

Las medidas de acción positiva en materia tributaria en la Argentina

El criterio jurisprudencial establecido por la CSJN en el caso "García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (*)

Pablo O. Cabral (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El principio de igualdad desde la filosofía y sociología.— III. El problema de la desigualdad formal o ante la ley desde las ciencias jurídicas.— IV. El principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino positivo.— V. El principio de igualdad en materia tributaria.— VI. La sentencia en análisis. El caso "García c. AFIP".— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía complementaria.

I. Introducción

Las acciones afirmativas en uno de los países donde nacieron fueron revisadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en un reciente fallo en el que declaró la inconstitucionalidad de las políticas de ingreso de dos grandes universidades que tomaban como un aspecto relevante el origen de las personas que se postulaban para ser parte de dichas altas casas de estudio (1).

(*) El presente trabajo es parte de la Especialización en Derecho Tributario cursada en la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Abogado (UNLP). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Docente de la UNLP, UNTREF, IUNMA y ECAE. Director de la *Revista Derechos en Acción* y subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados de la ECAE. <https://unlp.academia.edu/PabloOctavioCabral>.

(1) La discusión de fondo en los fallos "Students for Fair Admissions v. Harvard" (20-1199) y "Students for Fair Admissions v. University of North Carolina" (21-707) de

Como lo sostuvimos con Sofía Schapira, dicho precedente jurisprudencial norteamericano es sin dudas relevante para la discusión política —nacional e internacional— respecto del rol del Estado en nuestras sociedades, los derechos de los pueblos —en especial las minorías excluidas—, el modelo de igualdad a que cada país aspira, el rol del derecho para mitigar la inequidad estructural o sistémica, las obligaciones del Estado frente al deber de no discriminar por motivos ilegítimos, etc. Todas estas cuestiones corren por un andarivel paralelo con el análisis jurídico del impacto de la sentencia en nuestro ordenamiento jurídico que, como dijimos, es nulo (2).

la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos radica sobre la constitucionalidad —o no— de las admisiones universitarias basadas en criterios raciales a la luz de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución.

(2) SCHAPIRA, Sofía y CABRAL, Pablo Octavio, "El precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos que declaró la inconstitucionalidad de las acciones afirmativas. Su nulo impacto jurídico en el ordenamiento legal

Si bien nuestra Constitución nacional de 1853 tuvo innegables influencias en la Carta Magna de los Estados Unidos, los caminos jurídicos de nuestros países fueron muy diferentes y hoy nuestro ordenamiento jurídico positivo tiene características que nos diferencian del país del norte como el reconocimiento constitucional de nuevos derechos —económicos, sociales, culturales y ambientales—, un principio de igualdad estructural que complementa a la versión original de la igualdad del art. 16 de la CN, y la expresa obligación del Estado de garantizarla mediante medidas de acción positiva.

Por ello resulta necesario profundizar los estudios de nuestras medidas de acción positivas desde una mirada situada en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Así en este trabajo me propongo desarrollar algunos aspectos de nuestro sistema tributario a partir de la modificación constitucional del principio de igualdad efectuada en la última reforma constitucional de 1994 y en particular cómo las políticas impositivas deben conciliarse con los derechos fundamentales de aquellas personas que integran los grupos vulnerables especialmente protegidos por nuestro sistema jurídico (art. 75 inc. 23 CN).

Comparto plenamente la afirmación del profesor Horacio Corti, quien nos enseña: “El derecho de la organización política del Estado (el derecho constitucional del poder) y el derecho administrativo (derecho de la organización y acción público-administrativa) están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales y al derecho financiero” (3).

Siguiendo la definición de Alejandro Altamirano, conceptualizaré la potestad tributaria como la facultad de que gozan los entes territoriales para establecer un sistema de ingresos generalizado a través de la herramienta que son los tributos y que tienen la finalidad de satisfacer las necesidades del pueblo y los fines del Estado (4). Esta potestad pública se encuentra

limitada, en nuestro Estado Social de Derecho, por los principios y normas constitucionales que le dan forma y definen los contornos de la política tributaria del Estado nacional (5).

Así, el constitucionalismo clásico del siglo XX estableció una serie de limitaciones al poder tributario del Estado desarrollando las siguientes garantías materiales; el principio de legalidad y reserva de ley tributaria; el principio de igualdad y generalidad, el principio de capacidad contributiva y el principio de no confiscación (6).

Desde los pioneros desarrollos teóricos del derecho financiero y tributario hasta la doctrina actual, al abordarse la teoría general de los impuestos se analiza el problema de los criterios de repartición de los tributos desarrollando como posible respuesta los sistemas de capitación, proporcionalidad, sacrificio y progresividad. Estas pautas de determinación e interpretación de los criterios de distribución de impuestos de nuestro sistema tributario deben ser reinterpretadas a la luz de la reformada constitución nacional y el nuevo sistema de fuentes de derecho internacional protector de los Derechos Humanos, hoy constitucionalizados.

Afirma Altamirano, respecto de estas limitaciones constitucionales: “El primer límite al que se enfrenta el ejercicio de la potestad tributaria son de los principios constitucionales que rigen la imposición. Desde la perspectiva del contribuyente son garantías operativas y plenamente aplicables contra posibles embates de un poder que se desborde. En el Estado constitucional de Derecho, la organización institucional del país no admite un poder tributario ilimitado, omnímodo y sin referencias a fronteras que se pueden trasponer” (7).

(5) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (dir.), "Tratado de Tributación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.

(6) CASÁS, José O., "Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002. CELDEIRO, Ernesto Carlos, "Derecho Tributario Constitucional", IMP, 40-A, 5. CORBALÁN, Pablo S., "Principios constitucionales en materia tributaria", Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2020.

(7) ALTAMIRANO, Alejandro C., "Derecho Tributario. Teoría General", ob. cit., p. 62.

de la República Argentina", publicado en el blog: www.palabrasdelderecho.com.ar, de fecha 11 de julio de 2023.

(3) CORTI, Horacio, "Repensar el Derecho Presupuestario en el Siglo XXI", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2018, p. 16.

(4) ALTAMIRANO, Alejandro C., "Derecho Tributario. Teoría General", Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

La reforma de la Constitución nacional de 1994 introdujo, además de la trascendente incorporación al sistema de fuentes a los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos, una visión estructural del principio de igualdad, que debe ser compatibilizado con su versión clásica liberal (art. 16 CN) y que se manifiesta en medidas de acción positivas para los integrantes de los grupos vulnerables identificados en el ordenamiento jurídico (8).

Resulta inocultable que, en nuestro país, al igual que en la región, la desigualdad social es un fenómeno histórico que golpea en la realidad de miles y miles de personas de carne y hueso que padecen exclusión económica y no gozan de la mayoría de los derechos reconocidos en la constitución y las leyes. Las soluciones que el derecho ha provisto hasta estos días no resultaron efectivas para mitigar este problema y, como veremos, el principio de igualdad, desde una óptica jurídica diferente a la tradicional, puede ser una herramienta en pos de lograr algún grado mayor de justicia social.

La igualdad es un principio regulador de todo el sistema de derechos y se caracteriza por ser una herramienta de mediación entre diversas situaciones y regulaciones normativas que impactan necesariamente en el universo de sujetos abarcados por un determinado sistema jurídico. Por ello, si bien la igualdad es designada como un *derecho*, su constitución estructural es determinada por la necesidad del “otro” —individual o grupal— contra el que confrontar una determinada y concreta situación o regulación estatal, por ello también se afirma —como veremos— que se trata de un principio o un ideal constitucional.

Para abordar esta cuestión —que podría simplificar en la relación existente entre el sistema tributario con los derechos humanos, a partir del principio de igualdad estructural— analizaré el precedente “García, María Isabel c. AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se discutió la razonabilidad de una política impositiva rela-

tiva al cobro del Impuesto a las ganancias a las percepciones previsionales de personas que integran un grupo vulnerable especialmente protegido por nuestro ordenamiento jurídico —personas mayores o ancianos—.

II. El principio de igualdad desde la filosofía y sociología

II.1. El problema de la desigualdad real abordado desde la Ciencias Sociales

En este segundo punto, intentaré realizar una lectura general respecto de distintas posiciones sobre el fenómeno real de la desigualdad social, ya sea desde una mirada sociológica, política, económica o filosófica. De esta forma tendremos una instancia panorámica previa al ingreso del análisis del principio o derecho a la igualdad, dentro del campo del derecho tributario.

El fenómeno social de la desigualdad es complejo, pero sus consecuencias son sencillas de percibir por todos; Goran Therborn, en un libro con un sugestivo título (*Los campos de exterminio de la desigualdad*) lo explica crudamente: “La desigualdad es una violación a la dignidad humana porque deniega la posibilidad de que todos los seres humanos desarrollen sus capacidades. La desigualdad toma muchas formas y surte muchos efectos: muerte prematura, mala salud, humillación, sujeción, discriminación, exclusión del conocimiento o de la vida social predominante, pobreza, impotencia, estrés, inseguridad, falta de orgullo propio y de confianza en uno mismo, sustracción de oportunidades y chances vitales. De ahí que la desigualdad no sea solo una cuestión de billetera: es un ordenamiento socio cultural que (para la mayoría de nosotros) reduce nuestras capacidades de funcionar como seres humanos, nuestra salud, nuestro amor propio, nuestro sentido de identidad, así como nuestros recursos para actuar y participar en el mundo” (9).

II.2. Igualdad material o sustancial e igualdad formal

Una primera distinción que corresponde efectuar es entre aquellos casos en los que se

(8) SABA, Roberto, “Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

(9) THERBORN, Goran, “Los campos de exterminio de la desigualdad”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015, p. 9.

somete al criterio de igualdad una determinada situación real, concreta, fáctica en la que se diferencian dos personas (igualdad material) y aquellos otros en los que la diferencia a evaluar es respecto del accionar estatal, manifestado ya sea a través de una decisión administrativa, una política pública o una regulación normativa —tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo— (igualdad formal o igualdad ante la ley).

Adelanto que aquí analizaré teóricamente la igualdad vinculada al escrutinio de la actividad pública respecto de los ciudadanos y grupos sociales —igualdad formal o ante la ley—, realizando previamente un muy breve estudio de todo lo relativo a la igualdad material, por tratarse de circunstancias de la realidad que son reflexionadas por la sociología y la filosofía política, por ser la igualdad social una aspiración —en principio— general de justicia social.

Así, en primera instancia, quisiera echar un vistazo a la forma en que esta cuestión es trabajada por algunos cultores de la sociología y la economía, para enmarcar este estudio en un abanico más amplio —aunque superficial— de miradas desde las ciencias sociales.

Goran Therborn repasa el tratamiento que desde la sociología se dio al problema de la desigualdad, afirmando: “La sociología clásica no hizo foco en la desigualdad, mientras que en la sociología estadounidense de las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial fue necesario esperar hasta mediados de los años sesenta para que la corriente principal expresara alguna preocupación por el tema... Todo indica que esta abdicación de la sociología, la menos delimitada y la más generosa de las ciencias sociales, está ahora llegando a su fin” (10).

Además de estos análisis teóricos y generales, en tanto abordan la problemática a nivel universal, me ha resultado de mucha utilidad consultar algunos trabajos empíricos situados en nuestro país sobre los niveles y proporciones de desigualdad real. Así, para tener un panorama muy detallado, relativamente actualizado, de la situación de desigualdad real en nuestro país, consulté el trabajo abordado en una investigación del CONICET, con un profundo análisis

sociológico y económico de datos, autoría de Gabriel Kessler, en el que estudia los resultados de las políticas para alcanzar la igualdad en nuestro país durante el decenio 2003-2013 (11).

Concluyó su estudio analítico y multidimensional de la igualdad real en la Argentina contemporánea, en el que explora lo sucedido con las desigualdades de ingresos, educación, salud, vivienda, infraestructura, inequidades territoriales y seguridad, con el siguiente texto: “Para finalizar, y esto va más allá de la mirada sobre la acción del Estado o de un gobierno, pensamos que Argentina es hoy menos desigual porque la igualdad está instalada, como una demanda creciente de gran parte de la sociedad, omnipresente en el lenguaje de las reivindicaciones y en la lente con la que se miran, evalúan y critican distintas situaciones políticas. La igualdad como promesa, lo sabemos, es siempre frágil; es una noción exigente y rara vez —o solo en forma temporaria al conseguirse ciertos logros— puede verse satisfecha. No es propiedad exclusiva de nadie, es terreno de disputas; pero, en tanto motor de luchas y fuente de descontento es un plafón para nuevas reivindicaciones y mayor igualdad futura. La búsqueda de la igualdad ha vuelto a ser legitimada, en una amplia gama de temas, como un profundo impulso de luchas, logros y descontentos, y ha unido reivindicaciones distintas tales como mejoras salariales o promulgación del matrimonio igualitario” (12).

Este trabajo se puede complementar —y actualizar— con la publicación del libro *La Argentina en el siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual*, coordinado por Juan Ignacio Piovani y Agustín Salvia, en el que efectúan un análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre la Estructura Social realizada dentro de un programa en el que participan casi cincuenta unidades académicas de universidades públicas de todo el país, con financiación del Estado nacional (13). Los tra-

(11) KESSLER, Gabriel, "Controversias sobre la desigualdad. Argentina, 2003-2013", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

(12) Ibidem, p. 351.

(13) PIOVANI, Juan Ignacio y SALVIA, Agustín (coords.), "La Argentina en el siglo XXI. Cómo somos, vivimos y convivimos en una sociedad desigual", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2018.

(10) Ibidem.

bajos que lo integran abordan con rigor científico la estructura social argentina —a partir de los datos relevados durante los años 2014 y 2015—, las condiciones de vida de sus habitantes y las experiencias de sus grupos sociales, en especial los más vulnerables. Si bien, por las razones antes expuestas esta tesis no abordará la desigualdad real en nuestro país, sí recurriré a algunos de los capítulos referidos a la discriminación y los grupos sociales más afectados por ella.

Estas dos investigaciones cuantitativas y cualitativas que detallan el estado de situación fáctico de la desigualdad material en la Argentina, si bien no serán objeto de análisis central y concreto de esta investigación, resultan fundamentales para situar el abordaje teórico —desde el campo del derecho— a la igualdad jurídica. Si la desigualdad real en nuestro país no fuera un flagelo concreto y lacerante, este tipo de trabajo tendría poco sentido.

La desigualdad real también ha sido un fenómeno abordado por las ciencias económicas, tanto a nivel internacional, como en nuestro país y región, alarmados por la creciente brecha entre los más ricos y los más pobres, en un contexto de un capitalismo globalizado y —prácticamente— sin modelo competitivo que se le oponga.

En un muy sintético repaso de la historia económica mundial a partir de la posguerra, traigo aquí lo dicho por el economista Robert Boyer:

“El economista francés, Thomas Piketty ha irrumpido, tanto en la academia como en las sociedades a nivel mundial, con su obra más difundida, *El capital en el siglo XXI* (14), y más reciente —ya dando tratamiento al problema de la desigualdad— en su obra “La economía de las desigualdades”, ambas publicadas en español en Argentina. Este autor analiza los mecanismos socioeconómicos que producen la desigualdad —centralmente en las sociedades del primer mundo—, evaluando las distintas herramientas estatales del sistema capitalista para lograr una redistribución más justa y eficaz, con el objetivo

(14) PILLETY, Thomas, “El Capital en el siglo XXI”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

de alcanzar mejores guarismos de igualdad social” (15).

Resulta muy ilustrativo cómo, desde la economía se analizan las distintas estrategias concretas de distribución en una determinada sociedad, a partir de un previo posicionamiento ideológico. Dice Piketty: “El ejemplo de este conflicto izquierda/derecha muestra en especial la importancia de la oposición entre distintos tipos de redistribución, diferentes herramientas de la redistribución. ¿Hay que dejar que el mercado y su sistema de precios operen libremente, y conformarse con redistribuir mediante impuesto o transferencias fiscales? ¿O hay que intentar modificar en forma estructural el modo en que las fuerzas de mercado producen la desigualdad? En el lenguaje de los economistas, esta oposición corresponde a la diferencia entre redistribución pura y redistribución eficaz” (16).

Por su parte, otro economista francés, Robert Boyer, realiza un estudio de los mundos de la desigualdad, a partir de la teoría de la regulación y en respuesta a los planteos de Piketty, sostiene que su planteo de crecimiento de la desigualdad a largo plazo —considerado históricamente— es errado ya que en cada contexto nacional existe un espacio de reacción política que puede modificar dicha expectativa negativa respecto de la igualdad.

Es claro que el análisis económico de las desigualdades sociales —en tanto ciencia social—, al igual que ocurre con el abordaje jurídico de la cuestión, presupone un posicionamiento ideológico y repercute en la forma en que pensamos que el aparato estatal debe intervenir —o no— en los mercados. Así, existe un sistema de ideas que reflexiona, con determinado sesgo ideológico, respecto de la forma de organizarnos en sociedad y los objetivos que como comunidad nos proponemos, siendo —sin dudas— la desigualdad social, una cuestión central a resolver

(15) BOYR, Robert, “Los mundos de la desigualdad. Un análisis a partir de la teoría de la regulación y una respuesta a Thomas Piketty”, Ed. Octubre, Buenos Aires, 2004.

(16) PIKETTY, Thomas, “La economía de las desigualdades. Cómo implementar una distribución justa y eficaz de la riqueza”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 11.

por parte de la sociología, la economía y —también— el derecho.

II.3. *Igualdad de posiciones e igualdad de oportunidades*

François Dubet, sociólogo francés, trabaja el tema de la desigualdad a partir de describir y desarrollar las características y diferencias de dos modelos del principio político de la igualdad: la *igualdad de posiciones* y la *igualdad de oportunidades*. Puedo adelantar que el primer modelo de igualdad se encuentra relacionado con el principio de solidaridad, y el segundo con el principio de subsidiariedad. Es por ello que —antes de ingresar, en el siguiente punto del presente trabajo, al tratamiento que dentro del campo jurídico se le otorga al principio de igualdad— quiero exponer estas dos miradas opuestas que tienen como fundamento ideológico las posiciones socialistas —la primera— y liberales conservadoras —las segundas—.

