

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.  
PROBLEMAS E INTERROGANTES.  
EL SISTEMA CONSTITUCIONAL  
ARGENTINO**

SUSANA GRACIELA CAYUSO

## SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DISEÑO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. III.- LA IGUALDAD Y SU PAUTA O ESTÁNDAR DE CONTROL. IV.- UN PROBLEMA A RESOLVER.

Fecha recepción: 2.02.2009  
Fecha aceptación: 4.05.2009

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. PROBLEMAS E INTERROGANTES. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO<sup>1</sup>

POR

SUSANA GRACIELA CAYUSO<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires

## I.- INTRODUCCIÓN

Cuando Ronald Dworkin se interroga acerca de qué derechos tenemos en el sistema democrático retoma lo que tradicionalmente ha sido enunciado como la problemática tensión entre libertad e igualdad. Tensión que ha dado origen a una relación a tal punto estereotipada que al tiempo que se declama su necesaria y armónica convivencia en el estado de derecho, en la práctica se ha sacrificado la igualdad por un concepto de libertad sectorial y discriminatoria.

En tal sentido, el autor citado reformula aquella tensión, desplaza el concepto de libertad en abstracto por el de libertades, con el alcance de reconoci-

---

<sup>1</sup> Este trabajo integra el libro editado en homenaje al Dr. Germán Bidart Campos «*Defensa de la Constitución. Garantismos y controles*»-CapII *Garantismos*-Pto.3 *Protección y efectivización de los derechos y las garantías en el ámbito interno del estado*- Ed. Ediar- -julio 2003-Bs.As.Argentina.

<sup>2</sup> Profesora Titular de Derecho Constitucional, miembro del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja» y Directora del Departamento de Derecho Público I de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

miento y protección de derechos de diversa naturaleza, y centra el núcleo de su análisis en el concepto de igualdad. La igualdad se transforma así en el parámetro definitorio para evaluar el sentido de las restricciones a las libertades. Dice al respecto *«El concepto central de mi argumentación no será el de libertad sino el de igualdad... La cuestión soberana de la teoría política, dentro de un estado al que se supone gobernado por la concepción liberal de la igualdad, es la cuestión de cuáles son las desigualdades en bienes, oportunidades y libertades que se permiten en un estado tal, y por qué. El comienzo de una respuesta parte de la siguiente distinción. Cada uno de los ciudadanos gobernados por la concepción liberal de la igualdad tiene derecho a igual consideración y respeto.*

*Pero hay dos derechos diferentes que podrían ser abarcados por ese derecho abstracto. El primero es el derecho a igual tratamiento, es decir, a la misma distribución de bienes y oportunidades que tenga cualquier otro o que le haya sido otorgada... El segundo es el derecho a ser tratado como igual. Es el derecho no a la igual distribución de algún bien u oportunidad, sino el derecho a igual consideración y respeto en las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tales bienes u oportunidades. Sugiero que el derecho a ser tratado como igual debe ser fundamental dentro de la concepción liberal de la igualdad, y que el derecho -más restrictivo- a igual tratamiento sólo es válido en aquellas circunstancias especiales en que, por alguna razón especial, se sigue del derecho más fundamental... Propongo también que los derechos individuales a diferentes libertades sólo deben ser reconocidos cuando se puede demostrar que el derecho fundamental a ser tratado como igual los exige. Si esto es correcto, entonces el derecho a diferentes libertades no entra en conflicto con ningún supuesto derecho concurrente a la igualdad, sino que, por el contrario, se sigue de una concepción de la igualdad reconocidamente más fundamental... Un gobierno que respete la concepción liberal de la igualdad sólo puede restringir la libertad cuando se lo permiten ciertos tipos de justificación muy limitados...»<sup>3</sup>*

Me parece sugestivo comenzar con esta idea de Dworkin porque en ella vislumbro muchas de las cuestiones conflictivas, si no todas, que rodean la idea de igualdad y su relación con el efectivo ejercicio de libertades o derechos de diversa naturaleza.

Es una ficción, alimentada durante años por una cultura política interesada, pretender que la definición dogmática y abstracta de la libertad posibilite la efectiva vigencia de las libertades en el marco de lo básicamente viable desde lo jurídico y lo fáctico.

La vigencia de los derechos, entendidos como porciones de libertad, requiere de la posibilidad de optar, y optar supone elegir y elegir reconoce a la li-

<sup>3</sup> Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, págs. 380/395.

bertad como presupuesto ineludible. Presupuesto que en un sistema democrático constitucional conduce al principio de igualdad.

El reconocimiento de las libertades o derechos, y la medida de su ejercicio, reconoce una ligazón fuerte y determinante con el principio, el derecho y la garantía de la igualdad. Tres aspectos de una misma cuestión.

La igualdad se instala en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, más adelante intentaremos dar algunas pautas del alcance de esta afirmación, y que debería conformar una directriz fuerte en la toma de decisión de políticas públicas y controles. El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser tratado como igual y con el de igual tratamiento.

En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela.

La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.<sup>4</sup>

La sistematización de los conflictos que rodean a la igualdad es una de las cuestiones de más compleja realización.

---

<sup>4</sup> El art.14 de la Constitución Argentina dispone que «*Todos los habitantes gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenta su ejercicio a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*». Esta norma corresponde al texto de la Constitución histórica, consagra los denominados clásicamente derechos civiles, sin perjuicio de otras normas en materia de derechos ni de aquellos incorporados o reconocidos a partir de la reforma constitucional de 1994. El principio de ejercicio relativo de los derechos surge de la primera frase del artículo de referencia toda vez que el goce de aquellos será conforme las leyes que los reglamenten.

Por tal razón, en el presente trabajo persigo el propósito de efectuar una aproximación al tema desde el análisis del lenguaje utilizado en el articulado constitucional argentino y desde su interpretación en algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello sin perjuicio de recurrir a la aplicación de algunas conceptualizaciones o líneas doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras, en la búsqueda de problemas y respuestas comunes.

Son múltiples los ensayos destinados a explicar o clarificar la compleja trama que encierra el concepto de igualdad. En tales propuestas es posible descubrir denominadores similares.

