

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
ARGENTINA Y ESTADOS UNIDOS:
SEMEJANZAS, DIFERENCIAS E IMPLICANCIAS IUSFILOSÓFICAS**

María Marta Didier¹

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. SEMEJANZAS EN EL JUICIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL. 2.1. Igualdad proporcional. 2.2. Razonabilidad de las diferenciaciones normativas. 2.2.1. Relacional racional entre medios y fines. 2.2.2. Presunción de constitucionalidad e inversión de la carga de la justificación. 2.2.3. La intensificación del juicio de razonabilidad. 2.2.4. La presunción de inconstitucionalidad de las categorías sospechosas y la carga de la justificación. 2.3. Razones de justicia distributiva. 3. DIFERENCIAS EN EL JUICIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL. 3.1. El juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental. 3.2. El catálogo de las categorías sospechosas. 3.3. Los niveles de intensidad en el control de la razonabilidad de las diferenciaciones normativas. 4. IMPLICANCIAS IUSFILOSÓFICAS. 4.1. La ineludible interpretación teleológica. 4.2. El razonamiento jurídico prudencial. 4.3. La importancia del juicio de alteración del contenido del derecho fundamental. 4.4. La consideración del título y fundamento de los derechos en el juicio de igualdad constitucional. 4.5. Las coordenadas histórico – culturales como elemento condicionante para la interpretación y aplicación del principio de igualdad. 4.6. La capacidad de la razón práctica para superar la tradición. 4.7. Igualdad y desigualdad valorativa.

¹ Abogada (Universidad Nacional del Litoral). Doctora en Derecho (Universidad Austral). Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

1. PLANTEAMIENTO

Resulta evidente la importancia que han adquirido en el debate jurídico contemporáneo los estudios concernientes a la igualdad, la que se manifiesta como un valor, un principio y un derecho, que a lo largo de la historia ha experimentado transformaciones en el modo en que fue concebida. Así, la igualdad proclamada en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se corresponde con la idea de ley en cuanto norma general y abstracta, igual para todos en su aplicación; estando el legislador dotado de total libertad para escoger criterios de diferenciación, a excepción de aquellos provenientes de la sociedad estamental.

Con posterioridad, primero en el derecho constitucional americano y luego en el derecho continental europeo, aquella concepción de la igualdad se transformó, erigiéndose en un límite a la actividad creadora del legislador, el que no está facultado para efectuar cualquier tipo de diferenciación, creando categorías de personas, sino sólo las distinciones que estén dotadas de una justificación razonable.

Se ha reconocido que la igualdad posee dos dimensiones: igualdad formal, jurídica o *de iure* e igualdad material, sustancial o de hecho. La igualdad *de iure* se identifica con el principio de igualdad ante la ley, que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, específicamente de los derechos humanos². El presente trabajo se centrará en la primera de las facetas de la igualdad *de iure*, cual es la igualdad en las normas jurídicas generales.

Dado que no existe en la realidad una relación de igualdad absoluta entre dos sujetos o situaciones jurídicas, el problema central que se detecta en la interpretación

² Sobre las distinciones entre igualdad en la ley, frente a la ley y de derechos, cfr. BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, introd. de G. Peces Barba, trad. de P. Aragón Rincón, Paidós I.C.E. U.A.B., Barcelona, 1995, ps. 70-76. Cabe aclarar que Bobbio no utiliza el concepto "derechos humanos", sino "derechos fundamentales constitucionalmente garantizados".

del principio de igualdad es la determinación del elemento relevante para diferenciar o equiparar, lo que supone un juicio de valor que debe ser justificado suficientemente. En tal sentido, Alexy ha señalado que “los juicios sobre igualdad fáctica parcial no dicen todavía nada acerca de si está ordenado un tratamiento igual o uno desigual. La igualdad fáctica parcial es conciliable con un tratamiento desigual y la desigualdad fáctica parcial, con un tratamiento igual. (...) Como no existe ni una igualdad ni una desigualdad en todos los aspectos (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre las personas y situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) fáctica parcial en algún aspecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad valorativa”³.

La justificación del juicio de valor por el que se debe determinar la relevancia del criterio escogido para diferenciar o equiparar puede ser estructurada a través del principio de razonabilidad⁴ —así denominado en el derecho argentino y estadounidense— o de proporcionalidad —tal como se lo identifica en el derecho continental europeo— revelándose de este modo la íntima relación entre dicho principio y el de igualdad⁵.

³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 387.

⁴ Sobre el principio de razonabilidad cfr. BARNES, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Nº 135, septiembrediciembre de 1994; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003; CARBONELL, M., (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado, 2007; CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del Debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; CLÉRICO, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009; GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; LINARES, J. F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía inominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

⁵ Con relación a ello, Alexy ha expresado que “para exponer que algo tiene o no la propiedad de ser una razón suficiente para una diferenciación, pueden aducirse argumentos muy diferentes. Esta argumentación puede ser estructurada dentro del modelo de principios que (...) implica la máxima de proporcionalidad” (Cfr. *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 416).

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la determinación de la relevancia de los criterios clasificatorios supone un examen de razonabilidad de las distinciones formuladas por el creador de la norma⁶, examen que a su vez implica la ponderación de medios, la valoración de fines y la consideración del contenido de los derechos en juego, tal como mas adelante se explicitará.

Tomando en cuenta la centralidad del examen de razonabilidad para la resolución de las impugnaciones vinculadas con la violación del principio de igualdad, en la presente exposición me referiré, en primer lugar, a las semejanzas y diferencias del juicio de razonabilidad de las distinciones normativas aplicado por la Corte Suprema de Argentina y Estados Unidos, como así también a otros criterios aplicados por dichos tribunales en la resolución de las impugnaciones referidas. Luego de ello, me abocaré a analizar las implicancias iusfilosóficas que se derivan de la jurisprudencia de ambos tribunales, con el convencimiento de que una comprensión cabal del derecho a la igualdad no se conforma con un análisis meramente dogmático de las normas constitucionales y jurisprudenciales, sino que requiere además adentrarse en consideraciones iusfilosóficas. Ello ha sido advertido, entre otros, por Habermas, al señalar que “la interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho”⁷, en virtud de que “... los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de las reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional”. En el mismo sentido, Zagrebelsky señalaba que “las modalidades

⁶ Cfr. Fallos 182:355 (1938); 238:60 (1957); 249:596 (1961); 264:185 (1966); 289:197 (1974); 290:245 (1974); 292:160 (1975); 294:119 (1976); 318:1877 (1995), entre muchos otros. TRIBE, L., *American Constitutional Law*, 2th edition, The Foundation Press, Inc., Mineloa, New York, 1988, p. 1439. Cfr. 404 U.S. 71 (1971); 410 U.S. 356, 359 (1973); 501 U.S. 452, 471 (1991), entre muchos otros. Corte I.D.H. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Serie A Nº 4, párr. 56.

⁷ HABERMAS, J, *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 547.

argumentativas del derecho constitucional se abren así a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución”⁸.

2. SEMEJANZAS EN EL JUICIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Del estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y de Argentina pueden inferirse determinados criterios que en parte coinciden y en parte difieren, en lo que se refiere a las exigencias que el principio de igualdad plantea en el proceso de creación normativa y en la tarea de interpretación constitucional. Seguidamente me referiré a las semejanzas que presenta la doctrina de ambos tribunales.