La *igualdad de posiciones* busca ajustar la estructura funcional de las posiciones sociales —relativamente fijas y en lo posible cercanas entre sí— sin poner el acento en la circulación de los individuos entre los diversos puestos desiguales. En este caso, la movilidad social es una consecuencia indirecta de la relativa igualdad social que se plasma en la estructura en que se distribuyen las distintas posiciones o puestos. Este modelo de igualdad está asociado a una representación de la sociedad en términos de estratificación socio profesional y de clases sociales, donde —en definitiva— las posiciones se definen con independencia de quienes las ocupan. Así el sistema conformado por las posiciones sociales es intervenido por el Estado, a través de políticas públicas universales, que persiguen la integración social a través de la conformación de un orden justo.

La idea de igualdad de posiciones fue producto de la reacción social y política frente a la débil protección que el principio de igualdad liberal otorgaba a importantes sectores de la sociedad en el naciente modelo capitalista desarrollado luego de la revolución industrial. Explica Dubet: “Este combate fue promovido por el movimiento obrero, por reformistas sociales y, más ampliamente, por eso que nos hemos acostumbrado a llamar la izquierda. El principio de la igualdad de lugar no solo ha buscado limitar las

brechas sociales, sino que, para decirlo en palabras de Castel (1995), ha construido una sociedad salarial en la que las posiciones ocupadas por los menos favorecidos son aseguradas y controladas por un cierto número de derechos sociales. Ese modelo no es solo una concepción de la justicia social: contribuye a producir una sociedad definiendo a los grupos, las clases sociales y las instituciones reunidas en torno a ese modelo de justicia” (17).

En la experiencia histórica de los estados europeos la correlación entre el poder del Estado Benefactor —en su rol de redistribución de derechos, bienes y servicios— y la igualdad social es muy fuerte. Dice: “A la sombra de las ambiciones socialistas y de las utopías comunistas se han desarrollado políticas orientadas a reducir las desigualdades entre las distintas posiciones sociales por la vía de las transferencias sociales. Al reasignar una parte de la riqueza a la ayuda, mediante tasas, impuestos y derechos de sucesión, las políticas de redistribución han terminado por reequilibrar el reparto de las fortunas” (18).

Esta afirmación es ratificada por el economista británico Anthony Atkinson, que en un trabajo en el que analiza la historia de las desigualdades buscando los casos en que países pudieron alcanzar metas de igualdad, sostiene que la reducción de la desigualdad en Europa de posguerra fue producto, sin dudas, del Estado de Bienestar y de los impuestos progresivos. Dice: “El primer factor obvio en la explicación de la caída de la desigualdad en la Europa de la posguerra es que este fue un período durante el cual el Estado de bienestar y la provisión social se expandieron, financiados al menos en parte por los impuestos progresivos al ingreso. La maduración de las pensiones estatales redujo la magnitud de la pobreza entre las personas adultas, y la extensión de transferencias sociales a otros grupos, como las personas con discapaci-

(17) DUBET, François, “Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

(18) *Ibidem*, p. 18.

dad, ampliaron la efectividad de la red de protección social” (19).

Por supuesto —a pesar de sus logros no discutidos—, la idea de la igualdad de posiciones recibe críticas de las miradas liberales y auto-críticas como las del propio Dubet, quien, no obstante, sigue optando por este modelo, y descartando la idea de igualdad de oportunidades. Veamos.

Reflexiona sobre la teoría y práctica de este modelo de Estado en su país y encuentra las siguientes observaciones: “las críticas dirigidas contra la igualdad de los lugares conciernen menos a sus propios principios y valores que a sus prácticas y a sus consecuencias. Después de haber reducido las desigualdades, su eficacia y su legitimidad en la actualidad parecen declinar. Esta crítica no proviene únicamente de las filas de la derecha liberal ni de las de los más desahogados económicamente: la igualdad de los lugares es más favorable para los que ocupan posiciones seguras que para los que hacen campamento a las puertas de la sociedad. Por lo demás, parece que crea clientelismos y estructuras rígidas que a menudo son contraproducente y que debilitan la confianza y el dinamismo de la vida económica y social, donde cada uno busca defender su *status*” (20).

Pero, finalmente: “El modelo de igualdad de las posiciones ha sido menos igualitarista y proclive a compartirlo todo que redistribuidor y asegurador, al dar derechos y protecciones sociales a los más pobres. En este sentido, es más socialista que comunista. Se inscribe en una concepción general del contrato social en la cual cada uno se beneficia con la solidaridad orgánica donde el asedio y la progresiva reducción que sufren las desigualdades es la consecuencia de una representación integrada de la sociedad en torno a la acción del Estado. Así, incluso por vías desviadas, las desigualdades han sido reducidas a lo largo de un prolongado período, y un conjunto de mecanismos institucionales y de representaciones políticas ha contribuido a rea-

lizar un modelo de justicia cuya eficacia parece poco refutable” (21).

En la vereda de enfrente, se alza otro modelo de justicia, el de la *igualdad de oportunidades*, que se transformó progresivamente en hegemónico a partir de la difusión de las ideas neoliberales en gran parte del mundo, incluidos nuestro país y región. Explica Dubet: “En la actualidad, la igualdad de oportunidades es reivindicada tanto por la derecha como por la izquierda; está en el corazón de la mayoría de las teorías de la justicia, empezando por la de Rawls. Sin embargo, la sustitución progresiva de la igualdad de posiciones por la igualdad de oportunidades no surge solamente de la historia de las ideas sociales y políticas: induce una profunda transformación de las representaciones de la vida social, de sus actores y de sus mecanismos” (22).

En la igualdad de oportunidades se definen grupos sociales en términos de discriminaciones y desventajas, es decir, en función de sus chances objetivas de acceder a todas las posiciones sin ser relevante la distancia que exista entre cada una de ellas. No busca disminuir las desigualdades excesivas, sino garantizar un acceso equitativo a todas las posiciones disponibles. Describe Dubet que “[l]a igualdad de oportunidades reposa sobre una ficción y sobre un modelo estadístico que supone que, en cada generación, los individuos se distribuyen proporcionalmente en todos los niveles de la estructura social sean cuales fueren sus orígenes y condiciones iniciales...Las desigualdades de los ingresos y de las condiciones de vida que separan a cada uno de esos grupos (obreros, minorías visibles y mujeres) dejarían de ser injustas porque todos y cada uno de sus miembros tendrían la oportunidad de escapar de ellas”. Existen entonces, desigualdades justas, que son las que se generan luego de que entren en el juego distributivo los méritos individuales, sin importar el peso de los sistemas de herencia y las diferencias de educación.

La igualdad de oportunidades es profundamente individualista, pierde de vista la totalidad de la sociedad y la posibilidad de su integración común bajo las pautas orgánicas de la solidari-

(19) ATKINSON, Anthony, "Desigualdad ¿Qué podemos hacer?", Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 101.

(20) DUBET, Francois, "Repensar la justicia social...", ob. cit., p. 51.

(21) Ibidem, p. 31.

(22) Ibidem, p. 54.

dad, volviéndose una actividad cuyo dinamismo y cohesión proviene de la acción individual de cada uno de los actores sociales. Explica Dubet: “La igualdad de oportunidades transforma esta imagen en todas y cada una de sus partes. Dado que las oportunidades conciernen a los individuos, estos deben ser activos y movilizarse para merecerlas. Lo que está en juego en la sociedad dejan de ser las instituciones y pasan a ser los individuos, a los que se pide que quieran triunfar y aprovechar sus oportunidades... En el largo plazo, la sociedad de las oportunidades es activa y eficaz, porque ubica a los individuos en una competencia continua, porque moviliza el trabajo y el talento de todos, porque es una dinámica más que un orden” (23).

Por último, realiza una evaluación crítica respecto de los resultados alcanzados por la implantación de modelos de igualdad de oportunidades en sociedades capitalistas desarrolladas: “Desde hace unos treinta años, las desigualdades sociales se profundizan por todas partes, y sobre todo en los países que han optado por la igualdad de oportunidades antes que por la igualdad de posiciones. La evolución es espectacular en Estados Unidos, donde los ricos son cada vez más ricos y los pobres cada vez más numerosos... Como la igualdad de oportunidades conduce a redistribuir menos y a asegurar menos las posiciones, se la asocia generalmente con la decadencia del Estado de Bienestar, reducido a las meras redes de seguridad contra la miseria total. Ahora bien, este debilitamiento acrecienta la desigualdad y la pobreza... las desigualdades se acrecientan cada vez que el Estado de Bienestar retrocede” (24).

Pierre Rosanvallon —en su libro *la sociedad de iguales*— da tratamiento a las distintas patologías de la igualdad, exponiendo con claridad la evolución histórica de la ideología liberal-conservadora, que dio un tratamiento a la igualdad en oposición y competencia con el derecho de libertad, para luego consolidar la idea de desigualdad necesaria que llevaría a su naturalización, y finalmente, presentar un modelo de

igualdad restringido a la fórmula de *igualdad de oportunidades* (25).

La oposición entre el principio de igualdad y las libertades fue clave en el pensamiento liberal conservador, ya que construyeron un imaginario en el que la libertad debía primar sobre la igualdad social: “Los conservadores del siglo XIX especificarán esta crítica jerarquizando estrictamente los valores de igualdad y de libertad. La libertad debía tener a sus ojos la preferencia, ya que tenía un carácter universalizable, mientras que la igualdad, que descansaba sobre un proyecto de transferencia de las riquezas, era acusada de parcialidad, de relacionarse con la idea de una división social, en suma, de tener un contenido de lucha de clases. Su ejercicio era al mismo tiempo asimilado a la extensión del poder —coercitivo— considerado necesario a su implementación. Esta temática de la igualdad liberticida estuvo en el corazón de la ideología liberal conservadora, y no cesó de irrigar las justificaciones de un *statu quo* social y la resistencia a las ideas transformadoras” (26).

A este argumento se sumó la crítica al proceso de similaridad —guiado por la idea de igualdad social—, ya que, si bien se lo entendía como una precondition del sistema democrático, producía el advenimiento del conformismo y la mediocridad. Desde aquella postura describía a este nuevo mundo más igualitario como “[l]a generosa sociedad de los semejantes, adoptando entonces el triste rostro de una masa común, de una muchedumbre innumerable de hombres semejantes e iguales que giran sin descanso sobre sí mismos para procurarse placeres pequeños y vulgares” (27).

El paso del tiempo no ha dejado en el olvido estos argumentos, que hoy son muy comunes en nuestro país entre aquellas personas que promueven las miradas liberales de la sociedad siendo —en gran medida por acción de los medios de comunicación masiva— parte de algún sentido común generalizado en la comunidad.

(25) ROSANVALLON, Pierre, “La sociedad de Iguales”, Manantial, Buenos Aires, 2012.

(26) Ibidem, p. 123.

(27) Ibidem.

(23) Ibidem, p. 61.

(24) Ibidem, p. 73.

Una segunda etapa en esta construcción ideológica de la igualdad —siguiendo a Rosanvallón— se constituyó mediante el proceso social de naturalización de la desigualdad, a partir de su previa justificación y de la utilización del concepto del *talento* —palabra perteneciente al orden natural— como mecanismo para legitimar las desigualdades sociales.

Durante el siglo XVIII la idea difundida de los talentos puede sintetizarse como una disposición natural, una aptitud a un arte mecánico o liberal, un don de la naturaleza, una aptitud, capacidad o habilidad para desarrollar ciertas actividades. Explica el sociólogo en estudio el concepto de talento: “Este término hacía referencia implícita a cualidades eminentes, indicaba capacidades de excepción. En cierto modo, los talentos siempre eran especiales, particulares. Si no estaban igualmente distribuidos por la naturaleza, podían, sin embargo, ser considerados como ventajosos para todos. Distinguían a algunos individuos, pero eran amigos de la humanidad. Porque la naturaleza en general era percibida como benefactora. En el siglo XVIII los hombres siempre se referían a ella para legitimar sus proyectos de emancipación o para encontrar el modelo de un orden justo. Estaba del lado del bien, del derecho, de la igualdad” (28).

En el siglo siguiente esta mirada de la naturaleza se reconfigura en el campo político y social de una forma particular cuyo resultado es la imposición de una visión reductora de la igualdad y la instalación de la idea de una desigualdad natural justa y deseable socialmente. Dice Rosanvallón: “La percepción de la naturaleza va a cambiar de campo, si se puede decir, en el siglo XIX. En adelante, a ella se referirán para explicar lo que divide a los hombres y no ya lo que los acerca, para designar lo que los coacciona y no ya lo que los libera. En este movimiento se pasará de una justificación de la distinción de algunos a la de un sistema general de desigualdades y de una jerarquía social. Esta mutación será la gran obra de la ideología liberal-conservadora”.

Bajo este razonamiento, las desigualdades son perfectamente admisibles cuando están estrictamente asociadas a individuos y situaciones concretas, mezclando los datos de la naturaleza

y de la actividad personal. Citando a François Guizot —reconocido político e historiador francés del siglo XIX— podemos comprender los alcances de estas ideas: “Ningún artificio debe perturbar, en el orden social, el movimiento de ascenso o de decadencia de los individuos. Las superioridades naturales, los predomios sociales no deben recibir de la ley ningún apoyo artificial. Los ciudadanos deben estar entregados a su propio mérito, a sus propias fuerzas; es necesario que cada uno pueda convertirse por sí mismo en todo cuanto puede ser, y no encuentre en las instituciones ni obstáculo que le impida elevarse, si es capaz de ello, ni socorro que lo fije en una situación superior, si no sabe mantenerse. Esto es, en cuanto a la igualdad, todo el pensamiento público; llega hasta aquí y no más lejos” (29).

La siguiente etapa en este recorrido de la idea de igualdad en la construcción liberal conservadora en la que, la desigualdad natural busca su fundamento en los postulados indiscutibles de la ciencia. Es lo que Rosanvallón llama la utilización de las *ciencias de la desigualdad*, en efecto: “En el siglo XIX, son las ciencias que pretenden demostrar el fundamento fisiológico de las desigualdades las que a la inversa retendrán la atención del público al ser puestas de manifiesto en todas partes”. Las teorías científicas utilizadas en Estados Unidos y Europa fueron la frenología —con una técnica clasificatoria de los cerebros humanos—, los test de inteligencia y —por último—, las interpretaciones conservadoras de la obra de Darwin.

Finalmente, en esta interesante historia política, la ideología liberal-conservadora culmina construyendo —sobre las bases arriba expuestas— la idea restringida de una igualdad de oportunidades, con fundamento en el ideal meritocrático para legitimar una sociedad en la que la desigualdad es aceptada pasivamente. Concluye Rosanvallón: “La legitimación meritocrática de las desigualdades a la francesa diseñó el modelo de una meritocracia de clasificación. Guizot había empleado la expresión aristocracia móvil de la igualdad... El principio de una igualdad de oportunidades restringida al vértice de la sociedad fue aquí la máscara de la reproducción masiva de los lugares en el conjunto de la socie-

(28) *Ibidem*, p. 124.

(29) *Ibidem*, p. 127.

dad. Es exactamente el trabajo de la ideología vaciar la realidad de esta manera, enmascarada detrás de la ostentación de principios que nadie puede impugnar”.

Hasta aquí las dos versiones sobre la idea de la igualdad, bajo el sistema solidario de la igualdad de posiciones o en la construcción liberal-conservadora de la igualdad de oportunidades. Ambas disputarán por la hegemonía en la interpretación de nuestra organización institucional constitucionalizada, repercutiendo el resultado de esta lucha —o al menos el posicionamiento estratégico que a su respecto cada uno adopte— en la construcción de un tratamiento diferenciado en materia tributaria respecto de las personas que integran los grupos calificados jurídicamente como vulnerables, como en el caso en estudio las personas mayores o ancianas.

III. El problema de la desigualdad formal o ante la ley desde las ciencias jurídicas

A diferencia de la igualdad material o sustancial, que se encuentra en el campo social de las ideas políticas, la igualdad y la desigualdad jurídicas se insertan como principios rectores dentro del campo jurídico donde son interpretados en una competencia de fuerzas por darle sentido, para constituirse en reglas de conductas aceptadas y, así, irradiar sus consecuencias al resto del campo social. Es un proceso cultural de retroalimentación entre las ideas políticas de los campos sociales, las fuerzas del campo de poder y las reglas y principios que rigen el campo jurídico, todo ello sobre un territorio determinado, durante el transcurso de la historia y con las diferentes participaciones de los actores sociales de dichos tiempos.

Ingresando ahora al estudio de este principio dentro del propio campo jurídico, se puede decir, que la igualdad puede resultar una herramienta de revisión de toda la actividad regulatoria del Estado que, en cumplimiento de sus funciones convencionales, constitucionales y legales, permanentemente toma decisiones —ejecutivas o legislativas— en las que clasifica, categoriza, distingue, entre personas y grupos de personas. Esta actividad, que se encuentra presente en la mayoría de las funciones de gobierno, es la que será sometida al escrutinio del principio de igualdad pública ante la ley. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia

han distinguido las regulaciones que cuentan con un fundamento razonable, y que por ello no violentan el principio de igualdad formal, de aquellas que se basan en argumentos irrelevantes respecto de la decisión o categoría a definir (sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o condición social) y que tienen por objetivo perjudicar a través de una discriminar negativa a determinadas personas o grupos de personas.

En una primera instancia, trataré de exponer las ideas de la igualdad jurídica y la desigualdad jurídica que Ferrajoli hace jugar en su teoría formal y garantista del derecho, al articular la oposición entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, distinción central para entender el funcionamiento de su teoría del derecho y de la democracia en nuestras sociedades constitucionales actuales. Luego, ya pensando en la Argentina, voy a desarrollar las ideas de Roberto Saba —inspirado en las teorías de Owen Fiss— respecto de la distinción y complemento entre el modelo de igualdad liberal e igualdad estructural y la interpretación de Lucas Grosman quien propone el ideal constitucional de una igualdad estructural de oportunidades. La pregunta que intentaré responder es: ¿qué modelo ideológico político de igualdad reconoce nuestra constitución? ¿Un modelo de igualdad liberal clásico, un modelo de igualdad de posiciones, un modelo de igualdad de oportunidades u otro modelo diferente a los anteriores? Veamos.