Que la igualdad reviste el status de un ideal y que, por tal motivo, representa un valor en el ethos democrático nadie parece hoy dispuesto a discutirlo. Su permanencia en el espíritu del sistema provoca fuerte polémica en torno a la función del estado, al rol de los tribunales, al alcance mismo del concepto y a su vinculación con los principios de solidaridad y cooperación y, en los últimos tiempos, globalización con igualdad o sin igualdad. Igualdad de derechos y equidad en la distribución de recursos ponen en jaque al sistema democrático y lo muestran, en numerosos supuestos, débil e inerte para reaccionar aún a costa de su propia supervivencia. La democracia sin un mínimo de equidad no puede resistir.

Carlos Rosenkrantz, defendiendo la igualdad desde un punto de vista colectivo encuentra diversas situaciones que corroborarán que existen aspectos moralmente relevantes que permiten concluir que las sociedades o circunstancias son desiguales. Analiza la relación entre democracia e igual respeto por los otros y la búsqueda del concepto de igualdad más adecuado para fomentar aquella relación. Repasa así la igualdad de recursos, de capacidades, de bienestar, de libertad real, de responsabilidad, para terminar concluyendo que la igualdad económica resulta ser la más importante en cuanto los objetivos de la sociedad democrática, según el autor constituiría un ejemplo relevante acerca de que dar a todos lo mismo es muestra de respeto. El problema deriva en la relación entre justicia e igualdad económica. Sostiene que «... *si usted cree que el camino democrático es el mejor, debería ser más propenso a considerar a la igualdad normativamente más relevante. Ello es así, en razón de que la igualdad siempre contribuye a la democracia, contribuye a consolidar el respeto mutuo lo que no sucede necesariamente con la justicia... todo logro en términos de igualdad aún cuando sea subóptimo en términos de justicia, representará siempre un avance en términos de democracia mientras los logros en términos de justicia subóptimos en términos de igualdad no representan un avance de ningún otro valor...*»<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Rosenkrantz, Carlos, « En defensa de la Igualdad », Revista Jurídica de la Universidad de Palermo-Centro de Estudios de Posgrado en Derecho-Año 2000- pág. 77.

Para intentar sistematizar la estructura que otorga encarnadura al concepto constitucional de igualdad, compartido por los diversos sistemas jurídicos, se debe iniciar el recorrido por los dos derechos que dijimos la integran, el de ser tratado como igual y el derecho a igual tratamiento. Allí está el núcleo de la dificultad.<sup>6</sup>

La convivencia de los extremos deriva en los dos presupuestos del principio de igualdad. Igualdad de derecho e igualdad de hecho. Es posible desde el análisis jurídico transformar estas dos cuestiones en los conceptos generales de igualdad formal y material.

La igualdad de derecho, reconocida históricamente como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, pretendió satisfacerse mediante la identificación con la definición de igualdad formal, reducida a la mera igualdad legal.

Principio básico y genérico. Formulación identificada con el liberalismo clásico. El resultado de tal alcance es que en tanto la ley o norma sea aplicada sin distinciones a aquellos a quienes está destinada o dirigida, el principio de igualdad del sistema democrático está cubierto. No importa el porqué ellos, ni los efectos empíricos en el caso concreto.

Es insuficiente para resolver el complejo problema de la igualdad y determinadas situaciones y no responde a los valores del sistema.

La igualdad material se refiere a la formulación del derecho en cuanto al contenido mismo y a las consecuencias. Apunta a la aproximación a las desigualdades reales, a las discriminaciones expresas o encubiertas. Importan los términos y resultados de las leyes, políticas, prácticas y programas. Tiende a la búsqueda de medidas. La igualdad de hecho o fáctica se complementa con la concepción de igualdad real de oportunidades como guía para la igualdad de derechos.

---

<sup>6</sup> Ronald Dworkin formula un ejemplo ilustrativo al respecto : « Supongamos que se plantea la cuestión de si una política económica que perjudica a los obligacionistas a largo plazo podría de hecho, favorecer el interés general. Los que resultaran perjudicados tienen derecho a que su pérdida prevista sea tenida en cuenta al decidir si la política en cuestión sirve al interés general, no es permisible que al hacer el cálculo se los ignore sin más ni más. Pero cuando se tiene en cuenta su interés puede resultar que tenga menos peso que los intereses de otros que se beneficiarán con esa política, y en ese caos su derecho a igual consideración y respeto, así definido, constituiría objeción. Por ende, en el caso de la política económica podríamos decir que los que se vean perjudicados si se permite la inflación tienen derecho a ser tratados como iguales al decidir si esa política sirve al interés general, pero no tienen un derecho a igual tratamiento que proscriba esa política aunque haya pasado esa prueba...» en ob.cit., pág.389/390. Es sencillo enunciarlo, el tema consiste en determinar bajo que parámetros deberá ser evaluado la decisión política para concluir que ambos aspectos del derecho a la igualdad reúnen las condiciones mínimas de satisfacción. Pues de lo contrario basta que el poder público enuncie un interés general en abstracto para habilitarle tratamientos desiguales.

Los medios para alcanzar o acercarse a la igualdad de hecho son múltiples y las acciones positivas son un ejemplo de tales prácticas.

Finalmente, la igualdad de derecho y de hecho con el alcance expuesto supone la difícil decisión de valorar las diferencias. Tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual para alcanzar la igualdad por aplicación del principio de equidad, hace necesario verificar empíricamente los fines y objetivos implementados para el propósito enunciado.

Toda norma, cualquiera sea su jerarquía y linaje, afecta de algún modo la igualdad. Es sencillo verificar que las decisiones políticas que hacen al contenido de lo jurídico crean grupos, categorías de cosas o personas, regímenes, situaciones que de un modo u otro producen limitaciones, restricciones o modificaciones en el modo de ejercicio de las libertades reconocidas. Por lo tanto impactan sobre el principio de igualdad.

Al mismo tiempo, creada la norma, general y abstracta, sus efectos hacen a la aplicación de la misma al caso concreto. Tal proceso pone en evidencia que aún cuando la textualización normativa superara el test de constitucionalidad en materia de igualdad, la misma se podría ver afectada por la interpretación que de la norma se hiciera en relación con los hechos, valores e intereses en juego en el caso a resolver y podría dar un resultado violatorio del principio de igualdad.

La igualdad genérica encuentra precisión en modos específicos de agredirla. Se concreta porque la afectación parte de considerar relevante para la limitación o restricción o condicionamiento que consagra la norma o acto una variable previamente individualizada y rechazada expresamente por el sistema. La restricción está ligada a características, diferencias, preferencias, pertenencias o posiciones naturales, o adquiridas. En estos casos la determinación de la categoría se realiza considerando una sola variable y con ánimo de exclusión, marginación, cuestionamiento, persecución (etnia, religión, edad, nacionalidad, preferencia sexual, género etc.).

