

Título: El principio de igualdad

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2015-99, 859

Cita: TR LALEY AR/DOC/4843/2015

Sumario: I. Sección primera. Los sentidos de la igualdad.— II. Sección segunda. El control judicial de las discriminaciones arbitrarias

I. Sección primera. Los sentidos de la igualdad

1. La generalización del principio constitucional de igualdad y la necesidad de una teoría integral

Un dato no muy divulgado que proporciona la historia comparada de los derechos fundamentales revela que Jean-Antoine Nicolas Caritat, marqués de Condorcet, una suerte de "filósofo universal" (según Voltaire), que sirvió de enlace entre la Ilustración y la Revolución, fue el primero en elaborar un Proyecto de Constitución en el que la igualdad era la base de los demás derechos en el marco de un modelo constitucional republicano. En su proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Civiles y Políticos de los Hombres de 1792, que presentó a la Asamblea francesa, definió el principio en el art. 1º de la siguiente forma: "una Constitución republicana que tenga como base la igualdad es la única conforme con la naturaleza, con la razón y la justicia, la única que puede conservar la igualdad de los ciudadanos y la dignidad de la especie humana"[\(1\)](#).

Las constituciones decimonónicas tomaron, como es sabido, otro camino, inclinándose por la fórmula de la "igualdad ante la ley", sin atribuirle la condición de base y fundamento del sistema republicano ni preferencia alguna sobre la libertad y demás derechos fundamentales. En rigor, fue la consagración de una igualdad jurídica y no la concepción de la igualdad material o sustancial que propugnaba el marqués de Condorcet, la que, en definitiva, se impuso en el curso de la praxis constitucional a través de la legislación y la jurisprudencia, sin reconocer una prevalencia absoluta, ni aun relativa, a la igualdad sobre las libertades y demás derechos fundamentales.

De ese modo, con las debidas cautelas interpretativas para armonizarlo con la justicia y los derechos fundamentales, el principio constitucional de igualdad ante la ley se ha generalizado de tal manera que configura un principio general de derecho público, cuyo contenido formal y material se extendió a diferentes sectores y situaciones en el constitucionalismo moderno (v.gr., igualdad real de oportunidades, no discriminación, etc.).

El proceso descrito determina la necesidad de contar con una construcción integral del principio de igualdad que sirva como fundamento que sustente la interpretación del principio en las leyes, en las decisiones administrativas y en la jurisprudencia. Ese es el principal propósito que guía el método y la sistematización que proponemos para analizar la teoría general, con sus raíces y los diferentes elementos que integran el principio, separándola de la praxis jurisprudencial y de la proyección del principio a diferentes sectores específicamente determinados. En otros términos, evitar el peligro de hacer de la igualdad una teoría holística que no discrimine los diferentes elementos y situaciones que integran su realidad en el mundo del derecho.

Esa construcción integral no debe olvidar que si la igualdad tiene por fin proteger la dignidad del hombre, la desprotección que algunas legislaciones dejan a los seres humanos concebidos (que obviamente no pueden defenderse) al legalizar el aborto implica impedirles a las personas por nacer el derecho humano más fundamental de todos, que es el derecho a la vida, dado que esos seres son personas humanas desde su concepción en el seno materno [\(2\)](#), como fue reconocido durante el siglo XIX y buena parte del XX por parte de los antiguos liberales que (ya fueran ateos o agnósticos) tenían plena conciencia de los principios del derecho natural y de los derechos fundamentales del hombre.

2. La igualdad: un tema clásico en la era de las nivelaciones

Por de pronto, cabe advertir que la igualdad ha sido un objetivo perseguido, con distinta intensidad, en el curso de la historia. No hay que confundir el principio general de igualdad con lo que suele mentarse como "igualitarismo social", o sea, aquella tendencia política que propugnaba la desaparición o atenuación de las diferencias sociales cuya desmesurada aplicación en la antigüedad provocó sucesivas crisis económicas y políticas que arrastraron a la ruina a grandes ciudades o imperios [\(3\)](#) que, por cierto, tiene una raíz que poco tiene que ver con la solidaridad social que predica el cristianismo. Como apuntó Ortega, vivimos en plena era de las nivelaciones [\(4\)](#) y una de las principales consecuencias es la búsqueda de una igualdad social diseñada por el poder público.

El principio general de igualdad es parte del principio mayor de la dignidad humana y el carácter jurídico que se le atribuye tiene siempre por objeto el hombre, en forma directa (personas físicas) o indirecta (personas jurídicas). Desde luego que su contenido varía en función de la finalidad que cumple la igualdad en las

diferentes formas de justicia de la filosofía clásica (conmutativa, distributiva y legal).

Como principio jurídico, la igualdad aparece como un derecho o garantía a favor de los particulares, frente al Estado, en la mayoría de las constituciones antiguas y contemporáneas, lo que no fue óbice para que la proyección del principio, a través de la interdicción legal de la discriminación, se haya extendido a las relaciones entre particulares [\(5\)](#). Como todo derecho humano fundamental, su reconocimiento no proviene del Estado ni de la sociedad, sino de la propia naturaleza y dignidad del hombre.

En este sentido, el principio de igualdad ha sido consagrado en tratados internacionales que, en nuestro sistema, poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que "Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"[\(6\)](#).

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que "existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación", señalando que "El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional"[\(7\)](#).

3. Justicia e igualdad

La justicia supone una relación de igualdad cuyo objetivo final es siempre la realización del bien común en las distintas especies de justicia, aun en la llamada justicia distributiva [\(8\)](#).

La noción de justicia se integra con tres elementos: a) es una relación de alteridad, o sea inter-subjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (sólo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo); b) lo debido (el debitum) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo; y c) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas [\(9\)](#).

La clasificación que brinda la escolástica, a través de Tomás de Aquino, se fundamenta básicamente en la doctrina de Aristóteles y distingue dos grandes especies de justicia: general y particular.

La justicia general, también llamada legal, considera las relaciones que se fundan en lo debido a la comunidad por los individuos que la componen, ordenando todas las demás virtudes al bien general. Se parte del principio que reconoce que "la parte, en cuanto tal, es algo del todo, donde todo el bien de la parte es ordenable al todo". De ello se sigue que la materia común de esta clase de justicia es la esfera de actuación de las demás virtudes, pues todos los actos del hombre deben orientarse al bien común, "al menos de una manera negativa y mediata"[\(10\)](#), sosteniéndose que, al lado de esa materia común, existe una clase específica de justicia denominada legal o general, de la que son ejemplo las normas que gravan con impuestos y toda clase de aportaciones personales o económicas debidas al Estado [\(11\)](#).

Se desprende de esta doctrina que el bien del individuo debe subordinarse al bien de la comunidad, "porque no hay plenitud fuera de la sociedad, y la condición primordial de la existencia de la sociedad es la primacía del bien común. Se trata de la relación de reciprocidad entre lo individual y lo social"[\(12\)](#). Por cierto que el bien común, aunque debe ser su objetivo primordial, no se identifica con el Estado ni con las concepciones populistas que deforman la raíz filosófica del principio regido por la regla de la subsidiariedad.

Ahora bien: el contenido de la justicia legal o general versa no sólo sobre los deberes establecidos por las normas del llamado derecho positivo, sino también sobre aquellos que se deben a la comunidad por derecho natural, lo cual no implica reconocer dos especies distintas: se trata siempre de una sola justicia.

Subordinada a la justicia legal o general se encuentra la justicia particular, cuyas especies son las llamadas justicias conmutativa y distributiva. Al explicar estas formas de la justicia, Tomás de Aquino expresa que "la justicia particular se ordena, a una persona privada, que respecto a la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes"[\(13\)](#).

En ambos casos, el derecho que es objeto de la justicia particular (conmutativa y distributiva) es derecho individual, si bien en la justicia conmutativa la igualdad se establece de objeto a objeto (salvo que la condición personal sea causa de reales distinciones), mientras que en la justicia distributiva la igualdad que se realiza es proporcional a la condición de la persona y a las exigencias del medio social (14). En cuanto al reparto que se opera en la justicia distributiva, hay que tener presente que la medida de esas condiciones debe guardar proporción con la calidad, la aptitud o la función de cada uno de los miembros del cuerpo social (15).

Para resolver los problemas de distribución no hay una única fórmula universalmente aplicable (16) y habrá que estar a aquellos criterios que se desprenden de la razón práctica, o sea, de las llamadas reglas de la razonabilidad práctica.

El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden existir ni imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella (17).

Seguimos pensando que el desarrollo actual de los derechos público y privado no admite en absoluto la identificación del derecho público con la justicia legal y distributiva, ni del derecho privado con la justicia conmutativa (18).

Los numerosos ejemplos que ofrece la realidad actual del mundo jurídico confirman la conclusión que acabamos de sustentar, ya que puede advertirse que mientras el derecho privado incorpora normas y se ocupa de relaciones fundadas en la justicia distributiva (v.gr., en materia laboral y derecho de las asociaciones), el Estado acude, en el ámbito del derecho público, a la concertación de acuerdos con los particulares, cuyas prestaciones se determinan, equilibradamente, por un acto conmutativo, donde el débito y el crédito tienen una directa relación entre sí en función de la cosa debida y no de la persona o exigencia sociales (v.gr., el contrato de suministro) (19).

De otra parte, el Estado suele no tener muchas veces la administración del bien común en un sentido exclusivo e inmediato, ya que éste puede realizarse por las llamadas asociaciones intermedias, las cuales pueden configurarse —en el plano jurídico— como personas públicas no estatales o como personas jurídicas privadas (20). Corresponde señalar, por último, que en el marco de las transformaciones que se vienen operando en el mundo tras la caída del socialismo, Juan Pablo II, al promulgar la Encíclica Centesimus Annus, destacó la positividad del mercado y de la empresa, siempre que estén orientados a la realización del bien común (21).

Por influencia de la doctrina social de la Iglesia, se ha introducido una nueva denominación de un tipo específico de justicia, frecuentemente utilizado a partir de la Encíclica Quadragesimo anno, de León XIII, que aparece directamente relacionada con las exigencias del bien común y los deberes del Estado y de las personas, en aplicación de los principios de solidaridad y de subsidiariedad, para subsanar las carencias sociales, protejan y respeten los derechos de los trabajadores y operarios. Es la llamada justicia social.

En la filosofía contemporánea se ha considerado que esa clase de justicia es equivalente a la justicia legal o general (22), lo que es consecuencia lógica de haber seguido en este punto la concepción aristotélica que, a diferencia del Aquinate, conecta la justicia general con la distributiva.

Con base en la clásica formulación tomista sobre las distintas especies de justicia, puede concebirse a la justicia social como aquella que comprende todo el movimiento circular del acto justo: del todo hacia las partes (justicia general) o de las partes hacia el todo (distributiva), pero también de las partes entre sí (justicia conmutativa) (23). Esto último se explica por el hecho de que las obligaciones que se imponen a las empresas no se orientan hacia la comunidad sino a las partes de la relación. Hay que advertir que el término "conmutación" no se circunscribe a los intercambios sino que se refiere a una expresión del latín clásico *commutatio*, que equivale a cambio, con lo que, al dejar de lado "los problemas de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo a los grupos)" (24).

4. Sobre las especies de igualdad y la noción positivista. Los criterios de la igualdad distributiva

Los caminos de la filosofía y los del derecho no siempre han confluído. Mientras desde el punto de vista filosófico clásico se concibe la igualdad como una proporcionalidad (25) que alude a un cierto equilibrio o contrapeso establecido conforme a la razón práctica, el derecho constitucional decimonónico y los que lo prosiguieron acuñaron un concepto jurídico de la igualdad: la igualdad ante la ley.