2.1. IGUALDAD PROPORCIONAL

Tanto la Corte Suprema de Argentina, como la de Estados Unidos, han coincidido en afirmar una concepción de la igualdad que no se reduce a un mero igualitarismo o, en otros términos, a la nivelación absoluta de los hombres⁹. Así, según el Máximo Tribunal de la Nación “... la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional...”¹⁰; no es la exacta o aritmética¹¹, sino la que toma en cuenta “... tanto las diferencias que caracterizan a cada una de las personas en la materia regulada por el régimen legal de que se trata —para determinar quienes son iguales—, cuanto la relación en que la particular obligación impuesta por la ley esté con las necesidades o conveniencias generales en el lugar, tiempo y modo de su aplicación...”¹². En sentido similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos también ha sostenido que la garantía de la igualdad no exige del legislador una “simetría abstracta”¹³.

Según se desprende de los párrafos precedentes, el concepto de igualdad sustentado por el Máximo Tribunal argentino se asemeja al concepto de igualdad aristotélico, que reconoce la existencia de dos tipos de igualdad: aritmética o geométrica,

⁸ ZAGREBELSKY, G., *Il Diritto mitte. Logge diritti giustizia*, Torino, Giulio Einaudi editore, S.p.a., 1992. Se cita de la ed. en castellano, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 116.

⁹ Cfr. Fallos 151:359 (1928), p. 367.

¹⁰ Fallos 210:284 (1948), p. 300.

¹¹ Cfr. ibídem y Fallos 151:359 (1928), p. 371; Fallos 312:826 (1989), p. 832.

¹² . Fallos 210:284 (1948), p. 300.

¹³ Cfr. 232 U.S. 138, (1914).

implicando en el primer caso una igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, corrigiendo la desproporción o desmesura entre lo que se debe y lo que se da, mientras que la igualdad geométrica supone una igualdad proporcional a las personas y circunstancias, propia de la justicia distributiva¹⁴.

El principio de igualdad, cuyo contenido se identifica con el concepto mismo de justicia¹⁵, exige tanto diferenciar como equiparar, de allí que "... no toda distinción de trato puede considerarse violatoria de dicho principio, y por otra, un tratamiento igualitario, que ignore diferencias relevantes, puede constituir un supuesto de discriminación"¹⁶. En efecto, la prohibición de discriminación no "... debe entenderse como uniformidad, sino como una proporcionalidad cualitativa, lo que supone no la existencia de un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, sino en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca"¹⁷. Coincidiendo con lo expuesto, también Pérez Luño ha señalado que la igualdad exige tanto equiparar como diferenciar, "... ya que la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera indiscriminada, como un criterio formal y abstracto, podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales"¹⁸.

¹⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, Porrúa, México, 1998, libro quinto, ps. 61-63; TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 59, a. 2, nueva versión sobre el texto latino, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987; HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 221 y FINNIS, J. *Ley natural y derechos naturales*, estudio preliminar de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 216-221.

¹⁵ En tal sentido, se ha sostenido que "... cualquier teoría de la justicia encierra referencias a la igualdad..." (OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el derecho?. Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 268), señalándose también que "por lo menos en el marco de la cultura occidental, la idea de justicia ha ido casi siempre unida a la de igualdad: por eso, la existencia de algunos ejemplos de lo contrario (como el sofista Calicles o Nietzsche) suelen ser contemplados como casos verdaderamente extremos..." (ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 102.)

¹⁶ DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, prólogo de J. Cianciardo, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 38.

¹⁷ CONTRERAS MAZARÍO, J. M., "Libertad de conciencia y convicción en el sistema constitucional español", en *Revista CIDOB D'Afers Internacionals*, 77, p. 45 y cfr. STC del 2 de julio de 1981, fundamento jurídico 3 y STC del 10 de julio de 1981, fundamento jurídico 4.

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos I*, Universidad Complutense, 1981, p. 268.

Para la jurisprudencia constitucional argentina y estadounidense, el principio de igualdad también impone que situaciones desiguales sean tratadas de modo desigual por el legislador, el que se encuentra obligado a efectuar un tratamiento desigual respetando así la igualdad proporcional. Con relación a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de igualdad resultaría vulnerado "... si se contemplare en forma idéntica casos que entre sí son diferentes"¹⁹. Según la Corte Suprema de Estados Unidos, a veces la mayor discriminación puede consistir en tratar cosas que son diferentes como si fueran exactamente iguales²⁰. De allí que, la garantía de la igual protección puede ser violada de dos formas. "Primero, la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno clasifica a fin de distinguir, en sus reglas o programas, entre personas que deberían ser consideradas como situadas similarmente en los términos de los principios relevantes de la igual protección. (...) Segundo, la igualdad puede ser denegada cuando el gobierno omite clasificar con el resultado de que sus reglas o programas no distinguen entre personas que, para los propósitos de la igual protección, deberían ser consideradas como situadas diferentemente"²¹.

2.2. RAZONABILIDAD DE LAS DIFERENCIACIONES NORMATIVAS

La exigencia de razonabilidad de las diferenciaciones de tratamiento constituye un criterio sustancial para determinar en qué casos se ha violentado el principio de igualdad.

Del estudio de la jurisprudencia surge que la aplicación del principio de razonabilidad a las clasificaciones normativas posee características especiales, que la distinguen de aquellos casos en los que se juzga la razonabilidad de la reglamentación de algún otro derecho fundamental que no sea el de igualdad. La peculiaridad del juicio de razonabilidad en materia de igualdad radica en que el derecho a la igualdad, al tener una naturaleza relacional, siempre aparece vinculado a "otro derecho" con respecto al cual se

¹⁹ Fallos 327:4495 (2004).

²⁰ *Jenes vs. Fortson*, 403 U.S. 431, (1971). En este caso, la *Supreme Court* convalidó leyes estatales electorales que imponían exigencias de ballottage a partidos políticos minoritarios diferentes de aquellas impuestas a partidos mayoritarios, considerando que ello no implicaba una discriminación odiosa, sino reconocer que existen grandes diferencias entre las necesidades y potencialidades de un partido político con un amplio respaldo históricamente establecido, por una parte, y una organización política nueva o pequeña por la otra (cfr. 403 U.S. 431, 441-442 [1971]).

²¹ TRIBE, L., *American constitutional law*, second edition, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1988, ps. 1438-1439.

reclama igualdad de reconocimiento. Ese “otro derecho” puede ser un derecho humano, un derecho constitucional, un derecho fundado en la ley o, incluso, un derecho de fuente infralegal. En los dos primeros casos, el test de razonabilidad aplicado por la Corte Suprema de Argentina y por la de Estados Unidos en diversos precedentes ha sido más exigente que en los restantes²². En el caso de los derechos humanos un control más estricto se justifica por su universalidad y radicalidad: corresponden a todo ser humano en razón de su dignidad²³. Con relación a los derechos fundamentales, éstos merecen especial protección por estar consagrados constitucionalmente y configurar límites infranqueables frente al poder del Estado.

A continuación, en la exposición se abordarán los aspectos comunes que presenta el análisis de la razonabilidad en la jurisprudencia de ambos tribunales: argentino y estadounidense

2.2.1. Relación racional entre medios y fines

Tanto la Corte Suprema de Argentina como la de Estados Unidos, para juzgar las clasificaciones normativas que involucran derechos con contenido patrimonial, han exigido la existencia de una relación de idoneidad o adecuación entre el criterio escogido para diferenciar y los objetivos perseguidos, los que deben ser constitucionalmente legítimos. Es preciso aclarar que, en la jurisprudencia estadounidense, las clasificaciones concernientes al ejercicio de derechos patrimoniales se identifican con aquellas vinculadas con la legislación económico-social y que no utilizan criterios sospechosos tales como la raza, el origen nacional y la condición de extranjero, o criterios cuasi-sospechosos

²²Cfr. al respecto DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas...*, ob. cit., ps. 116-133 y 243-303.