III.1. El derecho ante las diferencias y las desigualdades en la teoría del derecho de Ferrajoli

En este punto voy a tratar de exponer las ideas centrales del filósofo del derecho italiano, el positivista crítico Luigi Ferrajoli, quien en muchas publicaciones (30) abordó temas centrales de esta tesis, como las garantías —primarias y secundarias— de los derechos sociales, la efectividad y protección de los derechos humanos y —en lo que aquí más me importa— la idea de

(30) FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y garantías. La ley del más débil", Ed. Trotta, Madrid 1999; "El garantismo y la filosofía del derecho", Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001; "Los fundamentos de los derechos fundamentales", Trotta, Madrid, 2001; "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 2006.

igualdad a partir de la distinción teórica entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Para ello voy a trabajar con su obra *Principia Iuris* en la que desarrolla con detalle —mediante la utilización del método axiomático— su teoría del derecho y de la democracia (31). Según lo explica Duquelsky Gómez, este filósofo crítico del derecho, en esta última obra, modificó su postura respecto de la posibilidad emancipadora de la magistratura (32), cuestión que no obstante no me desalienta a recurrir a sus últimas publicaciones sobre la teoría garantista del Estado y del derecho.

En oportunidad de poder entrevistarlo para una revista de mi Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, el jurista italiano se definió como positivista crítico: “Obviamente crítico del derecho vigente, que es muy distante, que está muy lejos de los principios constitucionales en todo el mundo. Las constituciones establecen el principio de igualdad, los derechos fundamentales, derechos sociales y no solamente derechos de libertad. Sin embargo, estos derechos son violados. Los derechos sociales en estos años han sido agredidos por la esfera pública. También el derecho del trabajo. Tomando en serio el derecho mismo, es decir, las normas constitucionales, la ciencia jurídica positivista debe criticar al

(31) FERRAJOLI, Luigi, "Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia", Ed. Trotta, Madrid, 2011.

(32) DUQUELSKY GÓMEZ, Diego, "La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial", DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 41, 2018, pp. 193-209, ISSN: 0214-8676. Al respecto dice: "Aunque —sobre todo a partir de la publicación de Principia Iuris— queda claro que Ferrajoli ha cambiado su posición y ha adoptado una postura muy crítica y restrictiva sobre el poder dispositivo de los jueces, pensamos que vale la pena recordar las palabras con que el teórico de Camerino explicaba la postura del movimiento del "uso alternativo del derecho": Por tanto, nuestra acción no consiste, como reprochara la parte más reaccionaria de nuestra magistratura, en la desaplicación de la ley, sino, por el contrario, en la radical aplicación de la Constitución; no está dirigida a negar la legalidad, sino a negar el uso burgués de ella como instrumento de opresión de la clase dominante y convertirla, en cambio, en instrumento de independencia de las clases trabajadoras; y no está inspirada por una arbitraria elección de parte, sino, por el contrario, por una elección en favor de las clases subalternas ya cumplida, por otro lado, en la Constitución republicana (FERRAJOLI, 2002: 26)".

derecho y proyectar su actuación, la actuación de los principios constitucionales” (33).

En la teoría garantista del derecho que desarrolla en *Principia Iuris*, Ferrajoli dedica uno de sus capítulos centrales a la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, como también a la distinción entre *esfera pública* y *esfera privada*, para construir a partir de dichas definiciones formales una conceptualización de la *igualdad jurídica*, la *desigualdad jurídica*, el distanciamiento entre ellas y las *diferencias* de hecho y el rol que juegan en este sistema las *discriminaciones*.

III.1.a. Derechos y bienes fundamentales y derechos y bienes patrimoniales

Al analizar empíricamente los modernos Estados constitucionales encuentra que “la imputación a las personas físicas o naturales, realizada por esos estatutos de las instituciones estatales que son las constituciones, de una categoría especial de situaciones jurídicas —los derechos fundamentales— a cuya tutela está ordenada, como su razón social específica, aquella particular persona artificial que es el Estado. Con esta imputación nace la figura moderna de la persona humana como sujeto de derechos iguales y universales, en oposición a las personas jurídicas o artificiales; a estas últimas, como se verá, no corresponden derechos fundamentales, sino solo situaciones singulares, y también funciones téticas institucionales, como aquellas propias de las modernas democracias constitucionales, de la tutela de los intereses generales o de todos que son precisamente los derechos fundamentales” (34).

Así estipula una definición formal y teórica del concepto de derechos fundamentales sosteniendo que “son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de dere-

(33) CABRAL, Pablo Octavio y MORENO, Guillermo Raúl, "Revista Derechos en Acción nro. 07, 2018. Entrevista al Profesor Luigi Ferrajoli", Derechos en Acción, 7[7], <https://doi.org/10.24215/25251678e161>.

(34) FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia", Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 684.

chos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar” (35).

Estos derechos se caracterizan por su universalidad lo que, como explica más adelante, da cuenta de su diferencia respecto de los derechos patrimoniales: “Con todo, esta universalidad, lo mismo que la igualdad que en ella reposa, es una universalidad relativa a los *status* en referencia a los que se predica, y es por esto más o menos extensa según cuál sea la extensión de la clase de sujetos que comprenda. En efecto, no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales. Como se precisará los únicos derechos que corresponden indistintamente a todos los seres humanos son los que, precisamente, llamaré humanos y que son hoy, en todos los ordenamientos avanzados, el derecho a la vida y las libertades fundamentales, el *habeas corpus* y las demás garantías penales y procesales” (36).

El Estado democrático de derecho se rige por dos principios que se vinculan con los derechos fundamentales; el primero es que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es decir, intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas pertenecientes solo a las personas naturales, el segundo es el de que los derechos fundamentales son derechos universales, o sea, pertenecientes a todos en condiciones de igualdad.

Luego desarrolla, a partir de la relatividad lógica e histórica de la igualdad en los derechos fundamentales propios de cada ordenamiento jurídico positivo, tres tipologías de derechos fundamentales donde, en la primera —sobre la base de los sujetos que son titulares— distingue en *derechos de la persona* (“son los derechos de los que son titulares todos en cuanto personas naturales y, si se trata de derechos potestad, en cuanto además capaces de obrar”); *derechos del ciudadano* (“son los derechos de los que son titulares todos en cuanto ciudadanos y, si se trata de derechos-potestad, en cuanto además capaces de obrar”) y también entre *derechos primarios* (“son los derechos cuya titularidad corresponde

a todos en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos”) y *derechos secundarios* (“son los derechos potestad de los que son titulares todos en cuanto personas naturales o ciudadanos con capacidad de obrar”) (37). Sintetiza: “En suma, solo algunos derechos fundamentales, los primarios de la persona, pertenecen a todas las personas naturales; y solo a algunas personas, las que al propio tiempo son capaces de obrar y ciudadanos, pertenecen todos los derechos fundamentales... Personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los derechos fundamentales, son consecuentemente parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en derechos fundamentales” (38).

A partir de estas distinciones, construye una primera tipología de los derechos fundamentales basada en los diferentes estatus jurídicos de los sujetos que son sus titulares —de la que se deriva el grado de universalización de estos— y compuesta por las siguientes cuatro figuras: “Llamaré pues *derechos humanos* a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales simplemente en cuanto tales; *derechos públicos* a los derechos que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto ciudadanos, *derechos civiles* a los derechos-potestad que pertenecen a todas las personas naturales en cuanto dotadas de capacidad de obrar; *derechos políticos* a los derechos-potestad que corresponden solo a los ciudadanos dotados de capacidad de obrar” (39).

A esta clasificación subjetiva, suma otra de tipo objetiva, no haciendo hincapié ya en sus destinatarios o titulares de derechos, sino en sus contenidos, es decir al tipo de expectativa que incorpora su significado prescriptivo. Esta tipología objetiva, que refleja la distinción respecto de los derechos subjetivos (todas las expectativas de prestaciones o de no lesiones), entre derechos positivos (expectativas de prestaciones) y derechos negativos (expectativas de no lesiones) (40), distingue entre, por un lado, entre *de-*

(35) Ibidem.

(36) Ibidem, p. 684.

(37) Ibidem, p. 691 y ss.

(38) Ibidem.

(39) Ibidem.

(40) Ibidem, p. 608 y ss.

rechos individuales y derechos sociales, y por el otro entre *libertad y autonomía*.

Los derechos individuales son los derechos fundamentales negativos, “que consisten en expectativas negativas de no lesión, interferencia o constricción” (41). Estos derechos se pueden dividir en tres categorías: a) Las *libertades frente a*, que son los derechos primarios consistentes solo en expectativas de no lesión, y no también en facultades, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el *habeas corpus* o el derecho a la igualdad; b) Las *libertades de*, que son los derechos individuales primarios consistentes también en facultades de simple comportamiento —y no de actos jurídicos— como la libertad de expresión, de prensa, de asociación, de reunión, etc.; c) los *derechos de autonomía*, que son los derechos individuales secundarios o instrumentales, consistentes también en potestades o poderes, que se ejercen mediante actos jurídicos en razón de la capacidad de obrar de sus titulares y se corresponden por un lado —en cuanto derechos de autonomía privada—, con los derechos civiles, y, por el otro —en cuanto derechos de autonomía política— con los derechos políticos.

La igualdad hace aquí su primera aparición —en esta lectura recortada de la teoría de Ferrajoli—, como *derecho fundamental, individual*, en su versión de *libertad frente a*, es decir como derecho a la igualdad en tanto expectativas de omisión de actos discriminatorios.

Explica luego cómo se relacionan, combinan, superponen o diferencian estas categorías: “existe sinonimia entre derechos de libertad y derechos primarios individuales o negativos, entre derechos de autonomía y derechos secundarios, entre autonomía civil y derechos civiles y entre autonomía política y derechos políticos. Y existe en cambio una diferencia estructural, ignorada por la tradición liberal, entre libertades y autonomías” (42).

Por su parte, los *derechos sociales* (o positivos), suponen expectativas de prestación como la salud, la educación, la subsistencia, el trabajo, la vivienda, etc.

(41) *Ibidem*, p. 702.

(42) *Ibidem*, p. 704.

Las distinciones entre derechos sociales e individuales es la siguiente: “Es evidente la importancia —no solo para la teoría del derecho sino también para la teoría política— de la distinción entre derechos individuales y derechos sociales. Consistiendo los unos en expectativas negativas y los otros en expectativas positivas, los dos tipos de derechos se corresponden con distintas técnicas de tutela de la seguridad de las personas. Los derechos individuales, que bien podemos llamar también derechos liberales, garantizan una seguridad por así decir negativa, esto es contra violencias, represiones o impedimentos por parte de otros sujetos, sean públicos o privados. Los derechos sociales garantizan en cambio una seguridad que podemos llamar positiva, esto es, por medio de prestaciones o servicios a cargo de otros sujetos, normalmente públicos, aunque también algunas veces privados. Los primeros son derechos de vivir, los segundos son derechos para sobrevivir”.

Esta clasificación de derechos fundamentales tiene origen en la construcción ideológica de los distintos estados nacionales durante la reciente historia de doscientos años en Europa y América, y pueden corresponderse los derechos individuales con los Estados liberales y los derechos sociales con los Estados benefactores. Dice, para explicitar dicha relación: “Se explica así la distinta estructura de las relaciones jurídicas que generan: como veremos mejor luego, los derechos individuales son derechos fundamentales o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones (o sea, deberes negativos de no hacer) a cargo de todos y en primer lugar del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho liberal* que bien podemos llamar *mínimo* en cuanto ordenado solamente a garantizar su no violación; los derechos sociales son en cambio derechos fundamentales relativos o *erga singulum*, a los que corresponden obligaciones (o sea, deberes positivos de hacer) a cargo normalmente del Estado, frente a ellos caracterizado como *estado de derecho social* que podemos en cambio llamar *máximo* porque orientado además a garantizar su satisfacción” (43).

Resulta central para nuestra tesis esta clasificación —derechos individuales/derechos sociales— ya que a partir de la concurrencia de

(43) *Ibidem*, p. 705.

estos derechos fundamentales Ferrajoli define a la *igualdad jurídica* aclarando que en uno y otro caso el tipo de igualdad que aseguran son distintos entre sí. Así lo explica: “Los derechos individuales garantizan a todos la identidad personal tutelando, contra discriminaciones o privilegios, la igualdad formal de las diferencias individuales —de sexo, etnia, lengua, religión, opinión, condiciones personales o sociales— ninguna de las cuales puede ser penalizada o favorecida. Los derechos sociales aseguran en cambio la solidaridad social, promoviendo niveles mínimos de igualdad sustancial a través de la remoción o al menos de la reducción de las desigualdades sociales: de renta, de salud, de instrucción y en general de condiciones económicas o materiales de vida. Los primeros han sido llamados *derechos de primera generación* porque aparecen en las primeras Declaraciones de derechos; los segundos han sido llamados *derechos de segunda generación* porque son el producto de las políticas sociales y de la experiencia constitucional del siglo XX” (44).

Finalmente, arriba —a partir de la combinación de las dos clasificaciones de los derechos fundamentales elaboradas en base a los criterios independientes entre sí; el subjetivo de la esfera de sus titulares y el objetivo de su composición estructural— a la tercera clasificación de la que se derivan las siguientes categorías de derechos; *derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales*. Veamos: “Así pues, si conjugamos nuestras dos clasificaciones —sustituyendo la disyunción entre *libertades frente a y libertades de* que aparece en la segunda por *libertad, y autonomía* con la disyunción entre *derechos civiles y derechos políticos* que aparece en la primera— obtenemos una tercera, que se revelará como la más importante de todas a los fines de una teoría jurídica de la democracia: la división en cuatro categorías de todos los derechos fundamentales en derechos políticos, derechos civiles, derechos de libertad y derechos sociales, o sea, en dos pares de derechos donde el primero está formado por todos y solo por los derechos secundarios, instrumentales o de autonomía diferenciados en derechos políticos y civiles, mientras que el segundo lo está por todos los derechos primarios, finales o sustanciales, diferenciados en derechos de libertad y

derechos sociales, o bien en *libertades frente a, libertades de y derechos sociales*” (45).

Ahora sí, dedicaré unos párrafos a la descripción que realiza de los *derechos patrimoniales* para oponerlos estructuralmente a los *derechos fundamentales*, cuyas consecuencias se extienden, como adelanté, a las concepciones de la *igualdad jurídica* y la *desigualdad jurídica*. Unos y otros implican lo contrario, se oponen, se hallan en relación de contrariedad; los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa. En efecto, explica nuestro autor: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical (que la existente entre derechos de libertad y derecho real de oportunidad), residiendo en el hecho de que los *derechos patrimoniales*, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado *singulares* en lugar de universales, y por otro lado *disponibles* en lugar de indisponibles. Y mucho más grave, y no menos preñada de implicaciones prácticas, es su confusión. En efecto, como se ha indicado, mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales —para los que además el derecho positivo, aunque solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica” (46).

Los *derechos patrimoniales* son todos los derechos *singulares* (pertenecientes a sus titulares con exclusión de los demás sobre la base de normas hipotéticas que los prevén como efectos de actos a su vez singulares) y *disponibles* (es todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predisuelto por una norma hipotética como efecto del acto por ella hipotetizado) que se pueden subdividir o clasificar en *derechos negativos* consistentes en expectativas de no lesión (derechos reales) y *derechos positivos*, consistentes en expectativas de prestación (derechos personales o de crédito).

A partir de estas bases conceptuales realiza una enumeración de cuatro diferencias formales (no sobre sus contenidos) de estructura

(45) *Ibidem*, p. 706.

(46) *Ibidem*, p. 718.

(44) *Ibidem*.

entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, que, sintetizadas son las siguientes: a) los *derechos fundamentales* son *universales* y los *derechos patrimoniales* son *singulares* (47), b) los *derechos fundamentales* son *indisponibles* y los *derechos patrimoniales* son *disponibles* (48), c) los *derechos fundamentales*

consisten en *reglas heterónomas* y en *normas tético-deónticas* y los *derechos patrimoniales* son *normas hipotético-deónticas* y se encuentran *subordinados a vicisitudes contingentes*, como efectos de actos singulares (49), y d) los *derechos fundamentales* se insertan en *secuencias verticales* y los *derechos patrimoniales* en *secuencias horizontales* (50).

(47) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*", Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 719. Dice al respecto: "La primera diferencia especificada reside en el hecho de que los derechos fundamentales —de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los políticos y sociales— son derechos universales, en el sentido lógico de que pertenecen igualmente a todos sobre la base de la simple identidad de cada uno como persona y/o ciudadano y/o capaz de obrar; mientras que los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito— son derechos singulares, en el sentido igualmente lógico de la cuantificación existencial de sus titulares, en virtud de la cual para cada uno de ellos existe un titular o varios cotitulares determinados, con exclusión de todos los demás. Los primeros son por ello inclusivos, los segundos exclusivos, o sea, excluyéndolos. Los unos forman la base de la igualdad jurídica... Los otros se hallan en cambio en la base de la desigualdad jurídica... Los derechos patrimoniales tienen ciertamente un contenido económico, comenzando por los derechos reales de propiedad, que entran a formar parte del patrimonio de sus titulares como derechos exclusivos sobre determinados bienes o a determinadas prestaciones. Pero asimismo tienen contenido económico muchos derechos sociales fundamentales, como el derecho a la asistencia, a la seguridad social, a la salud, a la alimentación o a una renta básica mínima, atribuidos universalmente a todos en cuanto personas o ciudadano, bien que, en presencia, algunas veces, de terminados presupuestos (de edad, de enfermedad, de indigencia o similares)" pp. 719/720.

