

Sumarios

1. La función administrativa y su dimensión social. - 2. Sobre el principio de igualdad y sus diferentes sentidos. 2.1. La generalización del principio constitucional de igualdad. 2.2. La igualdad en la era de las nivelaciones. 2.3. La igualdad ante la ley y la razonabilidad. 2.4. La llamada paradoja de la igualdad. 2.5. La igualdad real de oportunidades y la cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social (art. 75, inc. 23, párr. 1º, e inc. 19, CN). La discriminación racial. - 3. Justicia e Igualdad. - 4. Acerca de las especies de igualdad. Los criterios de la igualdad distributiva. - 5. Justicia distributiva y políticas distributivas.

La dimensión social de la actividad administrativa y sus principios rectores(*)

1

La función administrativa y su dimensión social

Cualquiera sea el criterio que se utilice para definir la función administrativa (orgánico, material o mixto), su tétesis radica siempre en la realización del bien común, que es el fin primordial que persigue el Estado en las diferentes actividades que lleva a cabo ampliando, estimulando o restringiendo los derechos de los particulares.

Por de pronto, el bien común no es el bien del Estado, como predicen algunas concepciones cargadas de ideología. Tampoco es exclusivamente el bien de la sociedad a expensas del bien particular o individual.

La idea que preside el bien común es totalizadora en el sentido de que concierne al conjunto de condiciones que hacen más plena y digna la vida del hombre en la comunidad (local, nacional e, incluso, internacional). Sobre esto último, en la década del noventa, Amartya Sen advirtió que el crecimiento económico no implicaba, por sí mismo, el desarrollo humano y que había que mirar, además del crecimiento del PBI, otros factores como la esperanza de vida, la enseñanza primaria y la educación superior junto al nivel de vida para, recién entonces, obtener un índice de desarrollo humano que refleje la realidad social de un país. A todo ello se adiciona el objetivo primordial de alcanzar la paz de la sociedad.

En este sentido, una conocida ONG, la Social Progress Imperative, que recibe el asesoramiento de la Academia de Harvard Business School y del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), ha desarrollado un Índice de Progreso Social (IPS) que, según el Banco Interamericano de Desarrollo, “permite tener una mejor visión de la realidad”(1). Nuestro país está calificado, conforme a dicho índice, en el puesto 38 entre 133 naciones, por debajo de Chile y de Uruguay, lo que deja muy atrás la posición que teníamos hace 100 años, como sexta potencia mundial. Esta es otra prueba de los efectos de las políticas populistas que hemos practicado e impuesto durante la mayor parte del siglo pasado.

Así, la actividad que despliega la Administración -en paralelo con el Parlamento y los jueces- cumple una función social de primer orden que tanto puede beneficiar a una persona individual o un grupo de personas como a la sociedad o a un sector de ella, en la medida en que ese accionar no contrarie los principios fundamentales del Estado de derecho.

En el mundo actual, particularmente en comunidades de Iberoamérica, uno de los objetivos primordiales que guían la acción administrativa es la eliminación o superación de la pobreza y marginamiento social. Claro está que la consecución de este objetivo no queda librada al solo arbitrio de la Administración. Se necesita una recíproca interacción con el Poder Legislativo en un escenario en el que la justicia debe actuar siempre como un poder imparcial e independiente de los intereses en juego.

Como se verá más adelante, la dimensión social de la actividad administrativa no se agota con la realización de las diferentes especies de justicia, ya que incluye principios también de política distributiva que se vinculan con los principios de equidad y solidaridad social, principios que, lejos de ser absolutos, deben armonizar con el cuadro de derechos fundamentales de las personas.

El Estado populista predica la igualdad real como principio opuesto a la igualdad ante la ley, en la que coinciden sectores progresistas de buena fe con partidarios del populismo latinoamericano que postula la izquierda radicalizada. Esta postura relega la trascendencia que tiene el legítimo principio de igualdad de oportunidades, el cual se opone a la igualdad real, puesto que carecería de sentido brindar oportunidad de crecimiento educativo, social y económico a las personas si todas ellas resultan finalmente igualadas por obra del Estado. Por lo demás, una igualación real no pasa de ser una utopía, pues al día siguiente los patrimonios comienzan a desigualarse a raíz de actos voluntarios de los igualados, a los que no puede privarse, por ejemplo, de la facultad de disponer de los bienes recibidos como consecuencia de la igualación (por ejemplo, ventas, donaciones, pérdida en los negocios o en el juego, etc.). La prestación de servicios esenciales (agua, luz, transporte, etc.) no implica medidas de igualación, sino actividades que hacen a la dignidad de las personas, fundada en la solidaridad y equidad social que tiende a mantener la cohesión dentro de la sociedad procurando evitar las carencias de la población marginada.

2

Sobre el principio de igualdad y sus diferentes sentidos

2.1. La generalización del principio constitucional

de igualdad

Un dato no muy divulgado que proporciona la historia comparada de los derechos fundamentales revela que Jean-Antoine Nicolas Caritat, marqués de Condorcet, una suerte de “filósofo universal” (según Voltaire) que sirvió de enlace entre la Ilustración y la Revolución, fue el primero en elaborar un Proyecto de Constitución en el que la igualdad era la base de los demás derechos en el marco de un modelo constitucional republicano. En su proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Civiles y Políticos de los Hombres de 1792, que presentó a la Asamblea francesa, definió el principio en el art. 1º de la siguiente forma: “Una Constitución republicana que tenga como base la igualdad es la única conforme con la naturaleza, con la razón y la justicia, la única que puede conservar la igualdad de los ciudadanos y la dignidad de la especie humana”(2).

