

MARÍA MARTA DIDIER

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS

Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Prólogo de
Dr. Juan Cianciardo

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2011

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO. DR. JUAN CIANCIARDO.....	7
INTRODUCCIÓN.....	11
ABREVIATURAS.....	17

CAPÍTULO I

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

1. PLANTEAMIENTO. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	19
2. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO IGUALDAD.....	21
2.1. La igualdad como concepto análogo.....	22
2.2. La igualdad ontológica de los hombres como fundamento del Derecho.....	24
2.3. La igualdad como exigencia de justicia.....	27
3. EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.....	33
4. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	35
4.1. Exigencias del principio de igualdad <i>de iure</i>	36
4.1.1. Igualdad en la norma jurídica general.....	38
4.1.2. Igualdad de derechos.....	40
4.1.3. Igualdad en la aplicación de la norma jurídica general.....	44
4.2. El principio de igualdad de hecho.....	50
4.2.1. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.....	51
4.2.2. La igualdad de hecho y su consagración constitucional.....	54
5. LAS VINCULACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RAZONABILIDAD.....	59
5.1. Igualdad y razonabilidad.....	59
5.2. El principio de razonabilidad.....	61
5.2.1. El juicio de adecuación.....	64

	Pág.
5.2.2. El juicio de necesidad.....	67
5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto	70
5.2.4. El juicio de alteración o afectación del contenido esencial.....	73
6. RECAPITULACIÓN.....	77

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	81
2. EL REQUERIMIENTO BÁSICO DE UN MÍNIMO DE RACIONALIDAD (<i>THE BASIC REQUIREMENT OF MINIMUM RATIONALITY</i>).....	84
2.1. Regímenes jubilatorios y distinciones por razón de la edad	89
2.1.1. El caso <i>Massachussets Board of Retirement v. Murgia</i>	89
2.1.2. El caso <i>Gregory v. Aschroft</i>	90
2.2. Regímenes impositivos y discriminación por razón de la residencia.....	93
2.2.1. El caso <i>Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward</i>	94
2.2.2. El caso <i>Williams v. Vermont</i>	97
3. EL TEST INTERMEDIO (<i>INTERMEDIATE STANDARD OF REVIEW</i>) ...	98
3.1. Discriminación por razón de sexo	100
3.1.1. El caso <i>Reed v. Reed</i>	100
3.1.2. El caso <i>Craig v. Boren</i>	102
3.1.3. Los casos <i>Geduldig v. Aiello</i> y <i>General Electric Co. v. Gilbert</i> ...	103
3.1.4. El caso <i>Mississippi University for Women v. Hogan</i>	106
3.1.5. El caso <i>United States v. Virginia</i>	108
3.1.6. El caso <i>Miller v. Albright</i>	111
3.2. Discriminación por razón de la ilegitimidad de la filiación	113
3.2.1. El caso <i>Trimble v. Gordon</i>	114
3.2.2. El caso <i>Clark v. Jeter</i>	115
4. EL ESCRUTINIO ESTRICTO (<i>STRICT SCRUTINY</i>)	116
4.1. Discriminaciones que involucran derechos fundamentales	119
4.1.1. Derecho a transitar y elegir residencia: los casos <i>Shapiro v. Thompson</i> y <i>Saenz v. Roe</i>	120
4.1.2. Derecho a iguales oportunidades en el litigio: los casos <i>Douglas v. California</i> , <i>Williams v. Illinois</i> , <i>Tate v. Short</i> y <i>Boddie v. Connecticut</i>	125
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>	128

	Pág.
4.2. Discriminación por razón de la condición de extranjero.....	133
4.2.1. El caso <i>Ambach v. Norwick</i>	134
4.2.2. El caso <i>Cabell v. Chavez-Salido</i>	136
4.2.3. El caso <i>Matheus v. Diaz</i>	137
4.2.4. El caso <i>Plyler v. Doe</i>	138
4.3. Discriminación por razón de la raza u origen nacional.....	140
4.3.1. El caso <i>Brown vs. Board of Education</i>	140
4.3.2. El caso <i>Loving v. Virginia</i>	143
5. LAS ACCIONES POSITIVAS.....	144
5.1. De la igualdad formal entre las razas a la igualdad material o de hecho: las acciones positivas provenientes de poderes públicos	144
5.1.1. El caso <i>Regents of University of California v. Bakke</i>	148
5.1.2. Los casos <i>Fullilove v. Klutznick, Richmond v. J. A. Croson</i> y <i>Metro Broadcasting Inc. v. FCC</i>	152
5.1.3. El caso <i>Adarand Constructors, Inc. v. Pena</i>	153
5.1.4. Los casos <i>Grutter v. Bollinger</i> y <i>Gratz v. Bollinger</i>	155
5.2. Las medidas de discriminación inversa provenientes del Estado y su compatibilidad con los principios de igualdad y razonabilidad	158
5.2.1. Argumentos favorables y contrarios a la discriminación inversa.	158
5.2.2. El test de constitucionalidad aplicable	162
6. BALANCE: ACIERTOS Y DEBILIDADES EN EL MODELO DE LA IGUAL PROTECCIÓN	166
7. RECAPITULACIÓN.....	170