(48) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*", Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 720. Dice al respecto: "La segunda diferencia, no menos relevante, se halla conectada a la primera. La definición nos dice que los derechos patrimoniales son siempre disponibles, mientras que no lo son los derechos fundamentales. A diferencia de los derechos patrimoniales, que aparecen como alienables, negociables y transigibles, los derechos fundamentales —sean de la persona o del ciudadano, primarios o secundarios, individuales o sociales— son pues indisponibles, o sea, están fuera del mercado, y son de distinto modo inderogables, según sea su rango constitucional o legislativo, por decisión públicas. Concretamente en razón de su indisponibilidad, no son alienables por el sujeto titular: no puedo vender mi libertad personal, o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. En virtud de su inderogabilidad, no so expropiables o limitables por otros sujetos, empezando por el Estado; ninguna mayoría, por

aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de los propios derechos de autonomía" (p. 720).

(49) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*", Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 719. Dice al respecto: "La tercera diferencia es una consecuencia de la segunda y se refiere a las causas de las que son efectos las dos clases de derechos y consecuentemente a la distinta estructura de los principios de legalidad y de legitimidad a que se hallan sometidos. Los derechos fundamentales son indisponibles por cuanto consisten inmediatamente en reglas heterónomas y precisamente en norma tético-deónticas, no alterables ni por su ejercicio ni por sus violaciones. Son en suma ex lege y no ex contractu obteniendo su título a partir no ya de actos singulares sino de fuentes normativas como son, por ejemplo, en el caso de los derechos sancionados por la constitución, el acto constituyente del que ésta emana y, en los otros casos, la legislación ordinaria. Los derechos patrimoniales, al contrario, justamente porque en ocasiones disponibles, son no ya (conferidos directamente por normas), sino que suponen normas, o sea, normas hipotético-deónticas que hipotéticamente los predisponen como efectos de los actos por ellas previstos como títulos de los mismos. Están pues, por su propia naturaleza, subordinados a vicisitudes contingentes, como efectos de actos singulares —negocios o disposiciones de autoridad pública, o también actos informales, como la ocupación o el hallazgo de tesoros, o incluso actos ilícitos, generadores de un derecho al resarcimiento por daños— no ya directamente normativos sino a su vez regulados por normas" (pp. 720/721).

(50) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*", Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 719. Dice al respecto: "Hay en fin una cuarta diferencia, conectada a las anteriores y no menos relevante para el análisis de la estructura del estado constitucional de derecho. Mientras que los derechos patrimoniales se insertan en secuencias que son de tipo horizontal, los derechos fundamentales se insertan en secuencias que según la otra interpretación entonces presentada son de tipo vertical: en el sentido de que las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de los primeros son relaciones intersubjetivas de tipo civilista —contractual, sucesorio o similar— mientras que las establecidas por los titulares de los segundos son sobre todo relaciones de tipo publicista. Concretamente: así como los derechos patrimoniales se corresponden con la genérica prohibición de lesión por parte de terceros (en el caso, como se verá, de los derechos reales) o bien con obligaciones de

Los derechos fundamentales se complementan con las concepciones de *límites fundamentales* (garantías primarias de los derechos individuales consistentes en las prohibiciones de lesión que a ellos corresponden) y *vínculos fundamentales* (garantías primarias de los derechos sociales consistentes en las obligaciones de prestación que a ellos corresponden), los que sumados constituyen los *deberes fundamentales* (son las garantías primarias de los derechos fundamentales consistentes en límites o vínculos fundamentales).

Estas categorías de obligaciones o respuestas, de acuerdo con el tipo de derecho fundamental del que se trate, tienen su origen —y reflejo— en los ideales políticos plasmados en los diferentes modelos estatales configurados históricamente en occidente.

Explica: “Límites y vínculos, establecidos unos para la tutela de los derechos individuales y otros para la tutela de los derechos sociales, condicionan y complican profundamente la estructura de todos los poderes públicos, confiéndoles el carácter de funciones. E imprimen su sello en otros tantos modelos de estado de derecho. Los límites generados por los derechos individuales de libertad caracterizan al *estado de derecho liberal* en el que la acción del Estado está simplemente limitada por prohibiciones. En cambio, los vínculos derivados de los derechos sociales caracterizan la estructura bastante más compleja del *estado de derecho social*, donde la acción de los poderes públicos se encuentra no solo limitada por prohibiciones de no hacer sino vinculada por obligaciones de hacer. El primer modelo aparece dotado solo de *garantías liberales negativas*, es decir, consistentes en prohibiciones, coherentemente con el fin del Estado liberal que es preservar, sin empeorar, las condiciones naturales de vida de las personas mediante la tutela de sus inmunidades y libertades fundamentales. El segundo modelo

debe por parte de individuos determinados (en el caso, como se verá, de los derechos personales), a los derechos fundamentales corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo ante todo del Estado, cuya violación —en virtud de la estructura vertical del ordenamiento y del grado supra ordenado que por lo común presentan las normas constitucionales que confieren tales derechos— es causa de invalidez de la ley y de las demás disposiciones de la autoridad pública” (p. 721).

está en cambio dotado también de garantías sociales positivas, es decir, consistentes en deberes coherentemente con el fin del Estado social que consiste no solo en no empeorar sino también en mejorar las condiciones pre política de vida de las personas, mediante la satisfacción de sus derechos sociales” (51).

Aclara que la distinción entre derechos patrimoniales y fundamentales no es exhaustiva del conjunto completo de los derechos subjetivos, ya que existen derechos que no son ni fundamentales ni patrimoniales, como la clase de los llamados derechos colectivos o comunitarios.

A esta distinción entre derechos fundamentales y patrimoniales, agrega una correlativa respecto de los bienes —definido como aquello que al menos solo potencialmente es objeto no solamente de un derecho sino más en general de una situación jurídica— que divide en dos grandes clases, los *bienes patrimoniales* (todo bien que sea objeto de un derecho patrimonial) y los *bienes fundamentales* (todo bien que sea objeto de un derecho fundamental). Por su parte, estos últimos se dividen en tres grandes clases: a) *bienes personalísimos* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de libertades, como los órganos del cuerpo humano y su integridad); b) *bienes comunes* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de libertades, como el clima y el medio ambiente) y, c) *bienes sociales* (son todos los bienes fundamentales que sean objeto de derechos sociales), como el agua, la comida o los medicamentos básicos.

III.1.b. Igualdad jurídica (derechos fundamentales) y desigualdad jurídica (derechos patrimoniales)

Ya descriptas sus características principales y secundarias, contornos, límites y contradicciones, pasemos a ver cómo los bienes y derechos fundamentales y los bienes y derechos patrimoniales constituyen en nuestros ordenamientos constitucionales actuales, modelos de igualdad jurídica —los primeros— y de desigualdad jurídica —los segundos—.

(51) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I, p. 732.

Ambos *derechos fundamentales* —sociales e individuales—, sobre los que se construyen dos versiones de la *igualdad jurídica*, se distinguen y diferencian de los *derechos patrimoniales*, que forman al contrario de aquellos la base de la *desigualdad jurídica*.

Lo explica Ferrajoli de la siguiente forma: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los derechos patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no solo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Estos se acumulan y se extienden, aquellos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente impunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre” (52).

Para este análisis Ferrajoli propone dos pasos formales que permiten identificar entre quiénes y en qué se produce la igualdad, a través de una interpretación de tipo sustancial a partir de los concretos ordenamientos positivos, tomados como referencias empíricas de la teoría. Dice: “Un primer paso es el parámetro de la igualdad jurídica que ofrecen nuestras nociones de normas téticas y de situaciones universales... Se trata de la igualdad ante la ley cualquiera que esta sea, afirmada por todas las constituciones avanzadas... Pero hay un significado aparentemente más restringido de igualdad jurídica que conviene aislar, para remontarse después a su significado más genérico: el de la *égalité en droits* expresado en el primer artículo de la *Déclaration* de 1789. Es este el segundo paso hacia la clarificación del principio de igualdad, sugerido por nuestra definición formal de derechos fundamentales y por las tipologías elaboradas a partir de ella. Consistiendo los derechos fun-

(52) Ibidem, p. 722.

damentales en los derechos conferidos a todos en cuanto personas y/o ciudadano y/o capaces de obrar, la igualdad jurídica entre personas y, por otro lado, entre ciudadanos y entre capaces de obrar consiste en la igualdad en los derechos fundamentales, que son precisamente los derechos garantizados en igual medida a estas tres clases de sujetos por la cuantificación universal de la esfera de sus titulares” (53).

Así define a la *igualdad* como la “titularidad atribuida a las personas naturales de los mismos derechos universales”, aun tratándose de una definición formal, permite identificar entre quienes y en qué se da esta igualdad. Dice: “De acuerdo con esta definición, la igualdad jurídica es una relación entre personas naturales y no entre personas artificiales, que tiene por objeto o parámetro los derechos universales atribuidos a las mismas. Los concretos contenidos que dan su medida, y por tanto el sentido empírico (no ya formal, sino sustancial) de la noción así definida, están luego destinados a ser determinados por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático en los distintos ordenamientos: por la cantidad y por la calidad de los derechos universales establecidos y por la extensión de las clases de personas a las que tales derechos se confieren y son concretamente garantizados” (54).

Por su parte, analiza el concepto de desigualdad jurídica que se relaciona directamente con el funcionamiento de los derechos patrimoniales, por lo que “[i]nversamente, en virtud de este vínculo entre igualdad y universalismo, existe desigualdad jurídica en la titularidad de los derechos patrimoniales, que a diferencia de los derechos fundamentales pertenecen a sus titulares en forma singular y exclusiva. En efecto en tales derechos los sujetos son siempre jurídicamente desiguales, en el sentido de que si alguno o algunos...son titulares de un derecho patrimonial, todos los demás sujetos son desiguales respecto de tal derecho” (55).

Luego, del carácter universal de los derechos fundamentales, del que surge la igualdad jurídi-

(53) Ibidem, p. 742.

(54) Ibidem, p. 743.

(55) Ibidem, p. 744.

ca, se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, y la otra a la distinción entre *diferencias*, *desigualdades* y *discriminaciones*. Me interesa detenerme en las últimas distinciones que serán de utilidad para mi trabajo.

En cuanto a las dimensiones de la igualdad jurídica dependen, por un lado, de la extensión de la clase de los sujetos a la que dicho principio se aplica y, por el otro, de la cantidad de derechos reconocidos y garantizados en forma universal en cada experiencia estatal concreta. Durante los últimos doscientos años el modelo se expandió, mediante la multiplicación de los derechos fundamentales y la disminución en la discriminación en los derechos civiles y políticos.

III.1.c. Diferencias, desigualdades jurídicas y discriminaciones (desigualdades antijurídicas)

Corresponde, ahora sí, ingresar al estudio de las *diferencias* —de hecho—, las *desigualdades jurídicas* y las *discriminaciones*. Veamos.

Empecemos por el concepto y características de las *diferencias*. Más allá de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a todas las personas universalmente a través del reconocimiento o positivización de los derechos fundamentales, los seres humanos somos distintos unos de otros. En efecto todas las personas son diferentes —de hecho— por sus características personales vinculadas al sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas u otras circunstancias sociales.

El término *diferencias* es descriptivo, quiere decir que de hecho entre las personas hay diferencias, y que estas constituyen su identidad por lo que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en virtud del propio principio de igualdad.

Dice el autor en estudio: “La diferencias —sean naturales o culturales— no son más que los rasgos específicos e irrepetibles que diferencian y al propio tiempo individualizan a las personas y que son en cuanto tales tutelados por los derechos fundamentales”, y “concurren, en su conjunto, para fomentar las distintas y concretas identidades de las personas individuales garantizadas por la que llamaré esfera jurídica pública”, es decir, son diferencias “tuteladas y

valoradas, contra discriminaciones y privilegios, en virtud de la igualdad formal en los *derechos fundamentales de libertad*” (56).

Se pregunta por la forma en la que los distintos modelos históricos de organización estatal dan tratamiento a las diferencias, proponiendo las siguientes cuatro tipologías: a) el *modelo de indiferencia jurídica hacia las diferencias*, propio de las sociedades paleo liberales —caracterizado por el contenido mínimo de la esfera pública y el libre y desregulado juego de los poderes privados—, en el cual las diferencias no son ni valoradas ni desvalorada, ni tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas. Simplemente son ignoradas (57); b) el *modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias*, propio de las sociedades jerarquizadas de castas o de clases, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvalorización de otras (58); c) el *modelo de la homologación jurídica de las diferencias*, aplicado en los socialismos reales europeos o estados burocráticos, donde las diferencias aparecen desvaloradas o negadas, pero no porque se conciban como desvalores con respecto a otras asumidas como valores, sino porque resultan todas ignoradas en nombre de

(56) *Ibidem*, p. 746.

(57) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I. Agrega: “El destino de las diferencias depende así de la ley del más fuerte. El de la diferencia de clase, por ejemplo, se resuelve de hecho en la explotación ilimitada del trabajo dependiente. El de la diferencia de sexo se ha resuelto, históricamente, en la sujeción de la mujer al hombre y en su relegación al papel doméstico natural de esposa y madre” (p. 749).

(58) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I. Dice: “De acuerdo con dicho modelo, las identidades determinadas por las diferencias valoradas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, patrimonio o similares) vienen consideradas como estatus privilegiados, fuente de derechos y de poderes, y acaso como base de un universalismo modelado únicamente en torno a los sujetos privilegiados; mientras que otras —por ejemplo, las de mujer, negro, herético, apóstata, extranjero, apátrida o extracomunitario— son consideradas como estatus discriminados, fuente de exclusiones o de sujeción y, algunas veces, de persecución...Es claro que en este modelo las diferencias resultan diseñadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa que se cubran bajo el manto de un falso universalismo.” (p. 749)

una afirmación abstracta de igualdad (59), y finalmente; d) el *modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias*, basado en “el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en lugar de mostrarse indiferente ante las diferencias, impone garantizar a todos su libre afirmación y realización, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de aquellas leyes del más débil que son justamente los derechos fundamentales” (60).

Además de estas *diferencias*, existe la ya explicada *desigualdad jurídica* que el sistema de derechos patrimoniales y por las múltiples posiciones de poder y de sujeción, de deber y de responsabilidad, que cada uno encarna o soporta. Agrega el jurista italiano: “Es claro que estas desigualdades son hasta cierto punto insuprimibles, estando ligadas al mercado y antes incluso a la división del trabajo y a la inevitable diferenciación de los poderes y los deberes, de los cargos y de las competencias. En cierta medida, sin embargo, se pueden reducir”, pero, no obstante, “son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de igualdad material (o social) que provienen de la satisfacción de los derechos sociales fundamentales” (61).

Me interesa aquí destacar, en primer lugar, que, en nuestro sistema económico capitalista —del que el derecho toma su esencia y le

(59) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. I. Dice: “En el plano jurídico las diferencias no son origen de discriminaciones, sino que más bien son desconocidas, ocultadas y enmascaradas: las mujeres, por ejemplo, tienen los mismos derechos que los hombres en cuanto sean considerados o se finja que sean (como los) hombres y a ellos se asimilen en los estilos de vida y en los patrones de comportamiento. Pero justamente por ser desconocidas de derecho, las diferencias resultan penalizadas de hecho —para los diferentes que se asimilan, como para aquellos que no lo hacen— por los anchos márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad” (p 750).

(60) FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 750.

(61) *Ibidem*, p. 746.

devuelve como reflejo un sistema de reglas y principios que le permitan su crecimiento, desarrollo y sostenimiento en el tiempo, a pesar de sus crisis—, hay desigualdades —amparadas por el derecho, es decir, legales— generadas por la diferente adquisición de bienes, servicios, dinero, posición económica, etc., que, a lo sumo, y dependiendo directamente del modelo de intervención estatal adoptado, podrá mitigarse o reducirse.

Por último, veamos el concepto y funcionamiento de las *discriminaciones* en este sistema teórico expuesto por Ferrajoli: “las discriminaciones son algo distinto de las desigualdades jurídicas de las que acabo de hablar: son, precisamente desigualdades antijurídicas dado que consisten en la violación del principio de igualdad, es decir, en el desigual tratamiento de las diferencias que este tutela por igual o en la frustrada satisfacción de los derechos sociales conferidos a todos también por igual. Quiere decir que la igualdad en los derechos no es más que una igualdad en las expectativas, en las expectativas de no lesión en qué consisten los derechos individuales, y en las expectativas de prestaciones en qué consisten los derechos sociales” (62).

Sintetizando entonces, cómo funcionan y se relacionan los conceptos de *diferencias*, *igualdad jurídica*, *desigualdad jurídica*, *desigualdad antijurídica* (*discriminación*), en un modelo de igual valoración de la diferencia en protección y garantía de los derechos fundamentales, en palabras de Ferrajoli: “Lo opuesto a la *igualdad* no es la *diferencia*, sino la *desigualdad*, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros, son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación de la igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las ne-

(62) *Ibidem*, p. 747.

cesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal: la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violadas, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar” (63).

Me pregunto si en esta clasificación propuesta entre *diferencias*, *desigualdades jurídicas* y *discriminaciones*, no es necesario distinguir entre *discriminaciones antijurídicas* (discriminación negativa) y *discriminaciones jurídicas* (discriminación positiva, medidas de acción afirmativa). También las acciones positivas pueden ser consideradas como desigualdades jurídicas, al igual que las que se derivan de los derechos patrimoniales, pero justificadas no por el sistema económico capitalista —como las primeras—, sino por la necesidad de construcción de una sociedad más igualitaria en la que exista un mecanismo de disminución de las desigualdades jurídicas intolerables o extremas.

III.1.d. La igualdad como derecho (meta-derecho individual y meta-derecho social)

El principio de igualdad, además de ser una relación entre personas basada en ser titulares de los mismos derechos fundamentales, se manifiesta como una norma tética —la igualdad ante la ley— que a su vez equivale a un específico derecho, más exactamente a un meta derecho fundamental: el derecho a la igualdad, que al mismo tiempo es un meta-derecho individual y un meta-derecho social.

