetivo a ser designado o nombrado como agente del Estado, siendo dicha designación una facultad privativa del poder estatal, la misma debe ser ejercida con los límites establecidos en el artículo 16 de la Constitución Nacional, con lo cual quedan proscriptas las discriminaciones⁹⁶², siendo la idoneidad y no el sexo la única condición exigida para acceder a los cargos públicos.

Teniendo en cuenta que es la idoneidad el único requisito establecido constitucionalmente, la Corte consideró violatorio del derecho de igualdad la discriminación creada por el decreto impugnado y declaró el derecho de las actoras de dar el examen de habilitación previsto en el art. 3 del decreto 7673/55, en vez de resolver la vuelta

⁹⁶² Cfr. MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª edición, T. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 114-115.

automática a la situación en que se hallaban antes del dictado del precitado acto administrativo, tal como ellas pretendían.

Cabe extraer también del fallo bajo análisis conclusiones concernientes a la carga de la argumentación en casos donde la distinción normativa se basa únicamente en el sexo. Para la Cámara de Apelaciones bastó suponer que razones de conveniencia administrativa movieron al Poder Ejecutivo a otorgar la referida opción sólo a los varones, es decir, se basó en una suerte de presunción de razonabilidad de la distinción normativa cuestionada. Para la Corte, en cambio, tales razones genéricas que en los casos de escrutinio ordinario bastaron para convalidar las discriminaciones impugnadas, no resultaron suficientes para justificar el tratamiento desigual impartido por el decreto recurrido, razones que por otra parte habían sido desvirtuadas por las afirmaciones de quienes ocuparon el cargo de Prefecto Nacional Marítimo, tal como se expuso.

Puede afirmarse que, en el caso, el máximo tribunal impuso sobre el Poder Ejecutivo la carga de invocar y probar las razones que sustentaron la distinción establecida en el decreto cuestionado; no habiendo cumplimentado con dicha carga, y es más, estando demostrada la adaptabilidad del personal femenino al estado policial, la Corte Suprema hizo lugar al recurso interpuesto por resultar el decreto 7673/55 violatorio del principio de igualdad⁹⁶³.

⁹⁶³ Siguiendo la misma línea jurisprudencial y con cita del caso “Carballo”, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso b) del decreto N° 7881/84, reglamentario de la Ley Orgánica del Instituto de Obra Médico Asistencial N° 6982 —al que se afiliaba obligatoriamente todo el personal dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo, y Judicial de la Provincia— considerándola contraria al principio de igualdad por establecer un trato discriminatorio fundado únicamente en el sexo de las personas. Según dichas disposiciones reglamentarias, los varones directamente afiliados a la obra social podían afiliarse, sin cargo alguno a sus esposas, mientras que las mujeres sólo



b) El caso “D. de P. V., A. c/O., C. H. s/Impugnación de la paternidad”⁹⁶⁴.

b1) Los hechos

La actora interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la madre para deducir, por derecho propio, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial conforme al artículo 259 del Código Civil.

En los fundamentos del recurso se sostuvo que la limitación contenida en el artículo 259 del Código Civil, que no incluye a la madre del niño entre los legitimados activos para interponer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, violentaba normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1, 17, inc. 4, 19 y 24), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 16) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 2, 7, 8 inc. 1, 12 inc. 1 y 18 inc. 1), resultando la norma cuestionada discriminatoria para la madre y lesionando al mismo tiempo el derecho a la identidad del niño.

podían afiliar a sus esposos mediante el pago de una cuota adicional, excepto que estuvieren incapacitados. Imponiendo la carga de la argumentación sobre la Provincia demandada, la Corte sostuvo que aquella no adujo concretamente ninguna razón que justifique la disparidad de trato entre varones y mujeres, alegando tan solo la necesidad de moderar la carga colectiva que los beneficios de la obra social traen consigo, sin decir “... por qué se ha preferido que la carga en este caso deba ser soportada por las mujeres afiliadas y no por los varones, siendo éste el quid de la cuestión” (Suprema Corte de Buenos Aires, “Fernández, Viviana B. y otro c/Provincia de Buenos Aires”, 23-12-2003, *La Ley*, t. 2004-C, pp. 1086-1116).

⁹⁶⁴ Fallos 322:2701 (1999).

La Corte, por mayoría de votos, resolvió rechazar el remedio federal interpuesto, por considerar al artículo 259 del Código Civil compatible con los tratados invocados, confirmando de tal modo la sentencia impugnada⁹⁶⁵.

b2) Los fundamentos principales

En el voto de la mayoría se sostuvo que “... no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de febrero de 1984, Serie A, n° 4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58)”⁹⁶⁶.

Seguidamente, y refiriéndose al principio de libertad de configuración del legislador, se destacó “que el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común”⁹⁶⁷.

En lo que puede llegar a considerarse una interpretación del inc. d del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por

⁹⁶⁵ Los jueces Petracchi y Bossert, en un voto conjunto y el juez Vázquez, en un voto particular, disintieron con la mayoría, extendiendo a la madre la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial, por entender que el artículo 259 del Código Civil resultaba discriminatorio y contrario al derecho a la identidad del niño, violentado los tratados internacionales invocados por la actora.

⁹⁶⁶ Fallos 322:2701, considerando 13 del voto de la mayoría.

⁹⁶⁷ Ídem, considerando 14 del voto de la mayoría.

el que se establece que los Estados partes deberán asegurar los mismos derechos y responsabilidades como progenitores en materias relacionadas con sus hijos, el tribunal señaló que “... la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias. El art. 259 del Código Civil que atribuye al marido y no a la mujer la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal —que no pesa, obviamente sobre la mujer, puesto que su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Código Civil)— a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley, desligándose así de las obligaciones de una paternidad que le es ajena”⁹⁶⁸.

Asimismo, el voto mayoritario sostuvo que “la presunción de paternidad legítima (...) tiene su fundamento (...) en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio (...). De esta tensión entre el imperativo de asegurar el acceso al conocimiento del vínculo biológico y el de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, conforme a la ponderación efectuada por el Poder Legislativo de la Nación, surge la ampliación al hijo de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad, consagrada por la reforma de la ley 23.264”⁹⁶⁹.

Concluyó, en que “... el art. 259 del Código Civil satisface el juicio de compatibilidad constitucional puesto que no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plas-

⁹⁶⁸ *Ibidem*.

⁹⁶⁹ *Ídem*, considerando 15 del voto de la mayoría.

ma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional”⁹⁷⁰.

Finalmente, el tribunal señaló que “... la negación de legitimación activa de la madre en la acción de desconocimiento de la paternidad no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo”⁹⁷¹.

En disidencia votaron los ministros Bossert, Petracchi y Vázquez, este último en voto separado. Los dos primeros sostuvieron que no constituía un fundamento válido de la negación de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a la madre, el hecho de que la acción constituye el medio para impugnar la presunción de paternidad que pesa sobre el marido y no alcanza a la mujer, en razón de que los vínculos de ambos progenitores, sin perjuicio de su individualidad, “... establecen el núcleo básico familiar constituido por los padres y el hijo de modo que el interés que justifica la acción de la madre para destruir el vínculo con quien, considera, no es el verdadero padre, (...) se funda en la trascendental incidencia que ello tendrá en el contenido existencial de su vínculo con su hijo, en los múltiples y variados aspectos de la vida del hijo en los que se interrelacionan la voluntad y los actos de ambos progenitores. Pretender escindir los dos vínculos de filiación, como si se tratara de entidades ajenas, desprovistas de interdependencia, para así negar interés legitimante a la madre actora, significa desconocer el aspecto básico, el más elemental de la vida de familia”⁹⁷².

Asimismo, estimaron que atento al interés jurídico que tiene la madre en ejercer la acción, su negación por el legislador a los fines

⁹⁷⁰ Ídem, considerando 17 del voto de la mayoría.

⁹⁷¹ Ídem, considerando 18 del voto de la mayoría.

⁹⁷² Ídem, considerando 9 del voto de los ministros Bossert y Petracchi.



de mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, representa una actitud discriminatoria⁹⁷³.

Finalmente, se refirieron a que conferir acción a la madre constituía la solución más adecuada para la protección de la identidad del menor y el desarrollo de su personalidad, pues "... el uso del nombre que realmente le corresponde, su vida familiar, afectiva y social, obtienen incuestionable beneficio si sucede en la infancia la desvinculación con quien no es el padre biológico, posibilitándose así el establecimiento del vínculo con el verdadero padre, como pretende la actora"⁹⁷⁴.

En cuanto al voto del juez Vázquez, éste también declaró la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil, reconociendo legitimación activa a la madre. En su argumentación, además de referirse a que dicho reconocimiento se justifica a los fines de dar al hijo el verdadero emplazamiento filial, resguardando el real vínculo familiar⁹⁷⁵, afirmó que "... un trato diferenciado deparado a los padres pone de resalto la falta de reconocimiento de la norma respecto a que ellos ocupan el mismo lugar e idéntica posición en el ámbito familiar"⁹⁷⁶.

b3) Análisis del fallo

En primer lugar, cabe destacar que en el presente caso se encuentran en juego tanto el derecho a la igualdad de la madre actora como el derecho a la identidad del hijo, por lo que para juzgar la constitucionalidad del artículo 259 del Código Civil es preciso de-

⁹⁷³ Cfr. *ibídem*.

⁹⁷⁴ Ídem, considerando 10 del voto de los ministros Bossert y Petracchi.

⁹⁷⁵ Cfr. *idem*, considerando 6 del voto del ministro Vázquez.

⁹⁷⁶ Ídem, considerando 9 del voto del ministro Vázquez.

terminar la compatibilidad de dicha norma legal con ambos derechos fundamentales. No obstante ello, y atento al objeto de este trabajo de investigación, el fallo será analizado únicamente desde la perspectiva del derecho de igualdad.

En primer lugar, resulta importante señalar que el voto mayoritario plasmó lo que podría denominarse una concepción no igualitaria —en el sentido de igualdad absoluta en todos los aspectos que condena cualquier tipo de diferenciación— de los derechos y responsabilidades de los progenitores. Ello, por cuanto afirmó que “... la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello, el legislador puede contemplar razonables diferencias”⁹⁷⁷. De tal modo, la Corte partió de la premisa de que no toda diferenciación establecida en la legislación con respecto a la maternidad y a la paternidad resultaría violatoria de los tratados internacionales invocados por la actora. Con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que resultan admisibles desigualdades de tratamiento que “... expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4-84 del 19 de enero de 1984, Serie A, n° 4, capítulo IV, párrafos 56 a 58)”⁹⁷⁸. Así, el máximo tribunal no se limitó a requerir la existencia de una relación racional entre medios y fines que sirva de justificación a la diferenciación de tratamiento impartido por la norma impugnada, sino que además exigió que dicha relación sea proporcionada. Ello implica juzgar la proporcionalidad *stricto sensu* de la distinción efectuada, por lo que cuanto mayor sea la restricción impuesta sobre el grupo desaventajado, mayor deberá ser el peso específico de la finalidad de bien público que se pretende alcanzar.

⁹⁷⁷ Ídem, considerando 14 del voto de la mayoría.

⁹⁷⁸ Ídem, considerando 13 del voto de la mayoría.

La aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto se confirma con los argumentos que más adelante se invocaron en la sentencia, al afirmarse que el artículo 259 del Código Civil no constituye un privilegio masculino, sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal —la de la paternidad legítima—, que se funda “... en el valor institucional de la familia legítima y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio”⁹⁷⁹. En otros términos, la negación de la legitimación activa a la madre para impugnar la paternidad del marido, manteniendo así la presunción de paternidad legítima, encuentra justificación en un bien que el máximo tribunal consideró lo suficientemente importante como para convalidar la exclusión de la madre como legitimada activa, cual es el valor institucional de la familia legítima y el emplazamiento inmediato del niño nacido durante el matrimonio⁹⁸⁰.

Más adelante, la Corte también analizó la proporcionalidad de la norma impugnada, cuando reconoció la existencia de bienes que

⁹⁷⁹ Ídem, considerando 15 del voto de la mayoría.

⁹⁸⁰ A favor de la negación de legitimación activa a la madre para impugnar la paternidad del marido, se ha señalado que “asegurar el respeto por la verdad biológica y proteger la institución matrimonial revisten, al menos, pareja importancia. Aquella debe prevalecer indudablemente frente a un absurdo régimen cerrado que impidiera toda investigación de la verdadera paternidad en colisión con la presumida matrimonial; ésta impone el equilibrio que puede lograrse poniendo la impugnación en limitadas manos, esto es, la de los sujetos directamente vinculados, el marido y el hijo y organizando un esquema razonable de caducidad de la acción” (MENDEZ COSTA, M. J. y D’ANTONIO, D. H., *Derecho de familia*, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 144). Asimismo, elogiando el fallo de la mayoría y a favor de que sea el hijo quien decida, cuando alcance discernimiento, sobre la conveniencia de impugnar la paternidad legítima, cfr. MAZZINGHI, J. A., “Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: Un fallo elogiable de la Corte”, *El Derecho*, T. 185, pp. 462-463.

el derecho ha de tutelar: por un lado, el acceso al conocimiento del vínculo biológico, pero también el mantenimiento del sosiego y la certeza en los vínculos familiares⁹⁸¹, considerando que el equilibrio entre ambos fue ponderado por el Poder Legislativo al otorgar al hijo legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, la que puede ser ejercida en todo tiempo, preservando de tal modo el derecho a conocer su vínculo biológico. Puede verse entonces, un balance entre costos y beneficios: la negación de legitimación activa a la madre supone, a juicio del tribunal, un costo proporcionado con el beneficio consistente en el mantenimiento del sosiego y la certeza en los vínculos familiares.

Los argumentos referidos adolecen de notorias deficiencias en tanto valoran la proporcionalidad en sentido estricto de la norma impugnada, sin cuestionarse previamente y dando por supuesta la idoneidad de la denegación de legitimación activa a la madre para alcanzar los fines señalados por la Corte Suprema, a saber: preservar el valor institucional de la familia legítima, dar emplazamiento inmediato del niño nacido durante el matrimonio, mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares. Tal como se expuso en el epígrafe 5.2.3. del capítulo I, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto presupone la adecuación de la medida al objetivo perseguido mediante su dictado. En el caso, la valoración de la proporcionalidad de la denegación de legitimación activa a la madre y su otorgamiento al marido y al hijo, exige que previamente se determine si existe una relación de idoneidad entre dicha distinción normativa y los fines que, según la Corte Suprema, la distinción normativa intentó alcanzar.

Indudablemente, los objetivos señalados por el máximo tribunal no sólo son constitucionalmente legítimos, sino también de gran

⁹⁸¹ Cfr. *ibidem*.

importancia y relevancia social. No obstante ello, pareciera no existir una relación de adecuación entre dichos objetivos y la denegación de legitimación activa a la madre del niño. Ello, por cuanto la preservación del valor institucional de la familia legítima y el emplazamiento inmediato del niño nacido durante el matrimonio se encuentran salvaguardados mediante la presunción legal de paternidad legítima de los hijos nacidos durante el matrimonio, presunción que continúa vigente hasta tanto se determine mediante sentencia firme que el marido de la madre no es el padre del niño. En cuanto al mantenimiento del sosiego y la certeza en los vínculos familiares, la denegación de legitimación activa a la madre no contribuye de ninguna manera a lograrlos, puesto que si la mujer decide entablar la acción de impugnación de la paternidad es porque, tal como lo señala el juez Vázquez, la comunidad de vida se ha roto, no existiendo de hecho sosiego alguno en la familia, como así tampoco certeza acerca del vínculo filial.

Por tanto, aún cuando los objetivos señalados por el tribunal revisten suma importancia y son de interés primordial para el Estado, no existe entre ellos y la denegación de legitimación activa a la madre una relación de idoneidad o adecuación, por lo que cabe concluir que la medida diferenciadora no logra sortear el juicio de adecuación, resultando por tanto irrazonable, y por ello contraria al principio de igualdad⁹⁸².

No obstante las críticas formuladas, comparto el rechazo que se desprende del voto de la mayoría a una concepción igualitaria de los

⁹⁸² Un comentario crítico del fallo y favorable a los votos en disidencia, puede verse en BIDART CAMPOS, G. J., “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?”, *La Ley*, t. 2000-B, p. 22. GIL DOMÍNGUEZ, A., “Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión”, *La Ley*, t. 2000-B, p. 24.

derechos y responsabilidades derivados de la maternidad y la paternidad, por cuanto, por ejemplo, las solas diferencias biológicas que las mismas conllevan generan efectos jurídicos y responsabilidades propias⁹⁸³. Una igualdad absoluta conduciría a situaciones de injusticia extrema que constituirían supuestos de “discriminación por indiferenciación”⁹⁸⁴. En este sentido, el Tribunal Constitucional español, con ocasión de decidir un planteo de inconstitucionalidad de la norma que otorgada únicamente a la mujer trabajadora el permiso por lactancia, sostuvo que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”⁹⁸⁵.

A tenor de lo expuesto, cabe afirmar que la igualdad entre hombres y mujeres en los aspectos relacionados al matrimonio y las

⁹⁸³ Así, la maternidad se determina ,conforme al artículo 242 del Código Civil, por el nacimiento, sin distinguir entre la matrimonial y la extramatrimonial, a diferencia de la paternidad extramatrimonial, la cual se determina por el reconocimiento o la sentencia en el proceso de reclamación (art. 247 del Código Civil) y la paternidad matrimonial, con relación a la cual rigen las presunciones del art. 243 de dicho cuerpo legal. Con respecto a las responsabilidades, cabría afirmar que ellas tampoco son exactamente iguales, la de alimentar mediante el amamantamiento al hijo recién nacido es de la madre, por eso es que sólo a ella el derecho laboral le reconoce la hora de amamantamiento. Lo expuesto no implica desconocer que la mayoría de las responsabilidades del padre y de la madre son iguales, como podría ser, entre tantas, la educación de los hijos.

⁹⁸⁴ Un supuesto de discriminación por indiferenciación estaría dado por el otorgamiento a la madre de la misma licencia que la actual ley de contrato de trabajo concede al padre por el nacimiento de un hijo, omitiendo considerar el mayor esfuerzo físico y psíquico que la maternidad supone para la mujer. En este caso, la necesidad de que el legislador distinga entre situaciones que son diferentes resulta más que evidente.

⁹⁸⁵ STC 109/1993.



relaciones familiares a que refiere el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer no es una igualdad simétrica, sino proporcional, lo que supone la necesidad de diferenciar, pues no toda discriminación es injusta por el mero hecho de distinguir, ya que "... la justicia misma exige saber distinguir, discernir, discriminar"⁹⁸⁶.

En cuanto al voto en disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, éstos no se refirieron a la falta de idoneidad entre la denegación de legitimación activa a la madre y los objetivos perseguidos, sino que centraron su argumentación en la falta de proporcionalidad entre tales objetivos y la discriminación cuestionada. Ello, en tanto sostuvieron que "... la ponderación hecha por el legislador en el art. 259 del Código Civil sobre lo que resulta conveniente para mantener el sosiego y la certeza en los vínculos familiares, negando acción de impugnación a la madre, representa una actitud discriminatoria contra quien tiene un interés jurídico para accionar..."⁹⁸⁷; interés que se justifica, según la disidencia, en la trascendental incidencia que tendrá la impugnación de la paternidad matrimonial y el restablecimiento del vínculo biológico con quien es el verdadero padre, en el vínculo de filiación entre madre e hijo, debido a los múltiples aspectos de la vida del hijo en los que se relacionan la voluntad y los actos de ambos progenitores. En otros términos, para el segundo de los votos, no existiría una relación de proporcionalidad entre los objetivos que se procuran alcanzar mediante la negación de la legitimación activa a la madre para impugnar la paternidad, estos son, el mantenimiento de certeza y sosiego en los vínculos familiares, y los costos que dicha ne-

⁹⁸⁶ HERVADA, J., "Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer" ..., ob. cit., p. 250.

⁹⁸⁷ Fallos 322:2701 (1999), considerando 9 del voto de los jueces Petracchi y Bossert.

gación de legitimación trae consigo. A criterio de la disidencia, el costo era demasiado alto y por ello desproporcionado, pudiéndose afirmar desde dicha tesitura que la norma impugnada no logra superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto privar de legitimación activa a la madre atentaría contra el interés que ella tiene de destruir el vínculo con quien no es el verdadero padre.

A pesar de las deficiencias argumentativas referidas, el presente caso se ha incluido dentro de aquellos donde se ha aplicado un escrutinio extraordinario, en razón de que, si bien llegaron a conclusiones diversas, tanto el voto de la mayoría, como la disidencia, han valorado si existía una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma, efectuando de tal modo al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica, tal como se expuso en el epígrafe 2. del presente capítulo, una intensificación del juicio de razonabilidad cuando se encuentran en juego distinciones de trato basadas en el sexo de las personas.

c) *El caso “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba s/Recurso de hecho”*⁹⁸⁸

c1) Los hechos

Un grupo de padres de alumnos del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron acción de amparo contra la mencionada alta casa de estudios, a los fines de que se deje sin efecto la ordenanza N° 2/97, del Consejo Superior, por la que se había ordenado que las inscripciones en ese establecimiento educativo se efectuaran sin distinción de

⁹⁸⁸ Fallos 323:2659 (2000)

sexo. Cabe aclarar, que hasta el dictado de dicho acto administrativo, al Colegio Nacional de Monserrat sólo podían asistir varones, estando vedado el acceso a las mujeres.

La sentencia dictada en primera instancia hizo lugar a la demanda de amparo, siendo posteriormente revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Contra tal pronunciamiento los actores dedujeron recurso extraordinario, cuya denegación motivó la interposición de una queja por ante la Corte Suprema.

Si bien el máximo tribunal de la Nación rechazó por unanimidad el recurso de hecho, confirmando la sentencia impugnada en tanto declaró la validez de la ordenanza N° 2/97, del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, los votos estuvieron divididos en cuanto a los fundamentos invocados.

c2) Los fundamentos principales

Tomando en cuenta los fundamentos expuestos en los diferentes votos para declarar la validez de la ordenanza N° 2/97, resulta posible identificar tres líneas de argumentación: i) la de quienes se limitaron a remitirse al dictamen del Procurador General de la Nación (Nazareno, López y Moliné O´Connor); b) la de quienes además de considerar que el dictado de la ordenanza impugnada constituía la única alternativa compatible con el principio de igualdad, sostuvieron que la educación mixta resulta impuesta por la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (voto de los jueces Fayt, Petracchi, Bossert y Vázquez)⁹⁸⁹, y c) la del juez Bog-

⁹⁸⁹ Según los ministros mencionados, la enseñanza mixta sería impuesta por el artículo 10, inciso c) de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la que prescribe: "... c) la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de

giano, quien si bien consideró que la ordenanza impugnada resultaba compatible con los principios de igualdad y no discriminación, disintiendo con los jueces anteriormente nombrados, agregó que la educación mixta no se encuentra impuesta como única alternativa por dicho Tratado Internacional.

En los votos de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert se destacó el hecho de que el Colegio Monserrat constituya el único bachillerato con orientación humanista de la Universidad Nacional de Córdoba, no existiendo otro de calidad similar dedicado a las mujeres. Por ello, consideró el último de los nombrados que “... la pretensión de los apelantes de que el Estado mantenga la variedad en la oferta educativa importaría consagrar una diversidad que únicamente beneficiaría a los estudiantes de un solo sexo”⁹⁹⁰.

El ministro Petracchi agregó que ante el planteo de crear un colegio similar femenino o brindar educación mixta en el ya existente, esta última alternativa es la única compatible con la obligación impuesta en el inciso c) del artículo 10 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁹¹. A su vez, cito el caso “United States v. Virginia”⁹⁹², de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el que se declaró violatoria de la decimocuarta enmienda la política de admisiones del Instituto Militar de Virginia, por el que se impartía enseñanza superior únicamente a los varones. Asimismo, sostuvo que “... los actores no han mos-

educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”.

⁹⁹⁰ Fallos 323:2659, considerando 9, del voto del juez Bossert.

⁹⁹¹ Ídem, considerando, 5, del voto del juez Petracchi.

⁹⁹² 518 U.S. 515. Este precedente es analizado en el epígrafe 3.1. del capítulo II.

trado (y mucho menos demostrado) cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna”⁹⁹³.

En el voto del juez Bossert se señaló que “... la educación mixta ha sido prevista en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer no tanto para procurar el igual acceso al mismo nivel educativo —finalidad obviamente no excluida—, sino para la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza”⁹⁹⁴.

A diferencia de lo sostenido por los restantes jueces, Boggiano afirmó que el artículo 10 de la mencionada Convención lo que garantiza a las mujeres “... es el acceso pleno a la misma enseñanza que a los varones. Mas para ello no impone que tal enseñanza deba imperiosamente impartirse en el mismo establecimiento y por los mismos docentes. Exige la misma calidad profesional de los educadores, de los lugares y de los elementos de estudio. En otras palabras, impone la obligación de asegurar una formación de idéntica excelencia”⁹⁹⁵. Agregó también que del texto de la Convención se desprende inequívocamente que el precepto no impone la educación mixta porque la norma utiliza el término estímulo y porque seguidamente el artículo contempla de modo expreso otros tipos de educación que resulten aptos para alcanzar la finalidad perseguida por el Tratado⁹⁹⁶.

⁹⁹³ Fallos 323:2659, considerando 9, del voto del juez Petracchi.

⁹⁹⁴ Ídem, considerando 11 del voto del juez Bossert.

⁹⁹⁵ Ídem, considerando 6 del voto del juez Boggiano.

⁹⁹⁶ Cfr. ídem, considerando 8 del voto del juez Boggiano.

Finalmente, señaló que el precepto analizado debe armonizarse con el artículo 26.3. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, por lo que una educación exclusivamente diferenciada o exclusivamente mixta lesionaría tanto aquel derecho de los padres como los de cualquier educando⁹⁹⁷. Concluyó en que corresponde a las autoridades competentes elegir los medios apropiados para garantizar el pluralismo democrático que excluye cualquier uniformidad dogmática y totalitaria, por lo que la solución de la causa no puede significar que la enseñanza mixta se encuentra exclusivamente impuesta por disposiciones constitucionales u otras normas internacionales de ese rango⁹⁹⁸.

c3) Análisis del fallo

Si bien todos los votos llegaron a idéntica conclusión con respecto a la constitucionalidad de la Ordenanza N° 2/97, los fundamentos se diferenciaron en cuanto a si la enseñanza mixta se encontraba impuesta por la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, resultando el dictado de la Ordenanza impugnada un imperativo constitucional. En otros términos, si una enseñanza separada por sexos implicaba una práctica discriminatoria, contraria al principio de igualdad y al precitado Tratado con jerarquía constitucional.

Desde una interpretación gramatical y teleológica del artículo 10, inciso c) de la Convención referida, no cabe sostener que la educación mixta constituya un imperativo constitucional, puesto que tal como lo sostiene en su voto el juez Boggiano, la norma utiliza el

⁹⁹⁷ Cfr. *idem*, considerando 10 del voto del juez Boggiano.

⁹⁹⁸ Cfr. *idem*, considerandos 9 y 11.

término estímulo de la educación mixta y seguidamente contempla otros tipos de educación a los fines de eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino. Que se deba estimular no significa que la educación mixta sea obligatoria, y si, como seguidamente se desarrollará, determinados estudios demuestran que la educación separada por sexos contribuye a alcanzar el objetivo señalado, ésta se encuentra comprendida dentro de los otros tipos de educación a que refiere el artículo comentado.

Asimismo, una interpretación armónica de la norma convencional, obliga a tener en cuenta el artículo 26.3. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que también posee jerarquía constitucional, y por la que se reconoce el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Este derecho de los padres tiene especial importancia en lo que se refiere a la elección de una educación mixta o separada para sus hijos y no puede ser avasallado por el Estado. Ello, por cuanto se han brindado razones en apoyo de una y otra forma de enseñanza, sin olvidar que "... desde un punto de vista científico, no hay evidencia clara para decir que la coeducación sea superior a la educación separada de los sexos o que ésta sea superior a la primera"⁹⁹⁹. También es

⁹⁹⁹ GARCÍA HOZ, V., "El debate sobre la coeducación. No hay razones para imponer un modelo único", en <http://www.aceprensa.com/articulos/1995/nov/08/el-debate-sobre-la-coeducacion/>, de fecha 09-11-1995, p. 1. En este sentido, el autor afirma que "los apoyos científicos que suelen invocarse generalmente son estadísticas, cuestionables por el método utilizado para obtenerlas, por la población a que se refieren y, sobre todo, por la interpretación subjetivista de los datos recogidos. Si se pueden presentar estadísticas favorables a la coeducación, igualmente se pueden presentar estadísticas favorables a la educación separada. La dificultad de encontrar evidencias científicas claramente justificadas surge de la complejidad y el carácter mismo de la educación y de la psicología estudiantil, así como de la dificultad de distinguir

preciso diferenciar el nivel educativo de que se trate, ya que no es lo mismo la educación inicial que la universitaria, puesto que quienes se muestran partidarios de una enseñanza diversificada por el sexo esgrimen razones relativas a una determinada etapa de la vida, excluyéndose a la educación inicial y a la universitaria y superior¹⁰⁰⁰.

Los votos que consideraron a la enseñanza mixta como un imperativo constitucional entendieron que ella está dirigida, no sólo a asegurar igual nivel educativo para ambos sexos, sino también a eliminar un concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino. Pero no tuvieron en cuenta que ciertos estudios, revisando las ideas sobre la coeducación, han propuesto la enseñanza diversificada para superar los estereotipos sexuales¹⁰⁰¹.

entre lo que es efecto de la unión o separación de sexos y lo que es efecto de la acción de otros factores” (p. 1).

¹⁰⁰⁰ El pedagogo Víctor García Hoz, ha destacado que las polémicas relativas a la conveniencia de una educación mixta o diversificada por el sexo se refieren por lo general a las escuelas para chicos y chicas de 10 a 18 años; en las edades anteriores y posteriores no se cuestiona la coeducación (cfr. GARCÍA HOZ, V., “El debate sobre la coeducación...”, ob. cit., p. 4).

¹⁰⁰¹ De modo contrario a lo señalado por los votos partidarios de la educación mixta, el informe de la comisión de expertas VERA, dependiente de la Conferencia de Directores Cantonales de Educación, de Suiza, destacó que la coeducación mantenía una clara separación entre especialidades masculinas y femeninas en la enseñanza, proponiendo que “... para eliminar los estereotipos y atender a las necesidades de las chicas, había que lograr una enseñanza individualizada y diferenciada en el marco de la coeducación” (citado por ARÉCHAGA, I., “Lo obsoleto es el modelo único”, <http://www.aceprensa.com/articulos/1997/jun/11/lo-obsoleto-es-el-modelo-nico/>, de fecha 11-06-1997 . Asimismo, el autor señala que “en Estados Unidos, las escuelas públicas son mixtas. Pero en distritos escolares de más de una docena de Estados —Texas, Colorado, Michigan y Georgia, entre otros—, se están separando alumnos y alumnas en algunas clases para mejorar los resultados académicos y la disciplina (cfr. Newsweek, 24-VI-96). La mayoría de los cambios pretenden que las alumnas consigan mejores resultados en matemáticas y ciencias, y que los varones trabajen con mayor orden (cfr. servicio 97/96)”. (p. 2).