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 DES- IGUAL EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. DELINEANDO EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN	175
2. PRESUNCIÓN DE RAZONABILIDAD Y CUESTIONES NO JUSTI- CIABLES	177
2.1. Inversión de la carga de la justificación	180
2.2. Las aplicaciones de la presunción de razonabilidad	183
2.2.1. Derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales.....	183
A) El caso «García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pa- gano s/Bonificación estatuto del periodista».....	183
B) El caso «Fernández, Eduardo c/T. A. La Estrella, S. A.»	186

	Pág.
2.2.2. Derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales...	188
A) El caso «Pelliza, Esilda María s/pensión»	188
B) El caso «Baldini, Gabriela Javiera Rosario s/pensión»	192
2.2.3. Derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos.....	195
A) El caso «Estancias y Colonias Badenia, S. A. c/Provincia de Santa Fe s/inconstitucionalidad de patente».....	195
B) El caso «Cafés La Virginia, S. A. c/Dirección General Impositiva s/demanda de repetición».....	197
3. EL ESCRUTINIO ORDINARIO	201
3.1. Existencia de una razón suficiente.....	202
3.1.1. Requerimiento de una relación racional entre medios y fines	202
3.1.2. Exigencias de la justicia distributiva	204
3.2. Inalterabilidad del contenido del derecho fundamental.....	205
3.3. Las aplicaciones del escrutinio ordinario	206
3.3.1. Derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales.....	206
A) El caso «Dardanelli de Cowper, Ana Inés Marta c/Aerolíneas Argentinas, S. A.».....	206
B) El caso «Gorosito, Juan R. y otros c/Riva, S. A. y otros».....	209
C) El caso «Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales, S. A.»	214
3.3.2. Derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales...	219
A) El caso «Pobes, Juan s/jubilación»	219
3.3.3. Derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos.....	221
A) El caso «Don Pascual Caeiro c/don Enrique Astengo s/cobro de pesos».....	221
B) El caso «Jewish Colonization Association contra Provincia de Santa Fe s/devolución de dinero».....	224
C) El caso «Cruz, José c/Provincia de Santiago del Estero s/inconstitucionalidad de la ley».....	226
D) El caso «Delia Bonorino Ezeyza de Claypole y otros c/Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de la ley 4.834 y del art. 1, inciso 5, de la ley 4.204»	229
3.3.4. Derecho de propiedad sobre los depósitos bancarios	234
A) El caso «Peralta, L. A. y otro c/Estado Nacional (Ministerio de Economía-Banco Central)».....	234
4. RECAPITULACIÓN.....	240

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	243
2. LA INTENSIFICACIÓN DEL JUICIO DE RAZONABILIDAD: EL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO	245
2.1. La carga de la justificación para el tratamiento desigual.....	246
2.2. Las aplicaciones del escrutinio extraordinario.....	249
2.2.1. Derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y de la nacionalidad.....	249
A) El caso «Radulescu, Alejandro Constantino c/Gobierno Nacional s/contencioso administrativo»	249
B) El caso «Repetto, Inés María c/Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de normas legales»	252
C) El caso «Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba s/amparo»	257
2.2.2. Derecho a no ser discriminado por razón de sexo	259
A) El caso «Carballo, María Isabel y otros c/Nación Argentina (Prefectura Nacional Marítima) s/contencioso administrativo»	259
B) El caso «D. de P. V., A. c/O., C. H. s/impugnación de la paternidad»	262
C) El caso «González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba s/recurso de hecho».....	269
2.2.3. Derecho a no ser discriminado por razón de edad	274
A) El caso «Franco, Blanca T. c/Provincia de Buenos Aires»...	274
B) El apartamiento de la doctrina sentada en «Domínguez, Alberto Roberto c/UNR s/recurso de amparo».....	281
2.2.4. Derecho a la libertad de expresión	283
A) El caso «Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García»	283
B) El caso «Asociación Mutual Carlos Mujica c/Comité Federal de Radiodifusión».....	287
2.2.5. Derecho a la libertad física o ambulatoria.....	293
A) El caso «Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del CP».....	293