La preferencia política por la igualdad formal con menoscabo de la igualdad material ha dado por resultado una fuerte frustración y ha alimentado un sentimiento de insatisfacción generalizado. El principio de igualdad se ha convertido en la práctica jurisdiccional en su adecuación al principio de legalidad. Gentileza que ha contribuido a que el Poder Legislativo cultivara la tendencia a no extremar su análisis de selección y ponderación de variables y efectos relevantes al tiempo de reglamentar, profundizando una alarmante y sistemática violación, explícita o encubierta, al mandato constitucional de protección y defensa del principio de igualdad.

La relación sustantiva entre igualdad y efectividad de libertades y derechos de diversa naturaleza y la convicción acerca de la imposibilidad de ejercer estos últimos sin garantizar la igualdad real de oportunidades, ha puesto en cabeza de los

Estados la obligación básica e indelegable de crear las condiciones mínimas indispensables para habilitar el acceso. A tales fines la acción positiva se cataloga como un instrumento idóneo cuya nota diferenciadora está dada por la justificación de tratamiento legal no igualitario como camino para alcanzar presupuestos mínimos de igualdad.

## II.- DISEÑO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La conflictiva convivencia entre la igualdad formal y material se ha convertido en uno de los desafíos del estado constitucional de derecho. Y, si bien es cierto que tal conflicto puede ser examinado desde múltiples variables y aspectos, lo cierto es que el paso previo para avanzar en tales laberintos es enfocar el principio de igualdad general, toda vez que es el hilo conductor hacia lo específico o particular.

Es difícil avanzar en el tema sin precisar los parámetros jurídicos que sirven de punto de partida para asignar sentido al reconocimiento de la igualdad en su condición de principio y derecho fundamental.

En esta línea de razonamiento la vinculación entre las normas constitucionales en la materia, el alcance que les ha atribuido el legislador y las pautas o estándares utilizados por los tribunales judiciales para verificar la mayor o menor adecuación de la reglamentación infraconstitucional a los preceptos de jerarquía superior, constituye la clave de acceso a un análisis crítico de la mayor o menor efectividad del principio de igualdad.

Es desde esa perspectiva, y a partir del sistema argentino, que propongo la revisión de la cuestión. Revisión que tiende a probar que la debilidad del principio está en relación directa con los diversos grados de control aplicados en el sistema.

A poco de transitar el texto constitucional argentino se descubre la presencia implícita del principio de igualdad en numerosas normas. El mandato preambular<sup>7</sup>, la forma republicana de gobierno<sup>8</sup>, el reconocimiento de derechos de di-

---

<sup>7</sup> «Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina».

<sup>8</sup> Artículo 1.- «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución». Por su parte el Artículo 33 dispone «Las de-

versa naturaleza<sup>9</sup>, los principios de la libertad civil y de reserva de ley<sup>10</sup> representan mandatos constituyentes que sólo tienen sentido en una estructura democrática si se los entiende sustentados en el principio de igualdad. El valor justicia asegura su protección sin diferencia alguna entre los individuos.

La omnipresencia del principio de igualdad, en su carácter de uno de los pilares del sistema constitucional de derecho, adquiere forma expresa en el art.16 de la norma fundamental argentina que dispone:

«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.»

Del precepto citado rescato, en orden al objetivo propuesto, lo que ha dado en llamarse la regla genérica en materia de igualdad, común a todos los sistemas originados en el constitucionalismo clásico, y según la cual el principio rector es que *«todos los habitantes son iguales ante la ley»*.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el diseño de la igualdad se ha visto complementado con la incorporación de una serie de normas que apuntan a garantizar ya no el derecho general a la igualdad sino la igualdad fáctica me-

---

*claraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».*

<sup>9</sup> Pueden citarse como ejemplo el Artículo 14 consignado en la nota 2 y el Artículo 14 bis que dispone: *«El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagadas; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleo público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con la autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a la vivienda digna».*

<sup>10</sup> Artículo 19.- *«Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».*

diante las denominadas acciones positivas a cargo del estado. Se ha ampliado el alcance del derecho-garantía y la explicitación del mandato constituyente descalifica aquella pretensión de interpretación estrecha e insuficiente según la cual el art. 16 de la norma fundamental no era otra cosa que la mera protección de la igualdad formal. He manifestado mi oposición a tal criterio, aún antes de la reforma constitucional de 1994, argumentando que una interpretación integradora del texto constitucional, que considerara no sólo las normas sino los valores y principios en los que reposa el sistema, conducía, inexorablemente, a la respuesta contraria. El principio constitucional de la igualdad sólo puede ser satisfecho si lo entendemos necesariamente referido a la garantía de igualdad material.

La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos. Sus disposiciones no derogan artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. La igualdad define su perfil en los términos en que ha sido incorporada a los tratados a los que refiere el art. 75, inc. 22<sup>11</sup>. En tal sentido, cabe afirmar que en el marco del principio de igualdad general se han consagrado supuestos especiales vedados por discriminatorios. Sin duda la especificación importa regla expresa condicionante y vinculante para contener los criterios reglamentaristas. El mandato expreso sin duda acota la discrecionalidad tanto en la toma de decisión como en el control posterior.

Aquella consideración realizada al comienzo respecto a la sustantiva relación entre goce efectivo de derechos fundamentales y posición de igualdad dentro del

---

<sup>11</sup> Artículo 75 «Corresponde al Congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas y Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguna de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

sistema de que se trate es recogida por la teoría de las acciones positivas, cuyo objetivo es, justamente, crear aquellas condiciones que permitan el acceso a necesidades básicas. La subsistencia del estado democrático constitucional parece directamente ligada a la capacidad para dar respuestas que aseguren posiciones mínimas de dignidad, no en términos absolutos pero sí razonablemente posibles. En línea con estos requerimientos las acciones positivas son los instrumentos de que debe valerse el Estado para implementar aquéllas obligaciones indelegables. El fin perseguido habilita a considerar en términos de desigualdad para lograr un tratamiento y acceso igualitario. Tienden a asegurar aspectos que hacen a la igualdad fáctica.

El art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone que:

«Corresponde al Congreso:...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad».