Pero, al hacer el análisis de este último principio, se advierte que la igualdad puede referirse tanto a una relación formal (v.gr., el procedimiento) como sustancial o material (p. ej., ventajas o beneficios que acuerda una ley, reglamento o acto administrativo).

A su vez, en el marco constitucional positivista en el que prevalecía la concepción formal que predicaba la

igualdad ante la ley, la tendencia más evolucionada llegó a propugnar una fórmula que pretendía cumplir con el dogma de la plenitud del ordenamiento y, sobre todo, a través de Hart, difundió la idea de que la igualdad consiste en "tratar como semejantes los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes"⁽²⁶⁾, a la que considera un elemento central de la noción de justicia, si bien reconoce que en sí mismo es incompleto y que, mientras no se lo complementa, no puede utilizarse como guía de la conducta a seguir. Para ello considera necesario que se establezca un criterio relevante para establecer las semejanzas y diferencias o lo que equivale a reconocer que la fórmula es, en sí misma, una fórmula vacía de contenido, como lo prueba el propio Hart cuando se refiere a los distintos criterios que justifican el trato diferenciado en la justicia distributiva. Finnis se ha dado cuenta de la deficiencia de la fórmula y la resuelve afirmando que lo que importa es cuáles son aquellos principios que le permiten "valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de determinada manera) prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así"⁽²⁷⁾. Pone como ejemplo el principio que prohíbe la tortura, el cual es incontrastable, pues se aplica a los desiguales del mismo modo que a los iguales, en todos los casos. El pensamiento de Finnis sobre esta regla consiste en reconocer que todos los miembros de una comunidad gozan por igual del derecho a una consideración respetuosa, aunque para resolver problemas de justicia distributiva la igualdad sea un principio residual, que se aplica cuando otros criterios no son suficientes, no para realizar la igualdad sino el bien común, que puede sintetizarse en la realización plena de la vida y de los bienes humanos básicos por parte de todos los miembros de una comunidad.

Y aun reconociendo que no existen patrones precisos para valorar estas cuestiones acude —siguiendo en esto a Hart ⁽²⁸⁾— a la necesidad, como criterio principal de distribución, el que completa con otros criterios, como (i) el de la función, referido no directamente al bien humano básico sino a los roles y responsabilidades de cada uno en el seno de la comunidad; (ii) a la capacidad para cumplir con los roles en las empresas comunes y respecto de las oportunidades para el progreso individual (v.gr., el acceso a la educación superior); (iii) los méritos y los aportes que derivan del sacrificio propio o del esfuerzo y habilidad de las personas; y (iv) en la distribución para compensar los costos y las pérdidas de una empresa donde lo equitativo dependerá de si las personas han creado o al menos previsto y aceptado riesgos evitables, mientras otras personas ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, de evitarlos o de asegurarse contra dichos riesgos. De lo que se trata, en definitiva, no es de evaluar estados de cosas sino la exigencia de la razonabilidad práctica en cuanto a personas determinadas en sus tratos recíprocos ⁽²⁹⁾.

Lo cierto es que la distinción entre justicia distributiva y conmutativa no constituye más que una forma tendiente a facilitar el análisis y que —como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos— muchas acciones del Estado, y aun de los particulares, son a la vez "distributiva y conmutativamente justas (o injustas)"⁽³⁰⁾.

En cualquier caso, la igualdad no constituye un principio absoluto sino relativo, habida cuenta de que, salvo el derecho a la vida y sus derivados (v.gr., prohibición de tortura), no existen principios ni derechos absolutos y éstos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN). La jurisprudencia de la Corte ha sostenido en forma expresa ⁽³¹⁾ el carácter relativo del principio de igualdad.

5. La igualdad ante la ley y la razonabilidad

Si se acepta como válido el razonamiento hecho por Finnis al sostener que la fórmula de Hart de la igualdad presenta un carácter residual en la justicia distributiva, hay que apuntar, en definitiva, a los criterios de razonabilidad práctica para justificar las desigualdades. En cualquier caso, la igualdad ante la ley que predica el art. 16 de la CN presenta una serie de características que traducen pautas derivadas del principio de razonabilidad (art. 28, CN) para declarar tanto la inconstitucionalidad de una ley o reglamento como de un acto administrativo, particularmente frente a supuestos de decisiones administrativas que apliquen la ley en forma desigual ⁽³²⁾. Por este motivo, como la igualdad no se limita a exigirla sólo ante la ley formal o material, al ser un principio de mayor amplitud, corresponde hablar de "igualdad jurídica"⁽³³⁾.

En nuestro país, la doctrina del derecho público no ha abordado la tarea de realizar una construcción dogmática completa sobre el principio de igualdad jurídica, que es una exigencia de justicia y, por tanto, de razonabilidad ⁽³⁴⁾ y, en general, acude a las categorías inorgánicas que se extraen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo cual no deja de ser una paradoja, puesto que en el gran país del norte la igualdad racial, por ejemplo, recién se impuso en la segunda parte del siglo XX, mientras que en Europa llevaba más de un siglo de antigüedad, siendo evidente, por lo demás, que allí otorgaron, durante muchos años, una fuerte preferencia a la libertad por sobre los otros derechos fundamentales ⁽³⁵⁾. La razón que justifica el rumbo adoptado por la generalidad de nuestro derecho constitucional probablemente obedezca a la inclinación histórica que lo lleva a seguir a rajatabla el modelo de la Constitución estadounidense y sus categorías jurisprudenciales junto al mayor desarrollo que allí ha tenido —con sus vaivenes— la doctrina de la razonabilidad. En cualquier caso, no es posible obviar que la construcción de nuestro art. 16, que proviene del

Proyecto de Alberdi (36), basado en una mixtura entre antecedentes europeos y norteamericanos (la Constitución de Virginia de 1776 y el art. 6º de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789), sea mucho más sobria y precisa (37), no obstante predicar también una igualdad formal: la igualdad ante la ley.

Pero si el centro o vértice en que concurren los distintos grados de justicia en la igualdad se encuentra en el principio de razonabilidad de las leyes, reglamentos o actos administrativos (aplicable extensivamente también a relaciones entre particulares), la concepción de la igualdad no puede divorciarse de las diferentes especies de razonabilidad (tanto en la valoración como en los criterios de selección).

Como es imposible observar la igualdad de trato en todas las adjudicaciones jurídicas (ya sean prestacionales o sancionatorias), la determinación de la desigualdad desemboca, finalmente, en el análisis de la valoración y contenido de las diferencias específicas tenidas en cuenta por las normas y actos para justificar las desigualdades formales y materiales que ellas exhiben.

Mientras la llamada razonabilidad ponderativa es una operación por la que se pondera o pesa (metafóricamente como en una balanza) el sentido axiológico o finalístico del antecedente y consecuente de la norma y la proporción que existe entre ellos (38), la otra especie de razonabilidad opera en la selección de las circunstancias del caso o propiedades (en sentido lógico) que integran el antecedente y el consecuente, sin acudir a un término de comparación (39), como acontece con el principio de igualdad ante la ley.

La primera (razonabilidad ponderativa) coincide con la teoría norteamericana del debido proceso sustantivo (institución jurídica donde la jurisprudencia estadounidense aloja esta peculiar violación del principio de los derechos fundamentales) y consiste en una operación de imputación normativa (the balance of convenience rule) mediante la cópula "deber ser"(40).

En la segunda (razonabilidad de elección o de igualdad) se tiene en cuenta lo imputado al elegir las circunstancias o propiedades que componen el antecedente y el consecuente, incurriéndose en irrazonabilidad cuando se formulan distinciones sin fundamento axiológico suficiente... lo que ocurre si los hechos o conductas erigidos en diferencia específica, fundamento de una diferencia de trato, son determinados arbitrariamente"(41), conclusión que también postula la doctrina germana y el Tribunal Constitucional alemán (42), con posterioridad a la formulación teórica efectuada por Linares.

6. La llamada paradoja de la igualdad constituye generalmente un dilema

Si se interpreta que el principio de igualdad jurídica del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional (todos los habitantes son iguales ante las leyes y por extensión ante los reglamentos administrativos) excede su contenido formal y consagra una igualdad de hecho o material (asignándole un carácter omnicompreensivo), se incurre en una contradicción lógica insuperable, toda vez que lo que según el principio omnicompreensivo de igualdad implica un trato igual, conforme al principio de igualdad de hecho, configura un trato desigual y viceversa.

Esta situación, que para Alexy constituye la paradoja de la igualdad (43), se presenta generalmente como un complejo dilema que conduce a elegir entre dos principios opuestos. En nuestra opinión, el intento de articularlo en un principio unitario genera confusiones, hallándose fuertemente influido por las concepciones ideológicas de cada autor. Además, el reconocimiento del principio de igualdad de hecho y su puesta en práctica en forma imperativa por el Estado genera un conjunto de dificultades de envergadura (44) que aconsejan dejarlo dentro de la esfera de competencia del legislador, cuya libertad de configuración ha de prevalecer en el Estado de derecho.

Esto no implica que el legislador disponga de una libertad absoluta que justifique eludir la problemática que implica la realización de la igualdad material en los casos en que resulta necesario suplir o morigerar graves carencias sociales ni de evitar las graves distorsiones que pudiera haber en la distribución de la riqueza en la sociedad conforme a los recursos existentes en una determinada comunidad, porque los males de una distribución irrazonable y desproporcionada pueden ser mayores que los bienes que produzca la política distributiva.

Los principios del Estado de derecho (fundamentalmente, el de separación de poderes) junto a la serie de dificultades que plantea la realización de un "igualitarismo social" y sus características impiden a los jueces transformarse en legisladores que resuelvan la política distributiva de un Estado. Entre esas características, Finnis (basándose en el procedimiento de quiebra como ejemplo de justicia) anota las siguientes: "a) porque los criterios razonables para valorar la justicia distributiva no generan un único modelo de distribución (ni siquiera un conjunto determinable de modelos) en el que todos los hombres razonables estarían obligados a concordar..."; "b) porque asegurar y mantener un modelo de distribución sin referencia a ninguna de las liberalidades, responsabilidades y pretensiones conmutativamente justas que los individuos, las familias u otros grupos crean para sí mismos, sólo sería posible si se sofocara toda iniciativa individual y se pasaran por alto los actos de injusticia de todo individuo. No puede sostenerse razonablemente, si no es en relación con proyectos

muy limitados, una distinción recíprocamente excluyente entre 'situaciones finales' que pueden ser valoradas como distributivamente justas y 'procesos' que crean y satisfacen pretensiones y responsabilidades de justicia conmutativa. A escala de la comunidad completa, que busca el bien común de la plena realización de todos sus miembros, la distinción falla (i) porque la realización de las personas incluye entre sus aspectos intrínsecos (en cuanto distintos de los medios puramente extrínsecos) y la oportunidad de comprometerse en determinados procesos (tales como dar y recibir, elegir los propios compromisos y en qué invertir la habilidad o el esfuerzo, etc.), y (ii) porque la existencia de tal comunidad es de realización radicalmente ilimitada, con miembros que están continuamente naciendo en ella, marchándose y muriendo, de tal manera que ni un solo espacio de tiempo (por referencia al cual podría valorarse un modelo como justo en sentido puramente distributivo) tiene la condición privilegiada de una 'situación final'⁽⁴⁵⁾.

Además de todo ello, las políticas distributivas fundadas en el "igualitarismo social" (que poco tienen que ver con el fundamento de la justicia social), más bien emparentado con tendencias socialistas totalitarias vinculadas al marxismo o con un jacobinismo insostenible en el mundo actual, suponen un enfoque omnicompreensivo de la igualdad que colisiona con el discutido problema de la relación entre la libertad y la igualdad ⁽⁴⁶⁾.