Dice el jurista italiano: “Como *metaderecho individual* consiste, como dice el primer apartado del art. 3° de la Constitución italiana, en la expectativa negativa de igualdad *ante la ley*, es decir, a no ser discriminado excluido o reprimido por las diferencias de *sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales o sociales*. Como *metaderecho social* consiste, como dice el segundo apartado del mismo artículo, en la expectativa positiva de la remoción de los obstáculos que impiden el desarrollo de la persona humana y su participación en la vida política económica y social: esto es, en

(63) *Ibidem*, p. 752.

la promoción de las que Amartya Sen llama capacidades fundamentales y de las que depende, junto a la integración de la persona en la sociedad y a un mínimo de igualdad sustancial, la efectividad de todos sus otros derechos” (64).

III.1.e. La tutela de los derechos fundamentales ante las desigualdades jurídicas

Una de las cuestiones que me gustaría dejar planteada en este trabajo final de la especialización es la pregunta por los mecanismos de respuesta institucionales ante esta desigualdad, en el contexto político recién referido, es decir, ¿cuándo el ordenamiento jurídico permite reaccionar ante las desigualdades jurídicas que anidan en su propia estructura?, y —en tal caso—, ¿cómo?, ¿con qué instrumentos jurídicos?

Ferrajoli ofrece una respuesta a las preguntas del cuándo y del cómo: “Y cuando alcanzan límites intolerables —convirtiéndose en aquellos *obstáculos de orden económico y social* que, como dice el art. 3.2 de la Constitución italiana, *limitando la libertad y la igualdad de la ciudadanía, impiden el desarrollo de la persona humana y su efectiva participación en la vida pública*—, entonces deben ser removidas o compensadas mediante la satisfacción de los distintos derechos sociales a la supervivencia: a la salud, a la previsión social, a un salario equitativo, a la instrucción y similares”.

Cuando se superan los límites de tolerancia social y las desigualdades se transforman en intolerables, es decir a partir de una determinación —más que individual, colectiva— de tipo ético o moral que obliga a intentar —primero políticamente, para continuar institucionalmente y finalizar con la cristalización de derechos y obligaciones en un determinado ordenamiento jurídico concreto— reducir (no eliminar) estas desigualdades jurídicas (y sustanciales) (65) insoportables y excesivas, para una gran mayoría de la sociedad.

(64) *Ibidem*, p. 747.

(65) *Ibidem*, p. 744. Sobre la igualdad jurídica y la igualdad real dice: “En sentido cognitivo, o sea, entendida como un hecho, la igualdad es falsa. En sentido prescriptivo, o sea, como valor, expresa en cambio un ideal límite, jamás plenamente realizado y sin embargo progresivamente realizable, donde el principio sea tomado

Esta reacción —siguiendo a Bourdieu— se produce en el *campo social*, en el que luchan los sectores afectados por esa intolerable y excesiva desigualdad para cambiar el sistema económico, cultural o social que la genera y determina, en una lucha —por diferentes medios— por la hegemonía de una interpretación de cuáles son los límites sociales de tolerancia a la desigualdad en cada situación concreta. Luego, esta lucha emancipatoria que se inicia en las calles se trasladará, primero, al *campo de poder* y, más tarde, se termina reflejando en el *campo jurídico*.

Abundan ejemplos de este tipo de movimientos sociales, culturales, transformadores, a partir de la generalización de una mirada crítica sobre algún tipo de desigualdad intolerable y excesiva, tanto en el pasado como en nuestra reciente historia nacional. La desigualdad jurídica (y sustancial) entre el hombre y la mujer, naturalizada por largos años, generó una reacción social —en el que miles de mujeres salieron a las calles a luchar por sus derechos— (*campo social*); que se tradujo en modificaciones institucionales —por ejemplo, la primera ley de cupo femenino en la representación política— (*campo de poder*) y reformas jurídicas tendientes a reducir esas desigualdades —por ejemplo, la aprobación del art. 37 de la CN sobre la igualdad política entre el hombre y la mujer— (*campo jurídico*). Sin que exista, en primer lugar, esta percepción general respecto de la intolerancia de una desigualdad jurídica excesiva —semilla del cambio—, que —luego— genera una reacción y lucha social, no es posible pasar a intentar responder la segunda pregunta referida a cómo lo hacemos, con qué herramientas, de qué forma.

Otro ejemplo lo podemos ver en la república de Chile, donde se consolidó durante décadas un modelo de estado neoliberal que generaba evidentes desigualdades sociales que, durante mucho tiempo fueron toleradas por su pueblo, hasta que tales inequidades —especialmente en el goce y disfrute del derecho a la educación— fueron resignificadas por la mayoría de personas excluidas o sojuzgadas —en especial los jóvenes—, produciendo una masiva protesta social en las calles, como reacción a situaciones de igualdad intolerables y excesivas. Posterior-

mente esa lucha se institucionalizó y hoy se está reformando la constitución nacional en dicho país. Este caso —al igual que otros— me lleva a preguntarme si, mientras las desigualdades jurídicas derivada del propio funcionamiento mercantil de los derechos patrimoniales son aceptadas o toleradas por la mayoría: ¿los derechos sociales fundamentales que reconocen —por ejemplo, el acceso a la educación— son exigibles?, ¿se trata de derechos subjetivos ejecutables ante los jueces?, ¿son válidas y aplicables las garantías contra esas desigualdades? Seguramente, como en todo proceso histórico social, las respuestas las hallemos en el diario del lunes.

Esta historicidad de las dimensiones de la igualdad y su utilización política —sea para mantener un *statu quo* o para transformarlo radicalmente— es explicada por Ferrajoli de la siguiente manera: “En suma, esta historicidad de la dimensión semántica y al propio tiempo pragmática del principio de igualdad permite resolver una aparente aporía: el hecho de que haya sido pensado y originariamente modelado sobre parámetros masculinos y de clase, y que sin embargo haya mantenido y conserve todavía, gracias a las luchas emprendidas en su nombre y a las nuevas subjetividades que han promovido un carácter permanentemente revolucionario. Las dos dimensiones del principio —la una conservadora y mistificadora, la otra desmitificadora y revolucionaria— se conectan la primera a su concepción de tesis asertiva, que asume como realizada o peor como verdadera la igualdad modelada en cada ocasión sobre parámetros de parte, ignorando sus violaciones en perjuicio de quién está excluido, y la segunda en su concepción como norma, que permite comprender y combatir como su violación las concretas discriminaciones y desigualdades” (66).

El germen del cambio histórico, la semilla ética que da nacimiento a la lucha social para transformar la realidad y hacerla un poco más tolerable para los cuerpos de las personas excluidas o discriminadas, tiene como sustento argumentativo el *valor de la igualdad*, con su particular interpretación en el imaginario colec-

en serio, gracias a la percepción, al descubrimiento y a la denuncia de sus violaciones” (p 755).

(66) FERRAJOLI, Luigi, "Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia", Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 755.

tivo de una sociedad determinada en tiempo y espacio. También, la igualdad como valor, desde otra mirada ideológica y política, puede ser argumento para mantener las cosas tal como están dadas. En palabras de nuestro autor: "... solo si se acepta esta asimetría del estatuto entre igualdad como norma y diferencias de hecho, el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permita reconocer y recurrir contra la ineffectividad de la primera en las discriminaciones de hecho de las segundas".

Sin dudas, estos procesos sociales en los que una comunidad deja de considerar tolerable una situación concreta y comparte la indignación frente a un tipo de desigualdad jurídica (y sustancial) excesiva, no podrán ser estudiados en la presente tesis: ¿cuándo una desigualdad jurídica y social es intolerable y excesiva?

Desentrañar estos fenómenos tan complejos, para entender cómo nacen, implica intentar responder este tipo de preguntas; ¿cómo una sociedad comparte una mirada crítica respecto de una relación desigual?, ¿cómo reacciona colectivamente frente a ella?, ¿cómo se organiza y lucha por cambiar la situación?, ¿cómo canaliza políticamente su crítica?, ¿cómo trasladan sus ideales de justicia al espacio concreto en disputa, otorgándoles un sentido contrahegemonico?, y luego —en algunos casos— ¿cómo arriban a una modificación institucional y a una reforma o supresión del ordenamiento jurídico donde se alojaba la desigualdad jurídica? Todas estas cuestiones no las puedo abordar en un estudio —como el de este trabajo— que se dedica —desde el derecho— al análisis del interior del campo jurídico.

Ahora, esta conexión entre el fenómeno social y su reflejo jurídico no debe desconocerse, no se puede analizar la igualdad y la desigualdad jurídica sin este marco o contexto histórico social. En palabras del maestro italiano: "El principio de igualdad es ciertamente, de entre todos los principios normativos, el más expuesto a estos cambios de significados. En efecto, la percepción de la desigualdad, así como la de la violación de los derechos, es siempre un fenómeno social: una percepción en un primer momento minoritaria incluso para quienes son víctimas de una cierta desigualdad, después compartida por la mayoría de ellos y finalmente destinada

con el desarrollo y el éxito de sus luchas a generalizarse y a convertirse en opinión común...De este modo se explican las progresivas ampliaciones del significado extensional del principio de igualdad provocadas por tantas luchas que, en el curso de los dos últimos siglos, han iluminado y compartido otras tantas violaciones: de las luchas de los trabajadores a las de liberación de los pueblos, de las luchas contra la segregación de los negros en Estados Unidos y en África del Sur a las batallas de las mujeres y a las experiencias que les dieron soportes..."

III.1.f. Las garantías de la igualdad como garantías de las diferencias

Antes de ingresar al estudio de las garantías de la igualdad, quiero repasar el rol de las categorías conceptuales garantías primarias (es la obligación de prestación o la prohibición de lesión dispuestas en garantía de un derecho subjetivo) y garantías secundarias (es la obligación de anulación o de condena predispuestas en garantía de la anulabilidad de un acto inválido o de responsabilidad por un acto ilícito), en la teoría del derecho del autor italiano.

Explica: "Las garantías primarias son, pues, las garantías de los derechos; las garantías secundarias lo son en cambio de la anulabilidad y de la responsabilidad frente a las posibles violaciones de las primeras por obra de actos inválidos o de actos ilícitos. En ambos casos se trata de deberes. En concreto, mientras que las garantías primarias son deberes consistentes o en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean positivos o negativos, las garantías secundarias son siempre y solo obligaciones, consistiendo en la obligación de la anulación o de la condena correlativa a esas particulares expectativas positivas que son la anulabilidad y la responsabilidad. Se comprende que las garantías secundarias sean siempre subsidiarias de las primeras: intervienen como obligaciones de pronunciar la anulación o la condena de los actos inválidos o de los actos ilícitos, o sea, de las violaciones jurídicas en las que todos esos actos consisten, incluidas por lo tanto las violaciones de los derechos y de las respectivas garantías primarias. Pero son precisamente las garantías secundarias las que caracterizan específicamente al derecho positivo frente a todos los de-

más sistemas normativos gracias a la efectividad que permiten asegurar mediante la coerción y el uso regulado de la fuerza” (67).

Corresponde ahora ingresar a la parte de la teoría garantista del derecho de Luigi Ferrajoli, que expone cuáles son las herramientas y cómo se aborda desde el ordenamiento constitucional la desigualdad jurídica. Reiterando las palabras del jurista italiano, estas desigualdades jurídicas intolerables y excesivas en un Estado social y democrático de derecho “deben ser removidas o compensadas mediante la satisfacción de los distintos derechos sociales”.

Son entonces, por un lado, *remoción* o *compensación* y por el establecimiento de niveles mínimos de igualdad social a partir del reconocimiento y efectividad de los *derechos sociales*, los mecanismos del propio ordenamiento legal para resolver el problema de la intolerancia social a ciertas desigualdades jurídicas excesivas. ¿Se trata de las garantías primarias y secundarias de estos últimos derechos? Veamos.

En este sistema así expuesto, el principio de igualdad (jurídica), por un lado, tutela las *diferencias* de las personas (naturales o culturales) a través de las garantías (primarias y secundarias) de los derechos individuales fundamentales y de los conexos espacios de libertad y autonomía personal, y, por el otro, ataca o impugna las desigualdades excesivas o intolerables por medio de los derechos sociales, a través de sus garantías (primarias y secundarias) y de las conexas relaciones con el principio de solidaridad. Según Ferrajoli: “De este modo, la igualdad se configura como el término de mediación entre los otros dos clásicos principios —la libertad y la fraternidad— proclamados por la Revolución Francesa” (68).

El esquema de *garantías de la igualdad* contra las discriminaciones de las diferencias (desigualdad antijurídica) se divide en dos tipos:

a) El primero de ellos —*garantías de igual valor*— se caracteriza porque la igualdad perseguida no tiene relevancia como fuente de discriminaciones o de privilegios y funciona con

(67) Ibidem, p. 631.

(68) Ibidem, p. 746.

mecanismos de prohibición de discriminaciones y privilegios.

b) El otro, en el que sí tiene relevancia las diferencias para no ser discriminatorias y tienen como mecanismo la puesta en evidencia y otorgamiento de relevancia a esas diferencias. Son las llamadas *acciones positivas* para ayudar a sujetos generalmente discriminados.

Amplío aquí la opinión de Ferrajoli sobre las *acciones positivas*, pensadas como garantías de las situaciones en que las discriminaciones están presentes, existen en nuestras sociedades, y se fundan en la relevancia de las diferencias.

Dice, luego de mencionar las acciones positivas para ayudar a sujetos discriminados por su identidad de género: “Este tipo de acciones es mirado habitualmente con fastidio y sospecha también por una parte del pensamiento feminista, dado que revelaría finalidades de tutela que vendrían a sancionar de hecho la desigualdad. Me parece que es una objeción que contradice la premisa misma de la política del derecho orientada a la defensa de las diferencias contra las discriminaciones de las que son objeto. Si se tiene en cuenta ciertamente que tales discriminaciones constituyen el efecto de la tácita aplicación de una regla de tipo homologante que de hecho selecciona positivamente a quien se conforma al modelo normativo dominante y negativamente a quien no se conforma, entonces se justifica una nueva regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión propuesta por Letizia Gianformaggio, opere como una suerte de regla transitoria de actuación del principio de igualdad, y precisamente de aquel de sus corolarios que es la igualdad sustancial propuesta por el segundo apartado del art. 3° de la Constitución italiana” (69).

Luego analiza un argumento contrario a las acciones positivas que se basa en la presencia del mérito como límite a estas garantías. Responde: “Si en cambio semejante regla de actuación de la igualdad resulta contestada, acaso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad desde el momento en que tutela la diferencia discriminada, ello quie-

(69) Ibidem, p. 753.

re decir que se asume implícitamente que la igualdad así realizada iría en detrimento de las diferencias individuales de mérito (cualquier cosa que se entienda con esta palabra) y que por tanto se supone que la discriminación no existe, siendo los criterios de mérito considerados en contraste con la lamentada discriminación, perfectamente objetivos, neutrales e imparciales” (70).

La respuesta de Ferrajoli es que es indudable que las discriminaciones existen en nuestras sociedades actuales, por lo que la garantía de la igualdad solo puede venir a través de la garantía de la diferencia y viceversa. Si bien resalta el rol de las medidas de acción positiva para garantizar la efectividad de los derechos sociales y, en forma refleja, disminuir las desigualdades sustanciales que son intolerables por excesivas, en su teoría no analiza en forma diferencial las situaciones históricas en las que en un país determinados grupos de personas son sojuzgados, discriminados, excluidos o simplemente ignorados por sus diferencias naturales o culturales. Es decir, en los textos analizados, encuentro que no aborda el fenómeno de lo que autores como Owen Fiss o Roberto Saba denominan *desigualdad estructural*.

III.1.g. Una mirada complementaria a las garantías de efectividad de los derechos sociales fundamentales

Antes de despedirnos —por ahora— del profesor italiano, quiero dejar planteada una aclaración complementaria respecto de la afirmación del autor en cuanto sostiene que la efectividad de los derechos sociales fundamentales pretende alcanzar un piso mínimo de satisfacción o “niveles mínimos de igualdad material o social”.

Esto efectivamente es así en las experiencias de los países de la región y Europa y se condice con el carácter formal de la tesis del derecho del jurista italiano, pero también es cierto que existen otros modelos político institucionales en los que las necesidades colectivas básicas —que coinciden con el contenido de los derechos sociales— son incluidas en esferas de la justicia —esfera de la ciudadanía— en las que no existen prestaciones por fuera de las provistas por el Es-

tado, es decir se sustraen de los mercados y por lo tanto no revisten el carácter de derechos patrimoniales, ni se les aplican las reglas de competencia propia de los ámbitos comerciales.

El constitucionalista chileno Fernando Atria, quien realizó un inquietante planteo sobre la existencia de los derechos sociales (71), en una entrevista sostuvo: “Y eso lleva al siguiente paso, que es el aseguramiento de los derechos sociales. Creo que deben ser pensados así, son derechos cuya finalidad no es proveer de algún mínimo a quien no puede comprar en el mercado, esa no es la lógica de los derechos sociales. Su lógica es descodificar esferas sociales, que no sean mercado, que se articulen con un criterio de igualdad ciudadana y no de capacidad de pago, de modo de asegurar a todos por igual las condiciones materiales de la libertad” (72).

(71) ATRIA, Fernando, ¿Existen los Derechos Sociales?