	Pág.
B) Idas y vueltas en el escrutinio aplicable a las distinciones vinculadas con el derecho a la libertad física o ambulatoria.....	297
2.2.6. Derecho a contraer matrimonio.....	299
A) El caso «Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso-administrativo».....	299
3. UNA REFORMULACIÓN DEL ESCRUTINIO EXTRAORDINARIO. HACIA UN ESCRUTINIO ESTRICTO.....	303
3.1. Derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y de la nacionalidad.....	305
A) El caso «Hooft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires»	308
B) El caso «Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo»	312
C) El caso «Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación-Corte Suprema de Justicia de la Nación-Resol. de 13 de septiembre de 2004 (concurso biblioteca)»	316
3.2. Derecho a no ser discriminado por razón de la opinión política	321
A) El caso «Partido Nuevo Triunfo s/reconocimiento-Distrito Capital Federal».....	322
4. RECAPITULACIÓN.....	328

EPÍLOGO

1. CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	333
1.1. Igualdad proporcional.....	333
1.2. Igualdad de circunstancias.....	334
1.3. Libertad de configuración del legislador	336
1.4. Razonabilidad de las diferenciaciones normativas	337
1.5. Presunción de inconstitucionalidad de las categorías sospechosas	339
1.6. Igualdad y desigualdad valorativa.....	342
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	343
2.1. Esbozo de ciertas similitudes	343
2.2. Esbozo de ciertas diferencias	345
2.3. Balance.....	346
CONCLUSIONES	349
JURISPRUDENCIA CITADA	361

	<u>Pág.</u>
1. REPÚBLICA ARGENTINA.....	361
1.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	361
1.2. Otros tribunales argentinos.....	366
1.2.1. Cámaras Nacionales.....	366
1.2.2. Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires.....	366
1.2.3. Suprema Corte de Buenos Aires.....	366
1.2.4. Juzgado de lo Contencioso Administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires.....	366
2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (U.S. SUPREME COURT).....	366
3. REINO DE ESPAÑA (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL).....	368
4. OTROS TRIBUNALES.....	369
4.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	369
4.2. Corte Costituzionale Italiana.....	370
4.3. Tribunal Constitucional Alemán.....	370
4.4. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	370
INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	370
BIBLIOGRAFÍA.....	371

PRÓLOGO

Como ocurre con todos los temas importantes, el estudio de la igualdad es francamente complejo. Puede ser abordado desde muy diversas perspectivas. Desde el punto de vista jurídico, se nos dice que estamos ante la razón del Derecho. La igualdad es una de las vías más atractivas con que contamos para intentar entender por qué frente a un conflicto entre seres humanos la violencia no es una alternativa moralmente aceptable. Optamos por el Derecho y no por la violencia —debemos optar por el Derecho y no por la violencia— porque aquel que tenemos enfrente es alguien —no meramente algo— igual a nosotros mismos. Ahora bien, ¿qué es aquello que hace del que tengo enfrente «alguien»? Estamos frente a una pregunta de controvertida respuesta. Más allá de ella, lo cierto, por otro lado, es que el Derecho hace de la diferencia un eje: las leyes tratan diferente a unos y otros, a los «iguales» cuya igualdad justifica —o parece justificar, según se dice— su misma existencia. Simultáneamente, esas mismas leyes reconocen un derecho a la igualdad. Esto último abre dos clases de problemas. El primero, muy evidente, se resume en la siguiente pregunta: ¿cómo llevar a cabo distinciones sin violar la igualdad? El segundo problema es igualmente complicado, y surge de la constatación de las desigualdades circundantes: ¿cuál es el contenido de ese derecho a la igualdad y su operatividad, frente a la evidencia de diferencias tan grandes (de capacidad, de educación, de situación económica...) entre los sujetos a quienes les es reconocido?

El libro que el lector tiene en sus manos plantea estas preguntas y otras muchas de manera inteligente y profunda. Y da con respuestas que dejan pensando. Se trata de una versión enriquecida de la tesis doctoral de María Marta Didier, joven profesora santafesina, defendida brillantemente en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Llevaré a cabo, a continuación, algunas observaciones que —quizá— ayuden a situar este valioso trabajo.