Dijimos, al comenzar este punto, que la paradoja de la igualdad se presentaba generalmente como un dilema que implica una opción a favor del legislador para elegir entre la igualdad formal y la materia o de hecho. Sin embargo, esta afirmación requiere formular algunas precisiones adicionales.

Si la igualdad ante la ley tiene un contenido que excede lo formal en cuanto adjudica ventajas o desventajas a las personas, es posible que el criterio de comparación en que se funda la política distributiva del Estado beneficie a algunos sectores sin perjudicar a otros (al menos en forma directa o inmediata). Esto acontece en el campo de la salud y, particularmente, en los regímenes de protección de la discapacidad o de promoción industrial, así como en los sistemas que establecen subsidios sociales (p. ej., en los servicios públicos la denominada tarifa social) o subvenciones por razones de bien común (p. ej., a los establecimientos educativos).

Tal como ha dicho Finnis: "el sueño de una justicia puramente distributiva comparte con el consecuencialismo utilitarista la ilusión de que el bien humano es adecuadamente justificable, la ilusión de que la búsqueda del bien común es la búsqueda de un objetivo alcanzable de una vez por todas, como hacer una omelette y la ilusión de que es razonable postular un punto o espacio de tiempo privilegiado por referencia al cual las consecuencias de las acciones podrían teóricamente ser resumidas y evaluadas, asignadas y distribuidas"⁽⁴⁷⁾.

7. La igualdad real de oportunidades y la cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social (art. 75, inc. 23, primer párrafo, e inc. 19, de la CN). La discriminación racial

La reforma constitucional de 1994 y el nuevo estatus constitucional que en ella se asigna a determinados tratados internacionales (art. 75, inc. 22, CN), más que la cuestión inherente a la opción entre igualdad de hecho o material y la igualdad jurídica que traduce el concepto de igualdad que prescribe el art. 16 de la CN ⁽⁴⁸⁾, plantea la de determinar el alcance de los preceptos constitucionales en lo que respecta a la posibilidad de que generen derechos subjetivos a favor de los particulares. En otros términos, si se trata o no de cláusulas programáticas o de operatividad derivada (en la terminología actual de la Corte Suprema) o si, en cambio, constituyen pautas o guías de acción legislativa que entran dentro de la libertad de configuración de los medios para alcanzar los fines constitucionales que corresponde al legislador, cuya responsabilidad, en este punto, es básicamente política (sin excluir el control judicial de razonabilidad sobre las medidas que adopte).

Mientras que el primer párrafo del art. 75, inc. 23, de la CN dice que corresponde al Congreso: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de los niños, los ancianos y las personas con discapacidad", el art. 75, inc. 19 (que debería metodológicamente ser posterior), se refiere, de un modo especial, a la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación, en el ámbito educativo.

Al incluir dichas normas entre las atribuciones del Congreso, resulta obvio que no se trata de la consagración de derechos constitucionales que den base para efectuar reclamos judiciales con fundamento en tales preceptos, los cuales poseen una clara naturaleza programática ⁽⁴⁹⁾ y no directamente operativa. Es evidente que la selección de las políticas legislativas en esas materias traduce el ejercicio de los poderes discrecionales del Congreso y que no es posible demandar al Estado para que dicte determinadas medidas ⁽⁵⁰⁾.

Una situación diferente es la que genera el art. 37 de la CN en cuanto prescribe como norma transitoria que las acciones positivas tendientes a concretar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos y partidos no podrán ser inferiores a las que estaban vigentes al tiempo de la reforma

de la Constitución. De ese modo, la CN reconoce un derecho fundamental al mantenimiento del cupo femenino que prescribe la ley 24012, lo que supone una "discriminación inversa" que a primera vista luce irrazonable, dada la igualdad humana ontológica que existe entre el hombre y la mujer. Por ello, la llamada discriminación inversa contradice el art. 16 de la CN.

Distinta sería la situación si alguna ley discriminase en contra de la mujer pero, en el mundo actual, ni a los constituyentes y/o legisladores se les ocurriría sancionar semejante discriminación.

En lo que atañe a la discriminación racial, si bien no ha sido un problema que se haya planteado entre nosotros, cabe apuntar que, tras la reforma de 1994, también adquirió estatus constitucional la Convención Internacional de Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. El art. 1° de esta Convención —en el inc. 1°— define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la actividad pública", prescribiendo además la prohibición de discriminar entre ciudadanos y no ciudadanos (inc. 2°) y la interdicción de consagrar discriminaciones contra alguna nacionalidad en particular (inc. 3°) (51).

Interesa subrayar que, dado el amplio alcance de nuestro art. 20 de la CN, la prohibición de discriminar en punto a la nacionalidad queda cubierta por el mencionado precepto constitucional, cuyo análisis haremos a continuación.

8. El derecho de igualdad de los extranjeros para gozar de los derechos civiles. Las discriminaciones en materia de ciudadanía

El art. 20 de la CN equipara, en materia de derechos civiles, a los extranjeros con los ciudadanos argentinos en los siguientes términos:

"Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

Como es sabido, la fuente de la norma se encuentra en el Proyecto de Alberdi, cuya finalidad era promover la inmigración europea con la idea de poblar el país (52), tal como lo confirma el texto del art. 25 de la CN que prescribe:

"El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

En consecuencia, la preceptiva constitucional, además de la equiparación de derechos civiles entre los extranjeros y los ciudadanos argentinos, consagra el derecho a obtener nacionalización junto a la interdicción de obligarlos a "admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias" (art. 20 de la CN).

Pero esa equiparación no es absoluta y los extranjeros, como todos los habitantes, gozan de sus derechos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN). Esta regla se aplica, particularmente, en materia de admisión y expulsión de extranjeros, cuando el ingreso al país se efectúe en forma ilegal, sin perjuicio de que, en tales casos, todos los habitantes tienen garantizado el derecho de defensa que les reconoce el art. 18 de la CN (53).

Además, en la propia Constitución se consagran requisitos para el acceso a los cargos supremos del Estado a los que no pueden acceder los extranjeros (art. 89, que consagra el requisito de ser argentino nativo para ser elegido presidente o vicepresidente de la República), lo que se justifica en función de que tal calidad garantiza, de un modo prevaleciente, la preservación de la identidad de la Nación (que hace tanto a su historia y tradiciones, y a los demás elementos que configuran la nacionalidad, como la cultura y el territorio).

Y si bien la igualdad que gozan los extranjeros impide que la legislación interna efectúe distinciones entre los extranjeros, lo mismo acontece, aunque de manera indirecta, en los tratados que consagran preferencias a favor de países que integran una organización supranacional, tenga o no personalidad jurídica, tal como ocurre con el derecho a la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, derechos que pueden invocar todas las personas radicadas en aquellos países que integran el Mercosur, como lo prescribe el Tratado de Asunción (54).

Ahora bien, hay que tener presente que, como lo refleja la propia jurisprudencia de la Corte, la discriminación puede fundarse tanto en razones de nacionalidad como en la exigencia de adquirir la ciudadanía para el acceso a determinados cargos públicos en las fuerzas que controlan la seguridad en las fronteras o en los órganos encargados de la policía migratoria.

En todos los casos en que se cuestione judicialmente alguna discriminación en esta materia se impone realizar un examen acerca de la razonabilidad de la exclusión o restricción a tenor del principio que emerge del art. 28 de la CN.

II. Sección segunda. El control judicial de las discriminaciones arbitrarias

1. Liminar sobre el control de razonabilidad en la jurisprudencia

La garantía de razonabilidad, con fundamento, principalmente, en los arts. 28 y 33 de la Constitución, completada con los derechos y garantías que emergen de los arts. 16 y 17 de la CN (55), ha sido invocada en diferentes fallos de nuestra Corte Suprema, sin que pueda afirmarse que exista una elaboración sistemática (56), situación en cierto modo injustificable, dado que la Corte podía haber seguido los grandes lineamientos de la construcción doctrinaria que en su momento formuló Linares (57), inspirada en los antecedentes que entonces proporcionaba el derecho norteamericano sobre la base de una teorización coherente apoyada en la aplicación e interpretación de los textos constitucionales vernáculos.

En términos generales, puede decirse que los criterios que se extraen de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del juicio de razonabilidad aluden a la proporción entre los medios y los fines que persiguen las leyes y a la ausencia de inequidad manifiesta (58), habiéndose vinculado también la irrazonabilidad con la alteración o afectación de los derechos fundamentales de las personas (59).

Varias han sido las razones que han conspirado para llevar a cabo una construcción jurídica aceptable en el plano de la lógica y de la justicia. Entre ellas, cabe anotar la falta de coherencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y aun de buena parte de la doctrina, limitada por los temores de generalizar reglas a raíz del principio *stare decisis* que gobierna el sistema jurisprudencial de EE.UU. (60). A esas circunstancias corresponde adicionar la cantidad de casos que ha debido resolver nuestra Corte, los cambios frecuentes en su integración por circunstancias políticas y cierto desconocimiento de las operaciones lógicas y aplicación de los principios generales del derecho a los casos sometidos a la decisión del Alto Tribunal. Esa situación genera una incertidumbre que afecta la seguridad jurídica, no obstante reconocer los esfuerzos que ha hecho un sector de la doctrina para articular pautas de razonabilidad aceptables (61).

El sistema de control constitucional difuso, aun con las ventajas que traduce, no ha contribuido a que el derecho constitucional argentino tuviera una construcción orgánica sobre el control judicial de razonabilidad de las leyes y actos administrativos que, en rigor, asegurase la primacía de la Constitución sobre los demás actos del Estado.

No obstante, la doctrina que ha elaborado la Corte en torno del concepto de arbitrariedad de las sentencias constituye un aspecto del control extraordinario de constitucionalidad que contribuyó a la función primordial de garantizar los derechos fundamentales de las personas.

No se puede ignorar que el centro de la construcción del control de la razonabilidad de las leyes y demás actos estatales se encuentra en el principio de interdicción de arbitrariedad, cuyo fundamento más fuerte se encuentra en los arts. 19 y 28 de la CN (62). Esta conclusión es obvia si se repara en que, conforme a sus antecedentes preconstitucionales, la exigencia de hacer lo que la ley no manda o de privar a alguna persona de lo que ella no prohíbe constituye un mandato operativo referido tanto a la ley positiva como a la ley natural o, en términos más actuales, a los principios generales del derecho y, al propio tiempo, si se tiene en cuenta, como lo ha hecho la mayoría de la doctrina, que el precepto constitucional contenido en el art. 28 de la CN, en la formulación original de Alberdi, configura también un mandato operativo en cuanto veda al Congreso alterar, mediante la legislación, los derechos individuales reconocidos en los artículos anteriores de la Constitución, principalmente los que emergen del art. 14 de la CN. Todo ello sin perjuicio de fundar la mencionada interdicción de arbitrariedad en el art. 33 de la CN, que acuerda protección constitucional a los derechos no enumerados que nacen de la soberanía del pueblo (entendida en el sentido del constituyente norteamericano y no en el que proviene del dogma rousseauiano —que aquél ignoró—) y de la forma republicana de gobierno.

La otra cuestión que dificulta la sistematización jurisprudencial es la relación de género a especie que existe entre la razonabilidad e igualdad. En este aspecto de hermenéutica constitucional, la circunstancia de que, al ser la igualdad ante la ley o jurídica una fórmula constitucional más precisa que la acuñada por el principio de razonabilidad, hace que la jurisprudencia acerca del art. 16 de la CN exhiba una mejor sistematización, aun con las falencias metodológicas que suelen mostrar los fallos.