²³Sobre el fundamento de los derechos humanos desde una perspectiva iusnaturalista cfr. HERVADA, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho”, en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 109-124 y MASSINI CORREAS, C. I., “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, en MASSINI CORREAS, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, ob. cit., ps. 187-214.

como el sexo y el carácter de hijo extramatrimonial, a las que se aplica el denominado test de la relación racional o requerimiento básico de un mínimo de racionalidad²⁴.

Cabe señalar, que con respecto a tales clasificaciones, ambos tribunales no han requerido la concurrencia de una relación de adecuación exacta, bastando que la clasificación contribuya en alguna medida con el logro de la finalidad pretendida, aunque ésta sea alcanzada parcialmente. Así es que, bajo este estándar, los tribunales están compelidos a aceptar las generalizaciones de la legislatura aún cuando tenga lugar una imperfecta adecuación entre medios y fines²⁵.

Ello, implica que en este nivel de escrutinio, el juicio de adecuación de la clasificación impugnada con los objetivos perseguidos es aplicado bajo un control de evidencia²⁶, exhibiendo los tribunales una extrema deferencia hacia los propósitos y selecciones legislativas entre medios y fines²⁷.

Esta deferencia en el juicio de razonabilidad de las distinciones normativas obedece al reconocimiento de lo que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha denominado “libertad de configuración del legislador”²⁸, el que se fundamenta en el principio de división de poderes y en la existencia de cuestiones políticas no justiciables. A dicha libertad se ha referido el Máximo Tribunal de la Nación, afirmando que el artículo 16 de la Constitución no impone una rígida igualdad, entregando a la prudencia y

²⁴Sobre el test de la relación racional cfr. TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., ps. 1438 y ss.; NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, 6 th. edition, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, ps. 639 y ss.; DIDIER, M. M., *El principio de igualdad en las normas jurídicas...*, ob. cit., ps. 84-98.

²⁵Cfr. voto del juez Kennedy en *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 320 (1993) y GUNTHER, G., *Constitutional Law*, twelfth edition, The Foundation Press Inc., New Cork, 1991, ps. 608-609.

²⁶Sobre los diversos niveles de intensidad en el control de la adecuación de una medida cfr. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2003, 730-732.

²⁷TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., pp. 1442-1443.

²⁸Sobre la aludida libertad cfr. LAVILLA, L., “Constitucionalidad y Legalidad. Jurisdicción Constitucional y Poder Legislativo”, en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 64.

sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación²⁹.

2.2.2. Presunción de constitucionalidad e inversión de la carga de la justificación

Cabe destacar que para las clasificaciones normativas relacionadas con los derechos de contenido patrimonial, en el caso de la Corte Suprema de Argentina; o, en el de la Corte estadounidense, para el supuesto de clasificaciones vinculadas a la legislación económico-social, —siempre que la norma no utilice categorías sospechosas o cuasi-sospechosas—, la carga de la justificación del trato desigual ha de imponerse sobre la parte recurrente, a quién incumbe demostrar la irrazonabilidad de la distinción de trato cuestionada.

En el caso “Partido Nuevo Triunfo”³⁰, el Máximo Tribunal de la Nación, reiterando lo señalado en anteriores precedentes, recordó que “las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de esta Corte, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque”³¹.

En el mismo sentido, la *Supreme Court* señaló que la parte que ataca la ley o clasificación es la que debe demostrar que ella no tenía una posible relación racional con algún legítimo interés del Estado³².

No parece acertado imponer la carga de la justificación sobre la parte que impugna el trato desigual, liberando al creador o defensor de la norma del deber de aportar las razones, y en su caso, las pruebas que sustentan la distinción de trato cuestionada. Por una parte, por cuanto contradice un postulado de la racionalidad práctica, el que, tal como lo ha señalado Alexy, impone la carga de la justificación sobre el

²⁹ Cfr. Fallos 115:111(1911); 138:313 (1923); 182:355 (1938); 236:168 (1956); 238:60 (1957); 251:21 (1961); 251:53 (1961); 263:545 (1965); 288:275 (1974); 290:356 (1974); 295:585 (1976); 313:410 (1990); 315:1190 (1990); 320:1166 (1997), entre muchos otros.

³⁰ Fallos 332: 433 (2009).

³¹ Idem, considerando 5 del primer voto.

³² Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, ob. cit., p. 425

tratamiento desigual³³. Por otra parte, porque el creador o defensor de la distinción de trato es el que en mejores condiciones se encuentra de justificar, en el sentido de argumentar y probar, las razones que sustentan la diferenciación cuestionada. Finalmente, porque imponer al recurrente la obligación de acreditar que la clasificación es arbitraria dado que no existe una razón suficiente, resulta de muy difícil y en algunos casos imposible cumplimiento, pues se trata de una justificación o producción de prueba negativa.

Ello no implica eximir al recurrente de la obligación de aportar el término de comparación con respecto al cual reclama igualdad de trato y justificar que se encuentra en igualdad de circunstancias que el sujeto o grupo favorecido, pues ello se deriva del principio de presunción de constitucionalidad de los actos estatales y de la obligación de fundar la inconstitucionalidad alegada.

2.2.3. La intensificación del juicio de razonabilidad

Tanto la Corte Suprema de los Estados Unidos como la de Argentina han juzgado con mayor rigurosidad las clasificaciones vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales extrapatrimoniales. La Corte estadounidense, en lo que respecta a los derechos a transitar y elegir residencia³⁴, a iguales oportunidades en el litigio³⁵, a votar³⁶ y a contraer matrimonio³⁷, sujetando las discriminaciones concernientes al ejercicio o titularidad de los derechos fundamentales a un escrutinio estricto³⁸. La Corte Suprema de Argentina ha aplicado un examen intensivo de razonabilidad a las normas que distinguen con relación a los derechos a la libertad de expresión³⁹, a la libertad física o

³³ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 405. Dicha carga "... resulta conjuntamente del principio de universalidad (1.3') y de la regla de fundamentación (2)" (ALEXI, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 191).

³⁴Cfr. *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) y *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999).

³⁵Cfr. *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963) y *Williams v. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970).

³⁶Cfr. *Harper v. Virginia Board of Elections*, *Cipriano v. Horma*, *Bullock v. Carter*, *Gomillion v. Lightfoot*, *Hunter v. Underwood* y *Bush v. Gore*.

³⁷ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___ (2015).

³⁸ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, ob. cit., p. 639-640

³⁹"*Coronel Horacio Pantaleón Ballester y Coronel Augusto Benjamín Rattembach interponen recurso de hábeas corpus a favor del Coronel José Luis García*", Fallos 312:1082 (1989) y "*Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Comité Federal de Radiodifusión*", Fallos 326:3142 (2003).

ambulatoria⁴⁰, y a contraer matrimonio⁴¹, juzgándolas conforme a lo que he denominado un escrutinio extraordinario⁴².

La intensificación del examen de razonabilidad aplicado en los supuestos señalados supone que para que las clasificaciones referidas puedan ser consideradas constitucionales no bastará que resulten idóneas para alcanzar los propósitos legítimos perseguidos por el legislador. A dicha exigencia se sumarán otras, requiriéndose, según el tribunal de que se trate, una estricta adecuación entre medios y fines, así como sortear los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Ambos tribunales, cuando las discriminaciones se basan en determinados criterios de clasificación, también efectúan un examen de razonabilidad más exigente que el aplicado para juzgar las diferenciaciones vinculadas con el ejercicio de derechos patrimoniales. En el caso de Estados Unidos, la *Supreme Court* ha considerado sospechosas las clasificaciones basadas en la raza o el origen nacional⁴³, así como la condición de extranjero⁴⁴ —con las excepciones que más adelante se especificarán—, y como cuasi-sospechosas al sexo y al carácter de hijo extramatrimonial, sujetando las tres primeras a un escrutinio estricto⁴⁵, y las dos restantes a un escrutinio intermedio⁴⁶.