Esta norma introduce el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al estado como sujeto obligado a su implementación. La obligación impuesta abre numerosos interrogantes respecto a la naturaleza de tal mandato constitucional, al grado de imperatividad que debe reconocérsele y al grado de expectativa. El problema central se refiere a definir el grado de exigencia de que dispone el individuo para obtener su cumplimiento. Una renovada lectura del sistema constitucional muestra que de seguir considerando tales mandatos meras indicaciones programáticas, con el propósito de fortalecer el criterio discrecional de los poderes públicos para su consagración en orden a aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, aquellas quedan absolutamente neutralizadas toda vez que el sujeto llamado por el sistema a satisfacerlas es el mismo que decide el cómo y el cuándo.

Evidentemente la respuesta apunta a prioridades, optimización de recursos y búsqueda de medios alternativos.

Sin embargo el mandato en cuestión permite por lo menos sostener que le estaría vedado desconocer, restringir o disponer en sentido expresamente contrario. Resulta paradójico suponer que existiendo mandato en un sentido determinado se entendiera como constitucional una reglamentación regresiva. Tal accionar público debiera ser considerado como la creación de un obstáculo expreso y, en tales casos, el derecho a prestación se transforma en un claro derecho de defensa.

En este contexto, y analizando los problemas contemporáneos de la igualdad, la igualdad general parte de aquellos presupuestos indicados al comienzo: trato igual e igual tratamiento. Estaríamos en condiciones de afirmar que toda reglamentación de una u otra forma afecta aspectos del principio constitucional.

En la Constitución Argentina el Congreso Nacional tiene entre sus facultades una que tradicionalmente le ha sido reconocida bajo la denominación de «*ejercicio de poder de policía*» y en aplicación de la cual y desde una visión general del país puede legislar para todo el territorio en aspectos reservados por la norma base a las jurisdicciones locales en el marco del estado federal.

La intención no es avanzar en el estudio del ejercicio de dicha facultad, fuertemente cuestionada desde el principio de las autonomías locales y desde el avance sobre los derechos fundamentales, sino indicar que subyace en el mandato constituyente también el principio de igualdad regional, desarrollo equitativo de zonas y poblaciones. La igualdad una vez más ligada a condiciones básicas de oportunidades reales. En la práctica el ejercicio de dicha facultad ha significado el mayor avasallamiento al principio de igualdad y, por ende, al reconocimiento efectivo de los derechos.

La cláusula histórica corresponde al inc.18 del actual art. 75, conocida como «*cláusula del progreso*», que dispone:

«Corresponde al Congreso: ... Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.»

La reforma constitucional de 1994 incluyó en el inc. 19 de la norma citada la siguiente disposición:

«Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la

educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales».

La garantía de igualdad material y fáctica es el principio rector y ha sido definitivamente incorporado como un fin constitucionalmente amparado.

Desde este panorama general de la igualdad es posible individualizar normas referidas a aspectos concretos, en los cuales el objetivo perseguido reposa sobre la protección y viabilidad de igualdad real de oportunidades.

En materia de derechos políticos<sup>12</sup>, derechos del consumidor y del usuario<sup>13</sup>, protección al medio ambiente se ha consagrado el trato equitativo e igualitario como requisito esencial de la protección y garantía para el goce así como la acción positiva como mecanismo idóneo para asegurar tales fines.

Ahora bien, el diseño constitucional del principio y derecho a la igualdad debe ser confrontado con el alcance a que ha quedado reducido por el accionar de los poderes públicos.

---

<sup>12</sup> Artículo 37 establece que «Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral». La disposición transitoria segunda establece que «... Las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine», en clara referencia a la reglamentación infraconstitucional en el ámbito nacional: Ley 24.012 y su reglamentación- sobre el cupo femenino vigente al tiempo de la reforma.

<sup>13</sup> Artículo 42.-»Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control».

### III.- LA IGUALDAD Y SU PAUTA O ESTÁNDAR DE CONTROL.

El principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la Constitución Argentina ha sido identificado tradicionalmente a un criterio formal de aplicación, lo que en la práctica ha demostrado que conspira contra su efectiva vigencia, ya que declamar que «*todos los hombres son iguales ante la ley*» o que «*la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas*» se convierten en fórmulas vacías en la medida que no se determine cuales son los criterios para evaluar la calificación de iguales o de desiguales.

La concepción implementada tiene su punto de partida en la no consideración de la norma constitucional como norma jurídica primera y vinculante. La no disponibilidad del mandato en materia de derechos fundamentales está desplazada hacia el convencimiento que el ordenamiento jurídico comienza con la ley como representativa de la voluntad del legislador infraconstitucional.

Sin embargo, se evidencia que la exigencia de igualdad formal es una respuesta insuficiente pues la axiología del sistema conlleva el concepto de igualdad material. Este aspecto esta dirigido ha establecer el criterio que se ha aplicado para la configuración de las categorías o circunstancias sometidas a un determinado trato. Soslayar la igualdad material produce necesariamente consecuencias no igualitarias en los efectos de la norma o alteración significativa de la igualdad fáctica.

Partiendo del presupuesto constitucional según el cual el derecho a la igualdad, en idéntico sentido que el resto de los derechos fundamentales consagrados en la norma suprema, está condicionado al principio de ejercicio relativo, su correcta aplicación exige advertir las distinciones que fueran procedentes para garantizar su plena vigencia.

Por ello, aceptar que el principio de igualdad se satisface con la aplicación formal de una norma, de jerarquía inferior a la Constitución, por cumplir con el requisito de encuadrar a cierto grupo de personas o circunstancias a las que dispone dar un trato igualitario, excluye del análisis la constatación de si el criterio utilizado debió ser o no preferido a otro en concordancia con los datos relevantes para construir la diferenciación o establecer la igualdad de trato.

Enunciar que la ley no debe basarse en distinciones o características consideradas de manera injusta o arbitraria es una afirmación que no suministra datos que permitan calificar la injusticia o la arbitrariedad y, en su caso, concluir que un criterio debió ser preferido a otro. El sistema y el principio de igualdad van por más.

La primera conclusión es que se traiciona el principio de igualdad si sólo se lo considera desde lo formal.

La igualdad en estos términos implica una mera vinculación entre la ley infraconstitucional y su aplicación al caso concreto, dejando al margen del control el contenido de la norma respecto a la creación o determinación de categorías, grupos o circunstancias alcanzados por la disposición. El derecho a la igualdad queda así subsumido en el principio de legalidad en cuanto al criterio adoptado por el legislador.