Porque no hay que olvidar, en líneas generales, que así como hay una razonabilidad en la ponderación o valoración, también la hay en la igualdad, ni tampoco que las construcciones de base germánica sobre el principio de proporcionalidad (seguidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español) guardan una gran analogía con las diversas construcciones efectuadas en el derecho norteamericano.

2. Carácter formal y material del principio de igualdad

El principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la CN implica un mandato constitucional que prohíbe —como principio— que las normas otorguen un trato desigual a quienes se encuentran en iguales circunstancias o cumplen las mismas condiciones y requisitos. En palabras que se extraen de los fallos del Alto Tribunal, el principio de igualdad "no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo 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"⁽⁶³⁾, doctrina que se ha mantenido en la jurisprudencia, aclarándose que ello es así en tanto las distinciones no se formulen con criterios arbitrarios ⁽⁶⁴⁾.

Contrariamente a lo que se ha sostenido, el precepto constitucional no se ciñe a la igualdad formal, pues puede albergar un contenido inherente a la realización material del derecho de cada persona, lo que, en definitiva, dependerá de la naturaleza de la pretensión procesal (que puede ser formal o material).

Ello no impide que exista la posibilidad de que el ordenamiento apodere a las personas, en ejercicio de sus derechos individuales y colectivos, a promover acciones positivas en las que se persiga la realización de la igualdad material (v.gr., el acceso a las facilidades de un plan oficial de viviendas).

Lo cierto es que el principio de igualdad ante la ley lleva ínsita la interdicción de discriminación arbitraria e irrazonable y se conecta, por tanto, con la garantía de razonabilidad de las leyes y decisiones administrativas (el denominado "debido proceso sustantivo" del derecho norteamericano), cuya jurisprudencia se examinará más adelante.

3. El principio de igualdad y las llamadas "categorías sospechosas" del derecho norteamericano

Diversos fallos de nuestra Corte Suprema han recogido el concepto de "categoría sospechosa" para referirse a un grupo de supuestos en los que existe una presunción de inconstitucionalidad en la discriminación efectuada.

El principal efecto de esta categoría consiste —a juicio de la jurisprudencia— en la circunstancia de que, en tales casos, se invierte la carga de la prueba y quien debe demostrar que la discriminación resulta constitucional es la Administración demandada, además de que el análisis de los jueces acerca de la razonabilidad ha de ser más estricto ⁽⁶⁵⁾.

Entre las categorías sospechosas se incluyen las relativas a: a) la nacionalidad o la condición de extranjero; b) la raza y c) el sexo. Como la diversa condición racial de las personas no ha sido motivo de discriminaciones legislativas ni administrativas en nuestro país, a diferencia de lo acontecido en el derecho norteamericano, no hay jurisprudencia sobre el punto susceptible de mención. En cambio, en materia de nacionalidad y condición de extranjero ha habido discriminaciones que nuestro Alto Tribunal ha juzgado inconstitucionales.

El criterio de "categoría sospechosa" no permite avanzar sobre la médula de la desigualdad ni tampoco considera necesario el juzgamiento sobre la irrazonabilidad del precepto cuestionado, por lo que más bien resulta un recurso pragmático al que apelan los tribunales para resolver el entuerto judicial sin definir el fondo del asunto. La norma declarada inconstitucional puede entonces continuar vigente sin que a nadie se imponga el deber de analizar su constitucionalidad. Si bien ello ocurre casi siempre como consecuencia del carácter difuso de nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, una cosa muy distinta es que el fallo declare la inconstitucionalidad en base a argumentos lógico-racionales y de justicia o a un juicio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad, y otra muy diferente es que se limite a declarar la inconstitucionalidad de una norma o de una decisión administrativa sobre la base de una mera presunción.

Frente a un juicio fundado en aquellos criterios lógico-racionales, el administrador o el legislador, si actúan con la debida diligencia, están obligados a promover la derogación o revocación, en su caso, del precepto o disposición que se ha declarado inconstitucional.

La inutilidad de la "categoría sospechosa" se revela en los propios votos o fallos que la esgrimen, toda vez que, aun cuando en forma incompleta o inorgánica, aluden también a los criterios lógico-racionales y de justicia como fundamentos que acompañan a los respectivos decisorios judiciales.

4. Dos casos emblemáticos sobre discriminación que afectaron a nacionales y extranjeros

De la compulsa de los fallos de la Corte Suprema, hemos seleccionado dos fallos que, a nuestro juicio,

reflejan de mejor manera el criterio del Alto Tribunal para considerar configurada, en materia de discriminación entre nacionales y, a su vez, entre nacionales y extranjeros, una discriminación contraria al principio de igualdad ante la ley.

a) El caso "Hofft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires" [2004]

En este precedente de la Corte, citado en la nota anterior, el actor promovió una acción tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en cuanto prescribía, como requisito para ser juez de Cámara el de "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si hubiese nacido en país extranjero".

Entre las circunstancias del caso, cabe anotar que el actor, nacido en Holanda, había arribado a nuestro país a los seis años y que aquí cursó sus estudios primarios, secundarios y universitarios y de posgrado, obteniendo la nacionalidad argentina e iniciado la carrera judicial, en la que llegó a ser titular de un juzgado en la provincia de Buenos Aires.

Toda la construcción técnica del fallo se apoya en la presunción de inconstitucionalidad que reviste el hecho de que el precepto constitucional cuestionado distinga entre ciudadanos de primera (argentinos nativos o por opción) y de segunda clase (argentinos naturalizados) y, si bien señala que ello encuadra en los motivos de discriminación a que aluden el Pacto de San José de Costa Rica (art. 1.1) y el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (art. 26), la Corte declara la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, con el argumento de que, por tratarse de una "categoría sospechosa" que lleva consigo la presunción de inconstitucionalidad, era necesario que la provincia demandada levantase dicha presunción con una "cuidadosa prueba" acerca de los fines que intentaba resguardar el precepto y los medios que había utilizado al efecto [\(66\)](#). En realidad, como es advertible, sin acudir a la excéntrica categoría norteamericana (que puede servir de guía), el caso brindaba todos los elementos —sobre todo la violación de la igualdad en base a los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad— para declarar la inconstitucionalidad del precepto violatorio de las garantías nacional y supranacional.

b) El caso "Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires" [2006]

La discriminación que motivó la promoción de un juicio de amparo por parte de la actora era de distinta naturaleza que la resuelta en el caso "Hooft", pues aquí no se trataba de distinguir entre diferentes categorías de ciudadanos sino de discriminar entre argentinos y extranjeros, en contra de lo estatuido en el art. 20 de la CN.

En lo que concierne a los antecedentes de la causa, cabe consignar que la demandante, de nacionalidad alemana, estuvo radicada en forma permanente en la República Argentina, donde cursó estudios secundarios y universitarios y obtuvo su título de abogada. Fundamentó su pretensión en la circunstancia de que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires le había denegado la solicitud hecha para presentarse al concurso convocado para la provisión del cargo de secretario de primera instancia del Poder Judicial de dicha ciudad, en virtud de lo previsto en el Reglamento de Concursos, que imponía el requisito de la nacionalidad argentina para concursar dicho cargo. La Corte declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad del precepto local cuestionado, con diferente fundamentación en los votos de los magistrados intervinientes.

La mayoría apeló a la consabida fórmula de la presunción de inconstitucionalidad, por considerar que se trataba, en el caso, de una "categoría sospechosa", trasladándole a la demandada la carga de demostrar que no existían otras exigencias menos gravosas (juicio de necesidad). Considera, asimismo, en una suerte de juicio de adecuación (usual en las jurisprudencias de Alemania y España), que las funciones de secretario no implicaban el ejercicio de funciones de jurisdicción que pusieran en juego los "fines sustanciales" que menciona el test de "Hooft", que, salvo lo concerniente al arraigo en el país, no puede ni siquiera vislumbrarse a qué se refiere, habida cuenta de que termina sin declararse, en forma terminante, la irrazonabilidad o la desigualdad de la discriminación. Sin embargo, en la parte resolutive del fallo se declara la inconstitucionalidad de la norma [\(67\)](#) por la insuficiencia probatoria en que incurrió la demandada, más que por cualquier otro argumento sustantivo.

La disidencia de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda arriba a una conclusión semejante, pero sin compartir que se trate en el caso de una "categoría sospechosa", que lleva ínsita la presunción de constitucionalidad, lo que resulta correcto, dado que no se trata de una situación similar a la resuelta en el caso "Hooft".

En definitiva, la disidencia sigue el mismo razonamiento desarrollado en el voto de la mayoría al sostener que la demandada debió acreditar que "la exigencia de nacionalidad argentina para ejercer el cargo de secretario de primera instancia es razonable o aun conveniente para la Ciudad de Buenos Aires y que, por esa única apreciación, resulta adecuada al fin perseguido y evidencia una justificación suficiente en el marco del art. 16 de la Constitución Nacional"[\(68\)](#). Esta aserción implica tanto como decir que la norma cuestionada se presume

inconstitucional, salvo que el Consejo de la Magistratura demuestre que es razonable o conveniente, lo que hace pasible a este voto de la crítica que hicimos a la decisión mayoritaria, en cuanto se declara la inconstitucionalidad en base a una presunción cuando se había planteado su inconstitucionalidad en base a la notoria y manifiesta violación de un precepto constitucional establecido para el acceso a la función pública (art. 16, CN), que no exige otra condición que la idoneidad, máxime cuando juega el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros (art. 20, CN) que, aun cuando se refiere a los derechos civiles, sienta un principio general que no puede alterarse con excepciones irrazonables, como la aplicación de los requisitos del reglamento de autos a una persona que contaba con suficiente arraigo en el país.

5. La discriminación por edad

Otro aspecto en el que los tribunales han considerado que no se altera el principio de igualdad es el de la fijación del límite de años para el acceso a la docencia universitaria. El principal argumento a que se apela consiste en sostener que dicho límite es el comúnmente utilizado en los sistemas jubilatorios en todo el país (69).

La objeción que merece este fundamento, que pretende justificar la discriminación por edad, estriba en que no resiste el juicio de adaptación, puesto que los fines que persigue la norma carecen de aptitud para alcanzar esa finalidad, ya que el art. 16 de la CN prescribe, en forma clara y precisa, que el único requisito para el acceso a la función pública es la idoneidad, sin que pueda una ley alterar ese principio en base a una norma que presume la falta de idoneidad.

La falta de idoneidad, en razón de la edad avanzada, es algo que debe probarse sometiendo a quienes ejercen la docencia o deseen continuar después de determinado límite a exámenes médicos periódicos para demostrar la aptitud psico-física que exige el concepto de idoneidad, máxime cuando, gracias a los avances de la medicina moderna, una persona, a los setenta años, se encuentra en condiciones de impartir enseñanza. Al respecto, hay que tener en cuenta que en muchos países el promedio de vida se ha extendido hasta llegar a los ochenta años. Lo que debe interesar para cumplir con la manda constitucional no es la edad sino la idoneidad que, por razones de salud, puede inclusive perderse antes del alcanzar el límite que fija la ley en un modo arbitrario.

Por otra parte, si la jurisprudencia de la Corte ha admitido que un juez del Alto Tribunal (70) pueda continuar en el ejercicio de su función cuando ha excedido el tope de los setenta y cinco años que prescribe la reforma de la Constitución (en su art. 99, inc. 4º, y disposición transitoria undécima), resulta irrazonable y violatorio de la igualdad que no esté habilitado para continuar en la titularidad de una cátedra de enseñanza universitaria, más aún cuando se ha admitido que los profesores titulares que no son reemplazados (por demoras en la realización de los concursos) continúan durante varios años como titulares de cátedra.