En cuanto al máximo tribunal de la Nación, en el caso “Partido Nuevo Triunfo”⁴⁷, ha resuelto expresamente que “el derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos

⁴⁰ “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/Infracción art. 139 bis del C.P.”, Fallos 321:3630 (1998).

⁴¹ “Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo”, Fallos 319:1165, (1996).

⁴² Cfr. DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., ps. 243-332.

⁴³ Cfr. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), entre muchos otros.

⁴⁴ Cfr. *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), entre otros. En este caso la Corte declaró contrarias a la decimocuarta enmienda leyes estatales que denegaban los beneficios sociales a los extranjeros residentes.

⁴⁵ Sobre el escrutinio estricto cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, ob. cit., ps. 639 y ss.; TRIBE, L., *American constitutional law...*, ob. cit., ps. 1454 y ss.; DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., ps. 116-144 y GIARDELLI, L., TOLLER, F. y CIANCIARDO, J., “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y la del sistema interamericano sobre el derecho a la igualdad”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix – Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. IV, derechos fundamentales y tutela constitucional*, ps. 301-343.

⁴⁶ Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, ob. cit., p. 641.

⁴⁷ Fallos 332:443 (2009).

humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en 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” (art. 1º Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”⁴⁸.

Remitiéndose a los precedentes “Hooft”⁴⁹, “Gottschau”⁵⁰ y “Mantecón Valdés”⁵¹, el Máximo Tribunal de la Nación recordó que las leyes que utilizan clasificaciones basadas en los criterios expresamente prohibidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se presumen inconstitucionales, por lo que quien defiende la validez del trato desigual deberá demostrar “... que responde a fines sustanciales —antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”⁵². La demostración de los extremos indicados supone la aplicación de un examen similar al escrutinio estricto, aplicado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para los casos donde se clasifica con relación al ejercicio de derechos fundamentales o se utilizan los criterios sospechosos ya referidos.

2.2.4. La presunción de inconstitucionalidad de las categorías sospechosas y la carga de la justificación

Tanto la Corte Suprema de Argentina, como la de Estados Unidos, han resuelto que las normas que establecen distinciones de trato tomando como base categorías sospechosas de discriminación se presumen inconstitucionales⁵³. Ello supone que en estos casos al recurrente le bastará demostrar que la norma impugnada utiliza alguna de las categorías señaladas, y será al defensor de la norma o al demandado a quien corresponderá justificar mediante argumentos y eventualmente elementos probatorios que en el caso la diferenciación cuestionada logra sortear: a) el juicio de adecuación, el que es aplicado con un control intensivo, por lo que la medida debe estar estrictamente

⁴⁸ Ídem, considerando 6 del primer voto.

⁴⁹ Fallos 327:5118 (2004).

⁵⁰ Fallos 329:2986 (2006).

⁵¹ Fallos 331:1715 (2008).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332:443, (2009) y DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ps. 116-144 y 303-328.

adaptada a la finalidad perseguida, no bastando una genérica adecuación a los fines; b) el juicio de necesidad, por el que la clasificación recurrida deberá ser la medida menos restrictiva del principio de igualdad y c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, por el que el objetivo perseguido mediante la distinción de trato deberá identificarse con un interés sustancial o imperioso.

2.3. RAZONES DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

En ciertos fallos concernientes a derechos patrimoniales, la Corte Suprema de Argentina, además de aplicar el juicio de adecuación o idoneidad para valorar la razonabilidad de la clasificación cuestionada, invocó razones de justicia distributiva, examinando la proporcionalidad del reparto de la carga impuesta al grupo agraviado, la relación de los destinatarios de la carga con la finalidad de la distribución y la vinculación de dicha finalidad con el bien común⁵⁴.

Asimismo, del análisis de los fundamentos invocados por la *Supreme Court* para justificar la violación de la decimocuarta enmienda, tanto en el marco del test intermedio como en el del escrutinio estricto, pudo verse la utilización de argumentos concernientes a las exigencias propias de la justicia distributiva. Así, en los casos donde se cuestionaron discriminaciones por razón de la filiación extramatrimonial⁵⁵, el tribunal efectuó consideraciones que valoraron la relación que debe existir entre las cargas o sanciones y la responsabilidad individual; y ante litigios concernientes al ejercicio del derecho a transitar y elegir residencia⁵⁶, valoró la posición de los destinatarios de la prestación con la finalidad del reparto, determinando de tal modo la desproporcionalidad que supone denegar asistencia social a las personas que tienen menos de un año de residencia en el Estado prestador del beneficio social.

3. DIFERENCIAS EN EL JUICIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL

3.1. EL JUICIO DE ALTERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

⁵⁴ Cfr. “Delia Bonorino Ezeyza de Claypole” (Fallos 210:284, [1948]); “Don Pascual Caeiro” (Fallos 140:175, [1924]) y “Peralta” (Fallos 313:1513 [1990]).

⁵⁵ Cfr. *Trimble v. Gordon*, 430 U.S.762 (1977) y *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

⁵⁶ Cfr. *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969) y *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489 (1999).

Como es sabido, en el derecho argentino la garantía de la inalterabilidad de los derechos fundamentales constituye una exigencia de razonabilidad de la regulación normativa de tales derechos, prescripta por el artículo 28 de la CN⁵⁷. De allí que, en casos donde estaban en juego distinciones de trato vinculadas con el ejercicio de derechos fundamentales tanto de contenido patrimonial como extrapatrimonial, el Máximo Tribunal, a los fines de determinar la violación del principio de igualdad, consideró si en el caso se había alterado la sustancia del derecho fundamental con relación al cual se exigía igualdad de trato, no conformándose con que la medida resulte adecuada para la persecución de una finalidad legítima o incluso imperiosa⁵⁸.

La diferencia señalada se debe a que la Constitución de los Estados Unidos no posee una norma similar al artículo 28 de la CN, donde expresamente se hace referencia a la exigencia de que el legislador mantenga inalterables los derechos en ella reconocidos. No obstante, en algunos pocos fallos de la *Supreme Court* pudo verse la aplicación de aquel juicio, al que si bien no se hace una referencia expresa, de la argumentación desarrollada por dicho tribunal surge la preocupación por mantener incólume el respeto del derecho fundamental o humano con respecto al cual se estableció la distinción de trato⁵⁹.

3.2. EL CATÁLOGO DE LAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS

Si bien tanto la Corte Suprema de Argentina como la de Estados Unidos hacen referencia a criterios de discriminación considerados como sospechosos, la enumeración de los mismos no resulta coincidente. Tal como se deriva de lo anteriormente expuesto, para la Corte argentina el catálogo de categorías sospechosas resulta más amplio, puesto que incluye a todos los criterios de discriminación expresamente prohibidos por los

⁵⁷ Cfr. al respecto CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ps. 40-41 y 98-102 y SERNA, P y TOLLER, F, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 44-45.

⁵⁸ "Partido Nuevo Triunfo" (Fallos 332:433, 2009), voto del juez Fayt; "Aquino", (Fallos 327:3753, [2004]); "Franco" (325:2968, 2002); "Gabrielli" (Fallos 319:1165, 1996); "Dardanelli de Cowper, Ana Inés Marta", (Fallos 306:1560, [1984]); "Pobes, Juan", (Fallos 266:299 [1966]); "Cruz, José" (Fallos 179:98 [1937]) y "Don Pascual Caeiro" (Fallos 140:175, [1924]).