Sin desconocer que el sistema constitucional se sustenta sobre la especial deferencia al órgano legislativo, por su función en la estructura democrática, y por tal razón reconoce un amplio margen para la toma de decisión, cabe señalar que la Constitución Argentina consagra en el artículo 28 el debido proceso sustantivo al prescribir que:

«Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

Este mandato constituyente integra la garantía constitucional innominada del debido proceso legal y conforme se puede extraer de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación da cobijo al principio genérico de razonabilidad.

Sin pretender abordar la compleja temática que rodea el significado del término «razonabilidad» es posible sostener que es lo opuesto a la «arbitrariedad» y que, su última ratio es asegurar el mayor grado de justicia en la reglamentación de los derechos fundamentales. Responde a su vez a un principio básico según el cual si la actividad de los poderes constituidos quedara desvinculada de las reglas, principios y valores de la parte dogmática del texto constitucional, el reconocimiento de los derechos se transforma en una mera declamación de carácter programático.

El principio de razonabilidad impuesto en términos generales a toda norma reglamentaria de los derechos, sin distinción de jerarquía, nos lleva a preguntarnos ¿qué debe entenderse por razonable? ¿bajo qué presupuesto una norma debe descalificarse por arbitraria? ¿sobre qué aspectos de la reglamentación deberá ejercer el control el poder judicial para comprobar la adecuación al debido proceso sustantivo? ¿el cumplimiento del debido proceso sustantivo debe apreciarse con alcance diverso según la naturaleza de los derechos afectados? Teniendo en cuenta estos matices ¿cuáles son y cómo funcionan las pautas del debido proceso sustantivo cuando está en juego el principio de igualdad?

El análisis de razonabilidad pone en tela de juicio el criterio de selección y de ponderación del órgano emisor de la norma<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Linares, Juan Francisco, «Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional», Astrea, segunda ed., 1970, págs. 114/118.

Traslademos esta afirmación al tema de igualdad.

Toda reglamentación afecta de algún modo el principio de igualdad. Sea desde los sujetos o grupos cuyos derechos serán considerados de modo diverso al de otros o desde las consecuencias, efectos o requisitos para acceder o gozar de determinada posición. La cuestión clave es, entonces, precisar cómo juega la razonabilidad de la selección y de la ponderación cuando se trata de someter al test de constitucionalidad las diversas facetas de la igualdad.

En todos los casos nos enfrentamos a la creación de categorías a las que se les enlaza una consecuencia y en todos los casos se tratará de comprobar si existen causas justificadas para la preferencia instrumentada.

La revisión del criterio de selección apunta a la creación misma de la categoría y siempre supone la comparación de las variables esenciales o relevantes consideradas para la diferenciación.

La revisión del criterio de ponderación se dirige a verificar el grado de relación que existe entre la categoría creada y los medios y fines que se pretenden satisfacer.

El test permite comprobar que aún superada la razonabilidad de la selección podría tacharse de irrazonable la ponderación.

En materia de igualdad soslayar el control sobre el criterio de selección da por resultado un control débil, y casi inexistente, para garantizar el cumplimiento material del principio de igualdad.

Y ello es así por cuanto el principio de igualdad genérico reconoce el derecho a ser tratado como igual en igualdad de condiciones, vedando discriminaciones arbitrarias. Pero a su vez el sistema reconoce la necesidad de establecer, bajo ciertas circunstancias, diferenciaciones, esto es a no ser tratado como igual, a los efectos, justamente, de lograr que mediante ese tratamiento se proteja el derecho a la igualdad. Por lo tanto, la cuestión relevante es cómo evaluar cuando estamos antes discriminaciones arbitrarias o justificadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en cada ocasión en que ha debido precisar el alcance del principio general del art. 16 de la Constitución Nacional ha sostenido que:

«... El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social...»<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> C.S.J.N., fallo «Guillermo Olivar» 1875, F 16:118.

A partir de este concepto ha reiterado en épocas mas recientes que:

«... La garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución.»<sup>16</sup>

«... Para que haya denegación de igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que además ella deberá ser arbitraria. No sucede así cuando el «distingo» se basa en la consideración de una «diversidad de circunstancias» que fundan el distinto tratamiento legislativo. Todo depende de que concurren «objetivas razones» de diferenciación que no reciban o no merezcan tacha de irrazonabilidad.»<sup>17</sup>

«... La Corte tiene dicho que la igualdad no puede considerarse violada si la norma legal no fija distinciones irrazonables ni está inspirada en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas»<sup>18</sup>.

A priori nada habría que objetar a las definiciones dogmáticas enunciadas. El problema es en cada caso concreto ¿cuándo debe interpretarse que se está en presencia de «arbitrariedad», «privilegio», «diversidad de circunstancias», «situaciones diferentes»? ¿cómo funciona la pauta según se trate del principio general de igualdad o de normas con supuestos especiales? ¿no se trata siempre del juego de selección y ponderación y la adecuación necesidad y proporción? ¿aplican los tribunales una diversa intensidad de control según se trate de ley en sentido estricto o de normas de jerarquía inferior a la ley?

En la práctica jurisprudencial se ha evidenciado la tendencia, al tiempo de aplicar la fórmula enunciada 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. Se pueden verificar avances jurisprudenciales cuando se tratan de normas o disposiciones de jerarquía inferior a la ley y cuando existe norma constitucional expresa con supuestos especiales de igualdad.

El problema es precisar e identificar qué propiedades, qué características, qué variables y qué situaciones deben ser consideradas para concluir que estamos tra-

<sup>16</sup> C.S.J.N., fallo «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – Banco Central», L:L: 1991-C-158.

<sup>17</sup> C.S.J.N., fallo «Videla Cuello, Marcelo c/ Provincia de La Rioja», L.L. –1991 – D, 518, citando en igual sentido fallos: 286:166 y 187; 298:286; 300:1049.

<sup>18</sup> C.S.J.N., fallo «Llebau, Gustavo L.» 1992, L.L., 1992 – C, 147.

tando igual a los iguales, desigual a los desiguales. Ello configura un mandato material que obliga a una ponderación que debe ligarse a fines constitucionalmente legítimos, a la intensidad de intereses gubernamentales involucrados, a la individualización de grupos o personas y variables consideradas, entre otros aspectos.

Una primera aproximación al tema indica que el principio de igualdad está violado cuando la diferencia legal o el tratamiento legal igual no encuentran justificación suficiente en relación con la naturaleza de personas, cosas o situaciones o cuando pueda ser tachada de arbitraria.