El hecho de que los profesores titulares puedan impartir la enseñanza universitaria como eméritos o consultos (71) no modifica aquella injusticia, habida cuenta de que, en los hechos, su habilitación para enseñar se encuentra vinculada a la buena voluntad de los titulares (72) y de la organización burocrática de la respectiva facultad, cercenándoles el derecho a enseñar.

6. La prohibición constitucional de discriminar contra la mujer. El llamado matrimonio igualitario

El principio de igualdad, en el ordenamiento argentino, obliga al Estado a eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer conforme a la Convención aprobada por una ley del Congreso (73) a la que la reforma constitucional de 1994 le atribuyó jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22, de la CN.

En consecuencia, cualquier distinción que se haga en las leyes o actos públicos o privados, que otorgue un tratamiento desigual a las mujeres respecto de los hombres, resulta pasible de tacha de inconstitucionalidad, en tanto no se demuestre la razonabilidad del criterio empleado (v.gr., los obreros del puerto que deben cargar con pesadas mercaderías).

El tema de la igualdad también se ha pretendido llevar al seno de las instituciones del derecho de familia y ahora se pretende legalizar el llamado matrimonio igualitario (unión de dos personas del mismo sexo), con el consiguiente derecho a la adopción de hijos, lo que resulta contrario a la ley natural y al propio concepto de igualdad, ya que asignarles un trato igual para los desiguales altera dicho principio (74). Para este tipo de relaciones, lo más adecuado sería el reconocimiento de una suerte de vínculo o unión civil, con efectos patrimoniales, particularmente respecto del régimen hereditario.

Interesa señalar que el igualitarismo absoluto entre los sexos que actualmente se propicia nunca fue sostenido por los liberales filosóficos de antaño, que proclamaban su agnosticismo sin buscar cambiar la naturaleza de las cosas o de las personas ni buscar soluciones legales que pretendían igualar instituciones jurídicas arraigadas como el matrimonio (75), que la humanidad reconoce como tal desde hace muchos siglos. La admisión del matrimonio entre iguales discrimina tanto al hombre como a la mujer, al igualar una institución que persigue la procreación o, al menos, la promueve o hace posible, con una unión de dos seres del mismo

sexo que no persiguen esa finalidad, como fruto de esa unión.

Ahora bien, la aplicación del principio de igualdad a las mujeres encuentra también apoyo en el art. 1º de la ley 23.592. Esta ley prohíbe una serie de actos administrativos (se refiere a quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional) y, de ocurrir alguno de estos actos, el sujeto que viola dicha prohibición "será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionado" (76).

Un tema vinculado con la discriminación de la mujer consiste en el establecimiento de cupos para la elección de los representantes del pueblo en los Parlamentos (77) y su extensión al ámbito laboral, lo que ha originado una interesante jurisprudencia.

Así, en el caso "Fundación de Mujeres en Igualdad y otro v. Freddo S.A" (78), se hizo lugar a un amparo colectivo promovido por una ONG defensora del derecho de igualdad de las mujeres a fin de que la empresa cesara en su política discriminatoria de acceso al empleo, dado que la proporción de hombres de su personal era de 681 varones y sólo contaba con 35 mujeres. Al hacer lugar al amparo, el tribunal condenó a la empresa demandada a que en lo sucesivo contrate sólo mujeres hasta equilibrar la proporción con los empleados varones y a que ella informe a la ONG accionante, en forma anual, el grado de cumplimiento de la orden judicial ínsita en la sentencia, bajo apercibimiento de aplicarle multas por incumplimiento del fallo.

La doctrina, con buen criterio, a nuestro juicio, se ha pronunciado en el sentido de que los cargos en que se exigen "capacidades específicas" deben prevalecer sobre el sexo de las personas (79), lo que coincide con el criterio del Consejo Constitucional francés.

Pero el agregado efectuado en 2008 al art. 1º de la Constitución francesa al prescribir que "la ley promueve la igualdad de acceso de las mujeres y de los hombres a mandatos electorales y funciones así como profesionales y de responsabilidades sociales" abre una serie de interrogantes a la legislación futura que se dicte sobre esta materia (80).

Un caso interesante sobre el sexo como causal de discriminación es el que registra el repertorio jurisprudencial de la Corte Suprema (81) en los autos "González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba".

Se trataba de una acción de amparo interpuesta por un grupo de padres de alumnos del Colegio Nacional de Montserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, que cuestionaron la constitucionalidad de una ordenanza que había ordenado que las inscripciones se realizaran sin distinción de sexo, cuando con anterioridad estaba prohibida la inscripción de mujeres.

El fallo de la Corte, en este caso, se pronunció por la constitucionalidad de la ordenanza del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Córdoba, por considerar que, dado que las mujeres no tenían acceso a la enseñanza en el Colegio Montserrat perteneciente a la universidad pública y que éste era el único bachillerato con orientación humanista dentro de la citada Universidad, la restricción que impedía el acceso de las mujeres a dicha enseñanza era incompatible con el principio de igualdad.

Si bien esa fue la decisión que la Corte adoptó por unanimidad, los votos de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert sostuvieron la tesis de que la enseñanza mixta constituía un imperativo constitucional por imperio del inc. c) del art. 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En cambio, el juez Boggiano consideró que lo que garantiza el art. 10 de la Convención "...es el acceso pleno de la misma enseñanza que a los varones", sin imponer que ésta sea impartida "en el mismo establecimiento y por los mismos docentes" y que el referido texto no impone la educación mixta, sino que emplea la expresión estímulo, contemplando otros tipos de educación para alcanzar la finalidad que persigue el Tratado (82). En adición a ese argumento principal, dicho voto puntualizó también que dicho precepto debe armonizar con el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos (art. 2.6.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), por lo que imponer una educación exclusivamente diferenciada o exclusivamente mixta lesionaría ese derecho preferente de los padres (83).

Aunque pensamos que esta cuestión nada tiene que ver con la necesidad de garantizar el pluralismo democrático que argumenta el juez Boggiano (84) ni con los derechos de una eventual mayoría o minoría, ni con razones religiosas, es evidente que cuando está en juego la igualdad frente a la Administración Pública, la enseñanza mixta sólo se impone cuando no se pueda impartir en establecimientos separados. Esta última parece ser la solución más adecuada de acuerdo con los recientes estudios llevados a cabo, que propugnan una enseñanza separada y diversa "para superar los estereotipos sexuales" (85).

En definitiva, en el fallo se advierte un empleo implícito del juicio de adecuación en cuanto a la aptitud de la ordenanza para alcanzar la finalidad perseguida, que no era otra que los hombres y mujeres reciban la misma calidad educativa, y la medida adoptada era la menos restrictiva (juicio de necesidad). Por su parte, la interpretación que postula la imposición exclusiva de la enseñanza mixta en todos los establecimientos debe descartarse por ser contraria a la letra y al sentido del precepto y a los postulados de la razonabilidad práctica que ordenan no juzgar de acuerdo con preferencias subjetivas. En el fondo de este razonamiento hay una falla en la razonabilidad ponderativa.

7. Las discriminaciones que afectan el derecho a la vida: el aborto

El art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que este derecho estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción. Aunque no hubiera sido reconocido como derecho positivo expreso, él se desprende del bloque de constitucionalidad, ya sea como "el primero de los bienes de la personalidad" [\(86\)](#) que, como tal, debe gozar de la protección del derecho, ya fuere como un derecho implícito derivado de los principios y textos constitucionales (arts. 18, 29 y 33 de la CN) [\(87\)](#).

En la actualidad, su vigencia como principio del ordenamiento constitucional emerge de un tratado internacional que no sólo resulta de la jerarquía genérica de todo tratado sobre las leyes (art. 75, inc. 22, primer párrafo, de la CN), sino que, al incorporarse expresamente la Convención Americana de Derechos Humanos a la Constitución (art. 75, inc. 22), ella posee valor constitucional en sí misma, dado que sería irrazonable argumentar que la protección del derecho a la vida vulnera alguno de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución. La evidencia de este aserto hace innecesario recurrir a la tesis de la Corte en el sentido de que el juicio de compatibilidad constitucional o de convencionalidad lo hizo el constituyente al incorporar en la Constitución los pactos internacionales de derechos humanos [\(88\)](#), porque es imposible que los constituyentes hicieran tal análisis en el tiempo en que ocurrieron las deliberaciones (no hay constancias de ese análisis en el debate, al menos de la mayor parte de los llamados conflictos de derechos). De otro modo, la cláusula constitucional que impide que los principios de la primera parte sean afectados por el derecho emergente de los Pactos Internacionales que poseen jerarquía constitucional carece de sentido, pues el constituyente ha prescripto que esos tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" [\(89\)](#).

En lo que respecta al comienzo de la existencia de la persona, queda muy claro que el derecho positivo está en línea con el derecho natural básico a la vida y que el ser humano existe desde la concepción en el seno materno [\(90\)](#). Las dudas que se han expuesto sobre esta cuestión acuden a pseudo argumentos científicos (p. ej., el tiempo a partir de la concepción) para negar condición de persona al ser engendrado en el seno materno, pues no se trata de un tema "que concierne a la biología. Estamos frente a una cuestión antropológica de vital significación" ya que —como se ha señalado— la fusión del espermatozoide con el óvulo implica "el comienzo de la existencia de esa sustancia individual que denominamos persona humana, cuya definición concierne tanto a la filosofía antropológica como al mundo jurídico" [\(91\)](#).

De otra parte, Argentina, al ratificar la Convención sobre Derechos del Niño —en relación al art. 1°— declara que, para nuestro país, "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción". Si bien se ha discutido en doctrina la distinción entre las reservas hechas a los tratados de las declaraciones interpretativas como manifestación estatal de un acto complejo (la ratificación del tratado), el principio posee valor, al menos, como ley del Congreso.

En cualquier caso, siempre prevalecerá el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La interpretación que realiza un sector de la doctrina para admitir la legalización del aborto basándose en la frase del precepto que dice que el derecho a la vida se protege, en general, a partir de la concepción y que, en consecuencia cabe admitir excepciones [\(92\)](#), implica una falacia lógica de interpretación. En efecto, la legalización del aborto (sin referirnos a la despenalización cuando peligra la vida de la madre, conforme al art. 86, segundo párrafo, inc. 1°, del Código Penal) implicaría legalizar el derecho a dar muerte a un ser humano, por cuya causa, y no sólo por sus creencias religiosas, muchos médicos se niegan a practicarlo. Esa expresión, sacada de contexto conceptual, carece de sentido, por cuanto si se interpretase que significa la "casi totalidad" o la "generalidad", sin describir las pautas de excepción, no es posible determinar en qué supuestos algún sistema puede negar protección legal a la persona por nacer desde el comienzo de la concepción. Como la norma no describe supuesto de hecho alguno ni implica un mandato positivo o negativo, no es lógico interpretar que consagra un principio opuesto al derecho a la vida. La única hermenéutica idónea consiste en suponer que se ha querido decir "en común" (porque decir general equivale también a decir en común) o sea, que se refiere al común de la legislación americana.

Si la indeterminación de la supuesta excepción es absoluta y total, mal puede configurar un principio válido; en todo caso, sería como un precepto inexistente y una de las reglas de la hermenéutica conduce a interpretar los principios y las normas en el sentido más favorable a su validez. El derecho a la vida es prácticamente uno de los derechos más absolutos que existe y el derecho sólo justifica la muerte del prójimo en supuestos de legítima defensa, precisamente para preservar la propia vida de quien sufre la agresión.