(72) CABRAL, Pablo Octavio y CIUCCI, Juan Manuel, "Entrevista al profesor Fernando Atria", Revista Broquel, nro. 14, 11 de junio de 2021, Procuración del Tesoro de la Nación. Allí agregó Atria: "Pensaría precisamente que la noción de derecho social es la manera de afirmar la importancia de la esfera de la ciudadanía. Creo que, en la esfera de la ciudadanía, el contenido de la ciudadanía está dado por los derechos sociales. Y eso exige una determinada forma de organización de las esferas respectivas relacionadas con los derechos sociales. Yo diría que eso hace la distinción fundamental entre mercado y derechos sociales. Desde la esfera del mercado funciona con un criterio desigual: a cada uno según lo que cada uno puede dar a cambio. Y la esfera de la ciudadanía funciona con un criterio igualitario. Yo diría esa es mi impresión esa es la distinción fundamental. De hecho, creo que la esfera de los derechos sociales es una condición de la esfera del mercado. El mercado es un espacio necesario para la realización personal, lo que sí es fundamental es separar las condiciones materiales de la libertad de modo tal que ellas no sean afectadas por el desempeño diferenciado desigual en el mercado, por los resultados desiguales del mercado. Porque la desigualdad que el mercado genera no es una patología del mercado, es parte de su funcionamiento normal. El mercado requiere, creo yo, como condición de humanidad que haya esa otra esfera que funciona con criterios no mercantiles. Ahora, ¿puede haber esferas adicionales?, ¿puede haber distinciones adicionales? Entonces, creo que a nivel constitucional eso se hace mediante una garantía de derechos sociales como derechos de ciudadanía: ese es el correlato constitucional de esta. ¿Puede haber diferencias ulteriores o una diferenciación más fina? Yo creo que sí. La esfera de la familia no funciona con la misma lógica que la esfera del mercado. En fin, creo que hay espacios para ulteriores diferenciaciones, pero que no necesitan tener, lo digo

(70) Ibidem.

III.2. El modelo de la igualdad estructural en la obra de Roberto Saba

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art. 16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos académicos y su libro *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (73).

Para Saba la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

Su argumentación intenta demostrar que, “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 —pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19— la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada” (74). Esta postura, como veremos, es aceptada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.

El concepto de igualdad ante la ley que recibió la Constitución argentina de 1853/60 en su art. 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superior se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos —aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos— que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

pensándolo ahora, no todas esas esferas necesitan tener correlato constitucional”.

(73) SABA, Roberto, "(Des) Igualdad Estructural; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?", Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

(74) *Ibidem*, p. 32.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio: a) Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación. b) El otro con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho ante la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgado socialmente. Dice Saba: “Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a causa de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos —a veces llamados vulnerables— del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *solo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuici-

cio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan” (75).

El principio de *igualdad de trato y no discriminación* construido a partir del art. 16 de la Constitución nacional desde una posición liberal e individualista, dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio; primero establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría, segundo encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras de Saba: “Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista —porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra— genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo” (76).

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley —en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación— no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades, como puede ser la argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Explica el autor en estudio: “Intentaré señalar que en una gran

cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Me refiero a aquellas situaciones en que se realizan diferencias de hecho en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios” (77).

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que, seguidos por profesores nacionales como Roberto Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación, sino al principio de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Explica Saba: “Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad...Evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se perpetúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley” (78).

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba que en la teoría de Fiss, el grupo reviste las siguientes características: tiene una identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición

(75) Ibidem, p. 31.

(76) Ibidem, p. 50.

(77) Ibidem, p. 52.

(78) Ibidem, p. 58.

se ha prologando durante varias generaciones, produciendo una deuda social. Agrega Saba una característica más; su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad (79).

En síntesis, la igualdad como no sometimiento “impacta como sobre el modo en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en las Constituciones y los tratados internacionales, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad estructural” (80).

III.3. El modelo de igualdad estructural de oportunidades de Lucas Grosman

Por último, quiero dar cuenta de otra opinión teórica que reinterpreta la posición expuesta por Roberto Saba sobre el principio de igualdad estructural en nuestro ordenamiento jurídico actual. Lucas Grosman, también influenciado por la obra de Owen Fiss, propone como idea superadora la de *igualdad estructural de oportunidades* que —entiende— surge de los ideales constitucionales que dan contenido al derecho de igualdad.

Distingue Grosman entre igualdad, como derecho e igualdad, como ideal social. Así lo explica: “La igualdad qua derecho es el derecho a ser tratado de cierta manera. Este, como dije, es solo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que no es reducible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad debe ser... La igualdad, en estos casos, se vincula con los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social” (81).

Son entonces los ideales sociales que se encuentran consagrados en la Carta magna los que van a dar contenido al derecho de igualdad.

(79) Ibidem, p. 61.

(80) Ibidem, p. 81.

(81) GROSAMAN, Lucas S., "Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución", Librería, Buenos Aires, 2008, p. 65 y ss.

Dice este autor: “La Constitución no se limita a establecer lo que el Estado no puede hacer. No indica, sobre todo, lo que el Estado debe hacer. Cuando el cumplimiento de un deber estatal consiste en perseguir un ideal constitucional, esto implica realizar las distinciones necesarias a tal fin. Por eso, si partimos de los ideales que el Estado debe alcanzar, una distinción como la que involucra el caso hipotético descrito aparecerá como algo no solo tolerado, sino exigido por la Constitución...En definitiva, si concebimos la Constitución como la consagración de los ideales más preciados de la sociedad, y los derechos, incluido el de igualdad, como los mecanismos creados para alcanzar esos ideales, no queda espacio para una preferencia residual por la neutralidad estatal” (82).

En su desarrollo conceptual, coincide con Saba, que existen dos modelos respecto de la idea de igualdad, uno caracterizado por el *principio de antidiscriminación* (versión liberal individualista de la igualdad para resolver los casos paradigmáticos de arbitrariedad) y el otro, conocido como el *principio de antisubordinación* (antisubjugación de grupo o anticasta que propone una visión estructural de la igualdad).

Llegado a estas instancias, agrega el autor una distinción, al afirmar que el principio de antisubordinación solo tiene aplicación cuando se piensa en la igualdad como ideal social. Dice: “La mejor forma de concebir el principio antisubordinación es como un ideal constitucional que, como tal influye en la determinación del contenido del derecho a la igualdad, pero no lo agota” (83).

De dicha afirmación surge que deberá analizarse en cada caso si es de aplicación uno u otro principio vinculado al derecho de igualdad, ya que el principio de antisubordinación: “es un ideal que por su importancia desplazará a otros ideales en muchos contextos— sin dudas resultará preeminente cuando el trato preferencial de un grupo desaventajado esté en juego—, pero esto no quita que otros ideales gobiernen la determinación del contenido del derecho de igualdad en casos en los que el principio anti

(82) Ibidem, p. 65 y ss.

(83) Ibidem.

subordinación no está involucrado, como Arenzón” (84).

Se pregunta entonces Lucas Grosman, si en nuestro país el principio de antesubordinación es un ideal que da contenido al principio de igualdad en nuestra constitución, como vimos fue afirmado por Roberto Saba. En síntesis, realiza dos posturas propias sobre la posición de Saba: la primera vinculada con su afirmación de la adopción del principio de antidiscriminación en la Argentina y la segunda sobre el papel que para aquel juega el principio de antesubordinación en nuestra Constitución nacional.

Dice: “Con respecto a la primera cuestión, soy renuente a conceder que el art. 16 haya sido tradicionalmente interpretado como el principio antidiscriminación...No considero, en definitiva, que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio antidiscriminación que ha prevalecido en Estados Unidos” (85).

La segunda objeción de Grosman resulta más interesante para este trabajo: “Pasando a la segunda cuestión, creo que es problemático entender la relación entre el principio antidiscriminación y el principio antesubordinación en términos de complementariedad. No cabe entender que dos enfoques son complementarios si hay un área central en la que se contradicen. Esto es lo que ocurre con el principio antidiscriminación y el principio antesubordinación en lo que respecta al trato preferencial de un grupo desaventajado. Podría decirse que ambos principios son complementarios si uno tendiera a abarcar supuestos que otro no contempla, o incluso si existiera alguna contradicción en un tema marginal. Sin embargo, que una persona sea tratada en forma preferencial en atención a su raza o género en aspectos tan centrales de su vida como el acceso a la universidad o a un empleo se encuentra en el núcleo de lo que uno y otro principio pretenden regular, y lo hacen en forma opuesta” (86).

En definitiva, comparte con Saba que luego de la reforma constitucional en 1994 se produ-

jo una modificación del principio de igualdad, impactando en este ideal el principio de antesubordinación, pero desde una visión más amplia.

Para Grosman el nuevo ideal constitucional de igualdad después de la última reforma, es el que él denomina principio de igualdad estructural de oportunidades, fundado también en los arts. 37, 75, incs. 2, 19 y 23 de la Carga magna, aclarando que es un modelo que supera la versión delgada de la igualdad de oportunidades: “Ahora bien, si la igualdad de oportunidades es, para la Constitución argentina, un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa y del modo de distribución de la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación” (87).

En sus palabras, la síntesis de su propuesta de nuevo ideal constitucional: “Por eso, igualdad real de oportunidades es, para la Constitución argentina, igualdad estructural de oportunidades: un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos. Este es un ideal social que la reforma de 1994 introdujo en la Constitución argentina” (88).

IV. El principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino positivo

Para poder analizar el modo en que actualmente se expresa el principio de igualdad en nuestro sistema convencional, constitucional y legal nos obliga a realizar un rastreo histórico de los orígenes ideológico-políticos de nuestra institucionalización como país. Un trabajo de tal magnitud excede las posibilidades, tanto de este trabajo, como de mis escasos conocimientos de la historia del derecho nacional y sus orígenes regionales, pero me resultó de una ayuda invaluable el texto de Roberto Gargarella sobre los fundamentos legales de la desigualdad en el que abordó los orígenes del constitucionalismo en América (1776/186) (89). Sintetizar alguna

(84) Ibidem.

(85) Ibidem.

(86) Ibidem.

(87) Ibidem, p. 79.

(88) Ibidem, p. 80.

(89) GARGARELLA, Roberto, "Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América

de las ideas centrales de ese libro puede ser un buen marco para luego, sí, intentar desentrañar los alcances actuales del principio constitucional de igualdad.

Si bien en toda América hubo expresiones ideológicas opuestas y dispares sobre el modelo de institucionalización a adoptar —Gargarella identifica un constitucionalismo radical, un constitucionalismo conservador y un constitucionalismo liberal—, en nuestro país —al igual que en la mayoría de las naciones de la región— prevalecieron las miradas liberales y conservadoras sobre la forma en que se debían organizar las sociedades, respecto de las funciones del Estado y el correlativo reconocimiento de algunas clases de derechos a sus ciudadanos.

Explica Gargarella que el liberalismo o individualismo ha tenido una influencia extraordinaria en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano, y en nuestro país sus ideas —que proponían una alternativa al absolutismo del déspota como a la tiranía de la mayoría— impactaron en la clase política que organizaría institucionalmente a la Argentina. Dice al respecto: “Del mismo modo, el caudillo argentino Justo José de Urquiza (principal responsable político del dictado de la Constitución de 1853) reclamó la adopción de una Constitución que haga imposible para en adelante la anarquía y el despotismo. El liberalismo se mostraba entonces como la única tabla de salvación posible, frente a un escenario público atemorizante... Tal como afirmara el argentino Domingo Sarmiento el poder, la riqueza y la fuerza de una nación dependen de la capacidad moral, e intelecto de los individuos que la componen. En el mismo sentido, Alberdi sostenía que la sociedad de nuestros días debe al individuo así entendido los progresos de su civilización... No son las libertades de la Patria las que han engrandecido a las naciones modernas, sino las libertades individuales con que el hombre ha creado y labrado su propia grandeza personal, factor elemental de la grandeza de las naciones realmente grandes y libres, que son las del norte de ambos mundos. Una nación libre, así, favorecía

(1776-1860)”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

la autonomía de sus individuos, y además se beneficiaba de ella” (90).

Estas ideas liberales lograron la fuerza para imponerse en el texto constitucional de 1853, que, ayudaría a fundar una nueva, decisiva y más estable etapa de la vida institucional del país, como lo explica el constitucionalista en análisis. Agrega: “Principalmente asociada con el pensamiento liberal, la nueva Constitución estableció la libertad de cultos (iniciativa que opacó parcialmente la idea de que el Estado sostenía al culto católico); dio protección a las acciones privadas de las personas (aunque una protección finalmente ambigua a partir de su compromiso con la protección del orden y la moral pública); y creó un sistema de frenos y contrapesos (aunque también afectado por el diseño de un sistema presidencial fuerte)” (91).

Las interpretaciones de los alcances de la reforma constitucional de 1994 respecto de la forma en que debemos interpretar y construir el principio de igualdad, ya fue abordada al analizar las posiciones de Roberto Saba y Lucas Grosman.

IV.1. Las igualdades en la Constitución argentina

El art. 16 de la CN dispone: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

El nuevo art. 37 dice: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

(90) *Ibidem*, p. 173.

(91) *Ibidem*, p. 232.

Por su parte el art. 75, incs. 2 dice: “Corresponde al Congreso... 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inc., con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables... La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre estas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

El art. 75, inc. 19 por su parte dispone: “Corresponde al Congreso...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Y, finalmente, el art. 75, inc. 23 dice: “23. Legislar y promover medidas de acción positiva

que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección 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”.

V. El principio de igualdad en materia tributaria (92)

Como ya expusimos, el principio de igualdad en materia tributaria se encuentra enumerado entre las garantías constitucionales de los contribuyentes y tiene su fundamento directo y tradicional en lo normado en el art. 16 del texto de la Constitución de 1853/60.

Alejandro Altamirano sintetiza las particularidades que el principio de igualdad adquiere al ser aplicado en la relación tributaria: “a) el principio de igualdad en el derecho tributario se vincula en esencia con el principio de capacidad contributiva, de manera que las situaciones económicas análogas sean tratadas tributariamente de la misma forma; b) se admiten situaciones de desigualdad en tanto estas no sean arbitrarias y, consecuentemente, sin fundamento; c) el principio de igualdad importa un tratamiento normativo igual en iguales circunstancias, como también en la aplicación de la ley” (93).

Al decir de Baistrocchi: “A partir de este criterio general de igualdad, la Corte ha definido el concepto de igualdad en materia tributaria. Tal como está redactado en el art. 16 de la Carta Magna, la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas... la igualdad sostenida por el art. 16 de la CN importa, en lo relativo a impuestos, establecer que, en condiciones aná-

(92) VALDÉS COSTA, Ramón, “El principio de la igualdad de partes, la relación jurídico-tributaria y sus proyecciones en el derecho formal y procesal”, IMP, 1958, 95.

(93) ALTAMIRANO, Alejandro, ob. cit., p. 129.

logas se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes” (94).

Veamos cuál fue la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de resolver el caso “García, Marta Isabel c. AFIP”:

V.1. Primera etapa: concepto amplio de igualdad ante la ley

En esta versión de la igualdad la Corte Suprema de Justicia entendió que la desigualdad puede provenir de la propia ley impositiva o de su aplicación por parte de la administración pública tributaria y se dispuso que, si se prueba la desigualdad en la aplicación de una norma legal, se viola el art. 16 de la CN.

La sentencia que marca esta etapa recayó en la causa “Salzmann y Compañía vs. Nación” (95), resuelto el 12 de septiembre de 1936, en la que dicha empresa, dedicada a la importación de sedas, fue determinada al pago de un derecho de importación del 25%, cuando —según una legislación posterior—, el monto correspondiente para dichas importaciones se estableció en el 10%. La accionante afirmó que el tributo a ella fijado no provenía de una regla legal y que resultaba poco equitativo que a unos se les cobre solo el 10%, mientras que a otros se les exija el 25%.

En el caso, el tribunal no hizo lugar al planteo de la actora, e interpretó que “[n]o se ha probado tampoco, que a otros importadores se haya cobrado con rebaja el impuesto por sedas introducidas en el período de tiempo entre las fechas arriba indicadas, para que pueda decirse que ha habido desigualdad en su aplicación”.

El criterio jurisprudencial según el cual la garantía de igualdad tributaria puede verse afectada por la forma de aplicación de la ley por parte del Poder Ejecutivo, incluso cuando el texto legal sea perfectamente constitucional, fue mantenido por la Corte Suprema (96) hasta el dictado del fallo “La Martona”, que dio inicio a la segunda etapa evolutiva.

(94) BAISTROCCHI, Eduardo, "Derecho Constitucional Tributario", Ed. La Ley, t. II, p. 304.

(95) CS, Fallos 181:392.

(96) CS, Fallos 196:337; 197:518.

V.2. Segunda etapa: concepto restringido de igualdad ante la ley

Dentro de este análisis jurisprudencial, la segunda etapa se inicia con el cambio de criterio de la Corte Suprema en el año 1945 al dictar sentencia en la causa “La Martona c. Municipalidad de Buenos Aires” (97), donde deja atrás la mirada más amplia que incluía no solo la revisión del texto legal a la luz del art. 16 de la CN, sino que analizaba la interpretación realizada por la Administración pública tributaria al aplicar el impuesto, y solo consideró que el principio de igualdad podía ser violentado por el texto legal.

En el caso, el Tribunal sostuvo: “Si la desigualdad no está en la ley sino en el hecho de que el poder administrador la aplica a unos y no a otros habría, en todo caso, arbitrariedad administrativa, pero no materia para la declaración de inconstitucionalidad que se procura...Si la norma es constitucional, aquel a quien se la aplica no puede oponerse a ello en razón de que en los hechos solo a él le fue aplicada”.

Baistrocchi resume este criterio de la Corte sobre el alcance de la igualdad tributaria: “la desigualdad no puede surgir de la interpretación de la ley que realice el poder administrador; la garantía de igualdad tributaria solo se vulnera cuando la desigualdad surge exclusivamente de la ley” (98).

Más allá de la relevancia de esta jurisprudencia, entiendo que el paso dado por la Corte en el caso que veremos a continuación cambia de paradigma respecto del principio constitucional de igualdad, ingresando a las perspectivas estructurales que trascienden el tradicional modelo liberal del art. 16 de la CN.

VI. La sentencia en análisis. El caso “García c. AFIP” (99)

En efecto, el presente fallo tiene mucha relevancia y muestra aspectos positivos y negativos

(97) CS, Fallos 202:130. Criterio reiterado en Fallos 237:266.

(98) BAISTROCCHI, Eduardo, "Derecho Constitucional Tributario", ob. cit., t. II, p. 317.