La justificación debe fundarse en una diferencia objetiva entre la situación examinada y aquella respecto de la que se invoca la existencia de la discriminación o, en su caso, en una razón de interés general suficientemente acreditada. La naturaleza de la diferenciación se aprecia a través de la correspondencia entre el grado de discriminación y su justificación. Tal decisión debe ser evaluada mediante la aplicación del principio de razonabilidad y por el grado de proporcionalidad.

Esta primera regla deja al legislador un amplio margen para implementar su criterio.

El núcleo de la cuestión a dirimir parece estar dado por los parámetros a tener en cuenta para verificar si se han excedido los límites. En tal sentido, los límites parecen estar dados por la razón o justificación de la diferenciación. En consecuencia, el principio de igualdad general establece «*la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales...*».<sup>19</sup>

Sin embargo, sigue en pie el interrogante acerca de saber cuándo se está en presencia de una razón suficiente.

La verificación de la razón suficiente conduce a ingresar en el análisis del criterio de selección, en cuanto a la creación de categorías y a las razones que la justifican, y al criterio de ponderación respecto a las condiciones o variables a las que sujeta las consecuencias del régimen o tratamiento especial. Si bien ambos se encuentran integrados es posible efectuar una secuencia cronológica. El test de selección se dirige al presupuesto de hecho que la norma contempla a los efectos de comprobar si existe o no un criterio objetivo de diferenciación. El test de ponderación se sitúa en las consecuencias jurídicas a los efectos de verificar el grado de razonabilidad existente entre la diferenciación y los fines perseguidos por la misma. El primero apunta a la legitimación de la diferenciación, el segundo al cómo y para qué del trato diferenciado.

De acuerdo con esta pauta de control, integrada por los dos aspectos indicados, para sostener que la diferenciación es constitucionalmente legítima no

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, ob. cit., Pág.: 396.

basta constatar que aquélla posee un fundamento objetivo y un fin amparado sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas que resulten de la misma sean adecuadas —idóneas— y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere el principio de razonabilidad.

El principio general de igualdad, representado por la máxima de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales sólo vincula al legislador en la medida que se lo interprete como una exigencia de contenido. Esto es, como mandato material. Siempre teniendo en cuenta determinadas propiedades y su correcta valoración y siempre frente a un par de comparación.

Un ejemplo elocuente de un análisis débil en materia de igualdad se puede verificar en el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «D.P.V.A c/ O.C.H.», de fecha 01-11-99. Ante el planteo de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil en cuanto excluye de la acción de impugnación de paternidad a la esposa respecto de un supuesto hijo matrimonial, el Tribunal reiteró, en primer término, que «*el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias...*» Agregando que «*... no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana... ciertas desigualdades de hecho pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma...*». Hasta aquí la fórmula tradicional de conceptualizar el derecho a la igualdad. Sin embargo tal definición se convierte en un enunciado vacío de contenido y en una mera descripción dogmática si al tiempo de aplicarla al caso concreto se la neutraliza al sostener que «*... el estado goza de un razonable margen de apreciación de las distinciones que, dentro de parámetros mencionados, puede legítimamente formular imperativos de bien común... En ese orden de ideas la paternidad y la maternidad no son absolutamente iguales y por ello el legislador puede contemplar razonables diferencias...*». Ahora bien, de lo que se trata en materia de igualdad es de revisar los parámetros elegidos para mantener o reprochar la distinción. Y ello requiere evaluar la relación existente entre la distinción y los fines perseguidos por la norma. Respecto al art. 259 del Código Civil la cuestión a determinar es si, teniendo en cuenta que la acción de impunidad de paternidad está ligada al derecho a la identidad del menor, al derecho a gozar y ejercer la paternidad real y no aparente, y al derecho del padre y de la madre a que tales fines se concreten, intereses todos ellos prioritarios para el Estado, la distinción que efectúa la norma en cuanto a la legitimidad encuentra razón suficiente. En tal sentido, los efectos de la acción y los fines constitucional-

mente legítimos que persigue convierten a la distinción entre padre y madre en una discriminación arbitraria, violatoria de la igualdad y sin fundamento alguno en el sistema constitucional. El resultado obtenido de su aplicación literal deviene en un resultado disvalioso toda vez que hace prevalecer la presunción legal de paternidad sobre la paternidad real. La disidencia se enrola en una pauta adecuada de control en tanto y en cuanto, luego de realizar el cotejo de normas conforme el principio de supremacía constitucional, concluye sosteniendo que «... *resulta arbitrario, por carencia de fundamento válido, y por lo tanto discriminatorio el no reconocimiento de la acción de impugnación...*» y el parámetro aplicado surge de la ponderación del interés sustantivo del vínculo de la madre con el menor, y de este con el verdadero padre biológico, en aspectos trascendentes de la vida del hijo. Este interés es común tanto al hombre como a la mujer.

Sin embargo en 1988 en el caso «Repetto, María Inés», la Corte Suprema de Justicia de la Nación introdujo lo que, utilizando la terminología de la Corte de los Estados Unidos, podemos denominar un control más intenso en materia de igualdad. La cuestión en debate era una resolución de la Provincia de Buenos Aires que exigía el requisito de la nacionalidad argentina para ingresar como docente en el nivel primario de gestión pública. La Corte resuelve mayoritariamente por aplicación del art. 20 de la Constitución Nacional —que por un lado prescribe la igualdad de nacionales y extranjeros en el ejercicio de los derechos civiles y por el otro la no obligación de nacionalizarse—, dato este que hace suponer que interpretó que, al descalificar expresamente la norma constitucional diferencias de trato, a priori estaba prohibida toda reglamentación que limitara los derechos de los extranjeros. Sin embargo, la cuestión central parece haber sido si en el marco del principio general de igualdad la norma consignaba una discriminación arbitraria entre nacionales y extranjeros. Esto es si existía justificación objetiva y suficiente en relación con los fines e intereses en juego para tal imposición. Lo cierto es que podemos encontrar numerosas situaciones en las cuales por aplicación del análisis que propiciamos se verifique la constitucionalidad de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. Por otro lado, no es posible construir regla para el supuesto de no tener norma constitucional expresa. Más allá de lo dicho, algunos de los votos de los Ministros de la Corte hicieron expresa referencia a algunos de los aspectos relacionados con lo que identificamos como la cuestión central en materia de igualdad. Sin embargo a la fecha podemos sostener que el más alto tribunal de la República no tiene una doctrina reiterada y precisa en la materia. No ha elaborado pautas claras, sigue mostrando reticencia cuando está ante ley en sentido estricto y parece avanzar cuando se enfrenta a norma de jerarquía inferior a la ley y norma constitucional con supuesto de igualdad especial.