La enseñanza diversificada por el sexo se sustenta en una concepción antropológica conforme a la cual el ser humano existe como varón o como mujer, los que son iguales en dignidad, siendo ambas personas humanas en la más plena y absoluta igualdad, aunque diferentes en los aspectos biológicos, psicológicos y espirituales¹⁰⁰². No obstante las características que por naturaleza diferencian al varón de la mujer, por ser el hombre racional la sexualidad humana se expresa también culturalmente¹⁰⁰³; en otros términos, las notas propias del varón y de la mujer suponen un desarrollo cultural que se asienta o fundamenta en la naturaleza de cada uno.

Teniendo en cuenta las diferentes posturas acerca de la conveniencia de una educación mixta o diversificada por los sexos, que no existe evidencia científica acerca de cuál de ellas es superior, y que las razones que se brindan a favor de la enseñanza separada no se derivan de prejuicios en contra de la mujer o del varón, resulta acertada la opinión del ministro Boggiano cuando sostiene que es necesario

De un estudio realizado por el Ministerio de Educación del Land de Berlín, se ha concluido que la coeducación acentúa las inclinaciones ligadas a cada sexo. Y, en consecuencia, las alumnas se esmeran más en las asignaturas donde les resulta más fácil destacarse, mientras que muestran menos interés por las asignaturas técnicas. A conclusiones similares llegó el Instituto Max Planck para la Enseñanza, de Berlín. Por tal razón, se ha permitido a todas las escuelas dar clases separadas en las asignaturas científicas y técnicas (cfr. *Acepresa.com*).

¹⁰⁰² En este sentido, Hervada afirma que “varón y mujer son, en el plano ontológico, personas humanas en la más plena y absoluta igualdad. En consecuencia, podemos afirmar un primer postulado: la personalidad jurídica es absolutamente igual en el varón y en la mujer. (...) La distinción de sexo no afecta a la esencia del hombre; representa un modo de ser de aspectos importantes del ser humano, pero no pasa de ser un accidente en términos filosóficos aristotélicos” (HERVADA, J., “Diez postulados...”, ob. cit., pp. 354 y 356).

¹⁰⁰³ Cfr. SCALA, J., *Género y derechos humanos*, 3ª edición, Vórtice, Buenos Aires, 2004, p. 22.

garantizar el pluralismo democrático, que excluye cualquier uniformidad dogmática y totalitaria, respetando el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos¹⁰⁰⁴.

La opción entre enseñanza mixta o diversificada por el sexo constituye uno de los casos en los que el principio de igualdad no impone una única respuesta correcta, resultando compatible con dicho principio tanto una como otra forma de enseñanza, por lo que la imposición de una única opción implica un trato discriminatorio en perjuicio de los padres que se muestran partidarios de un tipo determinado de educación, debiendo el Estado brindar una amplia oferta educativa para que los padres, primeros responsables de la educación de sus hijos, puedan ejercer este derecho sin condicionamientos.

¹⁰⁰⁴ A modo ejemplificativo, cabe mencionar algunas razones brindadas a favor de la enseñanza diversificada. Se ha sostenido que los adolescentes se distraen fácilmente en presencia del sexo contrario, y esto es perjudicial para el rendimiento académico; que es habitual que los chicos acaparen las oportunidades de hacer prácticas y releguen a las chicas al papel de observadoras; que los años más decisivos de la vida escolar coinciden con el período en torno a la pubertad, en el que se forja la identidad sexual, por lo que los escolares se comportan exagerando los rasgos propios de su sexo porque todavía se sienten inseguros con su sexualidad (cfr. DALEY, J., *The Times*, Londres, 30-IX-1993, publicado en “Los problemas de la coeducación”, <http://www.aceprensa.com/articulos/1993/nov/10/los-problemas-de-la-coeducaci-n/>, de fecha 10-11-1993). También se ha dicho que la diversidad psicósomática en las fases de desarrollo de los muchachos y las muchachas no puede ser olvidada a la hora de educar; que el comportamiento dominante de los muchachos respecto de las muchachas, las agresiones verbales, a menudo vinculadas a acosos sexuales, y las mayores dificultades de disciplina que ofrecen los muchachos son factores más bien opresivos que liberadores para la mujer (cfr. ARNOT, M., *A cloud over coeducation*, en Walker and Barton (eds), *Gender, Class and Education*, Falmer Press, Sussex, citado por GARCÍA HOZ, V., “El debate sobre la coeducación...”, ob. cit., p. 2).

No obstante la importancia de respetar este último derecho de los padres, en el caso bajo análisis se daba la particularidad de que el Colegio Monserrat constituía el único colegio universitario, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, que brindaba un bachillerato de orientación humanista, por lo que admitir el ingreso de varones solamente resultaba discriminatorio, pues implicaba denegar sin razón suficiente un beneficio educativo a las mujeres que se concedía a los varones, no existiendo para éstas la posibilidad de beneficiarse con una educación de igual calidad a la brindada por el Colegio Monserrat. A mi entender, por dicha razón, y no porque la enseñanza mixta constituya de por sí un imperativo constitucional, la decisión de la Universidad de admitir el ingreso de mujeres resultaba la única compatible con el principio de igualdad.

Por otra parte, cabe señalar que del voto del juez Petracchi puede derivarse un análisis intensivo de razonabilidad. Ello, por cuanto por un lado impuso de la carga de la argumentación del tratamiento desigual sobre los actores, y por el otro, les exigió demostrar la existencia de un imperioso interés público que justifique excluir a las mujeres de la educación que se imparte en el Colegio Monserrat, interés que a su juicio los recurrentes no lograron demostrar. Si bien dicho ministro cita el caso *United States v. Virginia*, no sigue a la jurisprudencia estadounidense en el test por ella aplicado para las distinciones por razón de sexo, debido a que conforme a la doctrina de la *Supreme Court* para que una clasificación basada en el sexo sea compatible con la igual protección de las leyes basta la persecución de un interés estatal importante y no imperioso, como lo sostiene el juez Petracchi¹⁰⁰⁵. En otros términos, dicho juez parece aplicar un escrutinio aún más severo que el del máximo tribunal estadounidense

¹⁰⁰⁵ Cfr. epígrafe 3 del capítulo II.

para este tipo de clasificaciones, intensificando el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

2.2.3. *Derecho a no ser discriminado por razón de edad*

a) *El caso “Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires”*¹⁰⁰⁶.

a1) Los hechos

La escribana Blanca T. Franco interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, quien rechazó la demanda interpuesta por la que se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 32, inciso 1 del decreto ley provincial 9020/78 y de la resolución del Ministerio de Gobierno de la provincia N° 51/54. El decreto recurrido disponía como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años; con sustento en dicho acto se dictó la resolución N° 51/54 disponiendo la cesación de la recurrente como titular de su registro notarial.

El recurso extraordinario fue denegado por la Suprema Corte de Buenos Aires, por lo que la recurrente acudió en queja, habiendo sido acogida y resuelta favorablemente por el máximo tribunal de la Nación¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Fallos 325:2968 (2002).

¹⁰⁰⁷ Con anterioridad al caso “Franco”, en el precedente “Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 11-04-2001, expediente N° 826/2001, publicado en www.tsjbaires.gov.ar, el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires, había declarado contraria a la Constitución de dicha ciudad una norma que impedía el ingreso a la docencia a personas mayores de treinta y cinco años. Tres de los votos que integraron la mayoría calificaron a la edad como una “categoría sospechosa”.

a2) Los fundamentos principales

La Corte comenzó recordando que, tal como lo sostuvo en pronunciamientos anteriores, “... la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (Fallos: 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086)”¹⁰⁰⁸. Asimismo, agregó que dicha reglamentación sería razonable en tanto “... guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar (Fallos: 311:506; 315:1370)”¹⁰⁰⁹.

Con relación a las normas impugnadas, sostuvo que “... el art. 32, inc. 1 del dec. Ley 9020/78, que dispone una suerte de presunción *juris et de jure* de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de la igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional”¹⁰¹⁰.

Examinando la adecuación y necesidad de la norma para alcanzar el fin de interés público propuesto, el máximo tribunal consideró que “... la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es im-

¹⁰⁰⁸ Fallos 325:2968, considerando 3.

¹⁰⁰⁹ Ídem, considerando 5.

¹⁰¹⁰ Ídem, considerando 6.

pedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del dec. ley 9020/78, conforme a las cuales son inhábiles para el ejercicio de funciones notariales los incapaces y los que padezcan defectos físicos o mentales debidamente comprobados que a juicio del juez notarial importen un impedimento de hecho (art. 32, incs. 2 y 3)”¹⁰¹¹.

Con relación al principio de igualdad, afirmó que éste se veía alterado, “... pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquellos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.). Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados”¹⁰¹².

Finalmente, la Corte se ocupó de especificar las diferencias entre el caso sometido a juzgamiento y el caso “Domínguez”¹⁰¹³, en el que consideró válida la disposición de la ley 22.207 que establece el cese de los profesores de universidades nacionales a la edad de 65 años. En primer lugar, se refirió a que aquella norma regula un aspecto especial de la relación de empleo público, señalando sus características, las que consideró ausentes en el supuesto de los escriba-

¹⁰¹¹ Ídem, considerando 7.

¹⁰¹² Ídem, considerando 9.

¹⁰¹³ Fallos 307:1964 (1985).

nos. En segundo lugar, sostuvo que dicha ley "... no establece una incapacidad absoluta sino que se refiere sólo a los profesores ordinarios y permite acceder a las de profesor emérito y profesor consulto a que se refieren los arts. 14 y 15 de la misma ley"¹⁰¹⁴.

Con sustento en los fundamentos expuestos, la Corte declara la inconstitucionalidad del art. 32, inc. 1, del decreto ley 9020/78 de la Provincia de Buenos Aires y la consecuente nulidad de la resolución del Ministerio de Gobierno de esa provincia.

a3) Análisis del fallo

Tal como se deriva de los hechos y fundamentos expuestos, en la sentencia bajo análisis se encuentra en juego el derecho de igualdad con relación al derecho de ejercer la profesión de notario. Como en todo caso donde se juzga la violación del principio de igualdad, ha de existir al menos un término de comparación con relación al cual se reclame un trato igual o desigual. En el presente, existen dos términos de comparación; por una parte, en el considerando 7, el término de comparación estaría dado por los escribanos menores de 75 años titulares de registro, pues la norma establece una discriminación entre estos últimos y los mayores de dicha edad. Pero también, en el considerando 9, se utiliza otro término de comparación: los restantes profesionales con título universitario, quienes, al decir de la Corte, ejercen funciones igualmente relevantes y sin embargo no sufren la restricción impuesta a los escribanos cuando llegan a los 75 años de edad.

En primer lugar, y con el objeto de juzgar la razonabilidad de la distinción establecida entre los escribanos titulares de registro mayores y menores de 75 años, la Corte se avocó a valorar la idoneidad de

¹⁰¹⁴ Ídem, considerando 10.

la norma impugnada para alcanzar el fin propuesto. De la lectura del fallo, surge que el máximo tribunal interpretó que la finalidad perseguida era la de impedir el ejercicio del notariado por quienes carezcan de condiciones para ello. En este sentido, consideró que impedir a los escribanos el ejercicio de la profesión por el sólo hecho de alcanzar los 75 años, no guardaba adecuada proporción con dicha finalidad¹⁰¹⁵, pues resulta evidente que no todos aquellos que llegan a la edad señalada se encuentran incapacitados para cumplir con las funciones propias del notariado.

Debido a esta generalización indiscriminada, es que el artículo 32, inciso 1 del decreto ley provincial 9020/78 fue considerado arbitrario por el tribunal; y es también en razón de esta generalización, que cabría afirmar que la clasificación contenida en dicho decreto se trataba de aquellas que la doctrina estadounidense denomina “*over-inclusive laws*”, es decir, clasificaciones legislativas que incluyen a “...todas las personas que están similarmente situadas en los términos de la ley además de un grupo adicional de personas”¹⁰¹⁶, a las que perjudican por no estar similarmente situadas con respecto a los propósitos de la ley¹⁰¹⁷, las que en el caso estarían representadas por los mayores de 75 años que se encuentran plenamente capacitados para desempeñarse como escribanos.

A diferencia de lo sostenido por el máximo tribunal de la Nación, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires –la que convalidó la constitucionalidad de la norma– y atento a la defensa alegada por el Ministerio de Justicia y Gobierno de la citada Provincia, estimó que el objetivo de la distinción cuestionada por la actora con-

¹⁰¹⁵ Cfr. ídem, considerando 7.

¹⁰¹⁶ NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law...*, ob. cit., p. 636.

¹⁰¹⁷ Cfr. TRIBE, L., *American constitutional...*, ob. cit., p. 1450.

sistía en la necesidad de promover la renovación de los titulares de registro bajo consideración del número clausus que regula la cantidad de registros notariales.

Adviértase entonces, que la sentencia omitió tener en cuenta la finalidad señalada por la demandada para justificar la discriminación impugnada. Ello constituye una grave deficiencia argumentativa de la sentencia; pues parece que en este caso “... la carga de la argumentación la tiene la Corte. Es decir, si ella disiente en cuanto al fin perseguido por la norma, debe dar razones de por qué quiere examinar el medio elegido de acuerdo con otro fin (...) Tiene que dar razones referidas a la ilegitimidad del fin. En este sentido, se trata de una ausencia de argumentación del diálogo que se da a través de las sentencias entre el tribunal preopinante y la Corte”¹⁰¹⁸.

Cabe destacar también, que tomando en cuenta la finalidad de evitar el ejercicio del notariado por parte de quienes carecen de condiciones, la Corte juzgó la necesidad de la restricción y clasificación establecidas en el inciso 1 del artículo 32 del decreto ley provincial 9020/78, y entendió que la finalidad perseguida por dicha norma estaba suficientemente resguardada mediante otras normas -incisos 2 y 3 del art. 32- que establecen la inhabilidad de los incapaces y de los que padecen defectos físicos o mentales para el ejercicio de funciones notariales¹⁰¹⁹. Es decir, la Corte estimó que existiendo otra medida igualmente eficaz y menos restrictiva del derecho de ejercer la profesión de notario, ha de preferirse esta última. Ello, supuso aplicar el subprincipio de necesidad como componente del principio de razonabilidad, lo que resulta particularmente significativo, puesto

¹⁰¹⁸ CLÉRICO, L., “Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso Franco: sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales”, *Jurisprudencia Argentina*, t.II-2003, p. 472.

¹⁰¹⁹ Cfr. Fallos 325:2968 (2002), considerando 7.

que tal como se puede comprobar en diversos casos analizados donde aplicó un escrutinio extraordinario no consideró este subprincipio, limitándose a los juicios de adecuación y de proporcionalidad *stricto sensu*.

No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, cabe preguntarse que hubiera decidido la Corte en el supuesto de considerar el fin señalado por la Provincia demandada —del que, como ya se expuso, no podía prescindir—. En ese caso, debió haber examinado si existían otros medios que fomentaran lograr tan bien como el medio elegido el fin de renovar los titulares de registros notariales y que sean menos restrictivos del derecho de ejercer la profesión de notario¹⁰²⁰.

Asimismo, tomando en cuenta el objetivo que la demandada pretendía alcanzar, la Corte debió juzgar también la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, balanceando el peso o importancia del objetivo estatal de interés público indicado, con la restricción en el derecho a ejercer la profesión por parte de la actora. Si bien el máximo tribunal no se pronunció sobre esta cuestión, “... en clave de ausencias argumentativas relevantes, todo llevaría a interpretar que no bastaría para la Corte con un interés público estatal que se refiera a la necesidad de promover la renovación de los titulares de registro bajo las circunstancias especiales de la concesión de registros públicos en la provincia de Buenos Aires, en la que existe un sistema de número *clausus*”¹⁰²¹.

Se ha señalado con acierto, que el grupo de escribanos tomado en cuenta en la comparación con los restantes profesionales —si bien la Corte no lo afirma expresamente, pero ello se infiere de los considerandos—, es aquel conformado por los titulares de registro,

¹⁰²⁰ Cfr. CLÉRICO, L., “Las ausencias argumentativas...”, p. 473.

¹⁰²¹ CLÉRICO, L., “Las ausencias argumentativas...”, p. 475.



dejando fuera a aquellos que ejercen su profesión como adscriptos o suplentes, o bien no la ejercen en tanto se trate de dar fe pública de actos o hechos pasados en su presencia, por no haber podido acceder a la titularidad de un registro¹⁰²².

Habiéndose aclarado que son los escribanos titulares de registro los que se comparan con los otros profesionales, cabe afirmar que la Corte no se ha hecho cargo de las diferencias existentes entre ambos grupos de profesionales para juzgar la razonabilidad de la distinción. Pues no resulta indiferente que en las restantes profesiones que la Corte ejemplifica, tales como la de médico, abogado o ingeniero, no exista un sistema de número *clausus* que no permita a todos el libre ejercicio de la profesión. Por otra parte, tampoco se consideró que la imposibilidad de dar fe pública de los actos y hechos no constituye una limitación absoluta para el ejercicio del notariado, pues el escribano podrá continuar prestando servicios de asesoramiento o bien ejerciendo la docencia o la profesión de abogado, en el caso de que también posea dicho título. Asimismo, "... no es tan cierto que todos los otros profesionales puedan seguir trabajando más allá de los límites que les imponen los diferentes sistemas jubilatorios. Por ejemplo, piénsese en un abogado asesor de empresa que trabajó toda su vida en relación de dependencia y nunca ejerció la profesión como abogado litigante...", o en un abogado que se desempeñó como asesor letrado en organismos estatales, "¿es concebible que a la edad de sesenta y cinco años -edad media jubilatoria (o la que correspondería según la ley aplicable)- y en el contexto actual, como implícitamente considera la Corte Suprema, logre una cartera de clientes y pueda continuar ejerciendo su derecho a trabajar?"¹⁰²³.

¹⁰²² Cfr. CLÉRICO, L., "Las ausencias argumentativas...", pp. 476-477.

¹⁰²³ CLÉRICO, L., "Las ausencias argumentativas...", ob. cit., pp. 477-478.

Las consideraciones expuestas no fueron tomadas en cuenta por la Corte a la hora de comparar la distinción establecida entre el ejercicio de las restantes profesiones y el del notariado, siendo que ellas resultaban fundamentales para juzgar si la discriminación establecida carecía de una justificación objetiva y razonable.

Otra cuestión que merece especial atención está constituida por las diferencias que marca la Corte entre el caso “Franco” y el caso “Domínguez”¹⁰²⁴, en el que, remitiéndose a los fundamentos del Procurador, se declaró la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 22.207, el que impone el cese de los profesores de universidades nacionales que cumpliesen 65 años de edad.

Analizando las diferencias aludidas, la Corte afirmó que en el caso “Domínguez” se trataba de una relación de empleo público, relación inexistente en “Franco”. Este argumento, a mi entender, resulta irrelevante, puesto que no obstante tratarse de una relación de empleo público, ello no exime al tribunal del deber de juzgar la razonabilidad de la distinción y de la restricción impuesta, pues aún cuando se entienda que el límite de edad establecido para los profesores universitarios resulta ser ejercicio de una facultad discrecional por vincularse con cuestiones que hacen a la organización de la administración estatal, la discrecionalidad exige igualmente un ejercicio razonable de dicha facultad y de ningún modo admite un ejercicio arbitrario.

Así también, el máximo tribunal señaló que, mientras el artículo 32, inciso 1) del decreto ley provincial 9020/1978 establece una incapacidad absoluta para el ejercicio del notariado, el artículo 26 de la ley 22.207 “... no establece una incapacidad absoluta sino que se refiere sólo a los profesores ordinarios y permite acceder a la de profe-

¹⁰²⁴ Fallos 307:1964 (1985), “Domínguez, Alberto Roberto c/U.N.R. s/recurso de amparo”.

sor emérito y profesor consulto a que se refieren los arts. 14 y 15 de la misma ley”. Con relación a ello se ha sostenido, que “si se considera la práctica universitaria, no resulta tan fácil que un profesor universitario regular adquiriera la calidad de emérito o consulto¹⁰²⁵, como ligeramente interpreta la Corte. Para ello basta con consultar los datos que generan, procesan y sistematizan las universidades. Por ejemplo, de la lectura de los resultados del Censo de Docentes 2002, realizado por la Secretaría de Planificación de la Universidad de Buenos Aires, surge que sobre un total de 6842 profesores regulares, sólo ciento setenta y cuatro son consultos y sesenta, eméritos”¹⁰²⁶.

Teniendo en cuenta, tal como se dijo, que la cesación de la titularidad de un registro notarial a partir de los 75 años de edad no supone una incapacidad absoluta de trabajar, pues los escribanos pueden continuar prestando tareas de asesoramiento o docencia, las diferencias que la Corte señaló entre “Franco” y “Domínguez” no parecen ser tan fundamentales como para pretender aparentar, como se deriva de los argumentos de la sentencia, que se ha seguido un criterio uniforme y “Franco” no supuso un cambio de jurisprudencia con relación a “Domínguez”¹⁰²⁷.

Finalmente, interesa señalar que de la fundamentación de la sentencia no sólo se deriva la aplicación —aunque incorrecta— de los subprincipios de adecuación y necesidad a los fines de juzgar la razonabilidad de la distinción cuestionada, sino que también el máximo tribunal efectuó el juicio de alteración del contenido esencial

¹⁰²⁵ Por ejemplo, véase artículo 51 Estatuto Universitario de la UBA, resolución Corte Suprema 3710/1989 y resolución Corte Suprema 3397/1993; resolución Corte Suprema 332/1994; resolución Corte Suprema 1377/1998; resolución Corte Suprema 1653/1999. Referencias extraídas de CLÉRICO, L., *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰²⁶ CLÉRICO, L., “Las ausencias argumentativas...”, *ob. cit.*, p. 480.

¹⁰²⁷ Cfr. *idem*, p. 481.

del derecho fundamental en juego. Y ello, por cuanto juzgó que la norma impugnada desnaturalizaba el derecho constitucional de trabajar con respecto al cual la actora reclamó identidad de trato. En tal sentido, consideró que quien ejerció la profesión de escribano durante gran parte de su vida no estaría preparado para iniciar una tarea nueva y diferente, lo cual se traducía en la práctica en una incapacidad de trabajar.

Si bien resulta acertado que la Corte incorpore al examen de razonabilidad lo que cierta doctrina ha denominado “juicio de alteración o afectación del contenido esencial” del derecho fundamental en juego¹⁰²⁸, no parece que la conclusión a la que arriba al respecto se encuentre suficientemente justificada. Ello, por cuanto la Corte equiparó el derecho a trabajar consagrado constitucionalmente con el derecho a ser titular de un registro notarial en un sistema de *numerus clausus*, como el que rige en la Provincia de Buenos Aires. Evidentemente, la restricción impuesta por la norma impugnada supone una alteración total y sustancial del derecho a ser titular de un registro notarial, pero no la privación del derecho a trabajar. En efecto, y tal como se dijo, los escribanos podrían continuar prestando funciones de asesoramiento o docencia, como así también, funciones propias de los abogados —en el caso de que posean el título correspondiente—. Cabe por tanto concluir, que la distinción establecida en el artículo 32, inciso 1) del decreto referido no se traduce en la alteración sustancial del derecho a ejercer la profesión, sino en todo caso en la privación de ser titular de un registro notarial, lo que, indudablemente no reviste la calidad de derecho fundamental, pues se trata de un derecho otorgado por la legislación infraconstitucional.

¹⁰²⁸ Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 100-102.

A lo expuesto, podrían agregarse argumentos tendientes a justificar la legitimidad del fin perseguido mediante la discriminación impugnada, vinculados con la obligación del Estado de promover la igualdad material o de hecho, la que fue consagrada expresamente en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Argentina. En este sentido, cabría afirmar que con la renovación de la titularidad de los registros notariales se pretende promover la igualdad de oportunidades para el acceso a ciertas funciones públicas, como es la de escribano.

Dada las graves deficiencias argumentativas señaladas y los precedentes del máximo tribunal vinculados con diferenciaciones por razón de edad¹⁰²⁹, el caso analizado no bastaría para afirmar que la edad es un criterio de clasificación afectado por una presunción de

¹⁰²⁹ Además del caso “Domínguez” (Fallos 307:1964), al que la Corte hace expresa referencia en “Franco” intentando justificar las diferencias entre uno y otro, resulta relevante en materia de discriminación por razón de edad el caso “Belfiore” (Fallos 308:1726 [1986]), en el que se revoca la sentencia del *a quo* y se rechaza la acción de amparo interpuesta por Liliana I. Belfiori contra la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. La actora solicitó la nulidad de la resolución 524/84 de la Secretaría General de la Intendencia de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires y de los actos administrativos dictados en su consecuencia. Por dicha resolución se estableció la edad de 32 años como límite para participar en el concurso para ingresar como bailarina “de fila” al Teatro Colón, modificándose una anterior que establecía como límite la edad de 33 años. La mayoría revocó la sentencia de la Cámara que había hecho lugar a la acción de amparo y consideró que el establecimiento del límite de edad no resultaba irrazonable “... a la luz de las especiales características de la actividad por desempeñar, de la existencia de antecedentes sobre la materia en el ámbito comunal, del particular régimen jubilatorio y de los fines que inspiraron el llamado a concurso” (considerando 4). El ministro Fayt votó en disidencia y confirmó la sentencia de la Cámara, por considerar que existían constancias que autorizaban a presumir una situación de conflicto entre las autoridades del teatro y la requirente del amparo, lo que llevó a la demandada a modificar el límite de edad establecido para participar en el concurso para bailarina “de fila”, impidiendo así la participación de la actora.

inconstitucionalidad y que las distinciones basadas en ella han de estar sujetas a un escrutinio judicial estricto. No obstante, y en razón de verificarse en el caso la aplicación —aunque incorrecta por las razones señaladas— de los juicios de adecuación, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y alteración del contenido esencial del derecho involucrado, se ha decidido incorporarlo al presente capítulo, sin dejar de efectuar las críticas apuntadas, las que impiden considerar el fallo como un *leading case* en materia de discriminación por razón de edad.

En la jurisprudencia constitucional comparada, la edad no es considerada como una categoría sospechosa. En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos negó que para juzgar las discriminaciones por razón de la edad sea aplicable un escrutinio estricto, bastando la exigencia de un mínimo de racionalidad¹⁰³⁰. De igual modo, el Tribunal Constitucional Alemán confirmó una norma que establecía la edad de 70 años como límite para el ejercicio de la profesión de partera, considerando que ello no resultaba violatorio del artículo 3, número 1 de la Ley Fundamental¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ Cfr. *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976). En este caso se cuestionó la norma que establecía el retiro de un oficial de policía a la edad de 50 años, la que fue confirmada por la Corte, considerando que debía aplicarse el estándar de las bases racionales por cuanto la clasificación no interfería con el ejercicio de un derecho fundamental, ni tampoco operaba sobre una clase sospechosa como para requerir un escrutinio estricto. Asimismo, en el precedente *Vance vs. Bradley*, 440 U.S. 93 (1979), la *Supreme Court* declaró constitucional la exigencia de que los participantes en el sistema jubilatorio del servicio exterior se retiren de sus cargos a la edad de sesenta años, límite de edad que no regía para los miembros del servicio civil, quienes debían retirarse a la edad de setenta años (Cfr. epígrafe 2.1. del capítulo II).

¹⁰³¹ 1BvR 71/57, de fecha 16 de junio de 1959, citada en SCHWABE, J., *Cinuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003.

Pareciera poco conveniente catalogar a la edad como categoría sospechosa, equiparable al sexo o a la nacionalidad. Ello, por cuanto la edad constituye un criterio con base en el cual el Estado efectúa repartos racionales de bienes y cargas sociales; no se trata de un rasgo permanente de las personas, como así tampoco ha sido utilizado históricamente para efectuar discriminaciones injustas¹⁰³². Adviértase, que el Estado distingue por razón de edad para otorgar capacidad civil, para trabajar, habilitación para conducir, el derecho a votar o a presentarse como candidato. Si tales diferenciaciones por razón de edad fueran sometidas a un escrutinio estricto difícilmente sortearían el test de razonabilidad, pues las mismas están basadas en generalizaciones acerca de la madurez o idoneidad de las personas que podrían encontrar en cada caso una excepción¹⁰³³.

2.2.4. *Derecho a la libertad de expresión*

a) *El caso “Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García”*¹⁰³⁴.

a1) Los hechos

El coronel retirado del Ejército argentino, José Luis García, interpuso recurso de hábeas corpus, solicitando se dejen sin efecto los cuarenta días de arresto que se le impusieron por la autoridad militar, en virtud de declaraciones públicas emitidas por una radioemi-

¹⁰³² Cfr. SCHVARTZMAN, S., *¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?*, La Ley, T. 2002-F, p. 464.

¹⁰³³ Cfr. *idem*, p. 467.

¹⁰³⁴ Fallos 312:1082 (1989).

sora y luego reproducidas por otros medios de comunicación social, referentes a asuntos vinculados a las Fuerzas Armadas, por las que cuestionó decisiones del Poder Ejecutivo Nacional relativas al empleo de esas fuerzas. Según constaba en las actuaciones administrativas, los términos vertidos no guardaban la moderación y mesura exigibles en un oficial superior.

La sanción de arresto fue sustentada “... en las disposiciones específicas que castigan las faltas a la ética profesional de los militares en actividad o retirados, en la especie, hacer publicaciones con cualquier finalidad que afecten la jerarquía o los cargos militares, siendo tanto más grave el hecho cuanto más elevada sea la jerarquía o el cargo del afectado por las publicaciones (...) (Nros. 331, 332 ap. 19, y 88 de la Reglamentación de la Justicia Militar L.M-1-I)”¹⁰³⁵

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional —Sala I— no hizo lugar al hábeas corpus solicitado, decisión contra la que el agraviado interpuso recurso extraordinario, invocando “... la inconstitucionalidad de la aplicación de penas privativas de libertad por una autoridad administrativa, por la vía del arresto disciplinario al personal militar en situación de retiro por la emisión de opiniones que –en su criterio– deben quedar sujetas a los límites que establece el Código Penal por igual para todos los habitantes”¹⁰³⁶. En razón de ello, sostuvo que la sanción disciplinaria resultaba violatoria de sus derechos constitucionales de libertad de expresión, igualdad ante la ley y del debido proceso.

La Corte, por voto mayoritario, decidió confirmar la sentencia impugnada, rechazando el recurso extraordinario interpuesto.

¹⁰³⁵ Fallos 312:1082, considerando 5 del voto mayoritario.

¹⁰³⁶ Ídem, considerando 3 del voto de la mayoría.



a2) Los fundamentos principales

El voto de la mayoría se ocupó de destacar, en primer lugar, la igualdad de circunstancias en que se encontraban el personal militar en actividad y el retirado, advirtiendo: "... dado que el personal en situación de retiro conserva —mientras no solicita la baja— su estado militar, esto es, la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en las jerarquías de las Fuerzas Armadas (arts. 5, 6 y 10 de la ley 19.101), aquél impone como contrapartida la obligación de sujetarse a la jurisdicción militar y disciplinaria en lo pertinente a su situación de revista, y además, para el personal superior, a la jurisdicción de los tribunales de honor (art. 109, inc. 5º, del Código de Justicia Militar y arts. 9, inc. 1º, 95 y 96 de la ley 19.101)"¹⁰³⁷. A lo expuesto, la mayoría añadió que la posibilidad de ser arrestado por faltas disciplinarias era consecuencia de la relación contractual que fue aceptada por García al ingresar a las Fuerzas Armadas¹⁰³⁸.