La persona por nacer carece de capacidad para defender su vida, la que no puede quedar librada a la decisión discrecional de la madre o del padre, que no están autorizados por la ley natural ni, en nuestro país, por el derecho positivo, a privar de la vida a un ser humano indefenso.

De esa manera lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en tres casos, entre otros, que pasamos sumariamente a describir en su doctrina esencial.

a) Caso "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" [\(93\)](#)

Hallándose en avanzado estado de embarazo, la actora interpuso una acción de amparo contra el Hospital Ramón Sardá de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que la justicia, ante el diagnóstico de un feto anencefálico y la negativa del hospital a practicar la inducción al parto, la autorizara a que se llevase a cabo.

La sentencia de la Corte Suprema, al confirmar el fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, con distinta fundamentación en los votos de la mayoría y de la minoría disidente, resolvió ordenar la inducción del parto, considerando que la pretensión de la amparista no implicaba la autorización para efectuar un aborto y que el pronunciamiento dictado por el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires ordena preservar especialmente la vida del feto en la medida de lo posible y que desde el punto de vista científico corresponde calificar como prematuro, no constituyendo un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer. El Alto Tribunal consideró que adelantar o postergar el parto en el avanzado estado de embarazo de la amparista (que llevaba ocho meses en esa situación) no beneficiaba ni empeoraba la suerte de la persona por nacer, dado que su eventual fallecimiento no sería consecuencia normal de su nacimiento sino de la grave patología que afectaba al feto.

La parte medular del voto de la mayoría consideró que "el alumbramiento sólo pondrá en evidencia que..." la persona por nacer "...no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2º de la ley 23.849 —aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño— y el art. 4º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos".

b) Caso "Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social" [\(94\)](#)

La asociación civil sin fines de lucro "Portal de Belén" había promovido en la provincia de Córdoba una acción de amparo contra el Estado nacional con el objeto de que se revocara la autorización y se prohibiera la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "Imediat", por considerar que se trataba de una píldora con efectos abortivos cuyo expendio afectaba el derecho de las personas por nacer.

La Corte, al revocar el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, que había rechazado el amparo por entender que se trataba de una cuestión que merecía mayor debate y prueba, consideró, por mayoría de votos, siguiendo la opinión vertida por el procurador general de la Nación, admisible el recurso extraordinario deducido por la actora en razón de que "en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2º de la ley 23.849 y títulos III y IV de la sección primera del Libro I del Código Civil)".

La mayoría destacó, de acuerdo con la opinión de varios científicos de renombre internacional, entre los cuales se encontraba Jean Rostand —Premio Nobel de Biología— que la vida humana comienza con la fecundación. En consecuencia, sostuvo que si el uso de la píldora podía provocar la muerte de una persona por nacer, no se podía permitir su uso, dado que ello sería violatorio del derecho a la vida, que es "el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional".

c) Caso "Sánchez, Elvira B. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos" [\(95\)](#)

En este caso, la Corte revocó la sentencia de la Cámara que, por mayoría, había rechazado la pretensión de indemnización solicitada por una madre cuya hija fue muerta —hallándose en estado de embarazo a término—, reclamando la reparación patrimonial correspondiente por la muerte de la hija y de su nieta (la persona por nacer).

El Alto Tribunal, en línea con la disidencia formulada en el fallo de Cámara que hizo la Dra. María

Jeanneret de Pérez Cortés, reiteró en el voto concurrente de los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco la opinión vertida en fallos anteriores (96), de acuerdo con el dictamen del procurador general de la Nación, señalando que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmada en los tratados internacionales con jerarquía constitucional" (97).

La definición que hace la Corte sobre el derecho a la vida, como el primer derecho natural que preexiste a toda legislación positiva, implica atribuirle la condición de un principio general que encierra un mandato operativo —en una escala superior a cualquier norma— y es, quizás, uno de los reconocimientos más fuertes hechos por su jurisprudencia en este tema acerca del abandono de la teoría del positivismo legalista, que afirmaba que el derecho vigente era sólo el emanado de las normas positivas y que, al limitarlo a las normas, lo desprendía de la moral y de la justicia. El contenido del derecho natural, según la Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN), liderada por John Finnis, se produce, de un modo principal, por la captación de los bienes humanos básicos y del primer principio de la ley natural que predica que "el bien ha de hacerse y el mal evitarse" (98). La evidencia muestra que, al ser el derecho a la vida un bien humano básico, no puede anteponerse el derecho de la madre al derecho de su hijo por nacer. La tesis opuesta que afirma el derecho irrestricto al aborto implica recurrir a la denominada falacia categorial en la que se opera (aun sin intención retórica) una trasposición de argumentos aplicables a realidades y situaciones distintas que no son, por lo demás, comparables, aunque la dimensión de peso del derecho a la vida es muy superior a cualquier otro derecho (salvo la causal justificante en la defensa de la propia vida), cosa que no se ha rebatido ni puesto en duda.

Los ataques que han hecho algunos sectores que postulan el igualitarismo a ultranza (99) giran en torno de la prevalencia del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo, sobre la base de un principio de autonomía de la persona que no puede nunca proyectarse al derecho a la vida que tiene otra persona, que los tratados internacionales han calificado como derecho primordial. Aparte de la interpretación tendenciosa que ello supone en aras de la ideología igualitaria extrema —una suerte de decisionismo intelectual a priori—, la argumentación que esgrimen no deja de ser circular, no animándose a sostener que su interpretación implica legalizar el derecho a dar muerte a una persona, derecho éste que se disfraza tras la falacia de que el feto no reúne los caracteres del ser humano, en contradicción con las afirmaciones rotundas de la ciencia. Desde el punto de vista lógico, no puede concebirse que una cosa sea y no sea a la vez y nadie ha demostrado aún que la vida humana no comienza con la concepción (ni van a poder hacerlo), con lo que, para legitimar el aborto o ignorar que se mata a un ser humano, deberían fundar la tesis pro aborto en que la vida humana comienza a partir del alumbramiento de la persona por nacer, lo cual resulta una afirmación tan absurda que nadie se ha animado a sostenerla.

En general, la línea jurisprudencial de la Corte se considera compatible con los principios y normas establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales que protegen y preservan el derecho de las personas por nacer (100).

8. Continuación: dictamen de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Por la trascendencia institucional que reviste, los antecedentes que trae a colación, la profundidad de la doctrina y argumentos que desarrolla, cabe destacar el dictamen producido con fecha 26 de noviembre de 2008 por la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas con relación a la preservación del derecho a la vida, concebido en los siguientes términos:

"Las excusas absolutorias previstas en el art. 86 del Código Penal, que se intenta reglamentar y ampliar en el proyecto de 'aborto no punible' que se encuentra en trámite en las comisiones de Derecho Penal, Familia y Salud Pública de la Cámara de Diputados de la Nación (expte. 5212-D-2008 y complementario elaborado por los asesores de dichas comisiones) fueron incorporadas al mencionado ordenamiento punitivo a propuesta de la Comisión de Códigos del H. Senado de la Nación, formulada en el dictamen expedido el 26 de septiembre de 1919.

"En dicho dictamen, la Comisión fundó su propuesta en doctrinas eugenésicas y racistas que se encontraban en boga, sin advertir sus adherentes que las mismas condujeron y sirvieron de sustento al régimen nacional socialista instaurado en Alemania a partir de 1933.

"Al auspiciar la no punibilidad de la interrupción provocada por la gestación practicada en una mujer 'idiota o demente' que hubiera sido violada, la Comisión expresó que 'era la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada..., nazca un ser anormal o degenerado'. Argumentó seguidamente sobre el 'interés de la raza' y se preguntó, citando doctrina española, '¿qué puede resultar de bueno de una mujer cretina o demente?'. En definitiva, la Comisión consideró que 'es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención

facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza'.

"Con esos argumentos racistas, que pocos años después contribuyeron al establecimiento de un régimen demencial que empujó al mundo a la segunda guerra mundial, y que no vaciló en inmolarse a minusválidos, judíos, cristianos y gitanos, y que persiguió a todos los que se opusieron a sus designios totalitarios, se introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias que ahora se intenta ampliar en el Congreso de la Nación.

"Las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal resultan manifiestamente inconstitucionales ante textos explícitos que amparan de modo irrestricto a la persona por nacer desde el instante de su concepción. Por eso, en un fallo reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado que 'el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional' (Corte Sup., 'Sánchez, Elvira B. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos', dictamen de la Procuración General del 28/2/2006 y votos de los Ministros Highton de Nolasco y Eugenio Zaffaroni).

"Además de esa normativa con jerarquía constitucional debemos destacar algunos preceptos que ponen de manifiesto la imposibilidad jurídica de sancionar el proyecto sobre 'abortos no punibles':

"1) La ley 23.849 cuyo art. 2º, al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño declaró que el art. 1º de ese instrumento internacional 'debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad'. Con esta reserva, 'en las condiciones de su vigencia', la Convención adquirió jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

"2) El art. 3º de dicha Convención que textualmente expresa:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño'.

"3) El art. 6º de la misma Convención que textualmente expresa:

"1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

"2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño'.

"4) La ley 26.061, sancionada por unanimidad el 28 de septiembre de 2005, reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratifica y amplía la salvaguarda integral de la vida inocente. Su art. 2º declara que la Convención sobre Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad. El mismo artículo cubre la defensa en juicio de los menores, reconociendo que tienen derecho a ser oídos, obviamente por intermedio de quien los represente, que deberá ser un curador, máxime cuando los padres pretendan de modo directo poner fin a su vida por medio del aborto.

"El art. 3º de la ley 26.061 puntualiza que se entiende por interés superior del niño 'la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley'. El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8º, el derecho a la vida.

"El citado art. 3º declara que se debe respetar la 'condición de sujeto de derecho' que tiene todo niño, agregando en su parte final que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del niño 'frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros'.

"5) El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional atribuye al Congreso la facultad de '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, la mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad'.

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia'.

"Pensamos que estas normas, que podrían ser ampliadas con otras también de nivel constitucional, son suficientes para enmarcar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su reglamentaria 26.061 y en el art. 75, inc. 23, de la Constitución con relación a los derechos a la vida y a la salud de la persona por nacer.

"Por imperio de esa normativa de jerarquía constitucional han quedado tácitamente derogadas todas las

normas de nivel nacional, provincial o municipal que las contradigan. En el derecho argentino no es posible excusar y menos justificar ningún atentado directo, contra la vida de un niño desde la concepción. En consecuencia, las excusas absolutorias del art. 86 del Código Penal, introducidas en su texto a propuesta de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación en el informe expedido el 26 de septiembre de 1919, han quedado sin efecto a partir de la vigencia de las normas de jerarquía constitucional ya citadas.

"La derogación implícita o tácita constituye un principio elemental de la lógica jurídica en cuya virtud no pueden ser simultáneamente válidas dos normas contradictorias sobre la misma conducta. En el caso de las excusas absolutorias del art. 86, aprobadas por la ley 11.179 que sancionó el Código Penal, y restablecidas en su texto original por la ley 23.077, es evidente que han perdido vigencia a partir de la fecha en que entraron en vigor las normas de la Convención sobre Derechos del Niño, con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994.

"A partir de tales normas, queda constitucionalmente desautorizada la pretensión de considerar a la persona antes de su nacimiento como *pars viscerum matris*, es decir, como una simple víscera u órgano de la madre, equiparable a los riñones, el estómago, o la vesícula. Así como estas partes del cuerpo humano no son sujetos de derecho, tampoco lo sería la persona humana en la etapa más temprana de su vida si fuera sólo una parte del organismo materno.