El test indicado puede visualizarse de manera más específica cuando nos desplazamos a reglas que consagran supuestos especiales de no discriminación.

En el caso argentino, la reforma constitucional de 1994 ha integrado al texto de la norma fundamental las disposiciones de tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional. El principio general de igualdad se ve así definido en disposiciones que califican de discriminatorias, y por tanto arbitrarias, actos o normas que establezcan diferencias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, económica o de nacimiento.

El mandato es imperativo, acota la libertad del legislador y facilita el test de control. Se está descalificando determinados criterios de selección por atentar contra la igualdad de iure y de hecho.

Sin embargo un nuevo interrogante debe ser examinado ¿tal mandato significa que nunca y bajo ningún concepto el legislador tiene permitido reglamentar tomando en consideración los supuestos individualizados? ¿es posible interpretar que la prohibición tiende a garantizar que no se utilice como único dato o variable relevante a los fines de la reglamentación las características o condiciones naturales, personales, sociales o culturales? ¿dichas variables ligadas a intereses generales o fines constitucionalmente legítimos podrían superar el test de selección y ponderación?.

Esta cuestión se liga fuertemente al problema de la igualdad fáctica y a las acciones positivas como medio idóneo para satisfacerla. En este último caso el análisis de constitucionalidad deberá estar guiado a compatibilizar el principio general de igualdad de derecho con el principio de igualdad de hecho. El alcance de este conflicto y el problema de valoración se suaviza o se agrava según se tenga que resolver sobre el principio de igualdad general o respecto de normas que consagran supuestos especiales en materia de igualdad.

La igualdad real de oportunidades, la igualdad de trato y la garantía de pleno goce de los derechos fundamentales integra el concepto de igualdad de hecho y crea la obligación estadual de legislar para posibilitar su concreción. Y en aras de tales fines deberá recurrir a reglamentación diferenciada a partir de la consideración de algunos de los presupuestos que a priori están vedados como única variable para establecer diferencias.

Un ejemplo ilustrativo es la diferencia de género. El sexo es una de las variables descalificadas como criterio de selección normativa. Sin embargo existen numerosas situaciones en las cuales el género se convierte en uno de los datos a tener en cuenta para el logro de una igualdad de derecho y de hecho. La legislación laboral combina el sexo y la maternidad como variables de preferencia legislativa para un régimen especial que le otorga protección. Prevalece el interés

protegido por sobre la prohibición de diferenciación. La protección de la maternidad es la razón suficiente para el tratamiento desigual respecto al género masculino. En igual sentido podríamos señalar otras tantas situaciones en las cuales la existencia de un interés general justifique establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, o por condiciones económicas o sociales.

Por el contrario, la descalificación se impone cuando el sexo u otro de los supuestos excluidos son tomados por la reglamentación como un fin en si mismo dando origen a una categoría a la que sujeta a consecuencias desprendidas de los fines que persigue la supuesta reglamentación. En tal sentido la jurisprudencia en pronunciamientos recientes ha considerado violatorio de la igualdad reglamentaciones infralegales que establecían cupo para el género femenino, o prohibición de ingreso de mujeres a un colegio universitario tradicionalmente masculino o el requisito de una edad máxima para presentarse a concurso docente para la enseñanza media. Es interesante revisar alguna de las reglas sobre las que construyen la violación al principio de igualdad y la premisa de la cual parten —Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Constitución local o provincial— y en consecuencia han concluido:

«...ninguno de los argumentos para justificar el tratamiento diferencial entre hombres y mujeres resulta atendible, frente a la contundencia de la normativa reseñada que prohíbe la discriminación en razón de género y que sólo admitiría excepciones en supuestos donde existieran probadas y objetivas razones que justificaran un diferente tratamiento... La discriminación deriva, en el caso, de la fijación de cupos fijos por sexo y se evita mediante la simple supresión de ese «numerus clausus», permitiendo el ingreso de personas de ambos sexos sin distinciones hasta cubrir el número de vacantes disponibles»<sup>20</sup>

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que:

«... El impedimento para que las mujeres accedan al Colegio Nacional Monserrat de la Ciudad de Córdoba —Ordenanza 2/97 de la Universidad Nacional de Córdoba— lesiona los principios constitucionales de igualdad y no discriminación así como el texto de la Convención Sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, incorporada a la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22 por la Reforma de 1994»<sup>21</sup>

<sup>20</sup> C. Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 12/12/200 «Fundación Mujeres en Igualdad c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires», L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 15/06/2001. Acción de Amparo interpuesta a fin de que se ordene el cese de la práctica discriminatoria contra las mujeres en un Instituto de Educación Física que asignaba una cantidad de vacantes para las mujeres que para los hombres.

<sup>21</sup> C.S.J.N., «González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba», 19/09/2000, L.L. 2000-F, 128.

El Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, invocando el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad<sup>22</sup> que establece el principio de igualdad jurídica ha dicho que:

«... A la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad... Se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir aquellas que importen una discriminación o una disgregación. Lo dicho significa que debe evaluarse, en cada caso concreto, cuáles son las razones que justifican la distinción, las que deben necesariamente ser aportadas por el órgano estatal que crea la regla que la incluye. En el caso no se ha aportado ninguna razón que justifique la razonabilidad del recaudo de edad como rasgo relevante para acreditar la idoneidad para acceder a la carrera docente...».<sup>23</sup>

La diferencia de género y el acceso a los cargos públicos electivos o colegiados es otro ejemplo polémico en término de igualdad de derecho, igualdad real de oportunidades o de hecho y acciones positivas. Hay prohibición de categorizar con base en el sexo, pero al mismo tiempo se consagra la obligación de acción estadual en esta materia, como en otras, para revertir tradicionales patrones de conducta que impiden un acceso equitativo<sup>24</sup>. En el caso del sistema argentino a las mujeres en su condición de grupo históricamente relegado. La acción positiva se instrumenta mediante la denominada ley de cupo femenino según la cual los partidos políticos o cuerpos colegiados públicos tienen la obligación de llevar en sus listas de candidatos un mínimo femenino. ¿Cuándo es posible tachar de discriminatoria esta normativa? ¿la obligación de acción positiva es causa suficiente para sostener que cualquier tipo de norma que manifiesta satisfacer este objetivo no viola el principio general de igualdad o, en su caso, no es discriminatoria a pesar de consagrar una diferenciación expresamente prohi-

<sup>22</sup> «Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad».