Asimismo, sostuvo que las normas impugnadas no vulneraban el principio de igualdad ante la ley, como así tampoco restringían de manera irrazonable el derecho de libertad de expresión garantizado por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional. Ello, por cuanto consideró razonable que "... no se hagan distinciones entre el personal militar en actividad y el retirado, en la medida que el prestigio de que pueda gozar este último entre sus camaradas de armas o ex subordinados, podría con sus expresiones o su ejemplo estimular actitudes que comprometen la estricta disciplina necesaria en los ejércitos, con grave daño de la eminente función que a éstos les cabe

¹⁰³⁷ Ídem, considerando 5 del voto de la mayoría.

¹⁰³⁸ Ídem, considerando 7 del voto de la mayoría.

en todo tiempo por mandato constitucional”¹⁰³⁹. A su vez, añadió que “... no se advierte que tanto la ley para el personal militar (ley 19.101, especialmente art. 9, inc. 1º), ni la Reglamentación de Justicia Militar (Nº 332, inc. 19), restrinjan de manera indebida los derechos invocados, toda vez que las disposiciones referentes al comportamiento y actividad de los militares —en servicio activo o retirados— obedecen al razonable ejercicio de facultades propias del Poder Ejecutivo y al mantenimiento de la disciplina, base del buen funcionamiento de los ejércitos”¹⁰⁴⁰.

Los ministros Petracchi y Bacqué votaron en disidencia, declarando “... que el número 332, apartado 19 del Reglamento de Justicia Militar, en tanto se considere aplicable a los militares retirados, es contrario a los derechos constitucionales de libertad de expresión e igualdad ante la ley (artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental)”¹⁰⁴¹.

De modo preliminar, destacaron que no resultaba aplicable la doctrina conforme a la cual el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reserva expresa, obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, cuando se trata de “... garantías instituidas en resguardo de derechos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad (Fallos 279:283, considerando 7º, y ver, asimismo, a Cooley, “Constitutional Limitations”, séptima edición, páginas 250/252...”¹⁰⁴², tal como consideraron acontecía en el caso, por encontrarse en juego los alcances de la libertad de expresión.

Agregarón también que la libertad de expresión hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano, por lo que, tratándose de una libertad fundamental “... sólo la existencia de un interés esta-

¹⁰³⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁰ *Ídem*, considerando 8 del voto de la mayoría.

¹⁰⁴¹ *Ídem*, considerando 9 del voto en disidencia.

¹⁰⁴² *Ídem*, considerando 6 del voto en disidencia.

tal insoslayable puede justificar su restricción por los poderes del Estado y, por ello, no resulta suficiente a tal fin que exista alguna conexión racional entre la ley reglamentaria y el objetivo estatal buscado (confr. doctrina del voto de los Ministros Petracchi y Bacqué *in re Repetto*, Inés María c/Buenos Aires, Provincia de s/inconstitucionalidad de normas legales R. 335XX del 8 de noviembre de 1988, consid. 7º)¹⁰⁴³.

Si bien reconocieron, citando el precedente “Parker v. Levy” de la Corte Suprema estadounidense, que el mantenimiento de la disciplina militar puede llegar a constituir el precitado interés estatal insoslayable, afirmaron que existen importantes diferencias entre los militares en situación de retiro y los que prestan servicio activo. Pues, “... si bien el militar retirado posee estado militar y está sujeto a la jurisdicción castrense y disciplinaria (artículos 6º y 9º, inc. 1º, Ley 19.101), no existe a su respecto el insoslayable interés estatal en restringir sustancialmente su libertad de expresión, toda vez que aquél no está destinado al combate de forma tal que la expresión de sus opiniones pueda poner en peligro la seguridad de la nación misma”¹⁰⁴⁴.

Con relación al número 332, inc. 19 de la reglamentación de la justicia militar, sostuvieron que dicha norma restringía indebidamente “... la libertad de expresión, asegurada por el art. 14 de la Constitución Nacional, pues su excesiva amplitud permite castigar cualquier tipo de opinión pública, sin tener en cuenta el grado de peligrosidad que ella puede significar para el orden público. De tal forma, la disposición cuestionada constituye un medio idóneo para

¹⁰⁴³ Ídem, considerando 7 del voto en disidencia.

¹⁰⁴⁴ Ídem, considerando 9 del voto en disidencia.

suprimir en gran medida las críticas dirigidas a los funcionarios públicos...”¹⁰⁴⁵.

Finalmente, concluyeron que “... someter a un militar en situación de retiro a un régimen punitivo en materia de prensa distinto al que rige respecto de los demás habitantes de la república, constituye además una clara violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, pues discrimina entre uno y otro grupo sin que exista en el caso un fundamento relevante que justifique tal procedimiento (doctrina de fallos 306:400, especialmente voto de los señores jueces Belluscio y Petracchi)”¹⁰⁴⁶.

a3) Análisis del fallo

Puede observarse que en el caso concurren dos términos de comparación, por un lado el personal militar en actividad, con relación al cual el recurrente —militar retirado— pretendió se le impartiera un trato diferenciado en lo que se refiere al derecho de libertad de expresión, y se declare inaplicable el N° 332, inc. 19 de la Reglamentación de la Justicia Militar; y por el otro, el resto de los habitantes no sujetos al estado militar, con respecto a quienes reclamó un trato igualitario también en lo concerniente a dicha libertad.

El voto de la mayoría consideró que el militar retirado y en actividad, en lo que se relaciona con la libertad de expresión, se encuentran en igualdad de circunstancias, por lo que al primero cabe aplicarle el N° 332, inc. 19 de la Reglamentación de la Justicia Militar. Ello, por cuanto sostuvo que el prestigio de que pueda gozar el personal militar retirado entre sus camaradas o ex subordinados podría estimular, mediante sus expresiones o ejemplos, actitudes que com-

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*.

prometan la estricta disciplina militar. Vale decir, a juicio de la mayoría existiría una relación de adecuación entre la distinción de trato dispensada al militar retirado con respecto al resto de los habitantes y el objetivo que mediante ello se intentaba alcanzar: mantener incólume la estricta disciplina militar.

Pero también cabría derivar de los fundamentos del voto mayoritario que la Reglamentación impugnada resulta proporcionada, atento a que el fin perseguido es calificado como base del buen funcionamiento de los ejércitos. En otros términos, existiría una relación de proporcionalidad entre el costo que implica la diferenciación de trato impartida a los militares retirados con respecto al resto de los habitantes, restringiendo su derecho de libertad de expresión, y el beneficio que con dicha distinción se pretende obtener.

También para el voto de la minoría el mantenimiento de la disciplina militar es la finalidad que persigue el N° 332, apartado 19 de la Reglamentación de Justicia Militar, finalidad que es considerada, con cita del caso “Parker v. Levy”, como de “insoslayable interés estatal” atento que la expresión de ciertas opiniones por parte de los militares podrían poner en peligro “la seguridad de la nación misma”¹⁰⁴⁷. La diferencia con el voto mayoritario, radica en que para la minoría en el caso de los militares retirados no existiría una relación de adecuación entre la restricción impuesta y el mantenimiento de la disciplina. Ello, por cuanto los militares retirados no están destinados al combate, de forma tal que sus expresiones puedan poner en peligro la seguridad de la nación.

Asimismo, el voto minoritario agregó que dicha norma reglamentaria, debido a su excesiva amplitud, permitiría castigar cualquier tipo de opinión pública, sin tener en cuenta su grado de peligrosidad para el orden público. Con estas palabras, se reconoce im-

¹⁰⁴⁷ Cfr. considerando 9 de la disidencia.

plícitamente que en ciertos casos, donde podría llegar a estar en peligro el orden público, cabría dispensar a los militares retirados idéntico trato que a los militares en actividad, existiendo en estos casos un “insoslayable interés estatal” que justifique la restricción impuesta.

El reconocimiento señalado y conforme a los fundamentos del voto en disidencia, cabría concluir que no es la ausencia de un “insoslayable interés estatal” lo que priva de razonabilidad a la norma impugnada, sino la excesiva amplitud con que ella permite castigar cualquier tipo de opinión pública que efectúen militares retirados, lo que no resulta indispensable para el logro de la finalidad señalada, pues cabría otra medida menos restrictiva del derecho de libertad de expresión mediante la cual, previo al castigo, se tome en cuenta el grado de peligrosidad para el orden público de la opinión vertida por el personal militar retirado. Ello significa que dicha norma reglamentaria no logró superar el juicio de necesidad, el que supone examinar si “... la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”¹⁰⁴⁸. Mientras que a la mayoría le bastó con que existiera una relación de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto entre la distinción impugnada y el objetivo que con ella se persiguió, a mi modo de ver, para el voto minoritario sortear tales juicios no resultó suficiente, requiriendo las distinciones vinculadas con el ejercicio del derecho de libertad de expresión superar también el juicio de necesidad¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁸ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 79.

¹⁰⁴⁹ El juez Petracchi mantuvo en sus votos relativos a las distinciones vinculadas con el ejercicio del derecho libertad de expresión un criterio estricto para juzgar su compatibilidad con el principio de igualdad. Así, en el caso “Ediciones Platense S.A. c/Municipalidad de La Plata s/Acción de Amparo”, votó en disidencia declarando que el accionar de la Municipalidad de La Plata al otorgar publicidad



b) *El caso “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Comité Federal de Radiodifusión”*¹⁰⁵⁰.

b1) Los hechos

La Asociación Mutual Carlos Mujica interpuso una acción de amparo contra el Estado Nacional, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 45 de la ley nacional N° 22.285, el que establece como requisito para acceder a una licencia de radiodifusión ser una persona física o una sociedad comercial. Fundó su planteo de inconstitucionalidad, en que dicho artículo 45 cercenaba su derecho a competir y tener un medio de difusión, atentando contra la libertad de expresión. Citó en su apoyo los artículos 14, 16, 33,

oficial a uno solo de los dos diarios de la ciudad y negarse a otorgarla al otro periódico existente, conculcaba la libertad de prensa (arts. 14 y 32 de la CN) y el principio de igualdad (artículo 16 CN). En este sentido, conjuntamente con los jueces Fayt y Bossert, sostuvo que “... la libertad de prensa posee un contenido de igualdad propio (Rodney A. Smolla, *Free Speech in an open society*, New York, Alfred A. Knopf, 1992, p. 233) o lo que es igual, los reclamos fundados en la libertad de prensa se encuentran claramente entrelazados con los intereses tutelados por la garantía de la igualdad y autorizan por tanto su análisis desde la perspectiva de aquélla (“Arkansas Writer’s Project, Inc”, 481 U.S. 221, p. 227, nota 3). De este modo, es irrelevante que el Municipio haya actuado o no con ánimo de discriminar al matutino de autos en razón de sus ideas y que éste haya probado o no tal intención, pues, a los efectos de brindar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado, tal como se verifica en la especie [Fallos 320:1191 (1997), considerando 23, voto en disidencia]. Esto último supuso imponer la carga de la argumentación sobre el Municipio demandado, pues al periódico le bastaba probar la existencia de un tratamiento diverso, debiendo el ente estatal dar las razones por las que trataba desigualmente a los dos únicos diarios de la ciudad, otorgando sólo a uno de ellos publicidad oficial.

¹⁰⁵⁰ Fallos 326:3142 (2003).

43, 75, incisos 19 “in fine”, 22 y 23 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la citada norma legal. Disconforme con tales pronunciamientos, el COMFER interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido por el *a quo*. Como fundamento del remedio federal y en defensa de la constitucionalidad del artículo 45, adujo que el requisito de ser persona física o sociedad comercial para acceder a una licencia de radiodifusión constituye “... una decisión del legislador adoptada por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, en cuya virtud estableció un parámetro sobre la forma jurídica que deben revestir aquellos que aspiren a ser titulares de una licencia de radiodifusión, al igual que lo hizo con otras actividades (bancos, administradoras de jubilaciones y fondos de pensión, etc.), sin que ello pueda ser reemplazado por el juez”¹⁰⁵¹. Asimismo, afirmó que “... los requisitos que exige el citado artículo para ser licenciatario de un servicio de radiodifusión son razonables y consecuencias lógicas del control personal y patrimonial que efectúa el COMFER”, agregando que “... la admisión de asociaciones sin fines de lucro constituiría una competencia desleal para el resto de los licenciatarios. Así, el medio empleado es congruente y proporcionado con el fin perseguido por el legislador y no resulta violatorio de la garantía constitucional de igualdad”¹⁰⁵².

No obstante dictamen en contrario del Procurador General de la Nación, la Corte rechazó el recurso extraordinario, confirmando el pronunciamiento del *a quo*, declarando que el artículo 45 de la Ley nacional N° 22.285, así como los decretos y resoluciones dictados en su consecuencia, en cuanto impedían a la actora participar en

¹⁰⁵¹ Dictamen del Procurador General de la Nación, punto III.

¹⁰⁵² *Ibidem*.

el concurso para obtener la licencia de radiodifusión por no constituir una sociedad comercial, resultaban violatorios de los artículos 14, 16, 28 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b2) Los fundamentos principales

Luego de efectuar una reseña de las normas que siguieron al dictado de la ley nacional N° 22.285, el máximo tribunal sostuvo que correspondía examinar si la exclusión de las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro de la posibilidad de concursar a fin de ser prestadora legalmente autorizada de una estación de radiodifusión sonora, “... guarda proporción y aptitud suficiente con los fines que inspiraron el dictado de la ley 22.285 y si, de tal modo, puede compatibilizarse con las normas constitucionales referentes a la igualdad, libertad de expresión, y los derechos de asociarse y de ejercer industria lícita”¹⁰⁵³.

Asimismo, la Corte señaló que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas admite mayor reglamentación que el derecho a expresarse por la prensa escrita, debido a los límites que impone “... la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público”¹⁰⁵⁴. No obstante la necesidad de una mayor reglamentación del primero de los derechos, ésta “... no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad comercial...”¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵³ Fallos 326:3142 (2003), considerando 7.

¹⁰⁵⁴ Ídem, considerando 8.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*.

Luego de reiterar la doctrina conforme a la cual el artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, por lo que el legislador tiene una amplia facultad para distinguir y clasificar los objetos de la reglamentación, siempre que las distinciones se basen en motivos objetivos razonables¹⁰⁵⁶, agregó que, "... ni de la exégesis de la ley 22.285 ni de los argumentos expuestos por el COMFER surge una razón de alto valor social que justifique bloquear un derecho constitucional y que, en definitiva, se traduce en una imposibilidad absoluta desprovista de suficiente adecuación al propósito buscado por la ley"¹⁰⁵⁷.

Seguidamente, la Corte se refirió a que "... la participación de una asociación mutual en un concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, en el supuesto de ser seleccionada, facilita el pluralismo de opiniones que caracteriza a las sociedades democráticas, e importa un verdadero contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos"¹⁰⁵⁸.

La Corte también sostuvo que las asociaciones mutuales y las sociedades comerciales no se encontraban en una razonable desigualdad de circunstancias que justificara un tratamiento desigual, puesto que, según se desprende de las normas que regulan las primeras (leyes 19.331, 20.321 y, en especial, la 25.374), tales organizaciones poseen una estructura apta para llevar adelante una empresa colectiva¹⁰⁵⁹. "Ello así, toda vez que la ley les exige la existencia de un patrimonio adecuado a su objeto, las autoriza a celebrar toda clase de contratos de colaboración con personas de otro carácter jurídico para el cumplimiento de su objeto social, y prevé la aplicación de san-

¹⁰⁵⁶ Ídem, considerando 9.

¹⁰⁵⁷ Ídem, considerando 10.

¹⁰⁵⁸ Ídem, considerando 13.

¹⁰⁵⁹ Cfr. ídem, considerando 11.

ciones en caso de incurrir en responsabilidad contractual y extracontractual”¹⁰⁶⁰.

En respuesta a los argumentos expuestos por el COMFER, el que justificó el requisito de constituir una sociedad comercial para ser licenciatario de un servicio de radiodifusión, en las tareas de control personal y patrimonial que ha de llevar a cabo¹⁰⁶¹, el máximo tribunal, remitiéndose a los fundamentos expuestos por los autores del proyecto de la ley 25.374, de asociaciones mutuales, afirmó: “... surge que las reformas están orientadas a posibilitar que tales entes puedan actuar con mayor eficiencia en las actuales condiciones económicas y al reconocimiento del carácter empresarial de esas entidades, aunque desprovistas de finalidad lucrativa. De ahí que resulta arbitrario el criterio de discriminación en que el COMFER sustenta tal exclusión, pues no se advierte la razón por la cual tal organismo no pueda ejercer sobre tales asociaciones el mismo control personal y económico que ejerce sobre las sociedades comerciales”¹⁰⁶².

Refiriéndose a la situación concreta de la actora, la Corte destacó que “... presta el servicio de radiodifusión por medio de una radio de frecuencia modulada —con autorización precaria según lo examinado en los considerandos precedentes— desde hace más de diez años en una zona periférica de la ciudad de Córdoba, la cual no contaba con un medio de comunicación radioeléctrico por lo poco rentable que resultaba ser en esa zona una empresa comercial. (...) Finalmente, la actora manifestó, y no fue negado por el COMFER, que durante diez años no se le hizo ninguna observación y que ha logrado grandes avances técnicos”¹⁰⁶³.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁶¹ Cfr. punto III del dictamen del Procurador.

¹⁰⁶² Fallos 326:3142 (2003), considerando 14.

¹⁰⁶³ *Ídem*, considerando 15.

A modo de conclusión, el tribunal sostuvo que “... no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso público para normalizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión. Por lo que el párrafo primero del art. 45 de la ley citada y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impiden que la demandante participe en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultan violatorias de los artículos 14, 16, 28 y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁰⁶⁴.

b3) Análisis del fallo

En el presente caso el principio de igualdad se relaciona de modo inmediato con el derecho a participar del concurso de licenciarios de un servicio de radiodifusión, y de modo mediato, también se vincula con el derecho constitucional de libertad de expresión, pues el primero constituye un medio a través del cual resulta posible ejercer dicha libertad. Asimismo, y tal como la Corte lo especifica, también estaba en juego el derecho constitucional de asociarse con fines útiles, aunque, cabría aclarar, éste sí se encontraba directamente lesionado. La cuestión a resolver, consistió en determinar, tal como se expresa en la sentencia, si la distinción establecida en la norma impugnada, excluyendo a las asociaciones mutuales del derecho a participar del concurso público, resultaba razonable, es decir, guardaba “... proporción y aptitud suficiente con los fines que inspiraron el dictado de la ley 22.285”¹⁰⁶⁵. De ello se desprende que el máximo tribunal se abocó a valorar si la distinción establecida entre socieda-

¹⁰⁶⁴ Ídem, considerando 18.

¹⁰⁶⁵ Ídem, considerando 7.

des comerciales y asociaciones mutuales sorteaba los juicios de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto para poder ser considerada razonable y compatible con el principio de igualdad.

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por el COMFER, la exigencia de constituirse como sociedades comerciales, en el caso de las personas jurídicas, respondía a las necesidades de control personal y patrimonial por parte del citado organismo de contralor¹⁰⁶⁶. Ahora bien, según la Corte, las previsiones de la Ley de asociaciones mutuales permite considerarlas con una estructura apta para llevar adelante una empresa colectiva. Pues dicha ley establece entre sus previsiones, la exigencia de un patrimonio adecuado a su objeto, les otorga capacidad para celebrar toda clase de contratos para el cumplimiento de su objeto, así como un sistema de contralor sobre tales asociaciones —previendo, por ejemplo, la aplicación de sanciones en casos de incurrir en responsabilidad contractual y extracontractual—. Ello, no permitía afirmar que se encontraran en una razonable desigualdad de circunstancias con relación a las sociedades comerciales para cumplir con el servicio de radiodifusión, el que, si bien la Corte reconoce requiere de una organización empresarial, constituye una actividad cultural por esencia¹⁰⁶⁷. Con tales fundamentos, concluye que no existe una relación de adecuación entre el criterio de discriminación defendido por el COMFER y la finalidad por él invocada, pues no se advierte “... la razón por la cual tal organismo no pueda ejercer sobre tales asociaciones el mismo control personal y económico que ejerce sobre las sociedades comerciales”¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ Cfr. punto III del dictamen del Procurador.

¹⁰⁶⁷ Cfr. Fallos 326:3142 (2003), considerandos 11 y 13.

¹⁰⁶⁸ Ídem, considerando 14.

Pero la Corte, no se limita a la aplicación del juicio de adecuación señalado, sino que además, en dos oportunidades, valorando la proporcionalidad *stricto sensu* de la distinción impugnada, afirma no advertir una razón de alto valor social o la existencia de un interés superior que justifique bloquear un derecho constitucional¹⁰⁶⁹. Si bien, pareciera que en el caso bastaba declarar la irrazonabilidad de la distinción con fundamento en su falta de adecuación para servir al propósito perseguido —asegurar una organización empresarial y posibilitar un mayor contralor personal y económico—, aplicando el juicio de proporcionalidad en sentido estricto el máximo tribunal intensificó el análisis de razonabilidad de la clasificación cuestionada, autorizando a concluir que cuando se discrimina para el ejercicio del derecho de libertad de expresión —aunque su ejercicio esté comprometido de modo mediato, como en el caso bajo análisis— ha de existir una razón de alto valor social o un interés superior que justifique el criterio de distinción impuesto por la ley.

Cabe destacar el argumento utilizado por la Cámara para declarar la inconstitucionalidad de la exclusión cuestionada por la recurrente, del que la Corte no se vale, pero merece especial consideración. Tomando en cuenta la nota de elevación del proyecto de ley de radiodifusión, la que dispone que la prestación de los servicios de radiodifusión son de interés público, por lo que su prestación no debe constituir una mera actividad mercantil o lucrativa, la Cámara concluye en que “... la exclusión que surge del art. 45 no se apoya en la finalidad de la norma en cuestión”¹⁰⁷⁰. Es decir, si el servicio de radiodifusión no puede ser reducido a una actividad meramente lucrativa por su característica netamente cultural, no resulta coherente exigir que las personas jurídicas que lo presten deban constituirse

¹⁰⁶⁹ Cfr. ídem, considerandos 10 y 18.

¹⁰⁷⁰ Punto II del Dictamen del Procurador.

como sociedades comerciales —cuya nota es la finalidad lucrativa—, pues en tal caso, y en contradicción con el propósito del legislador, se estaría confiriendo al carácter comercial de la persona jurídica en una condición esencial para la prestación del servicio.

Por otra parte, y en apoyo de la razonabilidad de la inclusión de las asociaciones mutuales dentro de las personas jurídicas habilitadas para participar en el concurso público para acceder a una licencia de radiodifusión, la Corte afirmó que dicha participación serviría de contrapeso o poder equilibrador de los grupos económicos¹⁰⁷¹. De tal modo, el máximo tribunal se valió de un argumento relativo a la equitativa distribución de ciertos bienes sociales —en el caso, el acceso a los medios de comunicación—, otorgando gran importancia a la igualdad de oportunidades para acceder a los mismos, lo cual, actualmente, reviste particular relevancia, puesto que “las nuevas técnicas suponen financiamiento, gastos y costos que están fuera de las posibilidades del hombre común. (...) Del derecho activo de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, es decir, del derecho de información, poco le queda al hombre de nuestro tiempo; le resta el derecho pasivo a saber, a conocer, a que le digan lo más verazmente posible lo que ocurre, es decir, el derecho social a la información”¹⁰⁷². Atento a lo expuesto, cabría afirmar que la exclusión de las asociaciones mutuales del derecho a participar del concurso público para obtener la titularidad de una licencia de radiodifusión, no sólo atentaría contra el principio de igualdad de *iure*, constituyendo una discriminación irrazonable, sino también contra el principio de igualdad de hecho o material, el que exige brindar igualdad de oport-

¹⁰⁷¹ Cfr. Fallos 326:3142 (2003), considerando 13.

¹⁰⁷² “*Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*” (Fallos 315:1492 [1992])



tunidades para el acceso a ciertos bienes sociales escasos, tales como el espacio radioeléctrico.

2.2.5. *Derecho a la libertad física o ambulatoria*

a) *El caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/Infracción art. 139 bis del C.P.”*¹⁰⁷³.

a1) Los hechos

La Srta. Erika E. Nápoli fue procesada por el delito de intermediación en la supresión de la identidad de un menor de diez años de edad en carácter de partícipe secundario (arts. 45, 55 y 139 bis del Código Penal), habiéndosele concedido la excarcelación por el juez de menores, resolución que fue revocada por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁰⁷⁴. Ello, con fundamento en el artículo 316, segundo párrafo in fine del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410), el que restringía la concesión del beneficio de la excarcelación a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal, sin distinguir la participación que se hubiese tenido en el hecho¹⁰⁷⁵.

La defensa de la procesada interpuso contra la sentencia de la Cámara recurso extraordinario, alegando la inconstitucionalidad del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación por violar los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Fallos 321:3630 (1998).

¹⁰⁷⁴ Cfr. ídem, considerando 1.

¹⁰⁷⁵ Cfr. ídem, considerando 2.

¹⁰⁷⁶ Cfr. ídem, considerando 3.

La Corte Suprema de Justicia argentina, por mayoría de votos, hizo lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, dejando sin efecto la sentencia apelada y mandando se dicte nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto.

a2) Los fundamentos principales

La Corte parte de considerar que como consecuencia necesaria del principio de presunción de inculpabilidad se ha reconocido “... la existencia del derecho a gozar de la libertad durante el proceso, al que le ha conferido jerarquía constitucional (Fallos 314:451, considerando 2º), sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (Fallos 304:319, 1524”¹⁰⁷⁷.

Seguidamente, el máximo tribunal afirmó que la potestad legislativa para “... ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetos de la legislación (Fallos 238:60; 251:53, entre otros) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva –como medida de corrección procesal– conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos 8:291; dictamen del Procurador General en 21:121; *mutatis mutandi* 102:219), esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones”¹⁰⁷⁸.

Asimismo, señaló que “... la garantía de la igualdad exige que concurren objetivas razones de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, considerando 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo

¹⁰⁷⁷ Ídem, considerando 6º.

¹⁰⁷⁸ Ídem, considerando 7º.

que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147:402), considerando como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos 256:241, cons. 5º y sus citas) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos 250:410, considerando 2º)”¹⁰⁷⁹.

La Corte Suprema también expresó que “... al dictar la ley 24.410 el Poder Legislativo se apartó de los principios hasta aquí expuestos pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente (considerandos 10 y 11), recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva”¹⁰⁸⁰. Ello, “... importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (Fallos 303:267, considerando 8º, segundo párrafo)”¹⁰⁸¹.

Con fundamento en las razones expuestas, la Corte concluyó en que “... la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Erika Elizabeth Nápoli ya que la priva del

¹⁰⁷⁹ Ídem, considerando 14.

¹⁰⁸⁰ Ídem, considerando 15.

¹⁰⁸¹ Ídem, considerando 16.

régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia (considerando 7º)”¹⁰⁸².

En la sentencia se afirmó, remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —la que según el máximo tribunal ha de servir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰⁸³, que “... la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3.), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a las personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2. del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77)”¹⁰⁸⁴. En dicho caso, la Corte Interamericana también sostuvo que “resulta violatoria del principio de igualdad, (...) una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra, y por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (conf. Caso “Suárez Rosero” antes citado, párrafo 98)”¹⁰⁸⁵.

El juez Fayt votó en idéntico sentido, pero con fundamentos propios, agregando que “... al vedar la excarcelación para estos delitos —que de acuerdo con las penas previstas en el código de fondo serían susceptibles de ella— ha restringido la libertad del imputado con prescindencia de la naturaleza propia que esa restricción debe

¹⁰⁸² Ídem, considerando 17.

¹⁰⁸³ Fallos 318:514, considerando 11, segundo párrafo.

¹⁰⁸⁴ Fallos 321:3630 (1998), considerando 18.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*.

tener, es decir, no ir más allá de lo estrictamente necesario para conjurar el peligro de fuga o de que se obstaculice la averiguación de la verdad”¹⁰⁸⁶. “Resulta claro que a diferencia de lo que ocurre con otros delitos, en los que la gravedad de la escala penal aplicable ha hecho presumir al legislador procesal que el imputado podría eludir la acción de la justicia en las primeras etapas del proceso (arts. 316, 317 -inc. 1º y 319 del Código Procesal Penal), aquí el único fundamento de esta restricción se sustenta en criterios propios de legislador común sobre los distintos modos de protección de los bienes jurídicos”¹⁰⁸⁷.

a3) Análisis del fallo

En el pronunciamiento bajo análisis la Corte reiteró el principio de libertad de configuración de legislador, pero no sólo se limitó a sostener que las clasificaciones normativas no deben ser arbitrarias, sino que también exigió la existencia de un motivo sustancial para que las personas sean catalogadas en grupos diferentes, considerando como tal los fines que imponen la adopción de la clasificación y como un motivo inválido a aquel que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, por no responder a fines propios de la competencia del Congreso o bien porque dicha potestad no ha sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido¹⁰⁸⁸, lo que acontece, cabe aclarar, cuando dicho objetivo es constitucionalmente legítimo, pero la clasificación efectuada por el legislador inadecuada para alcanzarlo.

¹⁰⁸⁶ Ídem, considerando 11 del voto del juez Fayt.

¹⁰⁸⁷ Ibidem.

¹⁰⁸⁸ Cfr. ídem, considerando 14.



Adviértase, que el máximo tribunal se valió del término “motivo sustancial”, que en el caso, según se desprende del considerando 7º, sólo pudo consistir en el fin de evitar que se frustre la justicia, esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones. Es decir, que la potestad legislativa para establecer diversos regímenes excarcelatorios sólo puede justificarse en la consecución de la finalidad señalada, por lo que la persecución de un objetivo diverso al indicado resultaría contrario a los principios de igualdad y de presunción de inculpabilidad.

La Corte Suprema señaló que el objetivo de la norma que prohibía conceder el beneficio de la excarcelación a los imputados por los delitos detallados en el artículo 316, segundo párrafo *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación, se desvió del único fin que legitima la existencia de la prisión preventiva y constituye su razón de ser, persiguiendo una finalidad ajena a la ley adjetiva y que es de competencia propia del derecho penal sustantivo, pues de los antecedentes parlamentarios se derivaba que el único fundamento de la restricción impuesta por la citada norma legal radicaba en la protección de los bienes jurídicos tutelados¹⁰⁸⁹.

Cabe observar en el presente caso, la aplicación de un escrutinio más estricto que he denominado “extraordinario”, pues mientras que las diferenciaciones establecidas con relación al ejercicio de los derechos patrimoniales pueden justificarse en diversos fines, bastando que ellos sean legítimos¹⁰⁹⁰, existiendo una gran tolerancia por parte de la jurisprudencia para su aprobación y juzgamiento, en el caso bajo análisis no cualquier finalidad puede ser considerada como constitucional para convalidar un tratamiento desigual en la conce-

¹⁰⁸⁹ Los antecedentes parlamentarios son citados en el considerando 12 del voto de la mayoría y del ministro Fayt.

¹⁰⁹⁰ Cfr. casos analizados en el epígrafe 3.3. del capítulo III.

sión del beneficio de la excarcelación, sino sólo un objetivo que podría ser calificado como sustancial para el Estado, cual es evitar que se frustre la acción de la justicia.