⁵⁹ Cfr. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, (1982) y *Douglas v. California* 372 U.S. 353 (1963)

Tratados Internacionales de Derechos Humanos, interpretando que el origen nacional involucra la condición de extranjero.

La *Supreme Court*, solo considera como categorías sospechosas a la raza, el origen nacional y la condición de extranjero y como cuasi sospechosas el carácter de hijo extramatrimonial y el sexo⁶⁰. En cuanto a la condición de extranjero, cabe señalar que no es considerada como un criterio sospechoso cuando se juzga la validez de clasificaciones normativas que excluyen a los extranjeros y encomiendan sólo a los ciudadanos, cargos electivos y no electivos importantes relacionados con el proceso de autogobierno democrático⁶¹; como así también cuando se trata de normas federales concernientes a relaciones internacionales, inmigración y naturalización, aplicando en estos supuestos el test de la relación racional⁶².

La Corte argentina se ha mostrado más exigente que su par estadounidense en materia de discriminaciones por razón de la nacionalidad, puesto que ha declarado violatorio del artículo 16 de la CN el requisito de la nacionalidad argentina para desempeñarse como docente⁶³. Mientras que la *Supreme Court* ha resuelto que resulta conforme a la *equal protection* el requisito de la nacionalidad estadounidense para ejercer la docencia⁶⁴.

En cuanto a las distinciones por razón de la edad, la *Supreme Court* ha resuelto en diversos precedentes que la edad no es un criterio sospechoso, resultando aplicable el test de la relación racional⁶⁵. En la doctrina del máximo tribunal argentino la cuestión no está clara, pues si bien existen fallos en los que ha juzgado con gran deferencia dicho criterio de clasificación, convalidando su constitucionalidad, en el caso "Franco" ha aplicado un examen intensivo de razonabilidad⁶⁶, declarando inconstitucional a la

⁶⁰ Las diferencias entre las sospechosas y las cuasi sospechosas está dada porque las primeras dan lugar a la aplicación del escrutinio estricto y las segundas al escrutinio intermedio. La utilización de ambas implica una presunción de inconstitucionalidad.

⁶¹ Cfr. *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 220-221 (1984).

⁶² Cfr. NOWAK, J. E. y ROTUNDA, R. D., *Constitutional Law*, ob. cit., p. 262.

⁶³ Cfr. "Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires", Fallos 311:2272 (1988).

⁶⁴ Cfr. *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

⁶⁵ Cfr. *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* 427 U.S. 307 (1976) y *Gregory v. Aschroft* 501 U.S. 452 (1991).

⁶⁶ Fallos 325:2968 (2002).

discriminación cuestionada, aunque mediante notorias deficiencias en la argumentación⁶⁷.

3.3. LOS NIVELES DE INTENSIDAD EN EL CONTROL DE LA RAZONABILIDAD DE LAS DIFERENCIACIONES NORMATIVAS

3.3.1. Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina cabe inferir tres niveles de intensidad en el análisis de la razonabilidad de las diferenciaciones normativas:

a) Para los casos donde se encontraban en juego diferenciaciones normativas vinculadas a derechos patrimoniales, especialmente derivados de los depósitos bancarios, de regímenes laborales, previsionales e impositivos, el Máximo Tribunal de la Nación ha aplicado lo que he denominado el escrutinio ordinario, consistente en valorar la existencia de una relación de idoneidad entre la clasificación impugnada y los fines perseguidos, así como la concurrencia de razones de justicia distributiva y el juicio de alterabilidad o afectación del contenido del derecho fundamental involucrado en el caso⁶⁸.

b) En los supuestos donde se cuestionaban distinciones de trato relativas a derechos fundamentales extrapatrimoniales, pudo verse la aplicación de lo que he llamado el escrutinio extraordinario, el que supuso una intensificación del juicio de razonabilidad de la distinción de trato, por el que la Corte no se limitó a juzgar la existencia de una relación de idoneidad con un objetivo legítimo, la concurrencia de razones de justicia distributiva o la inalterabilidad del derecho fundamental en juego, sino que además valoró la relación de proporcionalidad entre las diferenciaciones establecidas en la norma y los fines que con ella se perseguían, efectuando un balance entre costos y beneficios. También, en algunos casos juzgó la indispensabilidad de la distinción de trato

⁶⁷ Una aguda crítica a la sentencia de la CSJN dictada en el caso Franco puede verse en CLÉRICO, L., "Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso Franco: sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales", *Jurisprudencia Argentina*, t.II-2003, p. 472.

⁶⁸ Cfr. DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., ps. 201-242.

e impuso la carga de la justificación sobre la parte que la defendía o había creado la clasificación normativa impugnada⁶⁹.

c) Finalmente, a partir de los casos “Hooft”⁷⁰, “Gottschau”⁷¹, “Mantecón Valdés”⁷² y “Partido Nuevo Triunfo”⁷³, para aquellos casos en los que se establecen distinciones de trato con sustento en criterios de discriminación expresamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, comenzó a aplicar un test de constitucionalidad semejante al escrutinio estricto elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

3.3.2. En cuanto al Máximo Tribunal estadounidense, el modelo de la igual protección se compone de tres niveles de escrutinios: el requerimiento de un mínimo de racionalidad, aplicable a la legislación económico social y que no involucra categorías sospechosas o cuasi-sospechosas; el test intermedio, aplicable a las clasificaciones normativas basadas en el sexo y la condición de hijo extramatrimonial; y el escrutinio estricto, el que resulta aplicable a las distinciones concernientes al ejercicio de derechos fundamentales y las basadas en la raza, el origen nacional y la condición de extranjero —con las excepciones referidas en el numeral 3.2. precedente—.

4. IMPLICANCIAS IUSFILOSÓFICAS

Del análisis referido en los párrafos precedentes, en los que se intentó brindar un panorama del funcionamiento del principio de igualdad tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y Estados Unidos, pueden extraerse las siguientes proyecciones de carácter iusfilosófico.

4.1. LA INELUDIBLE INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

A lo largo del análisis de la argumentación de ambos tribunales, en los fallos concernientes al principio de igualdad, pudo verse la necesidad ineludible de recurrir a una interpretación teleológica con el objeto de determinar los fines de las distinciones de

⁶⁹ Cfr. Idem, ps. 245 a 303.

⁷⁰ Fallos 327:5118 (2004).

⁷¹ Fallos 329:2986 (2006).

⁷² Fallos 331:1715 (2008).

⁷³ Fallos 332: 433 (2009).

trato impugnadas. La valoración de los objetivos perseguidos y de su legitimidad e importancia, ha estado presente en los diferentes niveles de escrutinios o test de constitucionalidad aplicables.

Ello, por cuanto para juzgar si el término de comparación invocado por el recurrente se encuentra en igualdad de circunstancias, resulta fundamental efectuar una interpretación teleológica, por la que se indague la *ratio legis* de la clasificación normativa, a los efectos de determinar la voluntad presunta del legislador o la finalidad objetiva de la ley.

Esta “primacía de lo teleológico en el razonamiento jurídico”⁷⁴, parafraseando a Ollero, especialmente en el juicio de razonabilidad de las diferenciaciones normativas, viene impuesta por la aplicación de los tres subprincipios en que se despliega el principio de proporcionalidad o razonabilidad, como así también por la consideración de las razones de justicia distributiva que justifican o dejan sin fundamento alguno a la distinción de trato impugnada.