"Porque, en definitiva, como acertadamente lo señala Abelardo Rossi, el núcleo del problema radica en determinar si el embrión o feto en el seno materno, e incluso el concebido en forma extracorpórea, es o no persona humana.

"La respuesta afirmativa ya la había dado el Código Civil desde los comienzos de su vigencia. Pero ahora la dan en forma enfática las normas que hemos citado, especialmente las de jerarquía constitucional.

"A la luz de los criterios fijados en ellas, no puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción hasta la muerte natural. Cualquier discriminación que se intente, como las incorporadas al proyecto sobre 'abortos no punibles', fundadas en el tiempo de gestación del niño por nacer, resultará violatoria de los preceptos de garantía constitucional y de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Ley Fundamental. Las normas de cualquier nivel que sancione el Congreso y que autoricen la muerte provocada de modo directo de una persona inocente, carecen de validez constitucional, resultando irrelevante que los afectados tengan una semana o tres meses de gestación, un año u ochenta años de vida. Todos tienen el mismo derecho a la vida.

"A lo expuesto debemos agregar que el proyecto sobre 'abortos no punibles' empeora el texto del art. 86 del Código Penal por varias razones que sintéticamente reseñaremos en este dictamen:

"1) Transforma las primitivas excusas absolutorias en un supuesto derecho a la interrupción del embarazo, eufemismo que encubre la discrecional atribución de matar de modo directo al niño concebido, acentuando así la incompatibilidad del proyecto con las normas constitucionales que amparan la vida inocente.

"2) Al referirse al peligro para la vida o la salud de la madre, modifica el texto del art. 86, inc. 1º, del Código Penal y suprime el requisito de que tal peligro no pueda ser evitado por otros medios. El proyecto prescinde de que el avance de la medicina ofrece amplísimas posibilidades que permiten preservar la vida tanto de la madre como la del niño, conforme lo ha señalado la Academia Nacional de Medicina en su declaración del 4 de agosto de 1994. Esa es la obligación del médico y en ningún caso puede sostenerse, como indicación terapéutica, que deba matarse al niño o a la madre en forma directa. El médico debe procurar, con los medios a su alcance, salvar la vida de ambos. Por otra parte, las estadísticas del Ministerio de Salud indican —contra lo que se sostiene en los fundamentos del proyecto— que desde hace varias décadas la mortalidad materna por abortos se encuentra en franco descenso.

"3) Extiende la impunidad a todos los casos en que el embarazo se haya producido por una supuesta violación. Se hace pagar así al niño la falta de su padre, configurándose de esta forma una segunda inequidad que agrava las consecuencias de la violación. Además, se prescinde de lo expresado por los senadores que en 1919 introdujeron en el Código Penal las excusas absolutorias del art. 86, quienes se refirieron en el dictamen de la Comisión de Códigos sólo a la violación de una mujer 'idiota o demente' y no a toda violación.

"4) El proyecto complementario extiende también la impunidad a los casos en que 'existieran malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina'. Esta disposición tiene reminiscencias del Plan T.4 establecido por el régimen nacional socialista para la eliminación obligatoria de recién nacidos minusválidos.

"5) Amplía el ámbito del 'aborto terapéutico' al campo de la salud física, 'mental y social', eufemismo a través de los cuales se generalizó la despenalización del aborto en el continente europeo, sobre todo en España,

considerada hoy la meca del 'aborto turístico', es decir, practicado en mujeres no residentes. La ampliación a una supuesta 'salud social' demuestra que el propósito del proyecto apunta a una legalización sin límites del aborto provocado.

"6) No le provee al niño no nacido de una representación que pueda ser oída en defensa de su derecho a nacer y a vivir, contrariándose así las normas de la ley 26.061 que reglamentó la Convención sobre Derechos del Niño.

"7) El proyecto impone a los titulares de todos los establecimientos asistenciales del Sistema de Salud Pública, incluso los privados, la obligación de practicar todo 'aborto no punible' que se les requiera, negándoles el derecho constitucional a la objeción de conciencia. Obliga asimismo, a los titulares de tales establecimientos a promocionar la ejecución del aborto a través de carteles cuyo texto redactado por los autores del proyecto, constituye una invitación a que se efectúe la interrupción del embarazo, y en el que se amplía —como ya se ha expresado— el concepto de 'salud de la madre', el que deberá entenderse como 'un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no como la mera ausencia de enfermedad o discapacidad'.

"En anteriores dictámenes dirigidos a las autoridades nacionales y de la Ciudad de Buenos Aires, esta Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas ha destacado la raigambre constitucional de la objeción de conciencia, subrayando que constituía un derecho que ninguna ley puede desconocer ni soslayar. Porque ese derecho consiste, precisamente, en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, estamos frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia.

"La Academia Nacional de Medicina, en su declaración del 28 de septiembre de 2000, ratificó su rechazo a 'todo método que interrumpa el embarazo' y reclamó que no se niegue a los médicos 'la libertad de actuar según el criterio de su conciencia ante situaciones que consideren reñidas con la ética'.

"La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer en Fallos 312:496 la objeción de conciencia, como derecho de jerarquía constitucional, ha precisado que es nuestra propia Ley Fundamental 'la que reconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. El art. 19 establece la esfera en la que el Estado no puede intervenir' (considerando 16, in fine).

"El Alto Tribunal, al reconocer la objeción de conciencia, que resulta aplicable a diversos campos, entre ellos al de los temas bioéticos, actuó con extremo cuidado exegético, porque como lo destaca en el considerando 15 'la disyuntiva de seguir los dictados de las creencias y de la conciencia o renunciar a éstos y obrar en su contra, es cosa grave'.

"Agreguemos que el derecho a la objeción de conciencia —que obviamente asiste a los profesionales médicos y también a las autoridades de los establecimientos a las que se pretende obligar que actúen contra los dictados de su propia conciencia—, deriva de modo directo de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales que amparan la libertad de conciencia. Nos referimos concretamente a los arts. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

"Frente a tan clara preceptiva, la Academia resuelve dirigirse a las autoridades de la Cámara Nacional de Diputados y del H. Senado solicitando el rechazo del proyecto".

(1) Véase: Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y de Asis Roig, Rafael (dirs.), Historia de los derechos humanos, t. II, vol. II, "La filosofía de los derechos humanos", Dykinson, Madrid, 2005, ps. 335 y ss., especialmente p. 342.

(2) Véase: Serna, Pedro, "El derecho a la vida en el horizonte europeo de fin de siglo", en Massini, Carlos I. y Serna, Pedro, El derecho a la vida, Eunsa, Pamplona, 1998, ps. 25 y ss.

(3) V.gr., de Roma y de las principales ciudades griegas.

(4) Ortega y Gasset, José, "La rebelión de las masas", en Obras completas, t. IV, Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1983, p. 154.

(5) En la Argentina, por ejemplo, la ley 23.592 (que regula la prohibición de discriminación).

(6) Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(7) Opinión consultiva 18/2003, del 17/2009/2003, Serie A, nro. 18, párrafos 85/86, en el caso "Condición jurídica de los migrantes indocumentados".

(8) Finnis, John, Ley natural y derechos fundamentales, traducción de Cristóbal Orrego S., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 203.

(9) Finnis, John, Ley natural..., cit., ps. 191/193.

(10) Urdanoz, Teófilo, Introducción a la Cuestión 58 de la Suma Teológica, cit., t. VII, p. 264.

- (11) Véase: el fallo de la Corte Sup. "Spota, Alberto A.", Fallos 300:836, 1978.
- (12) Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, 2ª ed., Ed. Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945, p. 65, puntualiza: "Para nuestra plenitud personal es necesaria la vida en sociedad y cuanto más perfecta sea la vida social, mayores posibilidades de plenitud o perfección personal existirán para cuantos integran la comunidad. Y la medida de la perfección social la dará desde un cierto punto de vista nuestra perfección personal. Se desnaturaliza este movimiento circular del bien común y del bien individual sustituyendo la perfección personal por la libertad individual, con lo cual se desarticulan a un tiempo la persona y la sociedad, porque la libertad no es nunca un fin sino sólo un medio; o atribuyendo toda la virtud a la acción de la comunidad por el órgano de gobierno".
- (13) Cfr. *Suma Teológica*, t. VII, Biblioteca de Autores Cristianos, ps. 350/351 (2.2. q. 61 a. 1). Véase especialmente Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, trad. del alemán, Madrid, 1968, ps. 78 y ss., y los fallos de la Corte Sup., "Valdez, José R. v. Nación", Fallos 295:937, 1976 y "Vieytes de Fernández, Juana suc. v. Prov. de Buenos Aires", Fallos 295:973, 1976, sobre justicia conmutativa. Ver, también, para un ejemplo de justicia distributiva en las relaciones privadas, "SA Barbarella CIFI", Fallos 300:1087, 1978.
- (14) Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., ps. 111/112.
- (15) "De ahí que en la justicia distributiva la comunidad deba a la persona en proporción a lo que merece —criterio moral— y en atención al beneficio que la distribución procura a la comunidad perfeccionando su estructura. A una persona puede deberle la comunidad una jerarquía del punto de vista moral, y sin embargo, no le deberá mando, porque puede no tener aptitud para ejercerlo" (cfr. Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, cit., ps. 63/64).
- (16) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 203.
- (17) Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, cit., p. 66.
- (18) La conclusión que sostenemos en el texto se ajusta plenamente a la doctrina tomista sobre la justicia (cit., t. VII, p. 351 [2.2. q. 61 a. 1] y ps. 360/361 [2.2. q. 61 a. 4]), y, en esta parte, se hace referencia a una relación de servicio hacia la comunidad regida por la justicia conmutativa. Esta postura, que expusimos a partir de 1980 en las diferentes ediciones de esta obra, ha sido sostenida también por Urrutigoity, Javier, "El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa", en Sarmiento García, Jorge H. (dir.), *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss., esp. ps. 287/288.
- (19) En contra: Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 89 y ss. Según este autor: "no es circunstancial definir la relación jurídica determinada como regida por la justicia distributiva o bien por la conmutativa. Éste es un criterio objetivo que se independiza de las circunstancias históricas en cuanto fundamento directo de la distinción...". Estamos de acuerdo con esta afirmación y pensamos que ella no se contrapone a nuestra postura. En efecto, es evidente que las circunstancias históricas no son fuente de la distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, que obedece a su relación entre el bien común (en forma inmediata o mediata) y el bien individual y a la forma en que se establece la igualdad (en relación con la cosa o con la persona o medio social). Pero esas circunstancias históricas son, sin embargo, el fundamento real de la distinción entre derecho público y derecho privado, una prueba de lo cual la ofrece el derecho comparado (del mundo occidental), donde no reina uniformidad respecto de la ubicación de importantes instituciones. La conclusión formulada por dicha doctrina es una consecuencia forzosa de la identificación que postula entre derecho público y justicia distributiva y entre derecho privado y justicia conmutativa.
- (20) Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., p. 115. Santo Tomás no acoge la clásica división entre derecho público y privado esbozada por Aristóteles y recogida por Ulpiano (*Suma Teológica*, cit., t. VIII, p. 227, en la Introducción a la Cuestión 57, que efectúa Urdanoz).
- (21) Cfr. *Centesimus Annus*, cap. V, punto 43.
- (22) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 225, nota VII-6, siguiendo la opinión de Del Vecchio, en Justice, Ed. A. H. Campbell, Edimburgo, 1952, ps. 35/36.
- (23) En sucesivos trabajos anteriores expusimos una opinión más restrictiva sobre la justicia social que ahora, siguiendo a Finnis, consideramos necesario ampliar (véase nuestro *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 10ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 33).
- (24) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 207.
- (25) Véase: Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, vol. 3: 1131a31 (cfr. cita de Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 193, nota 3).
- (26) Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, traducción del inglés del libro *The Concept of Law*, por Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 198. En realidad, la fórmula de Hart se remonta a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, cit., V. 6 [1131a] y *Política* III-9 [1280x]).
- (27) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., ps. 193/194.
- (28) Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., ps. 203 y ss.