De la argumentación utilizada para fundar la inconstitucionalidad de la norma impugnada puede derivarse la aplicación de un escrutinio extraordinario, compuesto por la aplicación de los subprincipios de adecuación y de proporcionalidad *stricto sensu*. Este último, por cuanto la finalidad que autoriza a distinguir entre beneficiarios y no beneficiarios de la excarcelación es sólo una, de sustancial interés para el Estado, cuál es evitar que se frustre la acción de la justicia, pudiendo concluir que no cualquier objetivo justifica la restricción de la libertad ambulatoria con relación a quien se presume inocente. Determinado el único objetivo constitucionalmente válido de la prisión preventiva, se procede a la aplicación del subprincipio de adecuación, el que se verifica cuando la Corte afirmó que la denegación de la excarcelación para los autores de ciertos delitos no se dirigió a perseguir el fin propio de la prisión preventiva, sino que resultó ser un medio tendiente a agravar la pena con fines disuasivos e intimidatorios.

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se ha mostrado vacilante en cuanto a la intensidad del examen de razonabilidad de las clasificaciones relativas al ejercicio del derecho a la libertad física o ambulatoria. Así, en el caso “Pupelis”¹⁰⁹¹, la Corte Suprema, cambiando su jurisprudencia anterior sentada en “Martínez”¹⁰⁹², declaró la constitucionalidad del artículo 38 del decreto-ley 6582, ratificado por la ley 14.467, por el que se establecía que si el robo de un automotor se cometía con armas, se aplicaría reclusión o prisión de nueve a veinte años. En “Martínez”, los ministros Bacqué, Fayt y Pe-

¹⁰⁹¹ Fallos 314:424 (1991).

¹⁰⁹² Fallos 312:826 (1989).



tracchi habían considerado que dicha pena era desproporcionada y violatoria del principio de igualdad, sosteniendo que en casos donde a una clasificación ostensible e injustificadamente incompleta se agrega el estar seriamente afectado un derecho fundamental del individuo, la garantía de la igualdad debe ser interpretada con suma estrictez¹⁰⁹³. En “Pupelis”, el máximo tribunal —cabe aclarar con otra composición— se muestra flexible y menos estricto en el control de razonabilidad y resuelve en sentido contrario a “Martínez”, declarando que no se encontraba vulnerado ni el principio de igualdad, como así tampoco el de proporcionalidad de la pena.

¹⁰⁹³ Cfr. ídem, considerandos 9, 10 y 11 del voto mayoritario. La Corte entendió que se violaba el principio de igualdad por cuanto la agravación de la pena se circunscribió al caso de los automóviles, excluyéndose irrazonable y arbitrariamente a otros objetos de igual o mayor valor económico. Con respecto a este argumento, pareciera estar suficientemente rebatido en “Pupelis”, donde el tribunal, además de señalar que no es el valor económico lo que otorga mayor o menor valor a un bien jurídico, sino su capacidad para satisfacer necesidades humanas (cfr. considerando 9), se remitió al mensaje que acompañó el texto de la ley, refiriéndose al hecho de que mediante la elevación de la pena se tuvo en cuenta “... la movilidad propia de estos vehículos —que no tienen otros bienes muebles— y el elevado valor económico que representaban —generalmente superior al de aquellos—, buscándose revertir el incremento en las sustracciones de automotores observado, que encontraba su causa principal en la facilidad que se ofrecía a los delincuentes para su comercialización, tanto como en la desprotección en la que comúnmente se hallan por la necesidad de ser dejados en la vía pública...” (considerando 3º del voto de la mayoría). Lo que no parece haber sido rebatido en “Pupelis”, es que la norma cuestionada establece una pena mínima que llega a ser más grave que la pena mínima prevista para el delito de homicidio simple. Este argumento, si bien referido a la desproporcionalidad de la pena, supuso también un juicio de igualdad, pues se valió de un término de comparación con relación al cual se consideró la desproporcionalidad, comparándose la pena impuesta para el robo de automotores con armas con la establecida para el delito de homicidio simple. En esta comparación, podría verse la aplicación de un criterio de justicia distributiva, la que exige distribuir las cargas o penas conforme al mérito de cada uno de los integrantes del cuerpo social.

En el precedente “Arana”¹⁰⁹⁴, a diferencia del caso “Nápolis”, la Corte Suprema, si bien a mi entender resuelve correctamente que el artículo 10 de la Ley 24.390 resultaba compatible con el principio de igualdad, omite analizar en profundidad la razonabilidad de la distinción establecida en dicha norma legal. El citado artículo establecía el beneficio de la libertad condicional para los procesados que habiendo cumplido un plazo de dos años —con una prórroga de un año y otra de seis meses— en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva, excluyendo de dicho beneficio a los imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes especificadas en el artículo 11 de la misma ley. Por el artículo 7 se reprime la acción del que organice y financie cualquiera de las actividades vinculadas con el tráfico de drogas y el artículo 11 agrava las penas cuando los hechos se comentan por tres o más personas organizadas para perpetrarlos.

En “Arana”, el máximo tribunal centró su argumentación en demostrar la compatibilidad del artículo 10 de la Ley 24.390 con el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que establece que toda persona debe ser juzgada o puesta en libertad dentro de un plazo razonable. No obstante ello, omitió efectuar un análisis intensivo de la razonabilidad de la selección establecida en el artículo 10 de la ley 24.390 y en el entonces vigente artículo 380 del Código Procesal Penal de la Nación, en el que también fundamentó la denegación de la libertad condicional.

Comentando el caso “Arana”, se ha afirmado que “... las garantías de la libertad, de la presunción de inocencia y de la igualdad requieren de una mayor elaboración de la pauta diferenciadora y un estricto control del criterio de ponderación de cómo, de qué modo y

¹⁰⁹⁴ Fallos 318:1877 (1995).

con qué extensión afecta al interés público —concreto y específico— la excarcelación de un imputado por delito grave”¹⁰⁹⁵.

Un análisis intensivo de la razonabilidad de la selección, exigiría “... examinar el fin de la ley en relación con el criterio de selección de las categorías, evaluando si no hay otros medios adecuados para cumplir el fin de la norma que no implique negar a unos lo que se acuerda a otros y, luego, ponderar hacia adentro de la categoría para determinar si la restricción al derecho es proporcional al interés estatal tutelado”¹⁰⁹⁶.

Puede verse entonces que en los casos “Arana” y “Pupelis” la Corte Suprema no aplicó un examen estricto de razonabilidad de las diferenciaciones normativas vinculadas al ejercicio de la libertad física y ambulatoria, omitiendo valorar la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las clasificaciones cuestionadas, mientras que en “Martínez” y “Nápolis” juzgó con mayor severidad las distinciones impugnadas, sometiéndolas a lo que he denominado un escrutinio extraordinario, el que supone no sólo ponderar la idoneidad de la medida, sino también su proporcionalidad en sentido estricto, y en algunos supuestos también su necesidad o indispensabilidad.

2.2.6. *Derecho a contraer matrimonio*

a) *El caso “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo”*¹⁰⁹⁷.

a1) Los hechos

¹⁰⁹⁵ GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 201.

¹⁰⁹⁶ Ídem, p. 202.

¹⁰⁹⁷ Fallos 319:1165, (1996).

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba declaró la invalidez del decreto 3323/84 del Poder Ejecutivo Nacional, por el que se dispuso la destitución de Mario Carlos Gabrielli como capitán del Ejército, en razón de haber tenido como causa una aplicación inconstitucional de los artículos 681 del Código de Justicia Militar y 348 del Reglamento para la Justicia Militar, con fundamento en los cuales se sancionó con la destitución al actor por haber contraído matrimonio sin solicitar la correspondiente autorización. Cabe aclarar, que el dictado de dicha sentencia, fue consecuencia de un anterior pronunciamiento del máximo tribunal de la Nación, en el que se había resuelto devolver los autos a la Cámara para que dicte una nueva, pronunciándose sobre el planteo de inconstitucionalidad formulado por el capitán Gabrielli, acerca del cual la Cámara se había abstenido de resolver, remitiendo la consideración de la cuestión federal involucrada a la Corte Suprema de Justicia. En dicha oportunidad, la Corte precisó que atento al sistema de control de constitucionalidad difuso, todos los magistrados argentinos —nacionales o provinciales— se encuentran obligados a velar por el debido acatamiento de la Constitución Nacional, cualquiera sea el fuero o la instancia en que ellos actúen; por tal razón, dispuso devolver los autos al tribunal de origen a fin de que dicte nueva sentencia con arreglo a lo expuesto¹⁰⁹⁸.

Contra la sentencia de segunda instancia, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario, solicitando se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido, alegando, entre otras razones, que “... la declaración de inconstitucionalidad es infundada pues las normas que se han aplicado al *sub lite* imponen una restricción indispensable para preservar los fines específicos de la institución militar”¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ Cfr. Fallos 315:2708, (1992).

¹⁰⁹⁹ Fallos 319:1165, (1996), considerando 2.

La Corte Suprema de Justicia argentina, integrada en el presente caso con cuatro conjuces, hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Cámara rechazando la demanda interpuesta por Gabrielli.

a2) Los fundamentos principales

El máximo tribunal comenzó reconociendo que el derecho a casarse goza de protección constitucional, remitiéndose a los artículos 19, 20 y 33 de la Constitución Nacional, así como al artículo 75, inciso 22, por el que se otorga jerarquía constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales que también reconocen el derecho a contraer matrimonio con sujeción a las condiciones requeridas en las leyes internas, aclarando esta última que dichas condiciones no pueden afectar el principio de no discriminación establecido en la Convención (cfr. art. 17.2.)¹¹⁰⁰.

Asimismo, la Corte reiteró su doctrina conforme a la cual “... los derechos consagrados en la Constitución Nacional no son absolutos sino susceptibles de razonable reglamentación (Fallos 296:372; 300:67; 312:318) (...). No toda diferencia de trato implica discriminación pues nada impide un trato diferente cuando las circunstancias son distintas, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio (Fallos 312:840, entre otros)”¹¹⁰¹. Seguidamente, consideró que no existía arbitrariedad en razón de la finalidad perseguida, pues “... la obligación que impone el derecho militar —exceptuando a los soldados— de solicitar autorización para contraer matrimonio

¹¹⁰⁰ Ídem, considerando 5.

¹¹⁰¹ Ídem, considerando 6.

—pedido que se halla regulado en el Reglamento Servicio Interno RV 200 10, Sección III, n° 12019 a n° 12023 y cuyo incumplimiento está sancionado en los artículos 681 del Código de Justicia Militar y 340 del Reglamento para la Justicia Militar— constituye una limitación específica para personas integrantes de una institución como el Ejército Argentino, cuyos objetivos de defensa y de seguridad son constitutivos del Estado Nacional, como se expresa en el Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto señala entre sus finalidades la de proveer a la defensa común”¹¹⁰².

El máximo tribunal agregó “que esas restricciones en el ejercicio de los derechos personalísimos, hallan su justificativo en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas, y son admisibles constitucionalmente por cuanto no impiden al integrante de las fuerzas armadas el contraer matrimonio o elegir libremente a su cónyuge, sino que imponen la obligación de requerir autorización previa a sus superiores...”¹¹⁰³.

La Corte también sostuvo “que el ingreso del actor en las fuerzas armadas comportó la voluntaria sujeción al régimen jurídico propio del estado castrense...”¹¹⁰⁴, y “que el derecho de las fuerzas armadas a no autorizar la celebración del matrimonio no ha sido reglado en leyes o reglamentaciones, lo cual permite inferir que es acentuado el grado de discrecionalidad que el legislador ha dado a la institución en la estimación subjetiva pero legal, jamás extralegal de los antecedentes y condiciones del candidato a ingresar en la familia militar. El ejercicio de tal derecho no es absoluto sino funcional, es

¹¹⁰² Ídem, considerando 8.

¹¹⁰³ Ídem, considerando 9.

¹¹⁰⁴ Ídem, considerando 10.

decir, orientado a la protección del bien jurídico que legitima la existencia de la restricción a la libertad de casarse”¹¹⁰⁵.

El máximo tribunal concluyó afirmando que “... el actor ha orientado sus impugnaciones a cuestionar la constitucionalidad de las normas del Código de Justicia Militar y del Reglamento para la Justicia Militar (...), en tanto hubiera debido destruir la razonabilidad de la sanción...”¹¹⁰⁶, considerando que el “... sumario militar que tiene por configurada la infracción militar de desobediencia, resulta compatible con las garantías constitucionales, sin que se haya demostrado la arbitrariedad de la sanción”¹¹⁰⁷.

Los jueces López y Moliné O’Connor votaron en disidencia parcial, revocando el pronunciamiento de la Cámara en cuanto declaró la inconstitucionalidad de los artículos 681 del Código de Justicia Militar y 340 del Reglamento para la Justicia Militar y confirmando en tanto declaró la invalidez del decreto 3323/84, del Poder Ejecutivo Nacional, por falta de alegación y prueba de circunstancias vinculadas con la seguridad y defensa de la Nación, como así también por la falta de entidad del informe que constituyó el único fundamento de la desaprobación del matrimonio por parte del Ejército, entre otras razones¹¹⁰⁸.

Los conjuces Mansur y Chausovsky votaron en disidencia, confirmando en su totalidad el fallo de la Cámara por considerar inválido el decreto recurrido al tener como causa una aplicación inconstitucional de los artículos 681 del Código de Justicia Militar y 340 del Reglamento para la Justicia Militar.

¹¹⁰⁵ Ídem, considerando 11.

¹¹⁰⁶ Ídem, considerando 13.

¹¹⁰⁷ Ídem, considerando 14.

¹¹⁰⁸ Ídem, considerandos 12 y 16.

a3) Análisis del fallo

Tanto los votos de la mayoría como los votos en disidencia de los conjuces coinciden en reconocer jerarquía constitucional al derecho de contraer matrimonio, pero aclarando que no reviste el carácter de absoluto y su ejercicio no se encuentra exento de reglamentaciones; por ello, no toda diferencia de trato implica discriminación, siempre que el distingo no sea arbitrario o persecutorio¹¹⁰⁹. De este modo, el máximo tribunal señaló los límites del principio de no discriminación a que refiere el artículo 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando reconoce “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”. Asimismo, la mayoría y la disidencia, coinciden en sostener que la razón que justifica la exigencia de solicitar autorización para contraer matrimonio por parte de los militares –a excepción de los soldados– radica en los objetivos de defensa y seguridad que persigue el Ejército Argentino, objetivos que califican como constitutivos del Estado Nacional y que disipan toda sospecha de arbitrariedad o ánimo persecutorio¹¹¹⁰.

Una vez más, a los fines de juzgar sobre la constitucionalidad de la distinción impugnada, la Corte ha aplicado el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, pues resulta evidente que el objetivo vinculado a la defensa y seguridad del Estado, perseguido mediante la exigencia impuesta a los militares de obtener previa autorización

¹¹⁰⁹ Cfr. ídem, considerandos 5 y 6 del voto de la mayoría; 5 y 6 del voto del conjuce Mansur y 5 del voto del conjuce Chausovsky.

¹¹¹⁰ Cfr. ídem, considerandos 8 del voto de la mayoría; 8 del voto del conjuce Mansur y 6 del voto del conjuce Chausovsky

para contraer matrimonio, no cabe ser calificado como meramente legítimo, sino, al decir de la Corte, constitutivo del Estado Nacional.

Pero adviértase, que el máximo tribunal parece no conformarse con justificar la restricción a la libertad de contraer matrimonio por parte de los militares en el carácter sustancial de la finalidad perseguida, sino que también aclara que tales restricciones “... son admisibles constitucionalmente por cuanto no impiden al integrante de las fuerzas armadas el contraer matrimonio o elegir libremente a su cónyuge, sino que imponen la obligación de requerir autorización...”¹¹¹¹. En razón de ello cabría concluir que resultaría contraria a los principios de igualdad y razonabilidad, la norma jurídica que no solo se limitara a exigir la autorización para contraer matrimonio por parte de los militares, sino que también les impusiera el requisito de dicha autorización como condición para contraerlo válidamente, es decir, estableciera una prohibición absoluta.

En este sentido, los ministros López y Moliné O´Connor, coincidiendo con el voto mayoritario en la constitucionalidad de los artículos 681 del Código de Justicia Militar y el artículo 348 del Reglamento para la Justicia Militar, afirman en su voto que el régimen impugnado por el actor “... no restringe el ámbito de decisión personal en la celebración del matrimonio ni en la elección de la persona. No se configura, por ello, el agravio constitucional que invoca el actor, en la medida en que la denegación de la autorización no traduce prohibición de contraer enlace con la persona elegida, como lo comprueba el hecho de que él mismo haya celebrado su matrimonio a pesar de no contar con dicha autorización”¹¹¹².

No responde a la realidad afirmar que la norma jurídica que exige la autorización no restringe el ámbito de decisión personal en

¹¹¹¹ Ídem, considerando 9.

¹¹¹² Ídem, considerando 10 del voto de los jueces López y Moliné O´Connor.

la celebración del matrimonio, pues resulta evidente que la sanción de destitución o suspensión constituye un condicionamiento de la voluntad del contrayente, pues en el caso de la primera supone la pérdida de su trabajo y de la posibilidad de desarrollar su vocación profesional. En este punto, el argumento de los jueces López y Moliné O'Connor es incorrecto, pues no cabe duda de que la restricción existe, aunque la misma pueda estar justificada en la necesidad de preservar la defensa y seguridad del Estado y no altere el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, en cuanto no resulta ser una prohibición absoluta, sino en todo caso, un condicionamiento.

Tal como se explicitó, dichos jueces, si bien se pronunciaron por la constitucionalidad de las normas impugnadas, disintieron en cuanto consideraron arbitraria la sanción impuesta por la autoridad militar, en tanto no se probaron circunstancias vinculadas a la seguridad y defensa de la Nación que justificaran la denegación de la autorización para contraer matrimonio¹¹¹³. En este sentido, relativo a la inexistencia de pruebas y razones suficientes por parte de la autoridad militar, coincidieron también los votos de los conjuces Mansur y Chausovsky, quienes confirmaron en su totalidad el fallo de la Cámara. De los votos minoritarios cabría derivar, que ante la negativa de la autorización para ejercer el derecho de contraer matrimonio, es a la autoridad militar a quien corresponde probar la existencia de los hechos que la justifican, produciéndose en tal caso no solo una inversión de la carga de la argumentación, sino también de la prueba, pues no basta invocar razones vinculadas a la seguridad y defensa del Estado, es necesario acreditar su existencia.

Tratándose del ejercicio de un derecho personalísimo, como es el de contraer matrimonio, y más allá de que los militares se encuentren subordinados voluntariamente a un régimen jurídico particular,

¹¹¹³ Cfr. ídem, considerando 12.

en el que la disciplina y la obediencia constituyen sus pilares a los fines de salvaguardar la defensa y seguridad del Estado —lo que justifica un tratamiento desigual con relación a tal derecho— parece un criterio adecuado hacer recaer sobre la autoridad que deniega la autorización la carga de probar y fundamentar de modo suficiente las razones que avalan la negativa de la autorización para contraer matrimonio, no bastando alusiones genéricas de hecho y carentes de sustento fáctico o fundadas en la pura subjetividad, pues, si bien la facultad otorgada por el orden jurídico es discrecional y no reglada, ello no convalida un ejercicio arbitrario y carente de razonabilidad.

3. UNA REFORMULACIÓN DEL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL ORIGEN NACIONAL Y DE LA NACIONALIDAD: HACIA UN ESCRUTINIO ESTRICTO

A partir de los precedentes “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”¹¹¹⁴, y “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”¹¹¹⁵, que seguidamente se analizarán, puede verse en la argumentación utilizada por la Corte Suprema para juzgar la violación del principio de igualdad una nueva formulación del juicio de razonabilidad constitucional de las distinciones por razón del origen nacional y de la nacionalidad, el que se asemeja al escrutinio estricto aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos donde las normas clasifican entre personas o grupos de personas con respecto al ejercicio de derechos

¹¹¹⁴ Fallos 327:5118 (2004).

¹¹¹⁵ Fallos 329:2986 (2006).

fundamentales o bien discriminan sobre la base de la raza, el origen nacional o, a excepción de determinados supuestos, la condición de extranjero¹¹¹⁶.

La mayor rigurosidad con que el máximo tribunal de la Nación juzgó las normas que discriminaban por razón de la nacionalidad,

¹¹¹⁶ Tal como se expuso en el epígrafe 4.2. del capítulo II, en la jurisprudencia de la Corte estadounidense la condición de extranjero no es tratada como un criterio sospechoso y sujeto a un escrutinio judicial estricto en dos supuestos: a) cuando se juzgan las clasificaciones efectuadas por normas de derecho federal, por cuanto se considera que el gobierno federal puede usar una clasificación basada en la ciudadanía cuanto más esté razonablemente relacionada con un interés federal o de política exterior, lo que incluye la manera en que los ciudadanos estadounidenses "... podrían ser tratados en otros países, el poder de negociación con otros gobiernos, la seguridad nacional, o simplemente la imagen con que la nación desea presentarse al mundo" (NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D. *Constitutional law...*, ob. cit., pp. 792-793); y b) cuando se juzga la validez de clasificaciones normativas que excluyen a los extranjeros y encomiendan sólo a los ciudadanos, importantes cargos electivos y no electivos relacionados con el proceso de autogobierno democrático (cfr. "Bernal v. Fainter", 467 U.S. 216, 220-221, 1984). Ello significa que, una clasificación sobre la base de la extranjería creada por una ley estatal que se relaciona con la distribución de poder o cargos en los procesos políticos, será confirmada bajo el tradicional test de las bases racionales, en razón de que el estado tiene claramente un legítimo interés en reservar posiciones en el proceso de autogobierno para los ciudadanos estadounidenses (cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D. *Constitutional law...*, ob. cit., p. 792). Conforme a la jurisprudencia de la Corte estadounidense el criterio para la consideración de que un cargo no electivo se relaciona con el proceso de autogobierno es excesivamente amplio. Así, en el caso "Ambach v. Norwick" (441 U.S. 68, 1979), analizado en el epígrafe 4.2. del capítulo II, por voto mayoritario, declaró conforme a la décimo cuarta enmienda una ley de Nueva York que impedía a los extranjeros desempeñarse como maestros de escuelas públicas, fundamentando su decisión en el hecho de que la escuela pública tiene por misión inculcar los valores fundamentales necesarios para el mantenimiento de un sistema político democrático, desempeñando los maestros un rol crítico en el desarrollo de actitudes de los estudiantes que promuevan las virtudes cívicas y la comprensión de su rol de ciudadanos en la sociedad.

marca una impronta en la jurisprudencia argentina que la diferencia de la de otros tribunales, como la de la Corte Suprema estadounidense y la del Tribunal Constitucional español, los que, especialmente este último, han demostrado una mayor deferencia y tolerancia hacia las normas que clasifican en base a la nacionalidad de las personas¹¹¹⁷. Indudablemente, la severidad de la Corte argentina pa-

¹¹¹⁷ En la jurisprudencia de la Corte estadounidense, tal como se expuso, no siempre la condición de extranjero constituye un criterio sospechoso que de lugar a la aplicación del escrutinio estricto. En la Constitución española, el artículo 14 proclama el principio de igualdad refiriéndose únicamente a los españoles, no existiendo prescripción alguna que extienda la igualdad ante la ley a los extranjeros. No obstante ello, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que "... existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (STC 107/1984); así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1. de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español" (STC 99/1985, f. 286). Estos son, derechos tales como la vida, la integridad física y moral, la intimidad, la libertad ideológica, etc., los que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual en relación a los españoles. Además de estos derechos, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de aquellos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el art. 13.2. y con la salvedad que contienen) y los que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (cfr. STC, 107/1983, f. 1152). Así, el artículo 23.2 de la Constitución española, establece el derecho de los ciudadanos (españoles) a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes. No reconoce idéntico derecho a los extranjeros, como sí lo hace el artículo 16 de la Constitución argentina. No obstante ello, a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y de la sanción de la Ley 17/1993, se ha reconocido el derecho de nacionales de los demás Estados de la Unión Europea de acceder a empleos públicos en condiciones de igualdad y siempre que no impliquen el ejercicio de potestades públicas o responsabilidades en la salvaguarda de los intereses del Estado (cfr. SÁNCHEZ MORÓN,

ra juzgar la constitucionalidad de tales clasificaciones obedece a disposiciones expresas de la Constitución Nacional, la que en su artículo 20 consagra expresamente que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; en su artículo 14 reconoce determinados derechos a todos los habitantes de la Nación, sin diferenciar entre argentinos y extranjeros y en el artículo 16 proclama la igualdad de todos los habitantes ante la ley¹¹¹⁸. También los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 23 y 25 respectivamente, se refieren a la igualdad de todos los ciudadanos para acceder a las funciones públicas de su país, sin distinguir el origen de la ciudadanía, o sea, si fue adquirida por nacimiento, opción o naturalización.

Tal como se desarrollará, la Corte Suprema ha intensificado el juicio de razonabilidad en comparación con los aplicados en “Radulescu”¹¹¹⁹, “Repetto”¹¹²⁰, y “Calvo y Pessini”¹¹²¹, valorando la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las normas

M., “Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad...*, ob. cit., p. 149).

¹¹¹⁸ La generosidad de la Constitución argentina para con los extranjeros puede explicarse en la intención de los constituyentes de fomentar la inmigración, objetivo que se revela claramente en las disposiciones del Preámbulo y en los artículos 20 y 25 del texto constitucional. En efecto, “el artículo 20, inspirado en el proyecto de Alberdi, tenía como objetivo desarrollar políticas inmigratorias para poblar, estimular el comercio y la industria, acabar con el desierto y engrandecer, de ese modo, el país” (GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 285).

¹¹¹⁹ Fallos 290:83 (1974).

¹¹²⁰ Fallos 311:2272 (1988).

¹¹²¹ Fallos 321:194 (1998).

que diferenciaban entre argentinos nativos o por opción y naturalizados y entre argentinos y extranjeros. Asimismo, al referirse al juicio de adecuación, la Corte no se restringió a un control de evidencia, o sea, no se conformó con determinar una genérica relación de idoneidad entre medios y fines, sino que exigió que los discriminación cuestionada promoviera efectivamente los fines perseguidos.

a) *El caso “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”*¹¹²²

a1) Los hechos

El Sr. Pedro Cornelio Federico Hooft promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a los fines de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de dicha Provincia, en cuanto al establecer como requisito para acceder al cargo de juez de Cámara ser argentino nativo o por opción, excluyendo de tal modo a los argentinos naturalizados, violaba los principios de igualdad y de no discriminación, consagrados en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales a que refiere el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna.

El Sr. Hooft nació en Holanda el 25 de abril de 1942, ingresó al país en 1948 y obtuvo la nacionalidad argentina en 1965. Asimismo, cursó sus estudios primarios, secundarios y universitarios en la Argentina, habiendo ingresado en 1966, como Secretario de primera instancia, al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, para luego llegar a ser juez en lo penal.

Conforme a lo expresado en el dictamen del Procurador General de la Corte, la Provincia de Buenos Aires alegó en su defensa que el artículo 177 de su Constitución no era contrario a la Ley Funda-

¹¹²² Fallos 327:5118 (2004).

mental, "... pues la designación de los jueces constituye un acto delicado y complejo, que torna razonable la exigencia de que los integrantes de las Cámaras de Apelaciones sean ciudadanos nativos. Señaló que lo atinente a la ciudadanía de los jueces provinciales pertenece al ámbito de los poderes y facultades no delegados por las provincias a la Nación (arts. 121, 122, 123 de la Constitución Nacional) y que la participación del gobierno federal en esa materia se halla expresamente excluida en virtud del art. 122".

a2) Los fundamentos principales

El voto de la mayoría se remitió al dictamen del Procurador General, además de agregar otros argumentos en sustento de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 177 de la Provincia de Buenos Aires.

En el dictamen referido, el Procurador afirmó acertadamente que la inconstitucionalidad planteada no debía ser examinada a la luz del artículo 20 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe que los extranjeros gozan de los derechos civiles del ciudadano, sino del artículo 16 de la Carta Magna, en tanto establece que "todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad".

El Procurador señaló que "... en la Constitución Nacional, la exigencia de ser argentino nativo o ser hijo de ciudadano nativo, en el caso de haber nacido en el país extranjero, sólo aparece para el supuesto del presidente y del vicepresidente (art. 89), más dicha exigencia no es requerida para los legisladores (arts. 48 y 55), ni aún para los jueces de la Corte Suprema (art. 111). Tampoco para los jueces nacionales, que podrán ser nombrados sin más requisito que la idoneidad (art. 99, inciso 4)".

El máximo tribunal citó en primer lugar los artículos 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos equiparados je-

rárquicamente a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22), los que establecen que: “todos los ciudadanos” deben gozar (o gozarán) “de los siguientes derechos y oportunidades: ... c) (de) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Así también, sostuvo que “... ante preceptos tan explícitos, una norma como el artículo 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”¹¹²³.

Seguidamente, agregó que la exclusión de la posibilidad de ser camarista por el origen nacional “... encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (artículo 1.1. del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, “el origen nacional”), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba”¹¹²⁴.

¹¹²³ Ídem, considerando 2.

¹¹²⁴ Ídem, considerando 4. El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece que los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos y libertades allí reconocidos, 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. Igualmente, la

Asimismo, con relación a quién ha de demostrar la razonabilidad de la discriminación cuestionada, consideró aplicable la doctrina sentada en el caso “Calvo y Pessini”¹¹²⁵, donde se exigió a la Provincia demandada acreditar la existencia de una justificación suficiente para la prohibición de integrar la planta de hospitales a los extranjeros, extremo que no fue satisfecho.

Finalmente, el tribunal sostuvo que la presunción de inconstitucionalidad referida sólo podía ser desvirtuada por la provincia de Buenos Aires “... con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto”¹¹²⁶. Los fines, debían ser sustanciales y no meramente convenientes. En cuanto a los medios, afirmó que resultaba “... insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas

Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2, prescribe que toda persona tiene los derechos y libertades allí proclamados, 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. Adviértase, que la prohibición de discriminación con sustento en tales criterios se refiere únicamente a los derechos reconocidos en la Convención y en la Declaración. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una disposición similar a las anteriores, pero además, en su artículo 26 consagra el principio de igualdad ante la ley, agregando que la ley prohibirá toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De tal modo, prohíbe toda discriminación basada en los criterios referidos, sin limitarse al ejercicio de los derechos allí reconocidos.

¹¹²⁵ Fallos 321:194 (1998).

¹¹²⁶ Fallos 327:5118 (2004), considerando 6.

menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”¹¹²⁷.

A tenor de lo expuesto, la Corte concluyó en que la demandada no había logrado justificar la distinción normativa impugnada¹¹²⁸, limitándose a una dogmática afirmación de su postura. Por tanto, resolvió declarar inconstitucional al artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

a3) Análisis del fallo

El caso “Hooft” tiene como antecedente directo al precedente “Radulescu, Alejandro Constantino c/Gobierno Nacional s/contencioso administrativo”¹¹²⁹ —analizado en el epígrafe 2.2.1., a)—, en el que la Corte convalidó la constitucionalidad de los artículos 2 y 32, inciso a) del Reglamento de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos, Pasos y Canales de la República Argentina (decreto 8823/69), los que establecían la condición de ser argentino nativo o por opción para ser práctico marítimo, excluyendo a los argentinos naturalizados. En dicha oportunidad, el tribunal invocó como justificación de la diferenciación cuestionada la existencia de un interés estatal sustancial, pues sostuvo que el ejercicio de la función de práctico marítimo se vinculaba con la soberanía y seguridad de la República, aunque reconoció que dicho fundamento resultaba opinable¹¹³⁰.

En “Hooft”, el tribunal no se limitó a exigir la existencia de un interés estatal sustancial —como podría ser el vinculado con la sobe-

¹¹²⁷ *Ibidem*.