4.2. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO PRUDENCIAL

A la hora de determinar el test de constitucionalidad aplicable a los casos donde se encuentra en juego el principio de igualdad, será preciso no atenerse rigurosamente a estándares predispuestos y prestar atención a las circunstancias del caso concreto, efectuando una aplicación prudencial de los escrutinios jurisprudencialmente elaborados⁷⁵. Ello, por cuanto “... la búsqueda del ajustamiento de las relaciones sociales, y la capacidad para determinar qué es lo suyo de cada uno, es tarea vinculada a la prudencia”⁷⁶; a la que corresponde, siguiendo a Vigo, “... especificar y mandar, sin pretensión de universalidad o necesidad demostrativa, lo que por razón de justicia se debe hacer o no hacer en ese tiempo y lugar. Estamos aquí ante un saber circunstanciado,

⁷⁴ OLLERO, A., *Discriminación por razón de sexo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 59.

⁷⁵ Sobre la prudencia jurídica cfr. KALINOWSKI, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, ps. 124-141; MASSINI, C. I., *La prudencia jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983; RAMIREZ, S., *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978 y AQUINO, T., *Suma Teológica*, q. 47, a. I-X.

⁷⁶ OLLERO, A., *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 287.

que dilucida lo justo respecto a ciertos sujetos y a tenor de irrepetibles coordenadas históricas”⁷⁷.

La importancia de contemplar las circunstancias particulares del caso a la hora de aplicar uno u otro estándar de revisión y la necesidad de su flexibilización a través de la prudencia jurídica, puede verse claramente en la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos debió resolver el caso *Miller v. Albright*⁷⁸, donde estaban en juego diversos criterios de clasificación, como el sexo, la condición de extranjero y el status de hijo extramatrimonial, los que daban lugar a la aplicación del escrutinio intermedio y del test de la relación racional, por tratarse de una cuestión de ciudadanía. También en *Plyler v. Doe*⁷⁹, no obstante no estar en juego un derecho fundamental o una clasificación sospechosa, la *Supreme Court* no se limitó a juzgar la discriminación cuestionada bajo el test de la racional, y aplicó un escrutinio más severo. En *Plyler* dicho Tribunal debió juzgar si, de modo compatible con la cláusula de la igual protección, Texas podía denegar a los niños en edad escolar indocumentados la educación que proporcionaba a los niños que son ciudadanos de los Estados Unidos o extranjeros que residen legalmente. Cabe aclarar que los extranjeros ilegales no constituyen una categoría sospechosa y que la educación no fue considerada como un derecho fundamental por el Máximo Tribunal⁸⁰. No obstante ello, la Corte resolvió que las normas impugnadas violentaban la decimocuarta enmienda, profundizando el juicio de razonabilidad de la diferenciación normativa, aplicando el subprincipio de proporcionalidad en sentido escrito⁸¹.

⁷⁷ VIGO, R. L., *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 229. Tal como lo señala Vigo “...la interpretación jurídica se inscribe en la dimensión cognoscitiva de la prudencia, cuyo objeto es deliberar acerca de las conductas posibles o necesarias y juzgar cuáles es la que racionalmente se prefiere o estima más valiosa” (VIGO, R. L., “La interpretación o argumentación jurídica como saber prudencial retórico”, en *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, EDUCA, Buenos Aires, 2015, p. 127).

⁷⁸ 523 U.S. 420 (1998).

⁷⁹ 457 U.S. 202 (1982).

⁸⁰ Cfr. *San Antonio School District v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁸¹ Un comentario del caso puede verse en DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., ps. 138-140.

Asimismo, la dificultad de aplicar de modo rígido el modelo de los tres escrutinios puede verse en la incoherencia que supondría juzgar mediante un test de constitucionalidad más estricto medidas de acción positiva implementadas a favor de una minoría racial —escrutinio estricto— que aquellas destinadas a superar la situación de discriminación social y cultural de la mujer —test intermedio—⁸².

La relevancia del caso concreto en el razonamiento jurídico ha sido destacada por la hermenéutica, señalando Esser que “... el caso y su solución correcta siguen siendo el último contraste para comprobar la recta delimitación de una norma o doctrina. ¿Dónde se encontrarán los criterios para determinar la adecuada colocación de aquéllas dentro del sistema, sino en el caso, mejor aún, en el caso límite, en el caso que plantea un conflicto⁸³?

4.3. LA IMPORTANCIA DEL JUICIO DE ALTERACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Tal como se expuso precedentemente, la Corte Suprema de Argentina ha incorporado al análisis de la razonabilidad de las diferenciaciones normativas, el llamado juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental. Ello resulta acertado, puesto que no reduce la razonabilidad a una mera racionalidad técnica, ni se conforma con un análisis utilitarista, que subordina la validez y exigibilidad de los derechos fundamentales a la concurrencia de un interés sustancial o imperioso, transformándolos, al decir de Spaemann, en frágiles “edictos de tolerancia revocables”⁸⁴.

En tal sentido, Cianciardo ha sostenido que para preservar el carácter inviolable de los derechos humanos, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* no debe reducirse a un balanceo entre costos y beneficios, sino que además exige en primer lugar, y antes de efectuar dicho balance, valorar si la medida afecta el contenido esencial del

⁸² La incoherencia señalada fue puesta de manifiesto por el juez Stevens en su voto en *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁸³ ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosh, Barcelona, 1961, p. 388.

⁸⁴ SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 82.

derecho fundamental en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable⁸⁵. Por tanto, llegó a la conclusión de que la proporcionalidad *stricto sensu* de una medida presupone dos cosas: “a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido”⁸⁶.

En el caso “Partido Nuevo Triunfo”, el voto del juez Fayt se adentró en consideraciones relativas al juicio de alteración del contenido esencial del derecho a formar un partido político. Allí se recurrió la denegación de la personería jurídico política al Partido Nuevo Triunfo, aduciendo el recurrente que se había violado su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación (arts. 16 y 43, respectivamente, de la Constitución Nacional), privándolo de los derechos de asociación y electorales, contra lo establecido en los artículos 37 y 38 de la Carta Magna. Para fundamentar que en el caso, el derecho a formar un partido político no se había vulnerado, el juez Fayt efectuó acertadamente un análisis de la finalidad de los partidos políticos y del derecho a la creación de los mismos, a los efectos de demostrar que el uso abusivo de un derecho político fundamental debe ser distinguido del derecho fundamental en cuyo seno pretende cobijarse. De tal modo, propuso y realizó una interpretación armónica y teleológica de los derechos, destacando cómo el pretendido ejercicio de un derecho fundamental —en el caso el derecho a la creación de un partido político— jamás puede ser antisocial y estar dirigido a conculcar un bien público —cuál es el sistema representativo democrático— o el ejercicio de otro derecho fundamental —en el caso, el de igualdad—⁸⁷.

4.4. LA CONSIDERACIÓN DEL TÍTULO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS EN EL JUICIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Tal como se ha expuesto en el epígrafe **2.4.**, tanto la Corte Suprema de Argentina como la de Estados Unidos se han referido a la existencia de categorías sospechosas, las

⁸⁵ Cfr. CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., ps. 94-102

⁸⁶ Idem, p. 99.

⁸⁷ Cfr. considerando 18 del voto del juez Fayt. Una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales y bienes públicos es propuesta por SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

que dan lugar a la aplicación de un examen intensivo de razonabilidad de las distinciones de trato que se sustentan en tales criterios, las que a su vez se presumen inconstitucionales e imponen la carga de la justificación sobre el defensor de la diferenciación impugnada.