(99) Recientemente, en fecha 28 de febrero de 2023, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa “Calderón, Carlos Héctor c. ANSeS s/ reajustes

en cuanto a la forma en que el tribunal realizó el cambio de paradigma y en especial respecto de la elección del caso para hacerlo.

Como explican Laura Clérico y Martín Aldao respecto de la postura mayoritaria: "Este voto presenta luces y sombras. Las luces se refieren a la interpretación del art. 75, inc. 23, CN, la determinación de su carácter exigible y el diálogo que entabla la Corte con el Congreso. Las som-

varios", donde el Tribunal revoca parcialmente la sentencia recurrida —referida a la declaración de inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 24.241—, remitiendo a lo por ella resuelto en la causa "Gualtieri" (Fallos 340:411), y en cuanto a los otros planteos procede a su rechazo por aplicación del art. 280 del CPCyCN. En algunos medios de comunicación se interpretó lo resuelto en Calderón como una modificación de lo establecido en la causa "García", lo que no parece tener mucho sustento y fundamento. Coincido con José Ignacio López, quien analizó esta cuestión, y sostuvo: "En la causa "Calderón" —que ahora se ha presentado como una novedad— el tema central sobre el que decidió el máximo tribunal versa sobre otro asunto específico: la constitucionalidad del art. 25 de la ley 24.241, mientras que, en torno a los puntos sobre el Impuesto a las Ganancias aplicó la cláusula —art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.— que le permite discrecionalmente rechazar las cuestiones planteadas "por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia", según dispone dicha norma. Profundizando el análisis se puede indicar que si la voluntad jurisdiccional del máximo tribunal fuera ampliar el estándar "García", sin duda, se hubiera pronunciado expresamente sobre el punto. Más teniendo en cuenta su advertencia —en el fallo "García"— para que el Congreso legisle sobre el punto. No parece razonable sostener que, ahora y por vía tácita del 280 CPCCN, postulara un cambio tan amplio que implicara, sin más, la sustitución del criterio del legislador, con los alcances que ello implicaría. Lo visto, desde mi mirada, implica que el estándar "García" sigue vigente para todos los pleitos en que jubilados y jubiladas cuestionen el Impuesto a las Ganancias sobre sus haberes. Dicho criterio impone a los jueces un análisis caso a caso —dado la heterogeneidad de situaciones de la clase pasiva— que atienda a la edad, la salud, el monto del haber, el porcentaje de las deducciones y cualquier otra circunstancia que lo pueda colocar en situación de vulnerabilidad. Con esta base, los tribunales deben verificar en qué casos el tributo se torna inconstitucional y así declararlo para el supuesto específico del jubilado o jubilada en cuestión cuando se acredite que se encuentra en situación de vulnerabilidad" (LÓPEZ, José Ignacio, "Jubilación y Ganancias: ¿La Corte Suprema cambió el criterio García? Una evaluación del fallo 'Calderón' permite concluir que aquel estándar sigue vigente", Blog palabradelderecho, nota de fecha 7 de marzo de 2023).

bras se refieren a las imprecisiones que contiene el fallo visto desde la perspectiva de quién lee el fallo, es un operador judicial, ejerce la *jurisdictio* y debe resolver casos concretos. 'García' no establece criterios precisos. No establece una regla que oriente a los tribunales inferiores para la solución de los casos que aleguen la aplicación de 'García' y se presenten en el intermedio, es decir, entre 'García' y la nueva ley que apruebe el Congreso. Los criterios de a) ancianidad o b) enfermedad son muy vagos para la resolución de casos concretos" (100).

Además del análisis que efectuaré a continuación, principalmente sobre la decisión mayoritaria de la Corte, quiero dejar sentada la postura de la minoría que, en mi opinión, deja planteadas algunas cuestiones relevantes para pensar la utilización de las medidas de acción positiva en materia tributaria respecto de grupos de personas vulnerables.

VI.1. Contexto normativo. El impuesto a las ganancias

En el caso que estamos estudiando se discutió sobre los límites y alcances del impuesto a las ganancias, respecto de aplicarlo a una persona integrante del grupo ancianos por lo percibido en concepto de beneficio previsional (jubilación).

El impuesto a las ganancias es un impuesto directo, progresivo y personal que graba la renta, en tanto manifestación de la capacidad contributiva o la potencialidad a contribuir a los gastos públicos de los contribuyentes. Por estas características este impuesto se encuentra relacionado con los principios de igualdad y no confiscatoriedad.

Explica Marisa Vázquez: "Desde el punto de vista tributario, se considera renta a la masa total de ingresos que obtiene el contribuyente, contemplando ciertas deducciones que están específicamente definidas por la ley. No caben dudas de que los impuestos que mejor analizan la capacidad contributiva del sujeto son los impuestos a las rentas. En la Argentina el impuesto

(100) CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, "Situación de mayor vulnerabilidad. El fallo 'García' sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional del art. 75, inc. 23, CN: luces y sombras", TR LALEY AR/DOC/1455/2019.

sobre la renta por excelencia es el denominado impuesto a las ganancias” (101).

VI.2. El voto de la mayoría (jueces/a Dres./a. Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti)

En el caso en estudio el poder judicial analizó la constitucionalidad del art. 79, inc. c) de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias, en tanto fue aplicado reteniéndose los respectivos montos por ganancias sobre los haberes previsionales de la accionante.

Entre los antecedentes del caso resuelto por la Corte Suprema, se destaca que la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la pretensión actoral y declarado la inconstitucionalidad antes referida.

Quiero remarcar que para realizar tal declaración ambas instancias contrastaron la ley de impuesto a las ganancias frente a varios principios constitucionales, encontrando que tal disposición legal violaba el principio liberal de igualdad —art. 16 de la Constitución—, sin hacer referencia al impacto sobre el principio de igualdad estructural —receptado en el art. 75, inc. 23 de la CN.

La Corte identifica la cuestión litigiosa de la siguiente forma: “por un lado, la legítima atribución estatal de crear tributos y, por el otro, el goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los beneficiarios contribuyentes”. Agrega que resulta dirimente definir en la causa los alcances de los principios de igualdad y de razonabilidad en materia tributaria, límites constitucionales a la potestad estatal.

Las preguntas de este trabajo se centrarán en la forma en que el tribunal aborda esa igualdad entre los beneficiarios de la previsión social y el resto de los contribuyentes. Para ello, en primer lugar, da cuenta que el legislador distingue entre las distintas naturalezas de la renta sujeta a tributo; por un lado, el salario de los trabajadores

activos y la prestación previsional de los beneficiarios de la seguridad social. Destaca que la norma otorga mayor tutela a los jubilados que a los trabajadores en actividad.

Luego, a partir de su considerando octavo, re direcciona su análisis al estudio de la igualdad dentro del grupo de personas alcanzadas por el tributo en su condición de beneficiarios de la seguridad social. Dice:

“Que sin perjuicio del tratamiento diferenciado que ha realizado el legislador respecto del colectivo de los beneficiarios de prestaciones de la seguridad social, en relación al colectivo de los trabajadores activos, corresponde preguntarse si todos aquellos se encuentran en las mismas circunstancias —como para recibir un tratamiento fiscal igualitario— o si existen condiciones especiales, basadas en un estado de mayor vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad) que permitirían distinguir algunos jubilados, pensionados, retirados o subsidiados de otros”.

A partir de esa gran pregunta sobre la igualdad la Corte avanza recordando su jurisprudencia que reitera que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas.

Adelanta: “Que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables (Fallos 150:189; 160:247) sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (Fallos 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación”; y agrega: “La cláusula

(101) VÁZQUEZ, Marisa, "Impuesto a las ganancias", cap. IV de la obra colectiva, REVILLA, Pablo y NAVEIRA DE CASANOVA, Gustavo, Régimen tributario argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 95.

constitucional del art. 16 deriva a la prudencia y sabiduría del Poder Legislativo una amplia libertad para ordenar, agrupar, distinguir y clasificar los objetos de la legislación; no obstante, el establecimiento de categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento (Fallos 98:67; 320:1166), sino también —y es lo esencial— que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es que corresponda razonablemente a distinciones reales” (Cons. 10°).

Dedica el considerando 11° a describir la protección jurídica de los derechos de la ancianidad, a partir de su reconocimiento constitucional. Dijo: “En efecto, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A su vez, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 *bis* establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país. La idea fundamental que emerge de este texto —al establecer que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable— es la de procurar a los trabajadores los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia. En este orden de ideas, en sintonía con los conceptos que inspiran el constitucionalismo social, hace ya casi cuarenta años, esta Corte Suprema destacó en el precedente ‘Berçaitz’ que es ‘de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho’ cuando resultan involucrados los sectores sociales más necesitados (Fallos 289:430). Desde esta perspectiva preferentemente social, no pueden caber dudas entonces que la incorporación de los derechos de la seguridad social al catálogo de los derechos del trabajador en la Constitución Federal apunta a dignificar la vida de los trabajadores para protegerlos en la incapacidad y en la vejez’.

A partir de hacer foco en este grupo especialmente vulnerable, el Tribunal desarrolla el principio de igualdad sustancial, la vulnerabilidad de las personas ancianas y la obligatoriedad de establecer medidas de acción positiva respecto de ellas.

Afirma: “Que la reforma constitucional introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo ‘medidas de acción positiva’ —traducidas tanto en ‘discriminaciones inversas’ cuanto en la asignación de ‘cuotas benignas’— en beneficio de ellas... La citada reforma introdujo ‘discriminaciones inversas’ y ‘cuotas benignas’ en materias muy variadas, tales como la representación política de las mujeres (art. 37 y cláusula transitoria segunda), la identidad cultural y el arraigo territorial de las comunidades originarias (art. 75 inc. 17) y, de modo especial, con los niños en situación de desamparo —desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental—, las madres durante el embarazo y el tiempo de lactancia, los ancianos y las personas con discapacidad. Sobre ellos la Norma Fundamental argentina encomienda al Congreso de la Nación ‘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...’ (art. 75, inc. 23)” (Cons. 12°).

Pone énfasis sobre la vulnerabilidad que el proceso de envejecimiento produce en las personas (102), y enumera los instrumentos jurídicos internacionales que específicamente abordan esta situación [Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento —Primera Asamblea Mundial sobre el envejecimiento 1982— (103); Declaración Política y

(102) CS, “García”; “Que el envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado—son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales” (consid. 13°).

(103) CS, “García”; En la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982 (convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas), se elaboró el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, con 62 puntos, promoviendo acciones específicas en temas tales como la salud y la nutrición, la protección de los consumidores de mayor edad, la vivienda y el medio ambiente, la familia y el bienestar social, entre

Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento —Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 2002 (104)—; Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, res. ONU 65/182, 21 de diciembre de 2010 (105); Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (106); Convención Interamericana

otros. Expresamente se incluyó la seguridad de los ingresos. (consid. 13°).

(104) CS, "García"; "En la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid, España, en 2002, se adoptó la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento. Ello dio lugar a la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Envejecimiento que, en lo que orientativamente aquí interesa, consideró necesario un cambio de actitud a efectos de lograr una sociedad para todas las edades, distinguiendo entre quienes pertenecen a la tercera edad, llevan vidas saludables, activas e independientes y participan plenamente del ámbito en el que viven y quienes pertenecen a la cuarta edad, cuya independencia y salud son más delicadas y merecen atención y cuidados específicos con el fin de que puedan vivir dignamente (conf. inc. f de la mencionada resolución)" (consid. 13°).

(105) CS, "García"; "Especial mención merece la participación y compromiso de nuestro país con la problemática en el ámbito internacional. En el contexto de la Asamblea General de Naciones Unidas, la Argentina ha presidido el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre Envejecimiento, establecido por la res. 65/182 (21 de diciembre de 2010) con la misión de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, examinando el marco internacional en vigor en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando posibles deficiencias y la mejor forma de corregirlas. Idénticas iniciativas se verifican en el ámbito regional y del Mercosur" (consid. 13°).

(106) CS, "García"; "Que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento que goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental), establece el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar de "la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa..." (art. 9 del Protocolo Adicional; el énfasis es agregado). A tales efectos, el Protocolo dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efecti-

sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores —CIPDHPM— (107)].

Con base en tales antecedentes, la Corte da cuenta de las repuestas que el Estado se encuentra obligado a dar, frente a los grupos vulnerables (108), en materia tributaria. Dice: "Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente 'a cual-

vidad de los derechos que se reconocen en el documento (art. 1°)" (consid. 14°).

(107) CS, "García"; "A su turno, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), adoptada por la Organización de Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante ley 27.360 (en vigor desde el 22 de noviembre de 2017), consagra el compromiso de los Estados Partes para adoptar y fortalecer "todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin de garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos" (el énfasis es agregado), así como también las medidas necesarias a fin de lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos económicos. Contempla, asimismo, el derecho que tiene toda persona mayor a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna (arts. 40, incs. c y d, y 17). Este instrumento hace hincapié en el "enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor" (el énfasis es agregado) como uno de los principios generales aplicables respecto de los derechos reconocidos en la Convención (art. 30, punto 1)" (consid. 14°). Cabe destacar que por ley 27.700 (publicada el 30 de noviembre de 2022) se otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores.

(108) CS, "García"; "Que de lo anteriormente reseñado se desprende que, a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular repuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos" (consid. 15°).

quier precio, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales” (Cons. 15°).

Luego de repasar las bases del control judicial de las políticas tributarias del Estado, destacando que en toda contribución especialmente impositiva puede haber una razón política superior y una razón jurídica, y agrega —citando a Rafael Bielsa—: “La primera escapa al control de legitimidad (*lato sensu* de constitucionalidad), a menos que lesione una garantía constitucional. Entonces el control jurisdiccional surge y se coloca sobre la propia discrecionalidad política” (Cons. 16°).

Avanza en el replanteo del estándar de revisión judicial adoptado históricamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizando el concepto y funcionamiento de la confiscatoriedad. Afirma: “Que lo expuesto pone en evidencia que la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja. En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descritos. Ello no supone desterrar el criterio de la ‘no confiscatoriedad’ del tributo como pauta para evaluar la adecuación cuantitativa de un gravamen a la Constitución nacional, sino advertir que tal examen de validez, centrado exclusivamente en la capacidad contributiva potencial del contribuyente, ignora otras variables necesarias, fijadas por el propio texto constitucional, para tutelar a quienes se encuentran en tan excepcional situación” (Cons. 17°).

Propone el tribunal un *análisis integral de la capacidad contributiva*. Veamos: “Que, en ese

orden argumentativo, el análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación, pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo. Dicho de otro modo: la misma capacidad económica —convertida sin más por el legislador en capacidad contributiva— está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desiguando en la realidad lo que el legislador igualó. Se advierte entonces que la estructura tipificada por el legislador (hecho imponible, deducciones, base imponible y alícuota) termina por subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial (fijando un mínimo no imponible) a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo. La opción legislativa elaborada originariamente en un contexto histórico diferente, con un marco constitucional previo a la última reforma de la Norma Fundamental, y reiterada casi automáticamente a través de los años ha devenido, pues, insuficiente y —en el específico caso bajo examen— contraria al mandato constitucional” (Cons. 18°).

El Tribunal describe algunas características que permiten sostener que la actora se puede considerar como una persona vulnerable por su condición de jubilada, su edad y su estado de salud. A partir de allí, si el Estado no toma en cuenta estas particularidades para imponer su carga tributaria, no actúa racionalmente. Dice: “Que en el caso bajo examen ha quedado comprobado que: a) la actora contaba en 2015, al deducir la demanda, con 79 años de edad (fs. 6); b) padecía problemas de salud que no fueron controvertidos (fs. 56/56 vta.); y c) los descuentos realizados en su beneficio jubilatorio oscilaron en el período marzo a mayo de 2015 entre el 29,33% y el 31,94%, (fs. 41), y fueron reconocidos por la propia demandada. Tales circunstancias, comprobadas en la causa, convierten a la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional” (Cons. 19°).

Se trata entonces de distinguir en categorías de jubilados, pudiendo de esa forma diferenciar entre los que son vulnerables y los que no lo son. En nuestro sistema jurídico el Estado no realiza esta estratificación de los beneficiarios del sistema de previsión social. Agrega la Corte: “Es probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir —dentro del universo rotulado como ‘jubilados’— entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse —cuanto menos en sus trazos más notorios, que es lo que busca el legislador— a partir de la propia información registral en poder del Estado. Bastaría con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar subclasificaciones que conformaran estándares impregnados de justicia y simplificaran la tarea revisora de los tribunales” (Cons. 19°).

Ahora, esta clasificación que no realiza el Estado no puede ser establecida con alcances generales por el Poder Judicial que, deberá resolver caso por caso: “Que debe quedar en claro que no se pretende desde el Poder Judicial establecer, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias, cuál debe ser la capacidad contributiva de cada jubilado en concreto, pues ello equivaldría —desde el punto de vista lógico— a consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema, y —desde el punto de vista jurídico— asumir una tarea propia del legislador, violentando el principio republicano de la división de poderes. Lo que se pretende, ejerciendo competencias que son propias, es analizar —cuando un caso llega a la decisión del poder encargado de resolver— si en la causa el standard genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales. En tal hipótesis, lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que este —ejerciendo sus competencias constitu-

cionales— identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia” (Cons. 20°).

De alguna forma, luego de haber limitado la intervención de los jueces a los casos que individualmente resuelve y de acuerdo con las particularidades de vulnerabilidad de cada accionante, indica que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades regulatorias, son quienes deben modificar el sistema impositivo para tener en cuenta la presencia de contribuyentes vulnerados. Dijo el Tribunal: “Que habida cuenta de la relación de colaboración que debe existir entre los departamentos de Estado, corresponde hacer saber a las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones generales necesarias, que la omisión de disponer un tratamiento diferenciado para aquellos beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo (en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados), agravia la Constitución Nacional en los términos citados precedentemente” (Cons. 23°).