¹¹²⁸ *Ídem*, considerando 7.

¹¹²⁹ Fallos 290:83 (1974).

¹¹³⁰ *Cfr. ídem*, considerando 7.

ranía y seguridad de la República— a los fines de justificar la restricción impuesta sobre los argentinos naturalizados, sino que además requirió que la clasificación impugnada —el medio— promoviera efectivamente dicho interés, afirmando que resultaba insuficiente una genérica adecuación a los fines. En otros términos, a partir del caso “Hoof”, en materia de discriminación por razón del origen nacional no basta para sortear el test de razonabilidad que exista cierta relación de adecuación entre medios y fines, pues dicha relación ha de estar estrictamente adaptada o dirigida a la realización de objetivos estatales sustanciales. Ello, supuso una intensificación del juicio de adecuación —en cuanto integrante del principio de razonabilidad o proporcionalidad—, otorgando a los jueces la posibilidad de emitir juicios técnicos que evalúen “... los impactos sociales de la medida cuestionada para juzgar si ha alcanzado o no la finalidad que el legislador se proponía con su dictado”¹¹³¹.

Cabe destacar también, que la Corte no se conformó con requerir la existencia de una efectiva adecuación entre la clasificación impugnada y los objetivos estatales sustanciales invocados, sino que adicionó un requisito más: que no existan otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada. Esto último, se traduce en el denominado “juicio de necesidad o indispensabilidad”, el que, conjuntamente con los juicios de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto han sido señalados como partes o elementos integrantes del principio de razonabilidad¹¹³².

Conforme a lo expuesto, puede concluirse que el caso “Hoof” implicó una intensificación del juicio de razonabilidad de las discriminaciones por razón del origen nacional, pues si bien en “Radu-

¹¹³¹ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., p. 75.

¹¹³² Cfr. epígrafe 5.2. del capítulo I.

lescu” la Corte valoró la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, al tener en cuenta que la distinción impugnada se justificaba por tratarse del ejercicio de funciones en las que está comprometida la soberanía y seguridad de la República, admitió que el fundamento de la diferenciación resultaba opinable, eludiendo de tal modo efectuar un juicio técnico de adecuación entre medios y fines, así como el juicio de necesidad, ambos requeridos para las discriminaciones por razón del origen nacional a partir de “Hooff”.

Por otra parte, en la sentencia bajo análisis, el máximo tribunal de la República hace suya la doctrina conforme a la cual la adopción de uno de los criterios expresamente prohibidos por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (citando expresamente los artículos 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción de inconstitucionalidad, la que debe ser desvirtuada por la parte que defiende la constitucionalidad de la legislación, lo que implica un desplazamiento de la carga de la prueba y también de la argumentación. Mediante la remisión a los mencionados Tratados Internacionales de Derechos Humanos se amplía el catálogo de criterios cuya utilización por la legislación conlleva una presunción de inconstitucionalidad, aunque no cabe derivar de ello que las clasificaciones basadas en tales motivos sean sometidas a un examen de razonabilidad intensivo, por cuanto la Corte Suprema no efectúa ninguna afirmación en tal sentido, limitándose a señalar los juicios que deben sortear las distinciones por razón del origen nacional.

El tribunal citó como precedente el caso “Calvo y Pessini”¹¹³³, el que, no obstante estar referido a las discriminaciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto al criterio relativo a la carga de la justifi-

¹¹³³ Fallos 321:194 (1998). Cfr. epígrafe 2.2.1., c) del presente capítulo.

cación fue aplicado *mutatis mutandi* al caso “Hooft”. La inversión de la carga de la justificación, aunque para las diferenciaciones basadas en la condición de extranjero, ya había sido establecida por el tribunal, antes de “Calvo y Pessini” en el precedente “Repetto”¹¹³⁴.

A partir de “Repetto”, el que resultó confirmado mediante “Calvo y Pessini”, pudo concluirse que en materia de discriminación entre nacionales y extranjeros la carga de la argumentación recae sobre el creador de la norma jurídica impugnada. Luego del caso “Hooft”, igual regla resulta aplicable para las diferenciaciones entre ciudadanos argentinos en razón de su origen nacional.

b) *El caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”*¹¹³⁵

b1) Los hechos

Evelyn Patricia Gottschau, de nacionalidad alemana, interpuso una acción de amparo contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Poder Judicial — Consejo de la Magistratura), con el objeto de que se revocara la resolución 214/99, del plenario del mencionado Consejo, que había desestimado la impugnación que Gottschau formuló contra el acta 24/99, que le había denegado la solicitud de admisión al concurso para la selección de Secretarios de primera instancia, con fundamento en el artículo 10.1.4. del Reglamento de concursos, que establecía el requisito de la nacionalidad argentina.

Cabe señalar, que la actora estuvo radicada en forma permanente en la República Argentina desde el año 1983, habiendo cursado sus estudios secundarios y universitarios en dicho estado, donde ob-

¹¹³⁴ Fallos 311:2272 (1988). Cfr. epígrafe 2.2.1. b) del presente capítulo.

¹¹³⁵ Fallos 329:2986 (2006).

tuvo el título de abogada, expedido por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

La acción de amparo fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia, siendo confirmada su desestimación por el Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires. Contra dicho decisorio, Gottschau interpuso recurso extraordinario, el que le fue concedido, resolviendo la Corte Suprema declarar por unanimidad la inconstitucionalidad de la precitada norma reglamentaria por violación del artículo 16 de la Constitución argentina.

b2) Los fundamentos principales

La sentencia del máximo tribunal, tan sólo con respecto a los fundamentos, estuvo dividida en dos votos: por un lado, el de los jueces Petracchi, Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay; por el otro, el de la jueza Highton de Nolasco y el del juez Maqueda.

En el primero de los votos se consideró aplicable el escrutinio del caso “Hooft”, reiterando la doctrina conforme a la cual “... cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional como sucede en el sublite, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar”¹¹³⁶.

Seguidamente, se precisó que la presunción de inconstitucionalidad señalada sólo podría ser desvirtuada, mediante “... una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectiva-

¹¹³⁶ Ídem, primer voto, considerando 5.

mente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”¹¹³⁷.

El primer voto destacó que no basta con alegar que la exigencia de la nacionalidad argentina constituye un requisito razonable para desempeñarse como Secretario, ni que resultaba adecuado al fin perseguido por la ciudad de Buenos Aires; es necesario acreditar que existen fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado como es, por ejemplo, la jurisdicción¹¹³⁸. Teniendo en cuenta las funciones ejercidas por un Secretario, los jueces concluyeron que éstas no importaban el ejercicio de la jurisdicción en sentido estricto, y que si la comprometían era sólo en áreas muy secundarias, sujetas siempre al control de los jueces. Por dicha razón, excluyeron que la función de Secretario pueda poner en juego fines sustanciales del Estado¹¹³⁹.

Asimismo, refiriéndose al juicio de necesidad de la discriminación cuestionada, sostuvieron que “... se advierte claramente que la demandada pudo instrumentar exigencias relativas, no a la nacionalidad como hizo, sino a la extensión de la residencia en el país, o al lugar en el cual los estudios fueron efectuados, como modos de acre-

¹¹³⁷ *Ibidem*.

¹¹³⁸ Cfr. *ídem*, considerando 6.

¹¹³⁹ Cfr. *ídem*, considerando 8. Conforme al artículo 31 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las funciones de Secretario de primera instancia son: “1. Comunicar a las partes y a los terceros las decisiones judiciales, mediante la firma de oficios, mandamientos, cédulas y edictos (...) 2. Extender certificados, testimonios y copias de actas. 3. Firmar (...) las providencias de mero trámite (...) Devolver los escritos presentados fuera de plazo. 6. Dentro del plazo de tres días, las partes pueden requerir al juez/a que deje sin efecto lo dispuesto por el secretario/a (...) La resolución es inapelable”.

ditar el arraigo al que la norma impugnada parece apuntar. Como nada de este fue hecho, cabe concluir que tampoco se ha respetado la necesidad de elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante”¹¹⁴⁰.

Los jueces que suscribieron el segundo de los votos no coincidieron con la mayoría en la aplicación al sublite del estándar de revisión sentado en el precedente “Hooft”, por considerar que allí se encontraba en juego la constitucionalidad de la discriminación entre ciudadanos para acceder a un cargo, mientras que en el caso bajo análisis lo que se cuestionó fue la distinción entre nacionales y extranjeros¹¹⁴¹. En tal sentido, afirmaron que “... si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa “Hooft” (Fallos 327:5118), en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad. La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción, supere el test de constitucionalidad”¹¹⁴².

Con referencia a dicho test, señalaron que “... corresponde dirimir si la condición de argentino (...) supone un requisito de idoneidad en relación directa con las funciones del cargo al que se pretende acceder, con justificación suficiente entre el medio elegido, requisito de nacionalidad argentina, y el fin perseguido por la norma, que debe representar algún interés estatal razonable”¹¹⁴³.

¹¹⁴⁰ Fallos 329:2986 (2006), primer voto, considerando 9.

¹¹⁴¹ Cfr. ídem, segundo voto, considerando 5.

¹¹⁴² Ídem, considerando 6.

¹¹⁴³ *Ibidem*.

Finalmente, concluyeron en que la norma impugnada resultaba contraria al principio de igualdad, por cuanto, señalaron que “.. no es suficiente que la demandada alegue que la exigencia de la nacionalidad argentina para ejercer el cargo de secretario de primera instancia es razonable o aún conveniente para la ciudad de Buenos Aires y que, por esa única apreciación, resulta adecuada al fin perseguido y evidencia una justificación suficiente en el marco del art. 16 de la Constitución Nacional. Por el contrario, debió acreditar las razones por las cuáles era conveniente que el cargo en cuestión fuera desempeñado por argentinos”¹¹⁴⁴.

b3) Análisis del fallo

El precedente “Gottschau” implicó una intensificación del juicio de razonabilidad en materia de discriminación por razón de la nacionalidad, puesto que a diferencia de lo sostenido por la Corte Suprema en “Calvo y Pessini”, no bastó que los fines perseguidos por la ciudad de Buenos Aires se identificaran con un interés estatal razonable, sino que además debían resultar sustanciales. El requerimiento señalado se tradujo en una profundización del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que no cualquier objetivo constitucionalmente legítimo o conveniente constituirá una razón suficiente para justificar un tratamiento desigual entre argentinos y extranjeros en el acceso a cargos públicos. Será necesario invocar y acreditar la existencia de fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado, como puede ser la jurisdicción, según lo sostenido por el tribunal.

El caso bajo estudio también supuso una intensificación del juicio de razonabilidad de las distinciones entre nacionales y extranje-

¹¹⁴⁴ Ídem, considerando 8.

ros, en tanto incorporó al test de constitucionalidad el juicio de necesidad, el que no había sido requerido en “Repetto” ni en “Calvo y Pessini”, exigiendo al Estado demostrar que no existían otras medidas alternativas —al requisito de la nacionalidad argentina— por las que se pudiera alcanzar el objetivo perseguido.

Siguiendo el criterio sentado en los casos precitados, el tribunal impuso la carga de la justificación de la discriminación cuestionada sobre el Estado demandado, el que, por presumirse la inconstitucionalidad de las distinciones entre nacionales y extranjeros, tiene la carga de demostrar la superación de los tres juicios que integran el principio de razonabilidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto al segundo de los votos, si bien estimó procedente la aplicación de un escrutinio intenso de control, consideró inaplicable el test de constitucionalidad sentado en el caso “Hoofft”, remitiéndose al precedente “Calvo y Pessini”. Ello, en tanto exigió que el requisito de la nacionalidad argentina se justifique mediante la consecución de interés estatal razonable, sin requerir la existencia de un interés estatal sustancial.

Por otra parte, cabe observar en el segundo de los votos una contradicción, por cuanto por un lado sostuvieron que la reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, pero por el otro impusieron la carga de la argumentación sobre el Estado demandado, al sostener que debió acreditar las razones por las cuales era conveniente que el cargo de Secretario fuera desempeñado por argentinos. Ello, implicó una presunción de inconstitucionalidad de la diferenciación impugnada, pues recayó sobre el Estado que defendía la constitucionalidad de la norma la carga de justificar la razonabilidad de la clasificación.

Conforme a los argumentos expuestos en el segundo de los votos, los jueces Highton de Nolasco y Maqueda distinguen dos clases de escrutinios: uno intenso —en comparación con el que he deno-

minado escrutinio ordinario—, aplicable a las distinciones entre argentinos y extranjeros, por el que basta acreditar la concurrencia de un interés estatal razonable para justificar el trato desigual, y otro aún más severo, aplicable a las diferenciaciones entre ciudadanos argentinos (los nativos y por opción por un lado, los naturalizados por el otro), el que requiere la existencia de un interés estatal sustancial.

A partir del caso “Gottschau”, y según lo sostenido en el voto mayoritario, puede concluirse que el juicio de razonabilidad aplicado en el precedente “Hooft” para juzgar la constitucionalidad de las diferenciaciones entre argentinos por razón de su origen nacional, también resulta aplicable a las clasificaciones basadas en la condición de extranjero, requiriéndose la superación de los juicios de adecuación —el que a su vez es aplicado con mayor rigor que en el escrutinio ordinario—, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4. RECAPITULACIÓN

A lo largo de este capítulo se han analizado aquellos casos donde la Corte Suprema de Justicia argentina ha examinado con rigurosidad la razonabilidad de las distinciones normativas impugnadas como violatorias del principio de igualdad. En tales casos, se impartió un tratamiento desigual con relación al ejercicio de derechos fundamentales extrapatrimoniales —derechos a la libertad de expresión, a la libertad física o ambulatoria y a contraer matrimonio—. Asimismo, una profundización del juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas, pudo verse en supuestos donde las normas discriminaban con base en criterios tales como el origen nacional, la nacionalidad, el sexo y la edad. Con relación a este último supuesto, se analizó la sentencia dictada en el caso “Franco”, dejándose sentada la posición de que a tenor de precedentes del tribunal sobre la misma cuestión, en donde no aplicó un escrutinio extraordinario,



y atento a las deficiencias de fundamentación del pronunciamiento, no podía considerarse como un *leading case* en materia de discriminación por razón de edad. Al mismo tiempo, se advirtió que no resultaría conveniente calificar a la edad como un criterio sospechoso y aplicar un escrutinio extraordinario, pues en tales casos no concurren las razones que justifican su aplicación para discriminaciones por razón del origen nacional, la nacionalidad y el sexo. Pues en efecto, la edad no constituye un rasgo permanente de las personas —como el sexo o el origen nacional, por ejemplo—; no ha sido históricamente motivo de injustas discriminaciones y es utilizado de modo reiterado por el Estado para el reparto de los bienes y cargas sociales, en razón de que la edad se relaciona en numerosos casos con el fundamento y título de los derechos y deberes jurídicos¹¹⁴⁵.

El escrutinio extraordinario aplicado por el máximo tribunal en los precedentes referidos y analizados en el presente capítulo no presentó una estructura uniforme, sino cambiante, aunque coincidiendo en una mayor profundización del juicio de razonabilidad de las discriminaciones impugnadas, en comparación con el examen aplicado en el “escrutinio ordinario”. Esta profundización del examen de razonabilidad consistió:

¹¹⁴⁵ Así por ejemplo, la edad constituye un criterio para determinar el otorgamiento de las capacidades para trabajar y para contraer matrimonio (cfr. artículos 32 de la Ley de Contrato de Trabajo y 166, inciso 5 del Código Civil). Al mismo tiempo, el artículo 15 de la ley 24.193 (modificada por la ley 26.066) establece que para ser donante de órganos en vida se debe ser mayor de 18 años. Igualmente, el artículo 19 de la ley 24.241, que rige el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, establece una edad mínima para acceder al beneficio de la jubilación, cual es en el caso de los afiliados hombres, aquellos que hubieran cumplido 65 años de edad y las mujeres que hubieran cumplido 60 años de edad.

a) En los casos “Hoofft”¹¹⁴⁶ y “Gottschau”¹¹⁴⁷, últimos precedentes relativos a supuestos de discriminación por razón del origen nacional y la nacionalidad, en una intensificación del juicio de adecuación, requiriendo que la clasificación normativa impugnada —el medio— promoviera efectivamente la finalidad perseguida mediante su dictado, resultando insuficiente una genérica adecuación a los objetivos buscados. Ello implicó una evolución en la jurisprudencia del máximo tribunal, puesto que en casos anteriores esta relación de adecuación fue valorada con una manifiesta flexibilidad, sin exigir una relación sustancial o efectiva entre medios y fines, admitiendo que el fundamento de la clasificación resultara opinable¹¹⁴⁸.

b) En el juicio de necesidad, exigiendo la aplicación de la medida menos restrictiva e igualmente eficaz del derecho fundamental involucrado¹¹⁴⁹. Asimismo, los jueces que votaron en disidencia en el caso “Coronel José Luis García”¹¹⁵⁰, declararon la inconstitucionalidad del número 332, inc. 19 de la reglamentación de la justicia militar con fundamento en la excesiva amplitud de la norma impugnada, es decir, en su falta de necesidad, por existir otra alternativa menos restrictiva de la libertad de expresión¹¹⁵¹. Hasta el caso “Franco”, la Corte se había mostrado reticente para juzgar la razonabilidad de

¹¹⁴⁶ Fallos 327:5118 (2004).

¹¹⁴⁷ Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁴⁸ Esta deferencia en el juicio de adecuación puede verse claramente en “Radulescu” (Fallos 290:83); en “D. de P.V., A. c/O., C. H.” (Fallos 322:2701) y en “Coronel José Luis García” (Fallos 312:1082).

¹¹⁴⁹ Cfr. “Franco”, Fallos 325:2968 (2002); “Hoofft”, Fallos 327:5118 [2004] y “Gottschau”, Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁵⁰ Fallos 312:1082 (1989).

¹¹⁵¹ Cfr. epígrafe 2.2.4., a) del presente capítulo.

las clasificaciones con base en el subprincipio de necesidad¹¹⁵², prefiriendo limitarse a la aplicación de los subprincipios de adecuación, proporcionalidad en sentido estricto y alteración del contenido esencial del derecho fundamental en juego. A partir del precedente mencionado el tribunal se refirió expresamente al juicio de necesidad, requiriendo en los casos “Hoof” y “Gottschau” que este sea superado para convalidar las discriminaciones basadas en el origen nacional y en la nacionalidad, implicando dicha exigencia una reformulación del juicio de razonabilidad para tales supuestos de discriminación.

c) En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya aplicación se verificó al exigirse que la discriminación impugnada persiguiera determinada finalidad, pues no cualquier objetivo legítimo bastó para considerar proporcionada a la discriminación cuestionada. En ciertos casos, la Corte exigió la concurrencia de un alto valor social o de un interés superior¹¹⁵³, de un razonable¹¹⁵⁴, sustancial¹¹⁵⁵, urgente interés estatal¹¹⁵⁶, pero sin especificar en qué supuestos se estaba frente a un interés de este tipo, a excepción del caso “Gottschau”, donde sostuvo que el ejercicio de funciones básicas del Estado como la jurisdicción constituye un interés sustancial. En

¹¹⁵² En coincidencia con lo expuesto, se advirtió que la Corte Suprema argentina “ha sostenido en numerosas ocasiones que no se encuentra dentro de sus facultades la de analizar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador. Bajo este *standard* el tribunal se ha resistido a la valoración de la necesidad o indispensabilidad de la legislación” (CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 80-81).

¹¹⁵³ Cfr. “Asociación Mutual Carlos Mujica”, Fallos 326:3142 (2003).

¹¹⁵⁴ Cfr. “Calvo y Pessini”, Fallos 321:194 (1998).

¹¹⁵⁵ Cfr. “Hoof”, Fallos 327:5118 [2004] y “Gottschau”, Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁵⁶ Cfr. “Repetto”, Fallos 311:2272 (1988).

otros, el interés que el Estado pretendió salvaguardar consistió en la defensa y seguridad nacional¹¹⁵⁷, en el mantenimiento de la disciplina y buen funcionamiento del Ejército¹¹⁵⁸, en la necesidad de evitar que se frustrase la acción de la justicia¹¹⁵⁹, o en el ejercicio de la jurisdicción¹¹⁶⁰. Estos últimos objetivos podrían llegar a considerarse como vitales para el Estado, pues todos ellos se vinculan con funciones específicas e indelegables, concernientes al servicio de justicia, al mantenimiento del orden y de la paz social. Al requerirse la concurrencia de objetivos que hacen a la existencia misma del Estado, cabría concluir que para el máximo tribunal sólo tales beneficios pueden estimarse como proporcionados con el costo que implican las distinciones basadas en la nacionalidad o vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial.

d) En el juicio de alteración del contenido esencial, por el que el máximo tribunal se avocó a valorar si la distinción normativa cuestionada alteraba la sustancia del derecho constitucional con relación al cual se reclamaba igualdad de tratamiento, cuya aplicación resultó decisiva para juzgar la constitucionalidad de las normas impugnadas en los casos “Franco”¹¹⁶¹ y “Gabrielli”¹¹⁶², concluyéndose en el primero que el artículo 32, inciso 1 del decreto ley provincial 9020/78 que disponía como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, imponía en la práctica una incapacidad de trabajar, y en el segundo, que las normas del derecho militar que

¹¹⁵⁷ Cfr. “Radulescu”, Fallos 290:83 (1974) y “Gabrielli”, Fallos 319:1165 (1996).

¹¹⁵⁸ Cfr. “Coronel José Luis García”, Fallos 312:1082, (1989).

¹¹⁵⁹ “Nápoli”, Fallos 321:3630 (1998).

¹¹⁶⁰ Cfr. “Gottschau”, Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁶¹ Fallos 325:2968 (2002).

¹¹⁶² Fallos 319:1165 (1996).



exigen autorización para contraer matrimonio no impiden al integrante de las fuerzas armadas celebrar el matrimonio o elegir libremente su cónyuge, es decir, no establecen una prohibición absoluta ni la nulidad del matrimonio contraído sin autorización.

e) Finalmente, en diversos pronunciamientos la Corte Suprema argentina, en consonancia con las reglas del discurso práctico¹¹⁶³, impuso la carga de la justificación del tratamiento desigual sobre el defensor de la norma cuestionada, declarando la violación del principio de igualdad por cuanto el Estado no probó que mediante la distinción impugnada se alcanzara un objetivo de alto valor social¹¹⁶⁴, un interés estatal vital¹¹⁶⁵, urgente¹¹⁶⁶, sustancial¹¹⁶⁷, o razonable¹¹⁶⁸. En su última jurisprudencia, el tribunal además afirmó que las distinciones basadas en la nacionalidad y en el origen nacional se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad¹¹⁶⁹, agregando que la presencia de uno de los motivos prohibidos en los artículos 1.1. del Pacto de San José de Costa Rica y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba¹¹⁷⁰.

¹¹⁶³ Cfr. epígrafe 2.1. del presente capítulo.

¹¹⁶⁴ Cfr. “Asociación Mutual Carlos Mujica”, Fallos 326:3142 (2003).

¹¹⁶⁵ Cfr. “Repetto”, Fallos 311:2272, (1988), voto de los ministros Caballero y Belluscio.

¹¹⁶⁶ Cfr. *Idem*, voto de los ministros Petracchi y Bacqué.

¹¹⁶⁷ Cfr. “Hoof”, Fallos 327:5118 [2004] y “Gottschau”, Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁶⁸ Cfr. “Calvo y Pessini”, Fallos 321:196 (1998).

¹¹⁶⁹ Cfr. “Hoof”, Fallos 327:5118 [2004] y “Gottschau”, Fallos 329:2986 (2006).

¹¹⁷⁰ Cfr. “Hoof”, Fallos 327:5118 [2004].

A mi entender, resulta justificado que la Corte profundice el examen de razonabilidad de las discriminaciones normativas por razón del sexo, del origen nacional y de la nacionalidad, por cuanto tales criterios de diferenciación constituyen caracteres de las personas que sólo en unos pocos y determinados supuestos afectan el fundamento o la razón de ser del derecho con relación al cual se establece la distinción de trato, habiendo sido a lo largo de la historia motivo de injustas discriminaciones tanto fácticas como normativas. Sobre esta cuestión se volverá y profundizará en las Conclusiones.

Asimismo, la aplicación de un escrutinio extraordinario para el supuesto de distinciones normativas vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales de carácter extrapatrimonial, encontraría justificación en la jerarquía constitucional de los derechos afectados. En el caso de que los mismos revistan la condición de derechos humanos se agregaría una segunda justificación, concerniente a su calidad de universales e inviolables. Por su universalidad, los derechos humanos valen lo mismo y son igualmente debidos en todos los hombres¹¹⁷¹; por su inviolabilidad, no bastaría la invocación de un interés estatal insoslayable para convalidar una norma que establezca una distinción de trato, alterando el contenido esencial del derecho humano en juego. De tal modo, tal como se adelantó en los epígrafes 5.2.3. y 5.2.4. del capítulo I, se rechaza todo argumento consecuencialista o utilitarista que reduzca la razonabilidad de las distinciones vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales a la superación de los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, dejando de lado la exigencia de preservar el contenido esencial del derecho fundamental involucrado.

Finalmente, cabe señalar que la intensificación del juicio de adecuación y la aplicación de los juicios de necesidad y proporcional-

¹¹⁷¹ Cfr. HERVADA, J., *Lecciones de filosofía del derecho...*, ob. cit., p. 223.

lidad en sentido estricto en los precedentes “Hoof” y “Gottschau”, permite afirmar que la Corte Suprema ha reformulado el escrutinio extraordinario para los supuestos de discriminación por razón del origen nacional y la nacionalidad, asemejándose en su estructura al escrutinio estricto que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos para juzgar la constitucionalidad de las clasificaciones que involucran derechos fundamentales o se basan en la raza, el origen nacional, o, en determinados supuestos, la condición de extranjero¹¹⁷².

¹¹⁷² Cfr. epígrafe 4 del capítulo II.



EPÍLOGO

1. CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

No obstante las inconsistencias que revela la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y de Estados Unidos relativa al principio de igualdad, de los casos analizados a lo largo del presente trabajo pueden extraerse ciertos criterios, pautas o lineamientos que permitirán concretar, al menos en parte, las exigencias que el mencionado principio plantea en el proceso de creación normativa y en la tarea de interpretación constitucional.

1.1. Igualdad proporcional

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la aplicación del principio de igualdad *de iure* presupone que la igualdad garantizada por la Carta Magna no consiste en un mero igualitarismo, o en otros términos, en la nivelación absoluta de los hombres¹¹⁷³. Según la Corte Suprema “... la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcio-

¹¹⁷³ Cfr. Fallos 151:359 (1928), p. 367.

nal...”¹¹⁷⁴; no es la exacta o aritmética¹¹⁷⁵, sino la que toma en cuenta “... tanto las diferencias que caracterizan a cada una de las personas en la materia regulada por el régimen legal de que se trata —para determinar quienes son iguales—, cuanto la relación en que la particular obligación impuesta por la ley esté con las necesidades o conveniencias generales en el lugar, tiempo y modo de su aplicación...”¹¹⁷⁶.

En efecto, la igualdad a que refiere el artículo 16 de la Constitución argentina, “... es la que se detiene en las diferencias con el propósito de que las normas las recojan, y, armonizándolas, provean al afianzamiento de la justicia y a la consecución del bien común dentro de una sociedad pluralista”¹¹⁷⁷.

Según se desprende de los párrafos precedentes, el concepto de igualdad sustentado por la Corte se asemeja al concepto de igualdad aristotélico, que reconoce la existencia de dos tipos de igualdad: aritmética o geométrica, implicando en el primer caso una igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, corrigiendo la desproporción o desmesura entre lo que se debe y lo que se da, mientras que la igualdad geométrica supone una igualdad proporcional a las personas y circunstancias, propia de la justicia distributiva, por la que se reparten las cargas y bienes dentro del grupo social conforme a la necesidad, función, capacidad, méritos y aportes de cada uno¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ Fallos 210:284 (1948), p. 300.

¹¹⁷⁵ Cfr. *ibidem* y Fallos 151:359 (1928), p. 371; Fallos 312:826 (1989), p. 832. En sentido similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha sostenido que la garantía de la igualdad no exige del legislador una “simetría abstracta” [Cfr. 232 U.S. 138, [1914]].

¹¹⁷⁶ . Fallos 210:284 (1948), p. 300.

¹¹⁷⁷ Voto del juez Petracchi, en Fallos 308:1361 (1986).

¹¹⁷⁸ Cfr. epígrafe 2.3. del capítulo I.



1.2. Igualdad de circunstancias

En segundo lugar, la exigencia de igual tratamiento se plantea frente a aquellos que se encuentran en igualdad de circunstancias. Desde sus comienzos, constante e invariablemente, la Corte Suprema de Justicia argentina ha afirmado que la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igual a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, imponiendo que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a algunos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias¹¹⁷⁹. Encontrarse en igualdad de circunstancias constituye un presupuesto o exigencia previa para quien invoca la lesión al mencionado principio.

Este criterio de aplicación del principio de igualdad implica a su vez la existencia de lo que el Tribunal Constitucional español denominó “término de comparación”, pues una persona o grupos de personas pueden hallarse en igualdad o diversidad de circunstancias siempre que exista un otro con referencia al cual se efectúe la comparación. Ello es consecuencia de la naturaleza relacional del principio de igualdad.

En la jurisprudencia constitucional española, quien alega la violación del principio de igualdad “... debe aportar un término de comparación suficiente y adecuado que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le ha sido dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable”¹¹⁸⁰. Ese *tertium comparationis*

¹¹⁷⁹ Cfr. Fallos 16:118 (1875); 95:327 (1902); 117:22 (1913); 123:106 (1916); 124:122 (1916); 126:280 (1917); 132:198 (1920); 137:105 (1922); 138:313 (1923); 143:379 (1925); 149:417 (1927); 151:359 (1928); 182:355 (1938); 270:374 (1968); 286:97 (1973); 300:1084 (1978); 303:1580 (1981); 307:906 (1985); 311:394 (1988); 312: 826 (1989); 318:1256 (1995); 322:2701 (1999); 323:1566 (2000); 327:5118 (2004).

¹¹⁸⁰ STC 261/88. En el mismo sentido cfr. STC 9/1989.

frente al que la desigualación puede producirse “... tiene que ser una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos”¹¹⁸¹.

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que “... la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación (...). El control de constitucionalidad de las normas que se pretenden discriminatorias no se reduce, pues, a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación”¹¹⁸². Por ello, “... la igualdad y la discriminación normativas no son predicables de una norma aisladamente considerada, sino de una relación internormativa”¹¹⁸³.

Tal como se ha desarrollado a lo largo de la tesis, demostrar y determinar que quien alega la violación del principio de igualdad se encuentra en igualdad de circunstancias que la persona o grupos de personas con respecto a las cuales se pretende igual tratamiento, constituye una de las aporías que plantea el principio de igualdad. Se desprende de los casos examinados en este trabajo, que dicha igualdad de circunstancias no es meramente fáctica, pues no existe en el ámbito de lo real una relación de igualdad absoluta entre dos entes o situaciones, por lo que demostrar la concurrencia de dicho requisito conduce ineludiblemente a la determinación de la relevancia de los criterios o elementos tomados en cuenta para establecer las diferenciaciones. En otros términos, demostrar la concurrencia de una igualdad de circunstancias, implica una equiparación de una plurali-

¹¹⁸¹ STC 209/85.

¹¹⁸² GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa...*, ob. cit., pp. 21-23.