Al respecto, cabría preguntarse cuál es la razón por la cual unos y no otros son considerados como criterios sospechosos. Frente a este interrogante se han dado diversas respuestas por las que se intenta justificar que determinadas categorías resulten *prima facie* inconstitucionales para establecer clasificaciones. Así, tanto la *Supreme Court* como la doctrina han señalado ciertas características "... que poseen los factores de diferenciación catalogados como sospechosos o cuasisospechosos. Entre ellas, se han mencionado las siguientes: a) que los rasgos sean inmutables, o sea, que no puedan ser modificados por la voluntad humana o el paso del tiempo, como es el caso del sexo, la raza, el origen nacional y la discapacidad permanente (este último no es considerado como sospechoso por la *Supreme Court*); b) que se trate de grupos desprotegidos en el marco del proceso político; c) la existencia de estereotipos y prejuicios acerca de las capacidades de ciertos grupos, producto de una historia de discriminación social, profundamente arraigada en la cultura del pueblo⁸⁸, y d) el hecho de ser cuantitativamente una minoría"⁸⁹.

Mas allá de que las notas señaladas puedan resultar útiles para determinar cuando estamos frente a una categoría sospechosa, no parecen dar una respuesta suficiente a la pregunta formulada. Entiendo que, además de lo expuesto, es preciso considerar que la raza, el origen nacional, el sexo, la condición de hijo extramatrimonial, la religión, la condición social y las demás categorías mencionadas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no se vinculan en la generalidad de los casos con el título y fundamento de los derechos⁹⁰. Se trata de condiciones que no contribuyen a la causa por

⁸⁸ Cfr. *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976).

⁸⁹ DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., p. 85.

⁹⁰ Según Hervada, el título del derecho "... es aquello en lo que tiene origen el derecho (...), es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya. Los diversos títulos son de muy variada especie: el título puede ser una actividad (la ocupación, el trabajo, etc.), un pacto o convenio (un contrato), la ley, la naturaleza humana, etc.". El fundamento del derecho "... es aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho... El fundamento habilita para ser titular de un derecho, pero no lo otorga; en cambio

la cual se es merecedor de determinada prestación⁹¹. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta que el trabajo es lo que confiere el título para la percepción del salario, se configurará un supuesto de discriminación si se abona un mayor salario a los nacionales que a los extranjeros, a los varones que a las mujeres o a los hombres de raza blanca que a los de raza negra, puesto que ni el origen nacional, ni el sexo, ni la raza, se vinculan con la causa o el título que justifica el pago del salario.

La consideración del título y el fundamento del derecho constituyó un elemento a valorar en el juicio de igualdad constitucional, cuando el Máximo Tribunal estadounidense, en el ya citado caso *Plyler v. Doe*, pese a no estar en juego una categoría sospechosa, juzgó que se violaba la decimocuarta enmienda, privando a los hijos indocumentados de extranjeros ilegales del derecho a la educación básica, el que les resultaba debido, no por su condición de ciudadanos, ni tampoco por imponerle ley alguna, sino porque, al decir de la Corte, la educación básica es necesaria “para el bienestar social, económico, intelectual y psicológico del individuo”⁹², representando su privación un obstáculo “para la realización individual”⁹³. Dicho de otro modo, la condición de extranjeros indocumentados no se vinculaba en modo alguno con la causa por la cual los niños eran titulares y merecedores del derecho a acceder a la educación básica, en igualdad de condiciones que el resto de los niños ciudadanos o extranjeros residentes. Es

el título otorga el derecho. Todo derecho se funda, en último extremo en la condición de persona del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo” (HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 8va. Edición, 1994, ps. 48-49).

⁹¹ Tomás de Aquino denominó “acepción de personas” a la discriminación de las personas con base en criterios que no se vinculan con el fundamento y el título del derecho, afirmando que ella se oponía a la justicia distributiva. En este sentido, el Aquinate afirmaba: “... la igualdad de la justicia distributiva consiste en dar cosas diversas a diversas personas proporcionalmente a sus (*respectivas*) dignidades. Luego, si uno considera aquella propiedad de la persona por la cual lo que se le confiere le es debido, no hay acepción de personas, sino de causa (...). Por ejemplo, si uno promueve a otro al magisterio por la suficiencia del saber, en esto atiende a la causa debida, no a la persona, pero, si uno considera que aquel a quien confiere algo no aquello por lo cual lo que se le da sería proporcionado o debido, sino solamente porque es tal hombre, como Pedro o Martín, esto ya es una acepción de persona. A la persona empero se refiere cualquier condición que no contribuye a la causa por la cual sea digno de este don; por ejemplo, si uno promueve a alguien a una prelación o magisterio porque es recio o porque es su pariente, hay acepción de persona (...). En la justicia distributiva se consideran las condiciones de las personas que contribuyen a la causa de la dignidad o del débito. Pero en la acepción de personas se atiende a las condiciones que no contribuyen a la causa, como se ha dicho” (AQUINO T., *Suma Teológica*, q. 63, a. 1.).

⁹² 457 U.S. 202, 222 (1982).

⁹³ *Ibidem*.

en razón de esta falta de relación entre la causa o título del derecho y el criterio utilizado para diferenciar, por la cual, entre otras razones, la Corte declaró la violación del principio de igualdad.

4.5. LAS COORDENADAS HISTÓRICO – CULTURALES COMO ELEMENTO CONDICIONANTE PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Las diferencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina y Estados Unidos con respecto a los estándares de razonabilidad aplicables para juzgar las distinciones de trato obedecen, en algún sentido, a la diversidad histórico-cultural, social y política de cada uno de los Estados mencionados. En el caso de la Argentina, desde su constitución como Estado existió la voluntad de promover las políticas inmigratorias, lo que se plasmó por los constituyentes en la Carta Magna, acogiendo con benevolencia a los extranjeros que quisieran radicarse en el suelo argentino. Como consecuencia, ello también se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que se ha mostrado notoriamente más exigente con las clasificaciones por razón de la nacionalidad que la *Supreme Court*.

En cuanto a Estados Unidos, la experiencia de la discriminación racial, profundamente arraigada en la cultura y en la sociedad, suscitó la elaboración de una doctrina acerca de la *equal protection* dotada de una mayor precisión que la sentada por el máximo tribunal argentino.

Tal como lo ha puesto de relieve con especial énfasis la hermenéutica, la tradición y la cultura condicionan la comprensión jurídica del intérprete. Ello, por cuanto el intérprete se acerca al texto disponiendo de nociones previas, prejuicios o pre-comprensiones⁹⁴, que no son el resultado de una situación individual, sino que son “características de la sociedad y de la cultura (...), del contexto de los efectos históricos, que no implican sólo a los hombres sino también su derecho correspondiente (...), son

⁹⁴ Cfr. KAUFMANN, A., “Concepción hermenéutica del método jurídico”, *Persona y Derecho*, 35, 1996, p. 15; LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero, 1ª edición, Ariel, Barcelona, 1994, ps. 192-20 y HASSEMER, W., “Hermenéutica y Derecho”, *Anales de la cátedra de Francisco Suárez*, Nro. 25/1985, ps. 63-85

resultados de una socialización profesional”⁹⁵. Dicho de otro modo, tales pre-comprensiones se constituyen “...desde la tradición, desde un imaginario procedente de las coordenadas histórico-culturales generales, pero esa tradición se ve modificada y enriquecida permanentemente por la comprensión de cada sujeto, orientada también por su horizonte vital personal y por el problema concreto que tiene delante. La tradición condiciona, pues, la comprensión, pero no es un factor de determinismo en ella porque el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola, enriqueciéndola”⁹⁶.