La Dra. Didier adoptó las sentencias de la Corte Suprema argentina como punto de partida y a la vez banco de pruebas de su estudio. En mi opinión, se trató de un acierto: por un lado, las dificultades mencionadas líneas más arriba obligaban a adoptar una perspectiva específica para abordar el tema, puesto que un intento de abordaje panorámico habría deslizado el trabajo doctoral a un estudio superficial, sin la profundidad ni el rigor que debe tener una investigación que aspire a generar conocimiento original; por otro, la novedad del objeto seleccionado dotó a la inves-

tigación y a sus resultados de un interés evidente: estamos ante el primer estudio sistemático y exhaustivo del derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.

El primer capítulo fue dedicado a los sentidos de la igualdad. Se abordaron allí los distintos significados del término desde dos puntos de vista diferentes pero relacionados: el filosófico (§ 2) y el técnico jurídico (§ 3 y § 4). Uno y otro condujeron a la idea de razonabilidad. La diferenciación que lleva a cabo el Derecho, a la que se aludió precedentemente, sólo es aceptable si respeta la igualdad, y el respeto de la igualdad depende de su razonabilidad, es decir, de que exista alguna razón constitucionalmente válida para diferenciar.

En el capítulo segundo se llevó a cabo un análisis puntilloso del derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Supreme Court estadounidense. Se trató de una necesidad de la investigación, puesto que la Corte argentina se ha nutrido de allí en este tema (como en tantos otros). Fueron analizados, sucesivamente, los tres escrutinios estadounidenses en materia de igualdad (§ 2 a § 4) y el caso de las acciones positivas (§ 5).

Sobre la base anterior y luego del relevamiento de la jurisprudencia argentina, la Dra. Didier elaboró un modelo de análisis del principio de igualdad que aplicó en los capítulos tercero y cuarto. En el primero de ellos se estudiaron los «derechos con contenido patrimonial»; en el segundo, los «derechos con contenido extrapatrimonial». Uno de los hallazgos más interesantes de la investigación es el del tratamiento diverso que unos y otros han recibido por parte de la Corte Suprema. En el libro se recorren, sucesivamente, los derechos patrimoniales derivados de regímenes laborales, los derechos patrimoniales derivados de regímenes previsionales, los derechos patrimoniales derivados de regímenes impositivos, los derechos patrimoniales sobre los depósitos bancarios, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, el derecho a no ser discriminado por razón de edad, el derecho a no ser discriminado por razón del origen nacional y de la nacionalidad, el derecho a no ser discriminado por razón de la opinión política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad física o ambulatoria y el derecho a contraer matrimonio. El análisis es histórico, a partir de las diversas sentencias de la Corte Suprema. La autora parte de allí para proponer una comprensión de la razonabilidad diferenciada —«modelos de escrutinio»—, según cuáles sean los derechos en juego. Como podrá comprobar el lector, se trata de una sistematización novedosa y sugerente de todos los casos relevantes de la Corte sobre la materia.

La investigación concluye con un epílogo valiosísimo, en el que se exponen de modo ordenado y sintético los que a juicio de la autora son los criterios para la interpretación y aplicación del principio de igualdad y se desarrollan «algunas ideas resultantes de la comparación entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Suprema de Argentina», que en los capítulos anteriores estaban sólo implícitas.

Resta decir que la lectura del libro se sigue con mucho interés no sólo por el tema sino también porque la prosa es diáfana y concisa, sin hipérboles ni desvíos inne-

cesarios, y porque —como ocurre cuando se lee a escritores inteligentes— el lector intuye con una certeza creciente que la autora revela en estas páginas sólo una parte de lo mucho que sabe y ha pensado.

Juan CIANCIARDO

Buenos Aires, 15 de febrero de 2011

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, entendiéndose por esta última la exigencia de que el legislador no efectúe distinciones 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 esta-

dounidense, 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 y la dogmática de los derechos fundamentales, como integrante de aquélla, 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 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

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

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 decimocuarta 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 decimocuarta 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, contando además con un epílogo y conclusiones. 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 que se predica de todos los 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 distinciones 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, quien 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 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 III y IV se estudiará la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina vinculada al principio de igualdad en la formulación de las normas

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

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, la opinión política 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, la opinión política 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.

El epílogo estará destinado a desarrollar los criterios para la interpretación y aplicación del principio de igualdad, tomando en cuenta el estudio de la doctrina y jurisprudencia realizado en los capítulos precedentes. Asimismo, se pondrán de manifiesto algunas ideas resultantes de la comparación llevada a cabo entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y de Estados Unidos, efectuando una reflexión iusfilosófica a partir de dicha comparación.