<sup>23</sup> T. S. de la Ciudad de Buenos Aires, 29/11/2000, «Sandez, Carlos A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires», L.L., 05/04/2001. Acción de Amparo para que se declare inconstitucional el artículo 14, inciso d del Estatuto del Docente Municipal que dispone que no debe poseerse más de 40 años para el ingreso a la docencia.

<sup>24</sup> Ver artículo 37 de la Constitución Nacional citado en nota 8.

bida? ¿siempre deben ser consideradas categorías benignas aquellas que se imputan a las acciones positivas?

En el caso del cupo femenino debemos preguntarnos si la opción numérica automática es una respuesta adecuada en orden a mantener la relación constitucional entre el principio de igualdad de derecho y de hecho. Tal relación indica que la causa justificada debe mantenerse siempre que esté en juego la igualdad y como requisito básico para sortear la tacha de desigualdad o discriminación en el tratamiento. Volviendo al tema del cupo la cuestión apunta a determinar si la opción automática puede ser preferida, como criterio de selección, sin combinación alguna con la idoneidad y capacidades requeridas para la posición que se pretende garantizar. ¿Es lo mismo a los fines del principio de igualdad establecer que por lo menos debe haber en las listas un 30% de mujeres que decir que entre hombres y mujeres en iguales condiciones de capacidad e idoneidad para la posición o cargo de que se trate deberá ser preferida una mujer siempre que no existan razones que justifiquen el acceso de un hombre a la misma posición? Esta última regla es un buen ejemplo del juego del criterio de selección y ponderación y doble parámetro de comparación,

La diferencia sustantiva está en que en la segunda opción la preferencia por sexo no actúa como única variable de selección, elección a priori prohibida, sino que aparece ligado a idoneidad y fines e intereses constitucionalmente legítimos garantizando el derecho a la igualdad para competir al otro par de la comparación.

El criterio de selección y ponderación son los extremos que permiten comprobar la razonabilidad entendida como causa suficiente para el tratado igualitario o desigual. Sin embargo es necesario precisar que tal estándar de control deberá variar de intensidad de acuerdo a las variables elegidas para la formulación de la norma y las medidas y fines que se persigan. La utilización de variables expresamente prohibidas sin justificación parecen inconstitucionales a priori.

El sistema constitucional no habilita el desplazamiento absoluto de uno en favor del otro y tal compatibilización lleva implícita la tensión existente entre la decisión del legislador, y sus consecuencias concretas, y el ámbito del accionar de los tribunales de justicia.

Se deriva entonces que el principio general de igualdad esta fuertemente ligado no sólo al derecho a resistir perturbaciones arbitrarias sino que se encuentra adscripto a la naturaleza de un derecho de status positivo. Por tal razón, la igualdad jurídica y fáctica debe entenderse como derecho a la omisión de tratamiento desigual y en determinadas situaciones, y bajo ciertas variables, para reclamar acciones positivas del Estado que garanticen la igualdad de posibilidades.

#### IV.- UN PROBLEMA A RESOLVER

La igualdad material como valor del sistema constitucional impone revisar la lectura jurídica del principio genérico para desde allí trabajar los casos especiales.

Una regla básica dirigida a tal propósito es reconocer que el principio de razonabilidad es el núcleo mismo de la doctrina sobre la igualdad. Justificación objetiva y razonable, y finalidad y efectos de la medida considerada no contradictoria con la Constitución, y que muestre una estructura coherente en términos de proporcionalidad con el propósito perseguido. Si la norma es discriminatorio carece de sentido el juicio de proporcionalidad puesto que ahí termina el examen pero el trato desigual puede no ser discriminatorio y, sin embargo ser desproporcionado.

La igualdad y la efectividad de los derechos fundamentales es un problema a resolver y en este sentido es oportuno recordar la síntesis que de la cuestión ha hecho Luigi Ferrajoli al decir que «... *decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que todos son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.*»<sup>25</sup>

#### Title

THE EQUALITY AND THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL SYSTEM

#### Summary

I. INTRODUCTION. II. DESIGN OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE ARGENTINE CONSTITUTION. III. EQUALITY AND ITS PATTERN OR STANDARD CONTROL. IV. A PROBLEM TO SOLVE.

#### Resumen

Una de las cuestiones centrales en la vigencia del estado constitucional de derecho es la reformulación del análisis del concepto de igualdad. En tal sentido, la igualdad en términos constitucionales constituye una regla y un principio que se traduce en un derecho y en una garantía.

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid, 1999, pág. 81.

Por ello, los derechos fundamentales en general están íntimamente ligados ya no a la igualdad formal sino a la optimización del alcance de la igualdad sustantiva y fáctica. La igualdad en la ley y ante la ley. En el sistema constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, la igualdad sustantiva tiene reconocimiento expreso y se encuentra directamente enlazada con la noción de acciones positivas en su condición de carga estadual. A partir de tal concreción adquieren relevancia en la materia los estándares o pautas de control construidas para hacerla efectiva en los aspectos indicados; la revisión de los criterios de selección y ponderación en la creación de categorías y la aplicación del principio de razonabilidad para determinar el alcance de la igualdad jurídica y fáctica en el contexto del caso concreto.

#### **Abstract**

One of the main questions concerning the enforcement of the constitutional system is the review of the concept of equality. In this sense, equality in constitutional terms means a rule and a principle which becomes a right and guarantee. Owing to this, the fundamental rights in general are closely related not to a formal equality but to its broadest meaning in its essence and its factuality. Equality within the law and before the law. In the Argentine Constitutional System since the 1994 reform, the essence of equality is expressly acknowledged and is directly connected with the notion of positive actions on the part of the state. Following this, the control standards or guidelines; the review of de selection and pondering criteria in the creation of categories and the application of the principle of reasonableness, acquire relevance in this topic.

#### **Palabras clave**

Igualdad, Derechos fundamentales, Garantías constitucionales, Principio de razonabilidad, Pautas de control

#### **Key words**

Equality, Fundamental Rights, Constitutional Guarantees, Principle of reasonableness, Control Standards