Los ministros del máximo tribunal recordaron la jurisprudencia de protección de los beneficiarios de la seguridad social en diversos ámbitos. Recuerda: “Que por lo demás, la decisión que se adopta en la presente causa se enrola dentro de la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de seguridad social, en las que el Tribunal se ha manifestado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando con sus decisiones hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad (art. 75, inc. 23). Con este objetivo, declaró la inconstitucionalidad de normas procesales que conspiraban contra la celeridad de los procesos previsionales (Fallos 328:566 ‘Itzcovich’); reconoció el derecho al reajuste de las prestaciones previsionales y la movilidad jubilatoria (Fallos 328:1602 ‘Sánchez’ y 329:3089 ‘Badaro’); admitió la actualización de las remuneraciones a los fines de los cálculos de los haberes jubilatorios (Fallos 332:1914 ‘Elliff’ y 341:1924 ‘Blanco’); reconoció el derecho a la devolución de los aportes voluntarios efectuados al sistema de capitalización (Fallos

337:1564 'Villarreal'); reconoció la naturaleza previsional de la renta vitalicia extendiéndole la garantía de la movilidad y garantizó la percepción de una suma equivalente al haber mínimo del régimen ordinario (Fallos 338:1092 y 339:61 'Etchart' y 'Deprati', respectivamente), y tomó diversas decisiones en materia de atribución de competencia judicial con el objeto de evitar la postergación injustificada, en la tramitación de las causas (Fallos 337:530 y 339:740 'Pedraza' y 'Constantino', respectivamente)" (Cons. 21°).

Sobre el final del voto recuerda la regulación procesal diferenciada respecto de las personas que integran los grupos vulnerables especialmente protegidos en las Reglas de Brasilia. Dijo: "Que en los términos citados es deber de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, expedirse en el caso, recordando que mediante acordada 5/2009 este Tribunal ha adherido a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, documento en el que se considera tales a quienes, por diversas razones, 'encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico' (confr. regla 3)" (Cons. 22°).

Finalmente, concluyen los ministros votantes por la mayoría: "Que dado que la misión más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema, corresponde ordenar que, hasta que el Congreso Nacional legisle sobre el punto, no podrá retenerse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias a la prestación previsional de la demandante. Asimismo, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ordenó el reintegro de los importes abonados por la actora con sustento en las normas declaradas inconstitucionales".

VI.3. La postura minoritaria. El voto del juez Dr. Carlos Rosenkrantz

Rosenkrantz, a partir de su labor como docente y doctrinario, viene defendiendo su postura política según la cual resulta necesario considerar seriamente la posibilidad de eliminar los derechos sociales de nuestros catálogos cons-

titucionales, a partir de entender que este tipo de derechos constituyen promesas imposible de cumplir que, al estar equiparadas a otras promesas que sí se pueden cumplir, terminan debilitando a estas últimas (como por ejemplo la promesa de defender los derechos civiles y políticos). Ha dicho que "la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución. Como los derechos civiles y políticos nos interesan a todos, entonces tenemos razones para cuidar la credibilidad de la Constitución, y para eso debemos remover los derechos sociales de nuestras constituciones" (109).

Sobre la posibilidad de judicializar derechos sociales también manifestó su oposición, por ejemplo, al afirmar: "La falta de una tecnología de la justicia es una objeción importante en contra del estatus constitucional de los derechos distributivos. Si los tribunales no tienen el conocimiento para diseñar el conjunto de instituciones necesarias para realizar la justicia distributiva no podemos pensar que ellas sean las entidades a las que debemos recurrir en nuestra lucha contra la pobreza y la desigualdad" (110).

En su voto en disidencia el magistrado Rosenkrantz propone hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por el Fisco, dedicando parte de sus considerandos a rebatir los argumentos expresados por la Cámara Federal de Paraná para declarar la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias en su sentencia. Así atacó las afirmaciones de la alzada sobre el carácter de renta de la jubilación, la existencia de una doble imposición y la afectación de la integridad del haber jubilatorio por el impuesto a las ganancias. En ello fundó su decisión.

También dio tratamiento a las funciones del poder legislativo en materia impositiva y al concepto de justicia social receptado constitucionalmente.

Al analizar la confiscatoriedad del impuesto en el caso concreto, puso en evidencia lo que considero es el punto más débil del precedente-

(109) ROSENKRANTZ, Carlos, "La pobreza, la ley y la constitución", SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers, p. 247.

(110) *Ibidem*, p. 247.

te en cuestión: las condiciones de vulnerabilidad concretas y reales de la actora. Dijo el Dr. Rosenkrantz: “En el caso, no se ha acreditado que una retención del orden del 30% en concepto de impuesto a las ganancias sea confiscatoria ni irrazonable. Por el contrario, la actora solo ofreció prueba relativa al pago de un servicio de telefonía, cuyo costo representaba el 0,68% del haber jubilatorio percibido en el mes de mayo de 2015. Debe destacarse, además, que la actora, en mayo de 2015 —tal como ella misma ha documentado— percibió un monto total en concepto de haberes jubilatorios de \$ 81.503,42, época en la cual el haber medio de jubilaciones y pensiones del país era de \$ 5.179 (fuente: ANSeS Datos Abiertos, disponible en: <https://www.anses.gob.ar/informacion/datos-abiertos-pasivos>, último acceso 21 de marzo de 2019). Por lo tanto, el haber de la actora era más de 15 veces superior al haber medio de nuestro país, lo que muestra elocuentemente que se encuentra en una mejor situación que la mayoría del colectivo de jubilados y pensionados. En relación con la invocación de problemas de salud, la actora no aportó prueba alguna de cuáles serían los gastos normales asociados a los problemas de salud ni indicó qué problema de salud específico la afectaría. De hecho, entendió que no hacía falta hacerlo pues ella misma consideró que la cuestión era de puro derecho”.

A lo largo de los considerandos de su voto no aborda —para resolver el caso— las implicancias de aplicar el art. 75, inc. 23, en parte porque —como adelantamos— la accionante no planteó su violación ni tampoco fue utilizado en su argumentación por los jueces que intervinieron en la causa en primera ni segunda instancia. A los efectos de este trabajo, quiero detenerme en los razonamientos expuestos por el magistrado en el considerando 18 donde analiza —en un *obiter dictum*— la argumentación referida a la aplicación al caso de las medidas de acción positivas dispuestas en el inc. 23 del art. 75 de la CN, en clara respuesta a la postura mayoritaria. Veamos.

“El art. 75, inc. 23 de la CN tampoco constituye fundamento suficiente para la declaración de inconstitucionalidad. En efecto, esta norma dispone que corresponde al Congreso dictar medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejerci-

cio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, ‘en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad’” (111).

Agrega: “La mención en el texto constitucional de ciertas categorías de personas o la vulnerabilidad con la que a ellas comúnmente se asocia no exime a dichas personas, por esa sola circunstancia, de la obligación de pagar los tributos que el Congreso establezca para afrontar los gastos del Estado. Ello es así pues la mención en el texto constitucional de una determinada categoría de sujetos no implica de ninguna manera reconocer a dichos sujetos derecho constitucional alguno a un tratamiento impositivo preferente, distinto al del resto de los contribuyentes. Si la mera pertenencia a las categorías de personas mencionadas en el art. 75, inc. 23 requiriese un tratamiento impositivo preferente, deberían admitirse una conclusión que parece inaceptable, por ejemplo, que las mujeres, por el solo hecho de ser mujeres, deberían estar eximidas de pagar cualquier tributo o deberían pagar un porcentaje menor que los hombres”.

Con estos parámetros teóricos resuelve el caso de la siguiente forma: “Por consiguiente, en el presente caso, aun cuando la edad de la actora al momento de iniciar la demanda (79 años) pueda determinar que, en la mejor interpretación del art. 75 inc. 23, deba incluírsela en la categoría ‘persona anciana’ y que, por lo tanto, puedan tomarse medidas de acción positiva a su respecto, no implica que la actora tenga, por el hecho de pertenecer a esa categoría, un derecho a no tributar. En conclusión, la imposibilidad de extraer consecuencia alguna para resolver esta causa mediante referencias al art. 75, inc. 23, de la CN, sumada a la ausencia de

(111) Agrega en su voto: “En palabras del señor Convecional por Buenos Aires Juan Pablo Cafiero, miembro informante del despacho de mayoría en la reforma constitucional de 1994, la inclusión del inciso vinculado a las acciones positivas respondió a ‘la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aun frente a la igualdad jurídica. Falta conectar esa igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad’ (Convención Nacional Constituyente, 22 reunión, 2 de agosto de 1994, Obra de la Convención Nacional Constituyente, t. V, p. 5182)”.

prueba del carácter confiscatorio o irrazonable del gravamen en las particulares circunstancias de la actora, justifica la revocación de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el *a quo*”.

VI.4. Las personas mayores como grupo vulnerable de especial protección estatal

En el caso en análisis la Corte pone en claro que en su argumentación cobra relevancia la condición de las personas mayores como determinante de su vulnerabilidad y la necesidad de una respuesta protectoria diferencial por parte del Estado aún en ámbitos como el del régimen tributario. Esta misma condición derivada del envejecimiento de las personas, que tradicionalmente dio fundamento a los derechos previsionales y de la seguridad social, adquiere relevancia a la hora de analizar el sistema impositivo y el régimen tributario del Estado e impacta en cuestiones propias del derecho tributario como los conceptos de capacidad contributiva, confiscatoriedad, mínimos imposables, etc.

Se trata de abordar a la ancianidad y a las personas mayores como sujetos especialmente vulnerables, a los que el Estado debe un tratamiento diferenciado, no únicamente a través de los sistemas de seguridad social, sino también mediante la regulación tributaria que los alcanza. En palabras de la Corte, a partir de la reforma constitucional de 1994; “resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un comportamiento estanco, destinado a ser autosuficiente a cualquier precio, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales” (Cons. 15).

En el sistema interamericano se adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores el 15 de junio de 2015, un instrumento de protección específico para la protección de las personas mayores, justamente debido a la situación de vulnerabilidad que podrían enfren-

tar. Dicho instrumento se encuentra en vigencia desde el 11 de enero de 2017 y tiene jerarquía constitucional a partir de la ley 27.700. El art. 2° de dicho instrumento establece: “A efectos de la presente Convención se entiende por: ‘persona mayor’: aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Muelle Flores vs. Perú”, en ocasión de analizar el derecho a la seguridad social, afirmó que estos mecanismos funcionan como un “medio de protección para gozar de una vida digna. Las pensiones de vejez son de por sí, otorgadas a personas mayores, quienes, en algunos supuestos, como en el del señor Muelle Flores, se encuentran en una situación de vulnerabilidad” (112).

También el Tribunal dio tratamiento a los derechos de otra persona mayor, esta vez expidiéndose sobre la obligación estatal de garantizar su derecho a la salud, en el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” (113), volviendo a centrar sus argumentos en torno a la vulnerabilidad de las personas en la etapa de su vejez (114). Si bien en otros precedentes la Corte abordó situaciones relacionadas con el derecho a la salud de personas mayores (115), en este caso destacó

(112) Corte IDH, “Muelle Flores Vs. Perú”, Serie C-375, sentencia del 06 de marzo de 2019.

(113) Corte IDH, “Poblete Vilches y otros Vs. Chile”, sentencia del 08 de marzo de 2018.

(114) Advierte el Tribunal que: “La Corte utilizará el término persona mayor en la presente Sentencia, al haberse adoptado en el artículo segundo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Adoptada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la OEA. Entrada en vigencia el 11 de enero de 2017. No obstante, por razones de temporalidad, el citado dispositivo no resulta exigible en relación con los hechos del caso en análisis”.

(115) Recuerda el Tribunal que en el Caso “Comunidad Indígena Yake Axa Vs. Paraguay”, la sentencia hizo alusión somera con relación a “que las personas de edad avanzada deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”. Por su parte, en el caso “García Lucero y Otras Vs. Chile”, la Corte reconoció, en el rubro de reparaciones, la situación de vulnerabilidad de la víctima por su condición de adulto mayor.

que se trataba de la oportunidad de pronunciarse por primera ocasión de manera específica sobre estos, reafirmando que las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, se exige a los Estados la adopción de medidas diferenciadas. Dijo: “la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia”.

Es relevante el avance jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García vs. AFIP”, ya que da un paso más en el tratamiento preferencial de las personas mayores, reforzando los razonamientos sobre la protección de la salud y seguridad social de los ancianos, e ingresando a áreas de mayor trascendencia económica como la modulación de la política recaudatoria de los Estados. Para ello, es necesario identificar la vulnerabilidad de este grupo de personas, y a partir de ese núcleo de subjetivación, extender sus consecuencias protectorias a distintos ámbitos de regulación pública, como el del régimen tributario.

Siguiendo la línea argumental de la Corte nacional, los fundamentos normativos para argumentar la pertenencia de las personas que se encuentran en su vejez dentro de un grupo vulnerable especialmente protegido, los podemos encontrar en los siguientes instrumentos centrales:

El art. 75, inc. 23 de la CN dispone que corresponde al Congreso nacional: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Como explica Rodolfo Hugo Lagar, dicho inciso es una “[n]orma que permite calificar al colectivo de la ancianidad con un reconocimiento expreso y perteneciente a grupos de vulnerabi-

lidad; a la par de brindar un importante marco que sirvió y sirve de fundamento para desarrollar políticas del Estado” (116).

Sin embargo, como lo analiza María Isolina Dabove, la protección derivada del nuevo régimen constitucional reformado en 1994 realiza una protección de los ancianos desde la perspectiva de la seguridad social y el derecho a la salud en ella incluido. Dice esta profesora respecto de dicho bloque constitucional: “Ahora bien, aunque todo ello ha significado un gran avance para nuestro campo, estos instrumentos de derechos humanos ofrecen un marco de protección a las personas mayores que resulta parcial e ideológicamente sesgado. En efecto, el bloque de constitucionalidad contiene tratados, declaraciones y convenciones que continúan vinculando a la vejez con la seguridad social y con el derecho de familia, dejando afuera temáticas propias de la autonomía personal, los cuidados, los derechos de inclusión y participación social y ciudadana entre otras” (117).

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, identifica al grupo de personas vulnerables (en su art. 2° define a la “Persona Mayor”), así como las obligaciones de los estados de tener políticas diferenciadas respecto de ellos (derivado de los principios de su art. 3°: “atención preferencias”, inc. k: “El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor”, inc. l, y de la obligación de su art. 4° de “garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos) y de adoptar medidas afirmativas” (art. 4°, inc. d).

VII. Conclusiones

En mi opinión quedó acreditado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente analizado, dejó —en materia tributaria— la mirada clásica de la igualdad jurídica (art. 16 CN), para reemplazar dicho principio

(116) LAGAR, Rodolfo Hugo, “Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1994 y después”, *Ab-Revista de Abogacía*, año IV, nro. 6, mayo de 2020.

(117) DABOVE, María Isolina, “Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 145.

Cfr. Caso “Comunidad Indígena Yake Axa Vs. Paraguay”, supra, párr. 175, y Caso “García Lucero y otras Vs. Chile”. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 267, párr. 231.

por una versión estructural de la igualdad (art. 75, inc. 23 CN).

Como puede apreciarse desde el inicio del presente estudio de finalización de posgrado, coincido con la construcción dogmática constitucional que realiza la mayoría en el precedente jurisprudencial de nuestro máximo tribunal en el caso “García”, sin dejar de pensar si el caso seleccionado para realizarla era el más apropiado.

Es decir, resulta claro y no se discute en autos que la señora María Isabel García era al momento de iniciar la demanda una persona jubilada y, por el dato objetivo de su edad, también era también una persona mayor o anciana. Ahora bien: ¿solo esta circunstancia habilita el mecanismo del tratamiento diferenciado a través de medidas de acción positiva dispuesto en el art. 75, inc. 23 de la CN?

La doctrina mayoritaria coincide en sostener la inconstitucionalidad del pago del impuesto a las ganancias respecto de las jubilaciones, pero no en forma genérica y para todos los casos, sino a partir de una evaluación de las particularidades de cada uno de ellos.

El enfoque diferencial considera a la Constitución como un instrumento necesario para poner en marcha las medidas de acción positiva que tiendan a construir y asegurar la igualdad estructural, pero exige que quienes tienen competencia para dictar normas generales, establezcan pautas de clasificación que sea aplicable al universo de personas que se encuentran incluidas en el grupo vulnerable de personas mayores.

VIII. Bibliografía complementaria

AHUMADA, Guillermo, “Tratado de Finanzas Públicas”, Ed. Assandri, Córdoba, 1948.

ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (coords.), “El derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

CABRAL, Pablo Octavio; CASÁS, José O., “Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

DAHL, Robert A., “La igualdad política”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

DE BARROS CARVALHO, Paulo, “Derecho tributario. Fundamentos jurídicos de la incidencia”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2002.

DE DIEGO, Julián A., “La inconstitucionalidad del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios”, TR LALEY AR/DOC/839/2019.

DEVEDIA, Gabriel, “Impuesto a las Ganancias a los jubilados”, TR LALEY AR/DOC/807/2019.

EINAUDI, Luigi, “Principios de Hacienda Pública”, AGUILAR, M. (ed.), Buenos Aires, 1948.

FERRAJOLI, Luigi y otros, “El principio de igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

FITOUSSI, Jean Paul y ROSANVALLON, Pierre, “La nueva era de las desigualdades”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2010.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela e IBÁÑEZ MARTÍNEZ, María Luisa, “El reto de la efectiva igualdad de oportunidades”, Comares Editores.

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

GODFARB, Mauricio, “Impuesto a las ganancias sobre jubilaciones y pensiones. Corsi e recorsi de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 2, nro. 1, junio 2021, ps. 179-206.

JARACH, Dino, “Finanzas públicas y derecho tributario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

JOAO BOSCO, Coelho Pasin, “Derecho Tributario y Ética”, Heliasta, Buenos Aires, 2010.

KAUFMAN, Gustavo Ariel, “Dignus Inter Paes. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

LUQUI, Juan Carlos, “Derecho Constitucional Tributario”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.