- (29) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 204.
- (30) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 208.
- (31) Fallos 151:359, 1928, in re "Eugenio Díaz Vélez v. Provincia de Buenos Aires".
- (32) Garay, Alberto, *La igualdad ante la ley*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 25 y ss., efectúa un ponderado análisis de los principales casos que exhibe la jurisprudencia de la Corte hasta el año de publicación del libro; véase la jurisprudencia de la Corte en Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 232 y ss., Sola, Juan V., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 257 y ss.; Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, comentario al artículo 16, de Saba, Roberto, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 599 y ss.
- (33) Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, ps. 158 y ss.; Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 690 y ss.
- (34) Linares, Juan F., *Poder discrecional administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 136.
- (35) Véase: Bianchi, Alberto B., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, 1ª ed., Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008, ps. 33 y ss., y especialmente ps. 135 y ss.
- (36) Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Ed. Kapeluz, Buenos Aires, 1958, ps. 144/145.
- (37) El proyecto de Constitución de Alberdi establece que "la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los 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" (art. 16).
- (38) Linares, Juan F., *Poder discrecional...*, cit., p. 137.
- (39) Didier, María M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 60.
- (40) Linares, Juan F., *Poder discrecional...*, cit., p. 136.
- (41) Linares, Juan F., *Poder discrecional...*, cit., p. 138.
- (42) Véase: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, ps. 354 y ss.
- (43) Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 368. La paradoja de la igualdad se presenta en la medida en que se conciba la igualdad como un principio omnicompreensivo. Alexy señala, con razón, que desde el punto de vista constitucional "hay que excluir la posibilidad de renunciar al principio de igualdad jurídica porque no puede haber ninguna duda de que este principio es un elemento del derecho constitucional vigente (op. cit., p. 369). Esta conclusión, válida para el derecho alemán, se presenta más fuerte en el derecho constitucional argentino, que contiene preceptos más precisos que permiten aplicar, indistintamente y en forma coordinada, los principios de razonabilidad y de igualdad.
- (44) Mientras la igualación es estática (como una fotografía que refleja un momento), las desigualdades son constantes y dinámicas. El igualitarismo conduce a efectuar infinitas correcciones que no aseguran la realización de la competencia ni premian el esfuerzo o eficiencia de una parte de la sociedad con relación a quienes esperan que todo provenga del Estado.
- (45) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 220.
- (46) Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., ps. 368/369 y nota 66 con sus citas.
- (47) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., p. 221.
- (48) Ya que, en la práctica, muy pocas veces aparece la protección de una igualdad formal pura desconectada de la pretensión procesal, lo que se refleja en los casos jurisprudenciales.
- (49) Cfr. Didier, María M., *El principio de igualdad...*, cit., p. 58.
- (50) Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª ed., t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 200.
- (51) Aprobada por ley 17722.
- (52) Cap. IV, nota al art. 21 del Proyecto de Alberdi.
- (53) Gelli, María A., *Constitución...*, cit., t. I, p. 373, critica la jurisprudencia de la Corte que rechazó un hábeas corpus interpuesto por un ciudadano uruguayo detenido y expulsado del territorio nacional con el argumento de que, al hallarse fuera del país (por haber sido expulsado), la cuestión se había tornado abstracta (in re "De la Torre, Juan C.", Fallos 321: 3646 —1998—), consid. 5, publicado en LL con nota de Bidart Campos, Germán J., "Hábeas corpus y expulsión de extranjeros. Lo abstracto y lo concreto", LL 1999-C-62. Compartimos la crítica fundada que formula Gelli a la Corte, que no aplicó un propio precedente anterior ("Solari Yrigoyen"), dado que el razonamiento utilizado resulta contrario al artículo 20 de la CN y constituye un verdadero sarcasmo.
- (54) *Tratado de Asunción*, art. 1º.
- (55) El primer estudio completo sobre esta garantía constitucional en el derecho argentino y comparado realizado en nuestro país lo hizo Linares, Juan F., en el libro *El debido proceso como garantía innominada en la*

Constitución Argentina. Razonabilidad de las leyes, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, especialmente ps. 158 y ss.; ver, asimismo, Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 38.

(56) Sola, Juan V., Tratado de derecho constitucional, cit., t. II, p. 517.

(57) Linares, Juan F., El debido proceso..., cit., ps. 15 y ss.

(58) Didier, María M., El principio de igualdad..., cit., p. 63, con cita de varios precedentes: Fallos 263:460, 1965, 290:245, 1974, y 305:1560, 1984, entre otros.

(59) Didier, María M., El principio de igualdad..., cit., p. 63; Fallos 266:299, 1966, y 318:1894, 1995, entre otros.

(60) Linares, Juan F., El debido proceso..., cit., ps. 28 y ss.

(61) Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, cit., 4ª ed., t. I, ps. 425/431.

(62) Cassagne, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, ps. 197/201.

(63) Fallos 16:118.

(64) Fallos 310:849; 330:855, entre otros.

(65) Caso "Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires", Fallos 327:5118, 2004. La doctrina constitucional y muchos fallos de la Corte emplean el término escrutinio para referirse al mero análisis o a la ponderación, sin reparar que en castellano esa voz significa "análisis exacto e inteligente", que, por lo común, no se suele realizar.

(66) Fallos 327:5118, 2004, considerandos 4 y 5.

(67) Fallos 329:2986, 2006, considerando 11.

(68) Fallos 329:2986, 2006, considerando 8.

(69) In re "Fernández, Emilio M. v. UBA y otro s/amparo", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, sentencia del 9/5/2000.

(70) En el conocido caso "Fayt", Fallos 322:1616.

(71) Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina, cit., 4ª ed., t. I, p. 244.

(72) En épocas anteriores, en la Facultad de Derecho de la UBA, en variadas ocasiones, los nuevos titulares de cátedra invitaban a sus clases a quienes fueron sus maestros, costumbre que parece haberse perdido.

(73) Ley 23.179.

(74) El matrimonio igualitario ha sido legalizado con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994 (promulgado por dec. 1795/2014).

(75) Véase: Gargarella, Roberto, "Razones para el matrimonio igualitario: la igualdad", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo moderno, 2ª ed. ampliada, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 655 y ss. El autor acude a una serie de argumentos lógico-rationales tendientes a refutar las opiniones de quienes se oponen al matrimonio igualitario, algunas de las cuales se basan en premisas difíciles de aceptar por los que reconocemos el valor y vigencia de la tradición que, lejos de ser sinónimo de obsolescencia, es capaz de resurgir de un modo inesperado, como aconteció en la actual Rusia (por ejemplo, el cambio de nombre de Leningrado por el tradicional de San Petersburgo), siendo muchas las instituciones que resurgieron (v.gr., el derecho de propiedad). El matrimonio tiene su raíz y naturaleza en la creación de una institución que vincula al hombre y a la mujer para generar seres humanos y es como la protección a la matriz en común que une a dos seres de diferente sexo. El hecho de que se admita el matrimonio entre ancianos implica sólo una extensión de la idea fundacional que no altera las bases de la institución, aunque los fines de los cónyuges difieran de los que persiguen los matrimonios entre personas con posibilidad de procrear, pero siempre se da entre seres con sexo desigual. Dar un trato igual a quienes se encuentran en situación desigual (paradójicamente con igualdad de sexo) es violatorio del principio de igualdad. Si se mira bien la fundamentación de Gargarella en favor del matrimonio igualitario, puede verse que ella gira alrededor de un círculo argumentativo que parte de la igual dignidad de todas las personas, aunque al final termina reconociendo que el matrimonio entre personas del mismo sexo constituye una situación diferente que merece un trato mejor que el matrimonio entre hombre y mujer. La verdad es que no hay razones para igualar una situación a otra y no se comprenden las ventajas de la igualación ante la ley, que bien puede resolver la cuestión bajo otro esquema, como el de la unión civil, que no abra paso a la adopción indiscriminada, pues lo natural es que un hijo tenga un padre y una madre.

(76) Art. 1º, ley 23.592.

(77) En el derecho comparado, el debate permanece abierto. En efecto, una ley sancionada por la Asamblea Nacional francesa en 2006 prescribió la progresiva igualdad de representación de ambos sexos en los consejos de administración y vigilancia de las personas públicas y privadas, fijando cupos diversos con el objeto de que las mujeres accedan a esos cargos. El Consejo Constitucional francés declaró inconstitucional dicha ley, dándole

prevalencia a la igualdad entre hombres y mujeres que reconocen la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, el Preámbulo de la Constitución y el art. 1º de la Constitución de 1958.

(78) LL 2003-B-970, sentencia de la C. Nac. Civ., sala H, 2002.

(79) Belluscio, Augusto C., "Equiparación de sexos en los órganos de las personas jurídicas", LL 2006-C-1457.

(80) Gelli, María A., Constitución de la Nación..., cit., t. I, ps. 252/253.

(81) Fallos 323:2659.

(82) Considerandos 6, 8 y 10 del voto del juez Boggiano.

(83) Considerandos 9 y 11 del voto del juez Boggiano.

(84) *Ibidem*.

(85) Cfr. Didier, María M., El principio de igualdad..., cit., ps. 272/274, aporta y comenta una serie nutrida de estudios e investigaciones para refutar la opinión del juez Boggiano.

(86) González Pérez, Jesús, La dignidad de la persona, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 99.

(87) Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, 3ª ed., t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 735.

(88) Fallos 319:3241, 1996, en el caso "Chocobar", doctrina reiterada más tarde en el fallo "Arancibia Clavel" de 2004 (Fallos 322:3312), con disidencia del Ministro Fayt (considerando 28).

(89) Art. 75, inc. 22, CN.

(90) Fallos 310:112; 323:1339 y 325:292, entre otros.

(91) Rodríguez Varela, Alberto, "La persona por nacer al comenzar el siglo veintiuno", en El derecho humano a la vida, Ed. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, p. 43, con cita de Olsen A. Ghirardi.

(92) Rodríguez, Marcela V., "Entre la justicia y la justicia formal: la discriminación por género en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), El derecho a la igualdad..., cit., p. 536.

(93) Fallos 324:5, 2001.

(94) Fallos 325:292, 2002.

(95) Fallos 330:2304, 2007.

(96) Fallos 323:1339, entre otros.

(97) Fallos 330.2304, 2007.

(98) Massini Correa, Carlos I., "Iusnaturalismo e interpretación jurídica", en Alarcón Cabrera, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis (coords.), Interpretación y argumentación jurídica, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2001, p. 328; Goldschmidt, Werner, Introducción filosófica al derecho, 4ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, señala que el derecho natural de raíz aristotélica-tomista es idéntico a la justicia y que no consiste en reglas abstractas o derivadas de deducciones sino en soluciones justas a problemas de repartos de bienes y males (op. cit., p. 382).

(99) Rodríguez, Marcela V., "Entre la justicia...", cit., ps. 515 y ss.

(100) Porque otros valores (como evitar una sanción social), por más legítimos que sean, no alcanzan la jerarquía suficiente para justificar el cercenamiento de una vida inocente; cfr. Rodríguez Varela, Alberto, "El valor de la vida inocente", ED 191-424; véase asimismo: Badeni, Gregorio, Tratado..., cit., t. I, ps. 749 y ss.; y Gelli, María A., Constitución..., cit., t. II, ps. 236/237.