¹¹⁸³ Ídem, p. 23.

dad de situaciones basada en la existencia de rasgos comunes, previa “... abstracción de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece”¹¹⁸⁴.

A su vez, determinar qué rasgos, características o criterios se consideran relevantes para justificar un trato diferenciado, o irrelevantes para fundar un trato igual, implica ineludiblemente una tarea valorativa, que se traduce en un examen de razonabilidad de las distinciones formuladas por el creador de la norma, examen que a su vez implica la ponderación de medios, la valoración de la importancia y legitimidad de fines y la consideración del contenido de los derechos involucrados, tal como se expuso en los capítulos precedentes. El examen de la igualdad pone de manifiesto, así, con una crudeza y nitidez singulares, la vinculación entre interpretación constitucional y ética y antropología, puesto que la superación de las aporías aludidas no puede alcanzarse si no es desde una perspectiva de la persona y del bien humano.

1.3. Libertad de configuración del legislador

Otro de los criterios para la interpretación y aplicación del principio de igualdad está dado por lo que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha denominado “libertad de configuración del legislador”¹¹⁸⁵. A él se ha referido el máximo tribunal de la Nación, afirmando que el artículo 16 de la Constitución no impone una ri-

¹¹⁸⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 1, 1981, p. 265.

¹¹⁸⁵ Cfr. LAVILLA, L., “Constitucionalidad y Legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación...*, ob. cit., p. 64.

gida igualdad, entregando a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación¹¹⁸⁶. Por tanto, “el Estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de los parámetros mencionados, puede legítimamente formular por imperativos de bien común”¹¹⁸⁷.

El fundamento de la libertad de configuración del legislador radica en el principio de división de poderes, que impacta en este ámbito como imperativo de preservar la zona de actuación propia de cada poder. Esa libertad de configuración supone la existencia de cuestiones políticas no justiciables, o sea, aquellas que “... son políticas por naturaleza en la medida en que la toma de decisión depende de una apreciación de la realidad —de su conveniencia y oportunidad— por parte del Congreso o del Presidente, que los tribunales no pueden revisar. Esta imposibilidad puede ser de derecho o de hecho”¹¹⁸⁸.

De acuerdo con lo desarrollado en el epígrafe 2 del capítulo III, la diversidad o uniformidad de regímenes laborales y previsionales, han sido considerados desde antaño por la Corte Suprema argentina

¹¹⁸⁶ Cfr. Fallos 115:111(1911); 138:313 (1923); 182:355 (1938); 236:168 (1956); 238:60 (1957); 251:21 (1961); 251:53 (1961); 263:545 (1965); 288:275 (1974); 290:356 (1974); 295:585 (1976); 313:410 (1990); 315:1190 (1990); 320:1166 (1997), entre muchos otros.

¹¹⁸⁷ Fallos 322:2701 (1999).

¹¹⁸⁸ BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...*, T. 2, ob. cit., p. 274. La imposibilidad de derecho se funda en la separación de poderes; la de hecho, en la dificultad judicial de obtener el acceso a información relevante, la necesidad de uniformidad en la decisión o la mayor responsabilidad de los poderes políticos cuando determinan si deciden o no cierto asunto” (cfr. BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...*, T. 2, pp. 253-254 y 274-275).



como enfoques de política legislativa¹¹⁸⁹, como cuestiones cuyo acierto o error, mérito o conveniencia, “... no son puntos sobre los que el Poder judicial pueda pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces”¹¹⁹⁰.

Se ha sostenido que “... la tendencia general es un progresivo estrechamiento de lo que se entiende por cuestión política, una limitación de sus efectos y una distinción entre lo que es propiamente cuestión política, es decir, la facultad privativa y discrecional de los poderes no revisable judicialmente, y lo que es cuestión constitucional, cuyo examen sí están habilitados a realizar los jueces”¹¹⁹¹.

La tendencia señalada, si bien puede llegar a verificarse en otras materias, no se da en el caso del principio de igualdad: tal como se expuso en el epígrafe 2 del capítulo III, el máximo tribunal ha tendido en un gran número de sentencias a reiterar fórmulas genéricas, sin vincularlas con las circunstancias del caso, negándose a examinar los criterios escogidos para diferenciar y remarcando la facultad del legislador para clasificar los objetos de la legislación —es decir, para

¹¹⁸⁹ Cfr. Fallos 238:60 (1957); 247:551 (1960); 251:53 (1961), 269:279 (1967); 271:124 y 320 (1968); 290:245 (1974); 294:83 (1976); 306:1560 (1984), entre muchos otros. Bianchi propone una clasificación de actos no justiciables, en los que la Corte no ha ejercido el control de constitucionalidad y enumera tres grandes grupos: a) política exterior; b) política interior y c) cuestiones administrativas (BIANCHI, A. B., *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., T. 2, p. 159).

¹¹⁹⁰ Voto del juez Petracchi en Fallos 308:1361 (1986), p. 1371.

¹¹⁹¹ SANTIAGO, A. (h), *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 176.

contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria—¹¹⁹².

Existen supuestos “... en los que la máxima general de igualdad no ordena ni un tratamiento igual ni uno desigual sino que permite tanto un tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador un campo de acción”¹¹⁹³. Así, por ejemplo, pueden existir razones plausibles para otorgar un tratamiento desigual impositivo a determinadas industrias, con el objeto de alentar su crecimiento atento a la crisis atravesada por el sector, pero ello no implica que esté ordenado un tratamiento desigual en tal sentido y prohibido un trato igualitario con relación al resto de las industrias, existiendo al respecto libertad de configuración del legislador. Pero esta libertad de que goza el legislador, según se desarrolló en los capítulos anteriores, no es absoluta, por lo que las diferenciaciones o clasificaciones normativas no deben ser arbitrarias, lo que la jurisprudencia constitucional ha traducido como una exigencia de razonabilidad.

1.4. Razonabilidad de las diferenciaciones normativas

La exigencia de razonabilidad de las diferenciaciones de tratamiento constituye un criterio sustancial para determinar en qué casos se ha violentado el principio de igualdad. Conforme se desprende de la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no prohíbe diferenciar, sino que “... impone una serie de constricciones sobre el conjunto de criterios que se utilizan para determinar lo que antes hemos llamado las condiciones de aplicación, es decir, sobre el

¹¹⁹² Cfr. Fallos 179:86 (1937); 238:60 (1957); Fallos 247:551 (1960); 277:278 (1970); 290:245 (1974); 294:122 (1976); 295:197(1976); 295:455 (1976); 315:482 (1992); 315:1190 (1992); Fallos 320:1166 (1997), entre muchos otros.

¹¹⁹³ ALEX Y, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 400.

conjunto de criterios de clasificación”¹¹⁹⁴. Tales criterios de diferenciación han de ser razonables para que la discriminación normativa no constituya una violación del derecho de igualdad, transformándose el juicio de igualdad constitucional en un juicio de razonabilidad.

Como se ha visto mediante el análisis de diversos casos fallados por la Corte Suprema argentina y por la estadounidense, el juicio de razonabilidad de las clasificaciones normativas no reviste las mismas características que el aplicado para juzgar la reglamentación de los derechos de libertad. La razón de esto radica en que el derecho de igualdad, al tener una naturaleza relacional, siempre aparece vinculado a “otro derecho” con respecto al cual se reclama igualdad de reconocimiento. Ese “otro derecho” puede ser un derecho humano, constitucional, legal o infralegal¹¹⁹⁵. En los dos primeros casos, el test

¹¹⁹⁴ LAPORTA, F., “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, N° 67, julio de 1985, p. 11.

¹¹⁹⁵ Cabe aclarar que el rango constitucional de un derecho depende de que la Constitución haya adoptado el sistema *numerus clausus* o *apertus*. Este último, existente en el sistema constitucional argentino (artículo 33 CN) y estadounidense (enmienda IX de la constitución estadounidense), permite con mayor flexibilidad considerar a un derecho como constitucional. No obstante ello, no todos los derechos constitucionales revisten la condición de derechos humanos. Así, por ejemplo, el derecho a votar es un derecho fundamental, cuyo título no radica en la condición de persona humana, sino en el texto constitucional que atribuye dicha facultad a los ciudadanos. Asimismo, los derechos humanos no son necesariamente derechos constitucionales, porque pueden no encontrarse consagrados en la Constitución, aunque resulta correcto que aquellos sean reconocidos constitucionalmente en su totalidad. Este último supuesto puede verse claramente en el caso “San Antonio School District v. Rodríguez” (411 U.S. 1. [1973]), en el que la *Supreme Court* declaró que el derecho a la educación no es un derecho fundamental. No obstante ello, no hay duda alguna que se trata de un derecho humano. Cfr. al respecto, SERNA, P. y CIANCIARDO, J., *Una introducción a los derechos humanos*, *pro manuscrito*, cap. 2.

de razonabilidad aplicado por dichos tribunales en diversos precedentes ha sido más exigente que en el supuesto de derechos legales o infralegales. Ello, por cuanto en el caso de los derechos humanos, éstos corresponden a todo ser humano en razón de su dignidad, pues valen lo mismo y son igualmente debidos en todos los hombres. Con relación a los derechos fundamentales, éstos merecen especial protección por estar consagrados constitucionalmente y configurar límites infraqueables frente al poder del Estado. La *Supreme Court* expresamente ha resuelto que con respecto a estos derechos corresponde la aplicación de un escrutinio estricto, en el que, tal como se desarrolló en el epígrafe 4 del capítulo II, el examen de razonabilidad es sumamente severo, intensificándose el juicio de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto, además de aplicarse el denominado juicio de necesidad o indispensabilidad.

Aun cuando se impugnen diferenciaciones normativas que regulan el ejercicio de derechos legales o infralegales, si tales distinciones se basan en criterios tales como la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero o de hijo extramatrimonial, también dichos tribunales han sometido las clasificaciones impugnadas a un test de razonabilidad que no se limita a requerir la existencia de una cierta relación de adecuación entre medios y fines, exigiendo, según el criterio utilizado y el tribunal de que trate, superar los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, además de intensificar el juicio de idoneidad o adecuación. En otros términos, también en estos supuestos el juicio de razonabilidad de las distinciones normativas se torna más riguroso y difícil de superar, que en aquellos casos en los que no se utilizan los criterios referidos.

Retomando el interrogante formulado en el epígrafe 6 del capítulo II, a los fines de profundizar sobre su respuesta, cabe preguntarse si es justo que las clasificaciones basadas en la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero y de hijo extramatrimonial —a las que hace expresa referencia la jurisprudencia de la Corte Su-

prema estadounidense y argentina¹¹⁹⁶—, sean juzgadas con mayor severidad que aquellas que escogen otros criterios de diferenciación, como puede ser, sin pretender ser exhaustiva, la edad, la antigüedad en un empleo, la capacidad económica o la idoneidad profesional.

Para responder dicho interrogante, es preciso tener en cuenta que la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero y de hijo extramatrimonial constituyen características de las personas que no resultan modificables por medio de su conducta, en cuanto no han sido elegidas, sino que les vienen dadas. En efecto, nadie puede escoger la raza o el sexo con el que nace, el país del que proviene o el haber nacido dentro o fuera del matrimonio. Todos estos constituyen rasgos inmodificables y permanentes de las personas, en los que la libertad humana carece de influencia determinante. En el caso de la extranjería, si bien existe la posibilidad de la nacionalización, los Estados exigen determinados requisitos que no en todos los casos pueden ser cumplimentados a los fines de adquirir una nueva nacionalidad. Por ello, parece justo que la jurisprudencia presuma la irrazonabilidad de tales criterios de clasificación, pues se trata de “... distinciones y diferencias en el trato, prestaciones o posibilidades en el ejercicio de los derechos que se basan sólo en las cualidades per-

¹¹⁹⁶ Cabe aclarar, que la Corte Suprema argentina sólo aplica un examen de razonabilidad intenso, que he denominando escrutinio extraordinario, para las clasificaciones por razón de la nacionalidad, el origen nacional y el sexo, pudiéndose agregar la edad, según los fundamentos y el decisorio del caso “Franco” (Fallos 325:2968 [2002]), aunque este último constituye un precedente aislado y contradictorio con la anterior jurisprudencia que venía sosteniendo el tribunal para las diferenciaciones basadas en la edad de las personas. Un análisis de esta cuestión puede verse en el epígrafe 2.5. del capítulo IV.

sonales o naturales de las personas, en las que su conducta actual o pasada no tiene influencia determinante...”¹¹⁹⁷.

Los criterios de diferenciación referidos, por resultar ajenos a la voluntad del hombre, no se vinculan en la generalidad de los casos con el fundamento o título del derecho con relación al cual se establece la diferenciación normativa. Se trata de condiciones que no contribuyen a la causa por la cual se es digno de determinada prestación¹¹⁹⁸. El título del derecho “... es aquello en lo que tiene origen el derecho (...), es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya. Los diversos títulos son de muy variada especie: el título puede ser una actividad (la ocupación, el trabajo, etc.), un pac-

¹¹⁹⁷ MASSINI CORREAS, C. I., “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación”, *El Derecho*, T. 189, p. 694.

¹¹⁹⁸ Tomás de Aquino denominó “acepción de personas” a la discriminación de las personas con base en criterios que no se vinculan con el fundamento y el título del derecho, afirmando que ella se oponía a la justicia distributiva. En este sentido, el Aquinate afirmaba: “... la igualdad de la justicia distributiva consiste en dar cosas diversas a diversas personas proporcionalmente a sus (*respectivas*) dignidades. Luego, si uno considera aquella propiedad de la persona por la cual lo que se le confiere le es debido, no hay acepción de personas, sino de causa (...). Por ejemplo, si uno promueve a otro al magisterio por la suficiencia del saber, en esto atiende a la causa debida, no a la persona, pero, si uno considera que aquel a quien confiere algo no aquello por lo cual lo que se le da sería proporcionado o debido, sino solamente porque es tal hombre, como Pedro o Martín, esto ya es una acepción de persona. A la persona empero se refiere cualquier condición que no contribuye a la causa por la cual sea digno de este don; por ejemplo, si uno promueve a alguien a una prelación o magisterio porque es recio o porque es su pariente, hay acepción de persona (...). En la justicia distributiva se consideran las condiciones de las personas que contribuyen a la causa de la dignidad o del débito. Pero en la acepción de personas se atiende a las condiciones que no contribuyen a la causa, como se ha dicho” (TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, q. 63, a. 1).

to o convenio (un contrato), la ley, la naturaleza humana, etc.”¹¹⁹⁹. El fundamento del derecho “... es aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho... El fundamento habilita para ser titular de un derecho, pero no lo otorga; en cambio el título otorga el derecho. Todo derecho se funda, en último extremo en la condición de persona del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo”¹²⁰⁰. Así por ejemplo, el derecho de propiedad se funda en la naturaleza humana, siendo el título de muy variada índole: compraventa, donación, trabajo, etc. Hay supuestos en que la naturaleza es fundamento y título al mismo tiempo, como sería el caso del derecho a la vida.

Tal como se expuso, la jurisprudencia de la *Supreme Court* considera que los criterios referidos se encuentran afectados por una presunción de inconstitucionalidad, por lo que en algunos supuestos su utilización puede ser conforme al principio de igualdad, como sucede, por ejemplo, cuando la raza o el sexo son utilizados como criterios de distinción para la implementación de medidas de acción positiva, con el objeto de superar desigualdades fácticas y obtener una igualdad de oportunidades o de resultados para el acceso a determinados bienes sociales difíciles de obtener por los miembros de determinada raza o sexo.

En efecto, las condiciones personales referidas y catalogadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como sospechosas, pueden en algunos casos fundar una justa diferencia de tratamiento. En este sentido, se ha afirmado que “.... es posible realizar distinciones de trato jurídico entre personas sobre la base de ciertas cualidades personales o naturales, siempre y cuando esas distin-

¹¹⁹⁹ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 8ª edición, 1994, p. 48.

¹²⁰⁰ Ídem, p. 49.

ciones resulten compatibles con la finalidad o finalidades intrínsecas del instituto, función o realidad práctica de que se trate en cada caso, ya que en estas situaciones las cualidades personales influyen decisivamente en la conducta de los sujetos y en la consiguiente posibilidad de alcanzar aquellas finalidades”¹²⁰¹. Así, el requisito de la nacionalidad, puede estar justificado para el cumplimiento de funciones públicas vinculadas con la seguridad y soberanía del Estado, o con el otorgamiento de los derechos a elegir y ser elegido para el ejercicio de funciones políticas en representación de la ciudadanía.

Por otra parte, cabe señalar, nuevamente, que el juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas supone ineludiblemente una tarea valorativa, así como asumir cierta concepción de la justicia, del derecho y de lo que es bueno para el hombre. En efecto, tal como se desprende de los casos analizados en los capítulos precedentes, el principio de igualdad no se limita a una práctica universalista de decisión, puesto que si así fuera “la legislación nacional socialista contra los judíos no violaría la fórmula hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”¹²⁰². La máxima de igualdad no se conforma con la sola forma lógica, sino que requiere de una valoración del contenido de la norma; es así que la fórmula mencionada sólo puede referirse a una igualdad y desigualdad valorativa¹²⁰³.

Por lo expuesto, el juicio de razonabilidad de los criterios escogidos para diferenciar o equiparar no puede hacerse “... desde una posición empirista ni comprenderse desde una epistemología empirista. Como se ha visto, la proporcionalidad constantemente requiere valoraciones, lo cual se constata en cada una de las partes en que

¹²⁰¹ MASSINI CORREAS, C. I., “Algunas precisiones semánticas...”, T. 189, p. 695.

¹²⁰² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 386.

¹²⁰³ Ídem, pp. 386-387.

está desglosada...”¹²⁰⁴, pues los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto exigen ponderar medios, la legitimidad o constitucionalidad, importancia o vitalidad de los fines, así como el contenido de los derechos humanos o fundamentales. “Todos estos subprincipios, aunque en distinta medida, exigen valoraciones que no pueden llevarse a cabo si se reduce el conocimiento posible a lo verificable empíricamente. En otras palabras, la razonabilidad reclama una epistemología abierta a la razón práctica”¹²⁰⁵.

A su vez, la determinación del contenido de los derechos que implica el juicio de razonabilidad de las clasificaciones normativas, conduce al examen de los fines de los derechos y de tal modo a la consideración de los bienes humanos, objeto de tales derechos, a su relación con el bien común y el resto de los derechos igualmente dignos de ser respetados¹²⁰⁶.

2. DE LOS CASOS A LA DOGMÁTICA Y DE LA DOGMÁTICA A LA FILOSOFÍA: ALGUNAS IDEAS RESULTANTES DE LA COMPARACIÓN ENTRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

A lo largo de este trabajo se ha ido comparando la aplicación del principio de igualdad en Estados Unidos y en Argentina. Llegados a este punto conviene detenerse en algunas ideas que surgen de esa

¹²⁰⁴ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 118-119.

¹²⁰⁵ Ídem, p. 119.

¹²⁰⁶ Cfr. SERNA, P. y TOLLER F., *La interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 53.

comparación. Se trata de poner por escrito un conjunto de intuiciones que aquí se pretende esbozar, y que requieren desarrollos ulteriores que exceden el propósito de estas páginas.

Del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Suprema de Argentina pueden extraerse similitudes y diferencias relativas al test de constitucionalidad aplicado para juzgar las clasificaciones normativas. Aunque en la doctrina de la Corte estadounidense se detecta una mayor elaboración de los estándares establecidos para valorar la razonabilidad de las diferenciaciones normativas, en la jurisprudencia del máximo tribunal argentino se perciben algunos criterios de particular importancia que no se encuentran presentes en la de su par estadounidense.

2.1. Esbozo de algunas similitudes

a) Tal como se expuso en el epígrafe 2 del capítulo II, para las clasificaciones vinculadas con la legislación económico-social y que no involucran diferenciaciones relativas al ejercicio de derechos fundamentales o basadas en la raza, el origen nacional, la nacionalidad, el sexo o la condición de hijo extramatrimonial, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aplicado el test de la relación racional, requiriendo la existencia de una relación de adecuación entre la clasificación impugnada y los propósitos perseguidos por la legislación. Como se examinó en el capítulo II, los casos en los que la Corte aplicó el escrutinio mencionado involucraron el ejercicio de derechos con contenido patrimonial, tales como los derechos a trabajar

en un empleo público¹²⁰⁷, en la función pública¹²⁰⁸, y los derechos vinculados con regímenes impositivos¹²⁰⁹.

Si bien la Corte Suprema de Argentina no se ha referido expresamente a la utilización de un test de constitucionalidad en particular para las clasificaciones efectuadas por la legislación económica y social, como sí lo ha hecho su par estadounidense, del análisis de diversos precedentes surge que para juzgar la constitucionalidad de las distinciones que involucraban el ejercicio de derechos con contenido patrimonial, y que no implicaban diferenciaciones con sustento en el sexo, la nacionalidad, el origen nacional o la edad de las personas, el más alto tribunal de la Nación —cuando se avocó a fundamentar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales distinciones sin presumir su razonabilidad— utilizó un escrutinio similar al test de la relación racional, ponderando la existencia de una relación de idoneidad entre la distinción normativa y la finalidad que con ella se perseguía, exigiendo asimismo que dicha finalidad sea legítima.

b) Otra similitud puede encontrarse en el hecho de que ambos tribunales aplican un escrutinio más estricto para juzgar las diferenciaciones relativas al ejercicio de derechos fundamentales extrapatrimoniales y las basadas en el sexo, el origen nacional y la condición de extranjero, intensificando el examen de razonabilidad. La intensificación de dicho examen supone que para que las clasificaciones re-

¹²⁰⁷ Cfr. *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976), *Vance v. Bradley* 440 U.S. 93 (1979).

¹²⁰⁸ Cfr. *Gregory v. Aschroft* 501 U.S. 452 (1991).

¹²⁰⁹ Cfr. *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Commission*, 488 US 336 (1989); *Williams v. Vermont* 472 U.S. 14 (1985); *Hooper v. Bernalillo County Asesor*, 472 U.S. 612 (1985); *Regan v. Taxation with Representation of Washington*, 461 U.S. 540 (1983); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973); *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co.*, 410 U.S. 356 (1973) y *Allied Stores of Ohio, Inc. v. Bowers*, 358 U.S. 522 (1959).

feridas puedan ser consideradas constitucionales no bastará que resulten idóneas para alcanzar los propósitos legítimos perseguidos por el legislador. A dicha exigencia se sumarán otras, requiriéndose, según el criterio escogido para diferenciar y el tribunal de que se trate, una estricta adecuación entre medios y fines, así como sortear los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

c) Finalmente, es preciso destacar que ambos tribunales han resuelto expresamente que las distinciones basadas en el origen nacional y la nacionalidad se hallan afectadas por una presunción de inconstitucionalidad, imponiendo la carga de la argumentación y de la prueba sobre el creador de la norma impugnada. Atento a ello, quien defiende la clasificación cuestionada debe demostrar: a) que se encuentra estrictamente adaptada para alcanzar objetivos plenamente constitucionales; b) que resulta necesaria, no existiendo otros medios igualmente eficaces para lograr dichos objetivos y menos restrictivos que la clasificación recurrida y c) que existe una relación de proporcionalidad entre la discriminación cuestionada y los fines perseguidos, los que deben ser sustanciales, para la Corte argentina, y apremiantes para su par estadounidense.

Conforme se desarrolló en el epígrafe 4 del capítulo II, el test de constitucionalidad referido ha sido denominado escrutinio estricto por la *Supreme Court* y coincide en sus partes fundamentales con el escrutinio aplicado por la Corte Suprema de Argentina para las clasificaciones por razón del origen nacional y la nacionalidad.

2.2. Esbozo de algunas diferencias

a) Entre las diferencias que presenta la jurisprudencia de ambos tribunales, cabe señalar que el máximo tribunal argentino cuando juzgó las clasificaciones relativas al ejercicio de derechos con contenido patrimonial no se limitó como la *Supreme Court* a constatar la existencia de un mínimo de racionalidad entre medios y fines, sino

que también, en ciertos casos, y aún cuando se diera esta relación de idoneidad, valoró si el trato desigual impugnado correspondía a una justa distribución de cargas o bienes, invocando razones de justicia distributiva. Asimismo, juzgó si mediante la distinción normativa se alteraba el contenido sustancial del derecho fundamental involucrado en el litigio.

b) La Corte Suprema de Justicia de la Nación es más exigente que su par estadounidense en materia de discriminaciones por razón de la nacionalidad, habiendo declarado violatoria del artículo 16 de la CN el requisito de la nacionalidad argentina para desempeñarse como docente¹²¹⁰. Mientras que la *Supreme Court* ha resuelto que resulta conforme a la *equal protection* el requisito de la nacionalidad estadounidense para ejercer la docencia¹²¹¹.

La mayor flexibilidad de la Corte de los Estados Unidos en el examen de razonabilidad de las normas que diferencian con base en la nacionalidad, también puede verse porque, tal como se ha desarrollado en el epígrafe 4.3. del capítulo II, para las clasificaciones por razón de la nacionalidad aplica el test de la relación racional cuando están involucradas normas federales concernientes a cuestiones de extranjería, como aquellas vinculadas a las relaciones internacionales, inmigración y naturalización, desplazando de tal modo al escrutinio estricto.

c) En materia de diferenciaciones por razón de la edad, la *Supreme Court* ha resuelto en diversos precedentes que la edad no es un criterio sospechoso, resultando aplicable el test de la relación racional. En la doctrina del máximo tribunal argentino la cuestión no está clara, pues si bien existen fallos en los que ha juzgado con gran deferencia dicho criterio de clasificación, en el caso “Franco” ha aplicado

¹²¹⁰ Cfr. “Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 311:2272 (1988).

¹²¹¹ Cfr. *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

un escrutinio estricto, declarando inconstitucional a la discriminación cuestionada, aunque mediante notorias deficiencias en la argumentación, las que fueron señaladas en el capítulo IV al analizar el fallo referido.

d) Otro elemento a destacar en la doctrina de la Corte Suprema de Argentina —el que no está presente en la jurisprudencia de su par estadounidense—, es la aplicación del juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental en juego, aún cuando se trate de clasificaciones vinculadas con el ejercicio de derechos patrimoniales. Ello, se debe a que la Constitución de los Estados Unidos no posee una norma similar al artículo 28 de la CN, donde expresamente se hace referencia a la exigencia de que el legislador mantenga inalterables los derechos en ella reconocidos.

2.3. Balance

Las similitudes y diferencias señaladas con respecto a la jurisprudencia de ambos tribunales suscitan el interrogante acerca del origen o razón que las motiva. Una respuesta posible radica en la diversa realidad social y política de los Estados Unidos y de la Argentina. El primero, sufrió y sufre actualmente la experiencia de la discriminación racial, profundamente arraigada en la cultura del pueblo estadounidense, lo que obligó a la *Supreme Court* a elaborar una doctrina acerca de la *equal protection* dotada de una mayor precisión que la sentada por el máximo tribunal argentino.

En el caso de la Argentina, desde su constitución como Estado existió la voluntad de promover las políticas inmigratorias, lo que se plasmó por los constituyentes en la Carta Magna, acogiendo con benevolencia a los extranjeros que quisieran radicarse en el suelo argentino. Como consecuencia, ello también se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que se ha mostrado notoriamente más exigente con las discriminaciones

por razón de la nacionalidad y el origen nacional que la *Supreme Court*.

Las diferencias que presenta la jurisprudencia de ambos tribunales en la interpretación y aplicación del principio de igualdad, demuestra de algún modo que las coordenadas histórico-culturales influyen en la concreción de las exigencias que plantea el mencionado principio, pero sin que esta influencia sea determinante e irresistible.

Como es sabido, el papel de la historia y la tradición en la tarea de la interpretación jurídica ha sido puesto de relieve con especial énfasis por la hermenéutica, para la cual el intérprete se acerca al texto disponiendo de una noción previa o de un prejuicio¹²¹², los que se constituyen "...desde la tradición, desde un imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales generales, pero esa tradición se ve modificada y enriquecida permanentemente por la comprensión de cada sujeto, orientada también por su horizonte vital personal y por el problema concreto que tiene delante. La tradición condiciona, pues, la comprensión, pero no es un factor de determinismo en ella porque el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola, enriqueciéndola"¹²¹³.

La posibilidad de trascender la tradición implica "... acceder a la comprensión de objetivaciones culturales no pertenecientes a la propia tradición, por la vía del conocimiento de los parámetros de una tradición ajena como ajena, de la que cabe, en consecuencia, tomar distancia y, a partir de ahí, avanzar en la línea de la objetivación, es decir, contrastar, comparar unas y otras, y discutir sobre lo verdade-

¹²¹² Cfr. KAUFMANN, A., "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho*, 35, 1996, p. 15.

¹²¹³ SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México 2006, p. 123.

ramente ontológico frente a lo meramente cultural, o descurir un en legado cultural determinados valores ontológicos”¹²¹⁴.

Esa capacidad del sujeto para superar la tradición puede verse en las similitudes señaladas en la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, como así también en la evolución jurisprudencial dada en cada uno de ambos Estados con respecto a la interpretación y concreción de las exigencias planteadas por el principio de igualdad. A modo de ejemplo, la evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se manifiesta en lo que fue el abandono de la doctrina separados pero iguales elaborada en *Plessy v. Ferguson*¹²¹⁵, mediante el precedente *Brown v. Board of Education*¹²¹⁶. Ello supuso el reconocimiento judicial de un principio jurídico indisponible, cual es la igualdad de los seres humanos con independencia de la raza y la superación de una tradición que veía en los individuos de raza negra seres humanos de inferior categoría.

En lo que respecta al máximo tribunal argentino, dicha evolución puede constatarse con meridiana claridad en la definición de un test de constitucionalidad para juzgar las discriminaciones por razón del origen nacional y la nacionalidad en los casos “Hooft”¹²¹⁷ y “Gottschau”¹²¹⁸, no existiendo antecedentes de la elaboración de un examen de razonabilidad similar por parte de la Corte Suprema argentina, el que se asemeja al escrutinio estricto aplicado por la *Supreme Court*. El establecimiento expreso de parámetros que constituyen pautas orientadoras para la determinación de la razonabilidad de

¹²¹⁴ Ídem, p. 132.

¹²¹⁵ 163 U.S. 537 (1896).

¹²¹⁶ 347 U.S. 483 (1954).

¹²¹⁷ Fallos 327:5118 (2004).

¹²¹⁸ Fallos 329:2986 (2006)..

las clasificaciones normativas implica un avance en la jurisprudencia del más alto tribunal, la que como se expuso a lo largo de este trabajo, se ha caracterizado por obviar la explicitación de criterios que guíen al recurrente y al juzgador en las tareas de interpretación y aplicación del principio de igualdad.

Las semejanzas y la evolución presentes en la doctrina de ambos tribunales revelan dos cosas: por un lado, que superar la tradición es posible porque existe algo jurídico indisponible, independiente de la razón del sujeto, del acto de comprender y de la historia o la cultura, y a lo que la razón humana puede acceder mediante el conocimiento práctico que guía el obrar, determinando lo permitido, lo prohibido y lo debido. A su vez, la posibilidad de trascender la tradición y la cultura implica reconocer la existencia de un núcleo de juridicidad intrínseco del que el Estado o los particulares no pueden disponer. Por otro lado, demuestra que en el ámbito del saber práctico, así como en el del conocimiento teórico, puede hablarse de una evolución e involución en el sentido de aproximación o alejamiento del sujeto en la aprehensión de la verdad práctica, o en el conocimiento de principios éticos que tienen por objeto bienes indispensables para el perfeccionamiento y desarrollo del ser humano.