A modo de síntesis, cabe señalar que la estructura del presente trabajo constará de cuatro capítulos, un epílogo y las conclusiones: *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 las 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; *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, y *e*) en el epílogo se especificarán los criterios para la interpretación y aplicación del principio de igualdad, como así también se efectuará una comparación entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y de Estados Unidos, poniendo de relieve las connotaciones iusfilosóficas que de ella se desprenden.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer a todos aquellos que con generosidad desinteresada y de múltiples maneras me han prestado su apoyo para la realización de esta tesis doctoral. Sin lugar a dudas, la mayor deuda es para con mis padres, Marta Estela Moleón y Alberto Francisco Didier, quienes en todo momento me brindaron su ayuda incondicionada. La continua disponibilidad de mi madre para acompañarme en este proyecto, significó para mí un estímulo clave para transitar esta etapa de mi formación académica. La experiencia profesional junto a mi padre, quien me ha enseñado con admirable dedicación el arte de los juristas, fue un elemento definitorio que consolidó mi vocación de abogada, 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 mi abuela, María Manuela Geniz de Moleón, quien estuvo siempre presente en mis proyectos personales y profesionales.

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 orientado para la realización del Doctorado, confiando en mi vocación académica y estimulándome para su desarrollo. Finalmente, agradezco a la Universidad Austral, por su apoyo para la elaboración de esta tesis doctoral.

CAPÍTULO I

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

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—2. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO IGUALDAD.—2.1. La igualdad como concepto análogo.—2.2. La igualdad ontológica de los hombres como fundamento del Derecho.—2.3. La igualdad como exigencia de justicia.—3. EL SIGNIFICADO HISTÓRICO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.—4. LA DOBLE DIMENSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—4.1. Exigencias del principio de igualdad *de iure*.—4.1.1. Igualdad en la norma jurídica general.—4.1.2. Igualdad de derechos.—4.1.3. Igualdad en la aplicación de la norma jurídica general.—4.2. El principio de igualdad de hecho.—4.2.1. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.—4.2.2. La igualdad de hecho y su consagración constitucional.—5. LAS VINCULACIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RAZONABILIDAD.—5.1. Igualdad y razonabilidad.—5.2. El principio de razonabilidad.—5.2.1. El juicio de adecuación.—5.2.2. El juicio de necesidad.—5.2.3. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto.—5.2.4. El juicio de alteración o afectación del contenido esencial.—6. RECAPITULACIÓN.

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, necesiéndose 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»¹, 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»². 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»³.

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, 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 Constituciones⁴, 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 resultados⁵, habiendo merecido consagración constitucional bajo la modalidad de una norma iusfundamental programática dirigida al legislador, aunque —conforme se desarrollará más adelante⁶— 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 restric-

¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 547.

² *Ibid.*, p. 545.

³ G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S.p.a., 1992. Se cita de la edición en castellano, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 116.

⁴ Cfr. arts. 16, 37, 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución argentina; arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución española y art. 3 de la Constitución italiana. La enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos y el art. 3 de la Ley Fundamental de Bonn sólo hacen referencia explícita a la igualdad *de iure*.

⁵ Cfr. epígrafe 4.2.1 del presente capítulo.

⁶ Cfr. epígrafe 4.2.2 del presente capítulo.

ciones 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 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»⁷, 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 sentido, antes bien remite, para adquirir sentido, a la pregunta ¿igual a quién?»⁸.

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»⁹. 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»¹⁰.

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*»¹¹. Sin embargo la comparación no podrá darse, como ya se

⁷ J. HERVADA, «Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer», *Persona y Derecho*, vol. XI, 1984, p. 351.

⁸ N. BOBBIO, «Equaglianza» y «Libertá», *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, pp. 355-364, y vol. III, pp. 994-1004 respectivamente, 1977. Se cita de la edición en castellano: *Igualdad y libertad*, introd. de G. Peces Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós ICE UAB, Barcelona, 1995, p. 54.

⁹ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 46.

¹⁰ A. KAUFFMAN, *Analogía y naturaleza de la cosa*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1976, p. 72.

¹¹ El término *comune* puede ser traducido como elemento común.

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»¹². 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 expresado con la fórmula: existencia de un común término de comparación»¹³.

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...»¹⁴, es decir, el aspecto «...bajo el cual es observado lo que se ha de comparar»¹⁵. 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»¹⁶.