4.6. LA CAPACIDAD DE LA RAZÓN PRÁCTICA PARA SUPERAR LA TRADICIÓN

Esa capacidad del sujeto para superar la tradición, que también es destacada por la hermenéutica jurídica, puede verse en las similitudes señaladas en la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y de Argentina, como así también en la evolución jurisprudencial dada en cada uno de ambos Estados con respecto a la interpretación y concreción de las exigencias planteadas por el principio de igualdad.

Dicha evolución en la comprensión del mencionado principio jurídico se manifiesta en lo que fue el abandono de la doctrina separados pero iguales, elaborada por la *Supreme Court* en *Plessy v. Ferguson*⁹⁷, mediante el precedente *Brown v. Board of Education*⁹⁸. En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal estadounidense reconoció un principio jurídico indisponible, cual es la igualdad de todos los seres humanos con independencia de la raza, superando de tal modo una tradición que veía en los individuos de raza negra seres humanos de inferior categoría.

La evolución señalada demuestran que las “... discusiones en torno al principio de igualdad y al concepto de igualdad van de la mano de una notable evolución en la historia de la humanidad. En este sentido (...), puede hablarse de la existencia de progreso moral, porque está claro que ese sistema de situaciones que otorgaban desde el comienzo a cada individuo posiciones, que implicaban obviamente violaciones al principio de

⁹⁵ HASSEMER, W., “Hermenéutica y derecho”, ob. cit., p. 83.

⁹⁶ SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México 2006, p. 123.

⁹⁷ 163 U.S. 537 (1896).

⁹⁸ 347 U.S. 483 (1954).

igualdad, se han ido restringiendo y eliminando en lo que podríamos llamar, insisto, progreso moral de la humanidad”⁹⁹.

Con relación a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, dicha evolución se ha dado mediante la definición de un test de constitucionalidad para juzgar las distinciones basadas en criterios expresamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, el que se asemeja al escrutinio estricto aplicado por la *Supreme Court*. El establecimiento expreso de parámetros que constituyen pautas orientadoras para la determinación de la razonabilidad de las clasificaciones normativas implica un avance en la jurisprudencia del más alto tribunal, el que, en numerosos precedentes, se ha caracterizado por obviar la explicitación de criterios que guíen al recurrente y al juzgador en las tareas de interpretación y aplicación del principio de igualdad, presumiendo la razonabilidad de las clasificaciones normativas y reiterando fórmulas genéricas, sin relacionarlas con las concretas circunstancias de la causa¹⁰⁰.

Tomando en cuenta las semejanzas y la evolución presentes en la doctrina de ambos tribunales cabe afirmar, por un lado, “... que superar la tradición es posible porque existe algo jurídico indisponible, independiente de la razón del sujeto, del acto de comprender y de la historia o la cultura, y a lo que la razón humana puede acceder mediante el conocimiento práctico que guía el obrar, determinando lo permitido, lo prohibido y lo debido. A su vez, la posibilidad de trascender la tradición y la cultura implica reconocer la existencia de un núcleo de juridicidad intrínseco del que el Estado o

⁹⁹ RABOSI, E., “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, en ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 48.

¹⁰⁰ La Corte Suprema de Argentina en numerosos fallos vinculados con distinciones relativas al ejercicio de derechos patrimoniales, especialmente derivados de regímenes laborales, previsionales e impositivos, presumió la razonabilidad de la distinción establecida en la norma jurídica impugnada por considerar que se trataba de una cuestión no justiciable y librada a la prudencia legislativa, omitiendo dar las razones que dotaban a la diferenciación cuestionada de una justificación razonable, en otros términos, negándose a juzgar la razonabilidad del criterio escogido por el legislador (Cfr. capítulo III, epígrafe 2 de mi obra “El principio de igualdad en las normas jurídicas...”, ob. cit., ps. 177-201. Allí se citan, entre otros, los casos “*García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano s/Bonificación estatuto del periodista*”, Fallos 238:60 (1957); *Fernández, Eduardo c/ T. A. La Estrella S.A.*, Fallos 315:1190 (1990); *Pelliza, Esilda María s/pensión*, Fallos 247:551 (1960); *Cafés La Virginia S.A. c/Dirección General Impositiva s/demanda de repetición*, Fallos 320:1166 (1997).

los particulares no pueden disponer. Por otro lado, demuestra que en el ámbito del saber práctico, así como en el del conocimiento teórico, puede hablarse de una evolución e involución en el sentido de aproximación o alejamiento del sujeto en la aprehensión de la verdad práctica, o en el conocimiento de principios éticos que tienen por objeto bienes indispensables para el florecimiento y desarrollo del ser humano — al decir de Finnis—¹⁰¹.

4.7. IGUALDAD Y DESIGUALDAD VALORATIVA

Tal como lo ha señalado Alexy, el principio de igualdad no se limita a una práctica universalista de decisión, puesto que si así fuera “la legislación nacional socialista contra los judíos no violaría la fórmula hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. La máxima de igualdad no se conforma con la sola forma lógica, sino que requiere de una valoración del contenido de la norma; es así que la fórmula mencionada sólo puede referirse a una igualdad y desigualdad valorativa¹⁰².

A través de la breve reseña de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y Estados Unidos, pudo verse que este juicio de valor se manifiesta como un juicio de razonabilidad de los criterios escogidos para equiparar o diferenciar, el que no puede hacerse “... desde una posición empirista ni comprenderse desde una epistemología empirista”¹⁰³, pues los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto exigen ponderar medios, la legitimidad o constitucionalidad, importancia o vitalidad de los fines, así como el contenido de los derechos humanos o fundamentales. “Todos estos subprincipios, aunque en distinta medida, exigen valoraciones que no pueden llevarse a cabo si se reduce el conocimiento posible a lo verificable empíricamente. En otras palabras, la razonabilidad reclama una epistemología abierta a la razón práctica”¹⁰⁴.

A su vez, la determinación del contenido de los derechos que implica el juicio de razonabilidad de las clasificaciones normativas, conduce al examen de los fines de los

¹⁰¹ DIDIER, M. M., *El principio de igualdad...*, ob. cit., p. 348.

¹⁰² Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., ps. 386-387.

¹⁰³ CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad...*, ob. cit., pp. 118-119.

¹⁰⁴ Ídem, p. 119.

derechos y de tal modo a la consideración de los bienes humanos, objeto de tales derechos¹⁰⁵, a su relación con el bien común y el resto de los derechos igualmente dignos de ser respetados¹⁰⁶.

A tenor de lo señalado, cabe concluir que las exigencias que plantea el principio de igualdad en la tarea de creación, interpretación y aplicación de las normas, no resulta compatible con los postulados del positivismo jurídico, especialmente con la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral¹⁰⁷, y con la posibilidad de efectuar una aproximación axiológicamente neutral al estudio del derecho¹⁰⁸. Ello, por cuanto el análisis del significado y las implicancias del derecho a la igualdad tanto a nivel de los principios como de los casos concretos, supone necesariamente una tarea valorativa, de justificación o fundamentación, que traspasa los límites de la pura dogmática jurídica y pone en evidencia la necesaria vinculación entre interpretación constitucional, ética y antropología.

¹⁰⁵ Cfr. FINNIS, J, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. de Cristobal Orrego Sánchez, 2000, ps. 247-248; MASSINI, C. I., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos", en *El derecho a la vida...*, ob. cit., p. 192 y VIGO, R. L., "Teoría distintiva fuerte entre normas y principios", en *El iusnaturalismo actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 480-481.

¹⁰⁶ Un análisis de los criterios a tener en cuenta para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales puede verse en SERNA, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales...*, ob. cit.

¹⁰⁷ Sobre la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral, y una crítica a la misma cfr. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 21-85.

¹⁰⁸ Cfr. BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, ps. 145-155.