CONCLUSIONES

Llegados a este punto, corresponde dar cuenta de las conclusiones principales a las que se ha ido llegando a lo largo del trabajo:

1. El concepto de igualdad es relacional, puesto que la igualdad de un ente siempre supone la referencia a otro ente, de allí que necesita para su aplicación de un término de comparación con respecto al cual se predique la relación de igualdad.

2. Asimismo, el concepto de igualdad es análogo, adoptando diversas proyecciones en el ámbito de lo jurídico. Así, la igualdad se predica de todos los hombres, constituye una exigencia de justicia y se manifiesta como igualdad *de iure*, formal o ante la ley y como igualdad material o de hecho.

3. La igualdad *de iure* presenta tres exigencias: a) igualdad en las normas jurídicas generales, obligando al creador de las normas a no realizar discriminaciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a las normas jurídicas, la que impone no efectuar desigualdades injustificadas en la aplicación de las mismas y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de los denominados derechos humanos.

3.1. La exigencia de igualdad en las normas jurídicas generales —que constituyó el objeto de estudio del presente trabajo— se traduce en un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas, vinculando de tal modo los principios de igualdad y razonabilidad.

3.2. El principio de igualdad confiere amplia libertad al legislador para ordenar y agrupar los objetos de la legislación, siempre que las distinciones de trato no sean arbitrarias, sino razonables. Es más, en algunos casos el principio bajo estudio admite tanto equiparar como diferenciar, existiendo libertad de configuración del legislador, por lo que puede resultar razonable un trato igual o desigual.

3.3. El principio de razonabilidad, según el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se despliega a la manera de tres juicios o subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

3.3.1. El juicio de adecuación implica valorar la idoneidad de la norma reguladora de un derecho fundamental para alcanzar la finalidad que se persiguió mediante su dictado, finalidad que ha de ser constitucionalmente legítima y socialmente relevante.

3.3.2. El subprincipio de necesidad exige que la medida reguladora sea la menos restringente de la norma iusfundamental en cuestión, dentro de aquellas que resulten al menos igualmente idóneas y eficaces para lograr el objetivo propuesto.

3.3.3. El juicio de proporcionalidad *stricto sensu* consiste en requerir un razonable equilibrio o relación entre las ventajas obtenidas y los perjuicios ocasionados con la medida legislativa, de modo tal

que los beneficios para el interés público sean proporcionalmente mayores a las restricciones y limitaciones en las normas iusfundamentales en juego. El juicio de proporcionalidad *stricto sensu* corre el riesgo de ser reducido a un cálculo utilitarista, pues bastaría plantear la existencia de un interés estatal urgente o apremiante para considerar proporcionada una medida desconocedora de los derechos fundamentales. Por ello, y a fin de preservar el carácter inviolable de tales derechos, deberá ser complementado con el juicio de inalterabilidad del contenido esencial, según el cual una medida legislativa sólo podrá ser considerada razonable en sentido estricto si no altera el contenido esencial o sustancial del derecho fundamental o humano involucrado.

4. Si bien existe una estrecha vinculación entre los principios de igualdad y razonabilidad, el primero tiene por objeto el derecho de igualdad y presupone para su aplicación un término de comparación con respecto al cual se imparte el trato igual o desigual, mientras que el principio de razonabilidad es utilizado para juzgar la reglamentación de los derechos fundamentales, no tiene por objeto derecho alguno y no necesita para su aplicación de un término de comparación.

5. Según el análisis que se ha efectuado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Argentina, el juicio de razonabilidad de la reglamentación del derecho de igualdad presenta características que lo diferencian en su estructura del juicio de razonabilidad de la reglamentación de otros derechos fundamentales, puesto que es aplicado con diversa intensidad según los criterios utilizados para diferenciar por el creador de la norma y los derechos respecto de los cuales se establece la distinción de trato impugnada, lo que no ocurre en el otro caso.

6. La *Supreme Court* estadounidense se vale de tres clases de escrutinios para juzgar la compatibilidad de las diferenciaciones normativas con la decimocuarta enmienda, a saber: el “test de la relación racional”, también denominado “requerimiento de un mínimo de racionalidad”, aplicable a las clasificaciones vinculadas con la legislación económico-social y a las que no se basan en categorías sospechosas o se refieren al ejercicio de derechos fundamentales; el “test intermedio”, utilizado para juzgar a las normas que discriminan por razón del sexo y de la condición de hijo extramatrimonial y el “escrutinio estricto”, aplicado para juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones establecidas con respecto al ejercicio de derechos fundamentales y a aquellas discriminaciones basadas en la raza, el origen nacional y la condición de extranjero. En este último supuesto, siempre que no se trate de normas federales concernientes a cuestiones de extranjería, como aquellas vinculadas a las relaciones internacionales, inmigración y naturalización, pues en tales casos resultará aplicable el “test de la relación racional”.

6.1. El “test de la relación racional” supone únicamente la aplicación del juicio de adecuación, o sea, valorar si los criterios escogidos para diferenciar por el creador de la norma son idóneos para alcanzar una finalidad que ha de ser constitucionalmente legítima, lo que implica que no debe estar prohibida por la Constitución.

El tribunal mencionado ha aplicado el test referido sujetando las clasificaciones cuestionadas a una fuerte presunción de constitucionalidad e imponiendo la carga de la justificación sobre la parte recurrente.

6.2. Tanto el “test intermedio” como el “escrutinio estricto” implican una intensificación del juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas y la imposición de la carga de la justificación sobre el creador o defensor de la distinción cuestionada.

El “test intermedio” supone, por una parte, superar el juicio de adecuación, el que es más exigente que en el test de la relación racional, puesto que los criterios diferenciadores deben estar sustancialmente vinculados con importantes objetivos estatales, no bastando una cierta relación racional, imprecisa e inexacta, entre tales criterios y los fines perseguidos por el Estado. Asimismo, la relación de adecuación debe ser actual, no pudiendo ser la clasificación convalidada invocando que resultaba idónea al tiempo de su dictado.

En el marco de dicho escrutinio también se aplica el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en razón de que los propósitos que las clasificaciones normativas intentan alcanzar deben identificarse con importantes objetivos estatales, no resultando suficiente que sean meramente legítimos.

6.3. En la aplicación del “escrutinio estricto” se deben sortear los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Ello, por cuanto la *Supreme Court* ha exigido que la diferenciación normativa esté estrictamente adaptada a la realización de un objetivo estatal apremiante. Dicha expresión implica intensificar el juicio de adecuación y rechazar un mero control de evidencia en la valoración de la idoneidad de la medida, como el practicado en el test de la relación racional. A su vez, exige juzgar la proporcionalidad en sentido estricto del criterio diferenciador, pues ya no basta justificar el trato desigual invocando fines meramente legítimos, ni tan siquiera importantes objetivos estatales, requiriéndose la persecución de objetivos estatales apremiantes o imperiosos.

También dicho tribunal ha requerido que la diferenciación normativa consista en la medida menos restrictiva, entre las disponibles para alcanzar un objetivo estatal imperioso. Ello significa valorar la necesidad de la discriminación cuestionada, ponderando la existencia de otros medios alternativos e igualmente eficaces para alcanzar el objetivo propuesto.

6.4. También pudo observarse en los fallos analizados, que para la aplicación del escrutinio estricto la *Supreme Court* se valió de argumentos de justicia distributiva, considerando que el criterio para el reparto de las prestaciones asistenciales no es el mérito o el aporte del beneficiario, como así tampoco el tiempo de residencia en un Estado, sino la necesidad.

6.5. Conforme a lo decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*¹²¹⁹, en *Grutter v. Bollinger*¹²²⁰ y en *Gratz v. Bollinger*¹²²¹, para las clasificaciones raciales siempre resulta aplicable el escrutinio estricto, aún cuando se trate de juzgar medidas de acción positiva o de discriminación inversa, que tengan por objetivo beneficiar a minorías raciales o étnicas.

7. He sostenido que el modelo de los tres escrutinios elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos presenta las siguientes deficiencias:

7.1. En primer lugar, y en el caso del test de la relación racional, imponer la carga de la argumentación y de la prueba sobre la parte que impugna el tratamiento desigual, en tanto ello implique liberar al creador o defensor de la norma del deber de aportar las razones, y en su caso las pruebas que justifican la distinción normativa efectuada. La deficiencia radica en que la parte que generalmente se encuentra en condiciones de demostrar los objetivos que persigue me-

¹²¹⁹ 515 U.S. 200 (1995).

¹²²⁰ 539 U.S. 306 (2003).

¹²²¹ 539 U.S. 244 (2003).

diante la diferenciación normativa no es la impugnante, sino el creador de la norma, o sea el mismo Estado. Por otro lado, el criterio mencionado viola una de las reglas del discurso práctico, conforme a la cual la carga de la argumentación para el tratamiento desigual constituye un postulado de la racionalidad práctica.

7.2. En segundo lugar, no contemplar el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental o humano con respecto al cual se efectúa la distinción de trato. Ello, conduce a valorar la razonabilidad del trato desigual atendiendo exclusivamente a los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida, entendiendo por éste último un balance entre los beneficios obtenidos y los perjuicios ocasionados, por lo que cuanto mayor sean los beneficios para el interés público mayor podrán ser las limitaciones de los derechos en juego. De tal modo, se reduce la razonabilidad a un análisis utilitarista, que subordina la validez y vigencia de los derechos humanos o fundamentales a la existencia de un interés estatal importante o apremiante, el que bastaría para considerar proporcionada a la restricción o supresión impuesta sobre tales derechos.

7.3. Finalmente, excluir de un escrutinio más estricto a aquellas normas que clasifican a las personas con respecto al ejercicio de derechos que, si bien no son considerados fundamentales —porque la jurisprudencia de la *Supreme Court* decidió que no están explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución— revisten el carácter de derechos humanos, es decir, que tienen por objeto bienes indispensables para el florecimiento o desarrollo humano y le son debidos a todo hombre en razón de su dignidad.

8. Las medidas de acción positiva y en particular la discriminación inversa, la que constituye una modalidad de la primera, han si-

do cuestionadas constitucionalmente, alegándose que resultan violatorias del principio de igualdad.

En coincidencia con lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se ha señalado que para que las medidas de discriminación inversa puedan ser consideradas conforme al principio de igualdad, deben sortear un examen intensivo de razonabilidad que en parte coincide con las exigencias que plantea el escrutinio estricto:

8.1. En primer lugar, deben ser establecidas mediante ley.

8.2. Deben ser adecuadas para remediar una discriminación de hondo arraigo social, como son la racial, la sexual y por razón de la discapacidad, mediante la redistribución de bienes sociales escasos entre tales colectivos, como pueden ser puestos de trabajo, cargos públicos o plazas universitarias, entre otros. Por tanto, no cualquier objetivo justifica su establecimiento, lo que supone la aplicación del juicio de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto.

8.3. Deben superar el juicio de necesidad, puesto que no ha de existir otra medida menos restringente del derecho a la igualdad y también idónea para superar la discriminación señalada, y deben ser sancionadas por el período de tiempo que sea indispensable para subsanar la discriminación de hecho.

8.4. La medida no debe significar un daño excesivo a individuos pertenecientes a la minoría no favorecida, y no podrá privar a persona alguna de un derecho humano, lo que también conlleva la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

8.5. La carga de la justificación de los extremos referidos recaerá sobre la parte que defienda la implementación de la medida, mediante la justificación y prueba de la desigualdad de hecho existente en el ámbito donde se pretenda implementar, cobrando especial importancia los estudios estadísticos.

8.6. Sólo será admisible la discriminación inversa racionalizada, la que consiste en el establecimiento de cuotas flexibles en los procesos de selección, donde la consideración de la pertenencia al grupo minusvalorado socialmente es un elemento más a tener en cuenta pero no el único. El establecimiento de cuotas flexibles permitirá considerar las particularidades de cada caso y efectuar una aplicación equitativa de la medida en cuestión.

8.7. Deberá tenerse en cuenta el ámbito donde son aplicadas, puesto que en el caso de concursos a cargos públicos la idoneidad constituirá un requisito ineludible para acceder a los mismos.

8.8. Mediante las acciones positivas no se atribuyen derechos en razón de la raza, el sexo o la minusvalía de las personas, sino por la situación de una probada desventaja social, laboral o económica en la que se encuentran determinados colectivos, producto de prejuicios, tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad.

9. Luego de un examen detallado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina relativa al principio de igualdad, en el presente estudio se detectaron allí diversos niveles de intensidad en el examen de razonabilidad de las diferenciaciones normativas.

9.1. Un primer grupo de fallos, vinculados con el ejercicio de derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, previsiona-

les e impositivos, estuvo constituido por aquellos casos donde el máximo tribunal argentino presumió la razonabilidad de la distinciones impugnadas, considerando que se trataba de una cuestión no justiciable y librada a la discrecionalidad legislativa. Con base en esta presunción, omitió exponer las razones que otorgaban a la distinción normativa de una justificación suficiente, negándose a examinar la razonabilidad de los criterios escogidos por el legislador y limitándose a reiterar fórmulas genéricas, sin relacionarlas con las concretas circunstancias del caso. Asimismo, en forma explícita o implícita impuso la carga de la justificación sobre la parte que cuestionó la discriminación, la que debía demostrar la existencia de arbitrariedad, indebido privilegio o ánimo persecutorio.

9.2. En un segundo grupo de fallos, también relacionados con clasificaciones normativas referidas al ejercicio de derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales, laborales e impositivos, así como vinculados a los depósitos bancarios, la Corte Suprema aplicó lo que he llamado un “escrutinio ordinario”, puesto que no se negó a juzgar la razonabilidad de las diferenciaciones cuestionadas, sino que reveló un esfuerzo de justificación tendiente a demostrar la ausencia de arbitrariedad mediante la exposición de las razones que fundamentaron la diversidad de tratamiento impugnada. Para ello se valió de los siguientes argumentos: a) de un examen de medios a fines, aplicando el denominado juicio de adecuación o idoneidad, pero sin exigir una adecuación exacta ni valorar la eficacia del medio con relación al fin; b) de razones de justicia distributiva, examinando la proporcionalidad del reparto de la carga impuesta al grupo agraviado, y tomando en cuenta la relación de los destinatarios de la carga con la finalidad de la distribución, así como la vinculación de dicha finalidad con el bien común; y c) del juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental con respecto al cual se

impartió la distinción de trato, no conformándose con la superación del juicio de adecuación si la clasificación impugnada conllevaba la alteración sustancial del derecho constitucional en juego.

9.3. Un tercer grupo de fallos se caracterizó por un examen riguroso de la razonabilidad de las distinciones normativas vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales extrapatrimoniales —derechos a la libertad de expresión, a la libertad física o ambulatoria y a contraer matrimonio—, o basadas en criterios tales como la nacionalidad, el origen nacional, el sexo y la edad. A dicho examen lo he denominado “escrutinio extraordinario”, el que no se presentó con una estructura uniforme, sino cambiante, aunque coincidiendo en una mayor profundización del juicio de razonabilidad de las discriminaciones impugnadas, en comparación con el examen aplicado en el “escrutinio ordinario”. Esta profundización del examen de razonabilidad consistió en lo siguiente:

9.3.1. En los últimos precedentes relativos a supuestos de discriminación por razón del origen nacional y la nacionalidad, se intensificó el juicio de adecuación, requiriendo que la clasificación normativa impugnada —el medio— promoviera efectivamente la finalidad perseguida mediante su dictado, resultando insuficiente una genérica adecuación a los objetivos buscados. Ello implicó una evolución en la jurisprudencia del máximo tribunal, puesto que en casos anteriores esta relación de adecuación fue valorada con una manifiesta flexibilidad, sin exigir una relación sustancial o efectiva entre medios y fines.

9.3.2. En la aplicación del juicio de necesidad, exigiendo que la diferenciación cuestionada sea la menos restrictiva, dentro de las igualmente eficaces, del derecho fundamental involucrado. Tal como se señaló, es a partir del caso “Franco”¹²²², cuando la Corte Suprema comenzó a juzgar la indispensabilidad de la medida, pues hasta entonces se había limitado a la valoración de la adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

9.3.3. En el juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental con respecto al cual se estableció la distinción de trato. En alguno de los casos analizados, el tribunal valoró particularmente si el derecho fundamental en juego se veía alterado en su sustancia, concluyendo en la constitucionalidad de la clasificación impugnada cuando aquella se mantenía incólume.

9.3.4. El escrutinio extraordinario también supuso la imposición de la carga de la justificación del tratamiento desigual, ya sea de modo expreso o bien tácito, sobre el defensor de la norma cuestionada, presumiendo de tal modo la inconstitucionalidad de las normas que discriminaban con relación al ejercicio de derechos fundamentales extrapatrimoniales o que se basaban en el sexo, el origen nacional, la nacionalidad o la edad de las personas.

10. La intensificación del juicio de adecuación y la aplicación de los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los precedentes “Hooft”¹²²³, y “Gottschau”¹²²⁴, permite afirmar que la

¹²²² Fallos 325:2968 (2002).

¹²²³ Fallos 327:5118 (2004).

¹²²⁴ Fallos 329:2986 (2006).

Corte Suprema ha reformulado el escrutinio extraordinario para los supuestos de discriminación por razón del origen nacional y la nacionalidad, asemejándose en su estructura al escrutinio estricto que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos para juzgar la constitucionalidad de las clasificaciones que involucran derechos fundamentales o se basan en la raza, el origen nacional, o, en determinados supuestos, la condición de extranjero.

11. En el caso “Hooft”, la Corte Suprema sostuvo que la utilización por la legislación de los criterios prohibidos en los artículos 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como factores de discriminación conlleva una presunción de inconstitucionalidad, recayendo sobre el creador o defensor de la clasificación normativa justificar su razonabilidad. Cabe aclarar, que ello no supuso que las diferenciaciones basadas en los motivos expresamente prohibidos por los Pactos sean sometidas a un examen de razonabilidad intensivo, por cuanto el máximo tribunal no efectúa ninguna afirmación en tal sentido, limitándose a señalar los juicios que deben sortear las distinciones por razón del origen nacional.

12. De los casos analizados correspondientes a la Corte Suprema de Argentina y a la Corte Suprema de Estados Unidos, pudieron extraerse criterios que servirán de orientación para concretar las exigencias que plantea el principio de igualdad en la creación de las normas jurídicas y en la tarea de interpretación constitucional.

12.1. Un primer criterio consiste en que, conforme a la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación, la igualdad garantizada por la Constitución de Argentina no es una igualdad absoluta entre los hombres o un puro igualitarismo, sino que se trata de una igualdad proporcional, que toma en cuenta las diferencias existentes en-

tres las personas y situaciones, para considerar aquellas que son relevantes en la difícil tarea de dar a cada uno lo suyo.

12.2. Otro criterio que también se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, indica que el principio de igualdad resulta aplicable para aquellos que se encuentran en igualdad de circunstancias, lo que supone la existencia de un término de comparación, o sea, de una persona o grupos de personas con relación a los cuales se reclama igual tratamiento. Dicha igualdad de circunstancias no es meramente fáctica, pues no existe en el ámbito de lo real una relación de igualdad absoluta, y supone determinar qué rasgos, características o criterios se consideran irrelevantes para sustentar la existencia de una igualdad de circunstancias y reclamar un trato igual, o por el contrario, cuáles de ellos se estiman relevantes para fundar un trato desigual.

La determinación de los criterios relevantes para fundar un trato igual o desigual constituye una de las aporías que plantea el principio de igualdad e implica una tarea valorativa que se traduce en un examen de razonabilidad de las distinciones formuladas por el creador de la norma, el que supone la ponderación de medios, la valoración de la importancia y legitimidad de los fines perseguidos mediante la clasificación cuestionada y la consideración del contenido de los derechos involucrados.

12.3. La libertad de configuración del legislador constituye otro de los lineamientos a tener en cuenta en la interpretación y aplicación del principio de igualdad. Dicha libertad significa que el Estado tiene un razonable margen de apreciación para diferenciar y clasificar los objetos de la legislación y se fundamenta en el principio de división de poderes. A su vez, supone la existencia de cuestiones políticas no justiciables, como lo son la diversidad o uniformidad de los regímenes laborales y previsionales, los que han sido considerados por la

Corte Suprema de Argentina como enfoques de política legislativa, cuyo error, acierto, mérito o conveniencia no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse. En sentido similar, y refiriéndose a esta libertad del legislador, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha considerado que el Estado tiene un amplio margen de apreciación para establecer diversos sistemas de tributación.

Por otra parte, la libertad de configuración del legislador también resulta legítima por cuanto existen casos en los que el principio de igualdad admite tanto un tratamiento igual como uno desigual, exigiendo únicamente que de efectuarse un trato desigual, éste no resulte arbitrario, brindándose una justificación razonable que lo sustente.

12.4. La exigencia de razonabilidad de las diferenciaciones normativas constituye un criterio sustancial para determinar en qué casos se ha violentado el derecho de igualdad. Dicha exigencia se traduce en un juicio de razonabilidad de las clasificaciones normativas que no reviste las mismas características que el aplicado para juzgar la reglamentación de los derechos de libertad. Ello, por cuanto pueden observarse diferentes grados de intensidad en el juicio de razonabilidad cuando éste es aplicado para establecer la vulneración del derecho de igualdad, el que por su naturaleza relacional siempre aparece vinculado a “otro derecho” con respecto al cual se reclama igualdad de reconocimiento, pudiendo ser ese “otro derecho” un derecho humano, constitucional, legal o infralegal. En los dos primeros casos, o sea, cuando la igualdad se dice vulnerada con relación al ejercicio de un derecho humano o constitucional, el test de razonabilidad aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y por la Corte Suprema de Argentina ha sido más exigente que en el supuesto de derechos legales o infralegales. Asimismo, dicho test de razonabilidad es intensificado cuando se impugnan diferenciaciones normativas vinculadas al ejercicio de derechos legales o infralegales,

si tales distinciones se basan en criterios tales como la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero o de hijo extramatrimonial.

La intensificación del juicio de razonabilidad en los supuestos mencionados, se tradujo, según el criterio utilizado para diferenciar y el tribunal de que se trate, en la intensificación del juicio de adecuación, como así también en la aplicación de los juicios de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad o indispensabilidad.

13. Parece justo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos presuma la irrazonabilidad de las clasificaciones basadas en la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de extranjero y de hijo extramatrimonial, como así también que la Corte Suprema de Argentina presuma la inconstitucionalidad de las clasificaciones basadas en la nacionalidad y el origen nacional, puesto que constituyen características de las personas que no resultan modificables por medio de su conducta, en cuanto no han sido elegidas, sino que les vienen dadas y respecto de las cuales la libertad humana carece de influencia determinante. En el caso de la extranjería, si bien existe la posibilidad de la nacionalización, los Estados exigen determinados requisitos que en todos los supuestos no pueden ser cumplimentados a los fines de adquirir la nueva nacionalidad.

Los criterios de distinción referidos, por resultar ajenos a la voluntad del ser humano, no se vinculan en la generalidad de los casos con el fundamento o título del derecho con relación al cual se establece la diferenciación normativa. Si bien, cabe aclarar, en algunos supuestos la utilización de tales criterios de diferenciación puede resultar conforme al principio de igualdad, como sucede con las acciones positivas que diferencian en base a la raza, sexo u origen nacional de las personas, con el fin de alcanzar una igualdad de oportunidades o de resultados para la obtención de bienes sociales escasos o difíciles de obtener por los miembros de tales colectivos.

En el mismo sentido, cabe admitir la constitucionalidad de aquellas clasificaciones que se basan en cualidades naturales o personales, independientes de la voluntad del hombre, pero directamente vinculadas con la finalidad del instituto, relación jurídica, función o realidad práctica a regular, e indispensables para su efectivo logro o alcance, como podría ser el requisito de la nacionalidad para el cumplimiento de funciones públicas vinculadas con la seguridad y soberanía del Estado.

14. Las diferencias que presenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y de los Estados Unidos obedece a la diversa realidad social y política de cada uno de dichos Estados. En la Argentina, el impulso de las políticas inmigratorias y la protección del extranjero en la CN, se tradujo en una jurisprudencia notoriamente más estricta con las discriminaciones por razón de la nacionalidad y del origen nacional en comparación con la de la *Supreme Court*. En los Estados Unidos, la experiencia de la discriminación racial impulsó a su máximo tribunal a elaborar una doctrina de la *equal protection* dotada de una mayor precisión que la de la Corte Suprema argentina.

14.1. Éstas y otras diferencias señaladas a lo largo del presente trabajo revelan cómo la historia y la cultura influyen en la interpretación y aplicación del principio de igualdad, pues tal como lo ha señalado la hermenéutica, el intérprete se acerca al texto disponiendo de un prejuicio o noción previa que vienen determinados por la tradición en la que está inserto.

14.2. También pudieron subrayarse similitudes relativas al examen de razonabilidad aplicado para las clasificaciones referidas al ejercicio de derechos patrimoniales, a las basadas en el sexo, el origen nacional y la nacionalidad. Asimismo, se destacó la presencia de

cierta evolución en la jurisprudencia de ambos tribunales. En la de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en lo que respecta al salto cualitativo que supuso el abandono de la doctrina *separados pero iguales* y la aplicación de un escrutinio estricto para las discriminaciones raciales. En cuanto a la Corte argentina, el avance que significó la elaboración de un test de constitucionalidad exigente y dotado de una mayor claridad para juzgar las diferenciaciones por razón de la nacionalidad y del origen nacional.

14.3. Las similitudes y los progresos a que se hizo referencia a lo largo de este trabajo, demuestran en cierto sentido que los prejuicios, si bien condicionan al sujeto en la concreción de las implicancias que plantea el principio de igualdad, no son determinantes o irresistibles, teniendo el sujeto la posibilidad de superarlos, accediendo al conocimiento de un núcleo de juridicidad indisponible, constituido por aquellos principios que tiene por objeto bienes humanos indispensables para el perfeccionamiento y desarrollo del ser humano.

15. El estudio del examen de razonabilidad de las clasificaciones normativas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y de los Estados Unidos, ha puesto de manifiesto que para la aplicación de dicho examen es ineludible efectuar una tarea valorativa, así como asumir cierta concepción de la justicia, del derecho y de lo que es bueno para el hombre. Ello, por cuanto los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que componen dicho examen de razonabilidad, exigen ponderar medios, la legitimidad o constitucionalidad, importancia o vitalidad de los objetivos perseguidos mediante las clasificaciones cuestionadas, así como el contenido de los derechos involucrados, lo que implica considerar los fines a que ellos apuntan y los bienes humanos objeto de tales derechos.

16. Según lo expresado, cabe concluir que el principio de igualdad no persigue una nivelación absoluta de los hombres, vale decir, una igualdad exacta o aritmética, como así tampoco se reduce a una noción puramente formal o procedimental, sino que por el contrario se refiere a una igualdad proporcional, que toma en cuenta las diferencias existentes entre los hombres y las circunstancias que los rodean, prescribiendo o determinando el contenido de las normas. De allí que el principio bajo estudio no admite una aplicación avalorativa o axiológicamente neutral, si se lo quiere dotar de un contenido que vincule a todos los poderes del Estado. Ello demuestra, por una parte, la incompatibilidad del constitucionalismo de principios con los postulados del positivismo metodológico, el que postula una aproximación avalorativa al estudio del derecho, para hacer de él una auténtica ciencia. Por la otra, las exigencias que plantea el principio de igualdad evidencia la estrecha conexión existente entre derecho y moral o entre derecho y justicia, pues, tal como se expuso y demostrado mediante el análisis de la jurisprudencia, determinar si una norma ha violado el principio de igualdad supone un juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas que conduce ineludiblemente a asumir cierta concepción de la justicia y de lo que es bueno para el hombre.



BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, M. E. y MAZA, M. A., *Ley sobre riesgos del trabajo. Aspectos constitucionales y procesales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- ALARCÓN CABRERA, C., “Reflexiones sobre la igualdad material”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 4, 1987, pp. 31-42.
- ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, N° 5, 1988, pp. 139-151.
- *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, ed. en castellano: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Theorie der juristischen argumentation, Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung*, Suhrkamp, ed. en castellano: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ANDERSON, C.E., “The erosion of affirmative action in university admissions”, *32 Akron Law Review* 181, 1999, pp. 181-232.
- ARÉCHAGA, I., “Lo obsoleto es el modelo único”, <http://www.aceprensa.com/articulos/1997/jun/11/lo-obsoleto-es-el-modelo-nico/>, de fecha 11-06-1997.
- ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998.
- *Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998.
- ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N° 135, septiembre-diciembre de 1994, pp. 495-499.

- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003.
- BIANCHI, A. B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, *La Ley*, t. 1991-C, p.141.
- *Control de constitucionalidad*, T. 2, 2ª edición, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Ediar, 2ª edición, Buenos Aires, 1980.
- “Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación”, *El Derecho*, t. 78, p. 512.
- “La sucesiva mutación del derecho, ¿viola la igualdad?”, *El Derecho*, t. 81, p. 692.
- “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?”, *La Ley*, t. 2000-B, p. 22.
- BIDART CAMPOS, G. J. y HERRENDORF, D. E., “El requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia”, *El Derecho*, t. 132, p. 554.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli Editore, Turín, ed. en castellano: *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- “Equaglianza” y “Libertá”, *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364, y vol. III, p. 994-1004 respectivamente, 1977, 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.
- BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, T. I, octava edición, Perrot, Buenos Aires, 1989.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. y HOAGUE, E.C., *Diccionario Jurídico*, Law Dictionary, Heliasta, Buenos Aires, 1996.
- CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, N° 84, abril-junio 1994, pp. 265-285.
- CAYUSO, S., “El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino”, *La Ley*, t. 2003-F, p. 1380.
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000.
- *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

- (coord.), *La interpretación en la era del Neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- *El ejercicio regular de los derechos constitucionales. Análisis y crítica del conflictivismo. Segunda edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2007.
- “La teoría de la justicia ante las situaciones de emergencia económica”, en AAVV, *Estudios en homenaje al Prof. Osvaldo Gómez Leo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, en prensa, 2007.
- CLÉRICO, L., “Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso Franco: sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales”, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2003-II, p. 467.
- CLÉRICO, M. L. y SCtHVARTZMAN, S., “Repetto revisitado: a propósito del fallo del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires sobre acceso a la docencia en el caso de los extranjeros”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 345-368.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.
- COTTA, S., “Né Guideo né Greco, ovvero della possibilità dell’uguaglianza”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N° 3, 1976, pp. 331-342.
- *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1985, ed. en castellano: *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. P. Pastor, EUNSA, Pamplona.
- DALEY, J., *The Times*, Londres, 30-IX-1993, publicado en “Los problemas de la coeducación”, <http://www.aceprensa.com/articulos/1993/nov/10/los-problemas-de-la-coeducacion/>, de fecha 10-11-1993.
- DE LA QUADRA, T., “La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 132-145.
- DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, ed. en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- *Law’s empire*, Harbard University Press, Cambridge, Mass., 1986, ed. en castellano, *El imperio de la justicia*, 2ª edición, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.
- ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.