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 consideración¹⁷. 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.

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»¹⁸. 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...»¹⁹, por ello, «la comprensión

¹² C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, pp. 224-225.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 225.

¹⁵ A. KAUFFMAN, *Analogía y naturaleza...*, ob. cit., p. 81.

¹⁶ M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 18.

¹⁷ Cfr. C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica...*, ob. cit., p. 226.

¹⁸ J. GARCÍA LÓPEZ, *Lecciones de metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1995, p. 27.

¹⁹ A. KAUFFMAN, *Analogía y naturaleza...*, ob. cit., p. 74.

de un concepto analógico es en parte rígida, en parte elástica, en parte inmóvil, en parte móvil»²⁰.

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 ésta sería la analogía de atribución); pero si llamamos «doble» a la relación que hay entre dos y cuatro, y también a la que hay entre ocho y dieciséis, aquí la semejanza se establece entre relaciones, no entre formas (y ésta sería la analogía de proporcionalidad)»²¹. 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»²².

Se ha sostenido que el concepto de igualdad es análogo²³, 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 $1 : 1 = 2 : 2$...»²⁴, conforme ya fue señalado por Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*²⁵. 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 treinta años, existiendo en este último caso una relación de 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

²⁰ G. KALINOWSKI, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, estudio preliminar de Carlos Ignacio Massini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 48.

²¹ J. GARCÍA LÓPEZ, *Lecciones de metafísica...*, ob. cit., p. 27.

²² G. KALINOWSKI, *Concepto, fundamento...*, ob. cit., p. 48.

²³ Cfr. J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980. Se cita de la edición en castellano *Ley natural y derechos naturales*, estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 193.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998, libro V, pp. 61-63.

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 XVIII hasta hoy»²⁶.

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 pregunta «¿Igualdad entre quiénes?», es preciso responder la siguiente: «¿Igualdad en qué?»²⁷.

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 art. 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»²⁸, y por Cotta el «principio de la personalidad»²⁹.

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)...»³⁰. 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,

²⁶ N. BOBBIO, *Igualdad y libertad...*, ob. cit., p. 68.

²⁷ *Ibid.*, p. 54.

²⁸ J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 210.

²⁹ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1985. Se cita de la edición en castellano: *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. P. Pastor, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 153.

³⁰ *Ibid.*, p. 156.

no sería posible instaurar relaciones de justicia³¹. 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 ontológica 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»³², y por tanto de sujeto de derecho³³. 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»³⁴.

En consonancia con lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza»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 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 tiem-

³¹ Cfr. *ibid.*, y J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, p. 210.

³² S. COTTA, *El derecho en la existencia...*, ob. cit., p. 153.

³³ Una aguda crítica a las teorías que niegan la identificación entre ser humano, persona y sujeto de derecho puede verse en P. SERNA, «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo», en C. I. MASSINI y P. SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

³⁴ J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, pp. 211-212.

³⁵ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 55.

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

po 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 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

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

³⁸ *Ibid.*, p. 155.

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

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

⁴¹ Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Se cita de la edición en castellano: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 38 y 332.

⁴² *Ibid.*, p. 332.

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 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—, es lo que en definitiva constituye el fundamento del principio de igualdad, lo que le confiere su explicación última, pues sin aquélla 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 necesariamente 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

⁴³ *Ibid.*

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» (A. ROSS, *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 material 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» (A. ROSS, *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» (C. PERELMAN, *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» (C. PERELMAN, *De la justicia...*, ob. cit., p. 41).

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

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.

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 noción, determinaciones y principios de la justicia, colocándola en el centro de los más intensos debates iusfilosóficos y filosófico-políticos»⁴⁹. 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

⁴⁶ M. ATIENZA, *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 de rechazo al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial» (F. RUBIO LLORENTE, «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 C. I. MASSINI, «Del positivismo analítico a la justicia procedimental», *Persona y Derecho*, núm. 42, 2000, p. 174.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 175.

como definatorios 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 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 y a formar organizaciones que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad o cadenas de mando. Mientras que la distribu-

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

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 25.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 67.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 68.

ción 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 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

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, p. 69.

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

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

⁶⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 61-63.

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 J. HERVADA, *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 V, p. 210).

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 niño de cinco años lo que la educación secundaria 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.

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.

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. J. FINNIS, *Ley natural...*, ob. cit., pp. 216-221).

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

⁶⁵ *Ibid.*, p. 204.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* 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 capacidad, la aportación a la sociedad y la necesidad (cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, ob. cit., pp. 222-224).

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

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