- FERNÁNDEZ RUIZ - GALVEZ, 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 Iura*, N° 5, 1995, pp. 221-241.
- FINNIS, J., *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, ed. en castellano *Ley natural y derechos naturales*, estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FOSTER, S., “Difference and equality: a critical assessment of the concept of diversity”, *WIS. L. REV.* 105, 1993.
- GARAY, A., *Igualdad ante la ley*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA HOZ, V., “El debate sobre la coeducación. No hay razones para imponer un modelo único”, <http://www.aceprensa.com/articulos/1995/nov/08/el-debate-sobre-la-coeducacion/>, de fecha 09-11-1995.
- GARCÍA LÓPEZ, J., *Lecciones de metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1995.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L., “Igualdad, mérito y necesidad”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson S.L., Madrid, 2000, pp. 11-46.
- GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- GELLI, M. A., “La Corte Suprema de Justicia fija el alcance de la inconstitucionalidad sobreviniente”, *La Ley*, t. 1993-A, p. 545.
- *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., “Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión”, *La Ley*, t. 2000-B, p. 24.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- GUILLÉN, H. “La indemnización por incapacidad del aeronavegante. Inconstitucionalidad del art. 35 del decreto-ley 16130/46”, *La Ley*, t. 1986-A, p. 316.
- GULLCO, H. V., “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 253-270.

- HABERMAS, J, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- HASSEMER, W., “Hermenéutica y derecho”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, N° 25, 1985, pp. 63-85.
- HERVADA, J., “Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer”, *Persona y Derecho*, V. XI, 1984, pp. 345-359.
- *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992.
- *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 8ª edición, 1994.
- “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho”, en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 109-124.
- IBARLUCÍA, E., “El caso Brown v. Board of Education of Topeka y la interpretación dinámica de la Constitución”, *La Ley*, t. 2004-C, p. 1227.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., JIMÉNEZ BLANCO, G. MAYOR, P. Y OSORIO, L., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1995.
- KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, estudio preliminar de Carlos Ignacio Massini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- KAUFFMAN, A., *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1976.
- “Concepción hermenéutica del método jurídico”, *Persona y derecho*, N° 35, 1996, pp. 11-38.
- KOMMERS, D. P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, second edition, Duke University Press, Durham and London, 1997.
- LAPORTA, F., “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, N° 67, julio de 1985, pp. 3-31.
- LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, ed. en castellano, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, 1ª edición, Ariel, Barcelona, 1994.
- LAVILLA, L., “Constitucionalidad y Legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 53-67.
- LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970.

- MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., T. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.
- MARQUEZ LUNDIN, J., "Making equal protection analysis make sense", 49 *Syracuse Law Review* 1191, 1999, pp. 1192-1246.
- MARTÍNEZ DORAL, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.
- MARTINEZ PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 187-214.
- "Del positivismo analítico a la justicia procedimental", *Persona y Derecho*, N° 42, 2000, pp. 161-210.
- "Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación", *El Derecho*, t. 189, p. 689.
- MAZZINGHI, J. A., "Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: Un fallo elogiado de la Corte", *El Derecho*, t. 185, p. 452.
- McWHIRTER, DARIEL, *The end of affirmative action (Where do we go from here?)*, Carol Publishing Book Group, New York, 1996.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MENDEZ COSTA, M. J. y D'ANTONIO, D. H., *Derecho de familia*, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996.
- MILLER, J.; GELLI, A. y CAYUSO, S., *Constitución y derechos humanos*, 2 vols., Astrea, Buenos Aires, 1991.
- MOSSET ITURRASPE, J., "Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos (violatorios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales)", *Revista de Derecho de daños*, 2001-1.
- NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, 6th edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000.
- OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- ¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999.
- PAREJO ALFONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 3, 1981, pp. 169-190.
- PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PERELMAN, C., *De la Justicia*, trad. de Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1964.
- PÉREZ LUÑO, A. E., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 1, 1981, pp. 256-275.
- “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 3., 1985, pp. 253-285.
- *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1986.
- PETERS, A., *Women, quotas and Constitutions*; Kluwer Law, London, 1999.
- PETZOLD-PERNÍA, H., “Algunas notas sobre la noción de justicia de Chäim Perelman”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, t. 3, pp. 205-226.
- PIETRO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PINTO, M. A., “La noción de bien común según la filosofía tomista”, *Prudentia Iuris*, t. III, 1981, pp. 7-24.
- PIZA ROCAFORT, R., *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*, Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica, 1997.
- PIZARRO, R. D., “La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación”, *La Ley*, t. 2004-F, p. 90.
- PIZZORUSSO, A., *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- PUYRREDÓN, J. M. y RINALDI, J. L., “La igualdad civil de argentinos y extranjeros”, *La Ley*, t. 1989-B, p. 348.
- RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944.
- RABOSI, E., “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad*.

Aportes para un constitucionalismo igualitario, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 45-60.

RAWLS, J., *A theory of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, ed. en castellano: *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1997.

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RIUS, O., *La igualdad ante la ley*, Lerner, Córdoba, 1987.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977.

ROSSANO, C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966.

RUBIO LLORENTE, F., "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Introducción", en *La forma del poder. Estudios sobre la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 605-632.

— "La igualdad en la aplicación de la ley", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 47-58.

RUIZ MIGUEL, A., "Discriminación inversa e igualdad", en IGLESIAS, P. (ed.), *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, pp. 77-93.

— "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 155-199.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "Igualdad, mérito y capacidad en el empleo público", en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 141-155.

SANTIAGO, A. (h), *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999.

SAGÜES, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1993.

— *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002.

SARDEGNA, M. A., *Tratado de derecho del trabajo*, T. 6, director Antonio Vázquez Vialard, Astrea, Buenos Aires, 1985.

SCALA, J., *Género y derechos humanos*, 3ª edición, Vórtice, Buenos Aires, 2004.

SCHVARTZMAN, S., "¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?", *La Ley*, t. 2002-F, p. 464.

- SCHWABE, J., *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003.
- SERNA, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI, C. I. y SERNA, P. (ed.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 23-79.
- *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- SERNA, P y TOLLER, F, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, 1989.
- ¿Son todos los hombres personas?, <http://www.almudi.org/Inicio/tabid/36/ctl/Detail/mid/386/Default.aspx?id=162>, de fecha 18-04-2002.
- STONE, G. R., SEIDMAN, L. M., SUNSTEIN, C. R. y TUSHNET, M. V., *Constitutional law*, Aspen Law & Business, Aspen Publishers, Inc., 3° edition, 1996.
- SUAY RINCON, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1985.
- TAWNEY, R. H., *La igualdad*, Versión española de Francisco Giner de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, nueva versión sobre el texto latino, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987.
- TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2th. edition, The Foundation Press, Inc., Mineloa, New York, 1988.
- VÁZQUEZ VIALARD, A., “Aspectos fundamentales de la ley sobre riesgos del trabajo (ley 24557)”, en *T. y S. S.*, 1995, pp. 741-750.
- “La Corte Suprema de Justicia Nacional ha declarado la constitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo”, *La Ley*, t. 2002-A, p. 932.
- VIGO, R. L., *Las causas del derecho*, Prólogo de Georges Kalinowki, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Tomo XXXII, Año Académico 1993, pp.205-233.

- “Teoría distintiva fuerte entre normas y principios”, en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 465-492.
- VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*, trad. de Diorki, revisión de la trad. J. Valdés y M. Valdés, E.U.N.S.A., Pamplona, 1979.
- ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S.p.a., 1992, ed. en castellano, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997.
- “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 161-177.



JURISPRUDENCIA CITADA

1. REPÚBLICA ARGENTINA

1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

- “Aceval, Héctor León c/Industria Argentina de Aceros Acindar S.A.”, Fallos 251:21 (1961).
- “Acuña y Hnos. y Cía., S.R.L. c/Nación”, Fallos 286:166 (1973).
- “Alvarez, Augusto c/Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires”, Fallos 204:391 (1946).
- “Alvarez, Juan Benjamín c/Nación”, Fallos 181:127 (1938).
- “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.”, Fallos 327:3753 (2004).
- “Arabi Katbi, Munira c/Pacheco Santamarina, Carlos Juan”, Fallos 300:1049 (1978).
- “Arana, Juan Carlos s/Excarcelación”, Fallos 318:1877 (1995).
- “Arano, Néstor Alfredo c/Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires”, Fallos 306:495 (1984).
- “Arce, Jorge D. s/recurso de casación”, Fallos 320:2145 (1997).
- “Argentina de Capitalización La Continental S.A. c/Provincia de Córdoba”, Fallos 201:202 (1945).
- “Arismendi, Tomás Quirino c/Omar, Paloma”, Fallos 285:155 (1973).
- “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Comité Federal de Radiodifusión”, Fallos 326:3142 (2003).
- “Augusto y Renato Vaschetti S.A.C.I.I.F. c/Dirección General Impositiva e Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 315:222 (1992).

- “Bagley M.S. y Cia. Ltda. S.A.”, Fallos 290:407 (1974).
- “Banco Sidesa S.A. s. quiebra”, Fallos 320:1386 (1997).
- “Baldini, Gabriela Javiera Rosario s/pensión”, Fallos 295:455 (1976).
- “Barbarella S.A.C.I.F.I.”, Fallos 300:1087 (1978).
- “Barone, Manlio y otro c/Banco di Napoli”, Fallos 249:252 (1961).
- “Barri, Roberto Juan”, Fallos 300:921(1978).
- “Bco. Italo Argentino de San Juan c/Prov. de San Juan”, Fallos 188:105 (1940).
- “Belfiore, Liliana I. c/Municipalidad de la Capital y otro”, Fallos 308:1726 (1986).
- “Bello, Antonio”, Fallos 277:278 (1970).
- “Bodegas y Viñedos Domingo Tomba c/Provincia de Mendoza”, Fallos 176:157 (1936).
- “Bogado, Alberto A. s/contrabando”, Fallos 316:1764 (1993) .
- “Botto Fiora Vda. De Benassi, Irma Angela y otros c/Unión Ferroviaria”, Fallos 236:168 (1956).
- “Bozzano, Edgardo Omar c/Estado Nacional - Estado Mayor General de la Armada”, Fallos 318:1256 (1995).
- “Brunel, Inreneo Rodolfo c/Caja de Previsión Social de la Provincia y/o Provincia de Formosa s/Demanda Contencioso Administrativa”, Fallos 324:2366 (2001).
- “Burrueca, Mansilla Rodolfo en la causa que se le sigue ante los Tribunales Militares de la Nación”, Fallos 126:280 (1917).
- “Bustos, Alberto R. y otros c/Estado Nacional y otros”, Fallos 327:4495 (2004).
- “Cafés La Virginia S.A. c/Dirección General Impositiva s/demanda de repetición”, Fallos 320:1166 (1997).
- “Caja de Jubilaciones de Empleados Ferroviarios c/Vaccani, Natalio”, Fallos 199:60 (1944).
- “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba s/Amparo”, Fallos 321:196 (1998).
- “Camarotta, Veder”, Fallos 294:83 (1976).
- “Campodónico de Beviaqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos 323:3229 (2000).
- “Carballo, María Isabel y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/contencioso administrativo”, Fallos 287:42 (1973).
- “Cello de Ciarrapico, Eugenia C. c/Marino, Cayetano”, Fallos 204:195 (1946).

- “Cerro Castillo S.A. c/Provincia de Chubut s/repetición”, Fallos 310:2443 (1987).
- “Chiappe, Sixto”, Fallos 271:320 (1968).
- “Cía. San Pablo de Fabricación de Azúcar S.A. c/Provincia de Tucumán”, Fallos 251:180 (1961).
- “Ciqueaux de Galli, Beatriz Elena”, Fallos 300:1084 (1978).
- “Colgate Palmolive Peet Ltda.. S.A.”, Fallos 269:279 (1967).
- “Conti, Juan Carlos c/Ford Motor Argentina S.A. s/cobro de pesos”, Fallos 311:394 (1988).
- “Cook, Carlos Augusto Vocal Cámara de Apelaciones del C. del Uruguay s/amparo”, Fallos 313:410 (1990).
- “Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García”, Fallos 312:1082 (1989).
- “Cotignola, Mario c/ Frigorífica Cía. Swift de La Plata S.A.”, Fallos 266:106 (1966).
- “Coutinho, Felipe”, Fallos 304:1259 (1982).
- “Criminal c/Olivera, Guillermo”, Fallos 16:118 (1875).
- “Cruz, José c/Provincia de Santiago del Estero s/inconstitucionalidad de la ley 1202”, Fallos 179:98 (1937).
- “D. de P. V., A. c/O., C. H. s/Impugnación de la paternidad”, Fallos 322:2701 (1999).
- “Dal Verme, Alfonsina c/Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios”, Fallos 163:89 (1931).
- “Dardanelli de Cowper, Ana Inés Marta c/Aerolíneas Argentinas S.A.”, Fallos 306:1560 (1984).
- “Da Silva, Juan c/F. Piccaluga y Cía S.R.L.”, Fallos 244:468 (1959).
- “D´Aste, Héctor c/Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado”, Fallos 269:416 (1967).
- “Delia Bonorino Ezeyza de Claypole y otros c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad de la ley 4834 y del art. 1º, inc. 5 de la ley 4204”, Fallos 210:284 (1948).
- “De Mundo, José c/Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos 218:470 (1950).
- “Dessy, Gustavo Gastón s/Hábeas corpus”, Fallos 318:1894 (1995).
- “Destilería Franco Argentina c/Gobierno de la Nación”, Fallos 132:402 (1920).
- “Díaz Colodrero, Carlos María Andrés”, Fallos 297:480 (1977).

- “Díaz Velez, Eugenio c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 151:359 (1928).
- “Dolores Cobo de Macchi Di Cellere c/Provincia de Córdoba”, Fallos 190:159 (1941).
- “Domínguez, Alberto Roberto c/U.N.R. s/recurso de amparo”, Fallos 307:1964 (1985).
- “Don Pascual Caeiro c. don Enrique Astengo s. Cobro de pesos”, Fallos 140:175 (1924).
- “Drysdale, Juan Hannah y otros c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 149:417 (1927).
- “Ediciones Platense S.A. c/Municipalidad de La Plata s/Acción de Amparo”, Fallos 320:1191 (1997).
- “Empresa Vesta de Construcciones c/Municipalidad de Santiago del Estero”, Fallos 237:239 (1957).
- “Estancias y Colonias Badenia S.A. c/Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad de patente”, Fallos 179:86 (1937).
- “Etchevarne, Rafael contra sucesión de Carlos, Salas. Caille, Eduardo”, Fallos 137:105 (1922).
- “Fayt, José Manuel c/Asociación Civil Ocean Club y otras s/accidente - cobro de pesos”, Fallos 316:2796 (1993).
- “Fernández, Eduardo c/Transporte La Estrella S.A. s/despido”, Fallos 315:1190 (1990).
- “Fernández Orquín c/Ripio”, Fallos 264:417 (1966).
- “Ferrari, Daniel C. y otros c/Peiti, Ramón”, Fallos 199:466 (1944).
- “Ferraris, Sergio Arturo c/Provincia de Mendoza”, Fallos 303:1580 (1981).
- “Ferro, Rafael V. c/Cabrera, Pedro”, Fallos 143:379 (1925).
- “Fiori, Pedro Ángel”, Fallos 299:181 (1977).
- “Flores, Elvio c/Cía. Argentina de Seguros Generales La Inmobiliaria”, Fallos 263:545 (1965).
- “Flores, María Leonor y otros c/Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A.”, Fallos 307:906 (1985).
- “Franchi, Héctor L.”, Fallos 313:579 (1990).
- “Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 325:2968 (2002).
- “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional”, Fallos 315:2708 (1992).
- “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contenciosoadministrativo”, Fallos 319:1165, (1996).
- “Gallino, Andrés (su suc.)”, Fallos 160:247 (1931).

- “Galván, Marcelo René c/La Territorial de Seguros S.A.”, Fallos 292:160 (1975).
- “Ganadera e Industrial Ciriaco Morea S.A. c/Provincia de Córdoba”, Fallos 210:172 (1948).
- “García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano”, Fallos 238:60 (1957).
- “Geddes, Hermanos y otros c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 95:327 (1902).
- “Gersoik de Caminos, Sofía”, Fallos 294:119 (1976).
- “Giraldez, Alonso c/Municipalidad de Rosario”, Fallos 180:39 (1938).
- “Girolidi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, Fallos 318:514 (1994).
- “Gómez, José María c/Cía. Sansinena S.A.”, Fallos 268:135 (1967).
- “González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba s/Recurso de hecho”, Fallos 323:2659 (2000).
- “Gorosito, Juan R. y otros c/Riva S.A. y otros”, Fallos 325:11 (2002).
- “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 329:2986 (2006).
- “Guardian Assurance Co. Ltd. c/Gobierno Nacional”, Fallos 150:89 (1927).
- “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, Fallos 323:1566 (2000).
- “Gunther, Fernando Raúl c/Nación Argentina”, Fallos 308:1118 (1986).
- “Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión”, Fallos 293:551(1975).
- “Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 327:5118 (2004).
- “Hortel, Eduardo C. y otro c/Provincia de Buenos Aires s/Amparo”, Fallos 323:629 (2000).
- “Huergo, José María c/Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos 219:343 (1951).
- “Ibarra, Hilario Eduardo c/González, Emilio”, Fallos 235:171 (1956).
- “Iglesias, Luis Omar c/Laphitzondo, Miguel A.”, Fallos 295:585 (1976).
- “Industria Maderera Lanín S.R.L. c/Nación”, Fallos 298:223 (1977).
- “Jewish Colonization Association c/Pcia. de Santa Fe”, Fallos 147:402 (1926).
- “Joaquín M. Cullen c/Baldomero Llerena”, Fallos 53:420 (1893).
- “Jorda de Fernández Márquez, Herminia”, Fallos 262:205 (1965).
- “Leal, José E. c/Giménez, Eduardo S.”, Fallos 184:398 (1939).
- “Levin, José c/Club Centro Obrero y otros”, Fallos 302:315 (1980).
- “Liebau, Gustavo Luis solicita excepción al servicio militar”, Fallos 315:135 (1992).
- “Lilp y Cía. c/Administración de Impuestos Internos”, Fallos 132:198 (1920).

- “López López Luis y otro c/Provincia de Santiago del Estero s/eximición de inversiones”, Fallos 314:1293 (1991).
- “López Saavedra, Domingo Martín c/Provincia de Buenos Aires s/Declaración de inconstitucionalidad”, Fallos 311:1459 (1988).
- “Luján, Honorio Juan c/Nación Argentina”, Fallos 308:1109 (1986).
- “Mariani, Alfonso Francisco”, Fallos 249:596 (1961).
- “Maroñas, Agapito s/pensión”, Fallos 315:482 (1992).
- “Martí de Martínez, Mercedes c/S.A. Editorial Atlántida”, Fallos 290:245 (1974).
- “Martínez, José Agustín s/Robo calificado”, Fallos 312:826 (1989).
- “Mason de Gil, Malvina c/Municipalidad de Santa Rosa”, Fallos 195:270 (1943).
- “Maymo, Alcides Hernán y otra c/Banco Central de la República Argentina s/cobro de australes”, Fallos 316:1993 (1993).
- “Medina, José c/Municipalidad de Rosario”, Fallos 248:285 (1960).
- “Melo de Cané, Rosa; su testamentaria”, Fallos 115:111(1911).
- “Mercedes Benz Argentina S.A.”, Fallos 256:94 (1963).
- “Moscoso, Beatriz Amalia c/Instituto Municipal de Previsión Social”, Fallos 319:1630 (1996).
- “Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena y otros c/Destefanis, Antonio”, Fallos 270:374 (1968).
- “Nación c/Sabena, Carlos”, Fallos 201:71 (1945).
- “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/Infracción art. 139 bis del C.P.”, Fallos 321:3630 (1998).
- “Neville, Jorge Andrés c/Banco Popular Argentino S.A.”, Fallos, 308:1361 (1986).
- “Noguera Isler, Enrique c/Nación”, Fallos 263:460 (1965).
- “Nuevo Banco Italiano c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 200:424 (1944).
- “Oscar Avico c/Saúl de Pesa”, Fallos 172:29 (1934).
- “Parke Davis y Cía. de Argentina, S.A.I.C.”, Fallos 286:97 (1973).
- “Patalano, Augusto Carlos A. c/Instituto Nacional de Previsión Social”, Fallos 206:112 (1946).
- “Pavón, Alberto J. C.”, Fallos 295:197(1976).
- “Paz, José Clemente”, Fallos 117:22 (1913).
- “Pelliza, Esilda María s/pensión”, Fallos 247:551 (1960).

- “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional -Ministerio de Economía. Banco Central”, Fallos 313:1513 (1990).
- “Pérez, Elvira Juana”, Fallos 294:122 (1976).
- “Pobes, Juan s/Jubilación”, Fallos 266:299 (1966).
- “Producciones J. C. J. c/Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 297:201 (1977).
- “Provincia de San Luis c/Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).
- “Pupelis, María Cristina y otros s/robo con armas”, Fallos 314:424 (1991).
- “Radulescu, Alejandro Constantino c/Gobierno Nacional s/contencioso administrativo”, Fallos 290:83 (1974).
- “Reaseguradora Argentina S.A. c/ Estado Nacional”, Fallos 313:928 (1990).
- “Reitano, José Francisco c/International Freightling Corporation Inc.”, Fallos 223:343 (1952).
- “Rendon, Alfredo Salvador c/Siam Di Tella Ltda.”, Fallos 251:53 (1961).
- “Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos 311:2272 (1988).
- “Rodríguez, K. V. c/ Estado Nacional y otros”, Fallos 329:553 (2006).
- “Rodríguez Rego, José y otros c/Frigorífica Cía. Swift de La Plata S.A.”, Fallos 264:185 (1966).
- “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne, E.”, Fallos 243:467 (1959).
- “S., V. E. y F., M. I.”, Fallos 321:92 (1998).
- “Saleme, Pablo”, Fallos 288:275 (1974).
- “Salim, Elvira N. v. Caja Nac. de Prev. para Trabajadores Autónomos”, Fallos 317:59 (1994).
- “Sánchez de Sotelo, Máxima Genovesa c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/pensión”, Fallos 312:615 (1989).
- “Sánchez, Ricardo c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal”, Fallos 304:667 (1982).
- “Sánchez Viamonte, Julio en autos con Giustinian, Emilio”, Fallos 123:106 (1916).
- “Santiago Dugan Trocello SRL c/P. E. Nac. Ministerio de Economía s/Amparo”, Fallos 328:2567 (2005).
- “Santoro, Cayetano c/Frías, Estela”, Fallos 124:122 (1916).
- “Schavelzon, Simón c/Nación”, Fallos 264:53 (1966).
- “Schoklender, Sergio Mauricio s/causa N° 19.889”, Fallos 311:1438 (1988).
- “Sindicato de Luz y Fuerza de Rafaela”, Fallos 290:356 (1974).

- “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarisimo”, Fallos 325:28 (2002).
- “Souto, Rodolfo Juan”, Fallos 253:478 (1962).
- “Suárez, Marino H. F.”, Fallos 176:339 (1936).
- “Swift de La Plata S.A., Cia. c/Provincia de Tucumán”, Fallos 273:241 (1969).
- “Tachella, Mabel Ángela c/D.G.I. — Administración Federal de Ingresos Públicos s/Amparo”, Fallos 325:2600 (2002).
- “The Smithfield and Argentine Meat Co. Ltd.”, Fallos 237:266 (1957).
- “Travaglio, Leandro José y otra c/Instituto Cultural Marianista s/Amparo”, Fallos 312:195 (1989).
- “Unanue, Ignacio y otros c/Municipalidad de La Capital”, Fallos 138:313 (1923).
- “Universidad Nacional de Córdoba c/Estado Nacional (A.F.I.P.)”, Fallos 327:2435 (2004).
- “Val de Anido, María Susana c/S.A. Chaco Argentina”, Fallos 289:197 (1974).
- “Valdez Cora, Ramón”, Fallos 182:355 (1938).
- “Vega, Andrés Roberto y otro c/Instituto Nacional de Vitivinicultura s/Acción de inconstitucionalidad, medida de no innovar”, Fallos 311:1565 (1988).
- “Velasco, Eduardo Elías”, Fallos 271:124 (1968).
- “Veloza, Domingo Benigno c/Conamet S.A. y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, Fallos 314:1349 (1991).
- “Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado”, Fallos 313:1010 (1990).
- “Villegas, Andrés Walter”, Fallos 289:185 [1974].
- “Vivo, José c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 188:464 (1940).
- “Zaracho, Simeón y otra c/Manufactura de Tabacos Piccardo y Cia. Ltda.. S.A.”, Fallos 252:216 (1962).
- “Zofracor S.A. c/Estado Nacional s/Amparo”, Fallos 325:2394 (2002).

1.2. Otros tribunales argentinos

1.2.1. Cámaras Nacionales

- “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.”, Cámara Nacional Civil, Sala H, 16-12-2002, *La Ley*, t. 2003-B, p. 970.

“Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional -Ministerio de Economía. Banco Central”, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3ª, 3-04-1990, *Jurisprudencia Argentina*, t. II-1990, p. 249.

1.2.2. Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires

“Asociación por los Derechos Civiles c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, de fecha 31-03-2005, publicado en www.tsjbaires.gov.ar.

“Salgado, Graciela Beatriz c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 11-04-2001, expediente N° 826/2001, publicado en www.tsjbaires.gov.ar.

1.2.3. Suprema Corte de Buenos Aires

“Fernández, Viviana B. y otro c/Provincia de Buenos Aires”, 23-12-2003, *La Ley*, t. 2004-C, pp. 1086-1116

3. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (U.S. SUPREME COURT)

Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Commission, 488 US 336 (1989).

Allied Stores of Ohio, Inc. v. Bowers, 358 U.S. 522 (1959).

Ambach v. Norwick, 441 U.S. 68 (1979).

Ballard v. United States, 329 U.S. 187 (1946).

Bernal v. Fainter, 467 U.S. 216 (1984).

Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971).

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).

Brown vs. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Brown vs. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955).

Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976).

Bullock v. Carter, 405 U.S. 134 (1972).

Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979).

- Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432 (1982).
Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977).
California Federal Sav. & Loan Assn. V. Guerra, 479 U.S. 272 (1987).
Cipriano v. Houma, 395 U.S. 701 (1969).
City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 473 U.S. 432 (1985).
Clark v. Jeter, 486 U.S. 456 (1988).
Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).
Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).
Dunn c. Blumstein, 405 U.S. 330 (1972).
Examining Board v. Flores de Otero, 426 U.S. 572 (1976).
Foley v. Connelie, 435 U.S. 291 (1978).
Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).
Geduldig v. Aiello, 417 U.S. 484 (1974).
General Electric Co. v. Gilbert, 429 U.S. 125 (1976).
Gomillion v. Lightfoot, 364 U.S. 339 (1960).
Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).
Gregory v. Aschroft, 501 U.S. 452 (1991).
Griffiths, 413 U.S. 717 (1973).
Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).
Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).
Hanover Fire Ins. Co. v. Harding, 272 U.S. 494 (1926).
Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966).
Heller v. Doe, 509 U.S. 312 (1993).
Hodel v. Indiana, 452 US at 331 (1981).
Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).
Hooper v. Bernalillo County Asesor, 472 U.S. 612 (1985).
Hunter v. Underwood, 471 U.S. 222 (1985).
Inc. v. Glassboro, 393 U.S., 117 (1968).
Jennes vs. Fortson, 403 U.S. 431 (1971).
Kramer v. Union Free School District, 395 U.S. 621 (1969).
Lawrence, John y otro c. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co., 410 U.S. 356 (1973).

- Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, (1967).
Luther vs. Borden, 49 U.S. [7, Howard], 1 (1849).
Marston v. Lewis, 410 U.S. 679, (1973).
Matheus v. Diaz, 426 U.S. 67, (1976).
McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).
Metro Broadcasting Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).
Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward, 470 U.S. 869 (1985).
Miller v. Albright, 523 U.S. 420 (1998).
Mills v. Habluetzel, 456 U.S. 91 (1982).
Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982).
Morey v. Doud, 354 US 457 (1957).
Nyquist v. Mauclet, 432 U.S. 1 (1977).
Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112, (1970).
Orr v. Orr, 440 U.S. 268 (1979).
Ortwein v. Schwab, 410 U.S. 656 (1973).
Patsone v. Pennsylvania, 232 U.S. 138 (1914).
Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982).
Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).
Regan v. Taxation with Representation of Washington, 461 U.S. 540 (1983).
Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).
Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).
Richardson v. Ramírez, 418 U.S. 24, (1974).
Richmond v. J. A. Croson, 488 U.S. 469 (1989).
Rinaldi v. Yeager, 384 U.S. 305 (1966).
Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999).
San Antonio School District v. Rodríguez, 411 U.S. 1 (1973).
Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).
Southern R. Co. v. Greene, 216 U.S. 400 (1910).
Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634 (1973).
Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971).
Trimble v. Gordon, 430 U.S. 76 (1977).

578 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES

- Turner v. Fouche*, 396 U.S. 346, (1970).
United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 US 528 (1973).
United States v. Guest, 383 U.S. 745 (1966).
United States v. Kras, 409 U.S. 434 (1973).
United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).
United States v. Virginia, 518 U.S. 515, (1996).
Vance v. Bradley, 440 U.S. 93 (1979).
Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).
Weber v. Aetna Casualty & Surety Co., 406 U.S. 164 (1972).
Wheeling Steel Corp. V. Glander, 337 U.S. 562 (1949).
Williams v. Illinois, 399 U.S. 235 (1970).
Williams v. Vermont, 472 U.S. 14 (1985).
Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483, (1955).
Zobel v. Williams, 457 U.S. 55 (1982).

4. REINO DE ESPAÑA (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

Las sentencias están publicadas en <http://www.tribunalconstitucional.es/>
 STC 2-VII-1981.

STC 11/1981.

STC 32/1981.

STC 49/1982.

STC 81/1982.

STC 14/1983.

STC 75/1983.

STC 98/1983.

STC 103/1983.

STC 107/1983.

JURISPRUDENCIA CITADA

579

STC 63/1984.
STC 107/1984.
STC 49/1985.
STC 86/1985.
STC 98/1985.
STC 99/1985.
STC 209/1985.
STC 52/1987.
STC 128/1987.
STC 136/1987.
STC 19/1988.
STC 261/1988.
STC 108/1988.
STC 144/1988.
STC 9/1989.
STC 48/1989.
STC 73/1989.
STC 142/1990.
STC 200/1990.
STC 2/1991.
STC 150/1991.
STC 183/1991.
STC 216/1991.
STC 28/1992.

580 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES

STC 85/1992.

STC 229/1992.

STC 3/1993.

STC 42/1993.

STC 109/1993.

STC 158/1993.

STC, 3/1994.

STC 90/1994.

STC 215/1994.

STC 308/1994.

STC 55/1996.

STC 166/1996.

STC 161/1997.

STC 36/1999.

STC 136/1999.

STC 125/2003.

STC 186/2004.

5. OTROS TRIBUNALES

5.1. Corte Costituzionale Italiana

Las sentencias están publicadas en <http://www.cortecostituzionale.it/>

99/65.

22 y 81/66

119/69.
14/71.
93/72.
36/73.
119/76.

5.2. Tribunal Constitucional Alemán

BverfGE 13, 97 (113).
BverfGE 17, 306 (314).
BverfGE 20, 150 (159).
BVerfGE 22, 180 (220).
BverfGE 30, 292 (324).
1BvR 71/57, de fecha 16 de junio de 1959.

5.3. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las sentencias están publicadas en
<http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2.htm>

E. Kalanke c/Freie Hansestadt Bremen, Asunto C-450/93, del 17 de octubre de 1995.

Helmut Marshall c/Land Nordrhein-Westfalen, Asunto C-409/95, del 11 de noviembre de 1997.