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

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

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

La construcción integral del principio no debe olvidar que si la igualdad tiene por fin proteger la dignidad del hombre, la desprotección que algunas legislaciones dejan a los seres humanos concebidos (que obviamente no pueden defenderse) al legalizar el aborto implica impedirles a las personas por nacer el derecho humano más fundamental de todos que es el derecho a la vida, dado que esos seres son personas humanas desde su concepción en el seno materno(3), como fue reconocido durante el siglo XIX y buena parte del XX por los antiguos liberales que (ya fueran ateos o agnósticos) tenían plena conciencia de los principios del derecho natural y de los derechos fundamentales del hombre.

2.2. La igualdad en la era de las nivelaciones

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

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

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

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

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

2.3. La igualdad ante la ley y la razonabilidad

Si se acepta como válido el razonamiento hecho por Finnis al sostener que la fórmula de Hart de la igualdad presenta un carácter residual en la justicia distributiva, hay que apuntar, en definitiva, a los criterios de razonabilidad práctica para justificar las desigualdades. En cualquier caso, la igualdad ante la ley que predica el art. 16 de la CN presenta una serie de características que traducen pautas derivadas del principio de razonabilidad (art. 28, CN) para declarar tanto la inconstitucionalidad de una ley o reglamento como de un acto administrativo, particularmente frente a supuestos de decisiones administrativas que apliquen la ley en forma desigual(8). Por este motivo, como la igualdad no se limita a exigirla solo ante la ley formal o material, al ser un principio de mayor amplitud, corresponde hablar de “igualdad jurídica”(9).

En nuestro país, la doctrina del derecho público no ha abordado la tarea de realizar una construcción dogmática completa sobre el principio de igualdad jurídica, que es una exigencia de justicia y, por tanto, de razonabilidad(10), y, en general, acude a las categorías inorgánicas que se extraen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo cual no deja de ser una paradoja, puesto que en el gran país del norte la igualdad racial, por ejemplo, recién se impuso en la segunda parte del siglo XX, mientras que en Europa llevaba más de un siglo de antigüedad con lo que es evidente, por lo demás, que allí otorgaron, durante muchos años, una fuerte preferencia a la libertad por sobre los otros derechos fundamentales(11). La razón que justifica el rumbo adoptado por la generalidad de nuestro derecho constitucional probablemente obedezca a la inclinación histórica que lo lleva a seguir a rajatabla el modelo de la Constitución estadounidense y sus categorías jurisprudenciales, junto al mayor desarrollo que allí ha tenido -con sus vaivenes- la doctrina de la razonabilidad. En cualquier caso, no es posible obviar que la construcción de nuestro art. 16, que proviene del Proyecto de Alberdi(12), basado en una mixtura entre antecedentes europeos y estadounidenses (la Constitución de Virginia de 1776 y el art. 6° de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa de 1789), sea mucho más sobria y precisa(13), no obstante predicar también una igualdad formal: la igualdad ante la ley.

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

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

Mientras la llamada razonabilidad ponderativa es una operación por la que se pondera o pesa (metafóricamente como en una balanza) el sentido axiológico o finalístico del antecedente y consecuente de la norma y la proporción que existe entre ellos(14), la otra especie de razonabilidad opera en la selección de las circunstancias del caso o propiedades (en sentido lógico) que integran el antecedente y el consecuente, sin acudir a un término de comparación(15), como acontece con el principio de igualdad ante la ley.

La primera (razonabilidad ponderativa) coincide con la teoría estadounidense del debido proceso sustantivo (institución jurídica en la que la jurisprudencia estadounidense aloja esta peculiar violación del principio de los derechos fundamentales) y consiste en una operación de imputación normativa (the balance of convenience rule) mediante la cópula “deber ser”(16).

En la segunda (razonabilidad de elección o de igualdad) “se tiene en cuenta lo imputado al elegir las circunstancias o propiedades que componen el antecedente y el consecuente incurriéndose en irrazonabilidad cuando se formulan distinciones sin fundamento axiológico suficiente (...) lo que ocurre si los hechos o conductas erigidos en diferencia específica, fundamento de una diferencia de trato, son determinados arbitrariamente”(17), conclusión que también postula la doctrina germana y el Tribunal Constitucional alemán(18) con posterioridad a la formulación teórica efectuada por Linares.

2.4. La llamada paradoja de la igualdad

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

Esta situación que para Alexy constituye la paradoja de la igualdad(19) se presenta generalmente como un complejo dilema que conduce a elegir entre dos principios opuestos. El intento de articularlo en un principio unitario genera confusiones y se halla fuertemente influido por las concepciones ideológicas de cada autor. Además, el reconocimiento del principio de igualdad de hecho y su puesta en práctica en forma imperativa por el Estado genera un conjunto de dificultades de envergadura(20) que aconsejan dejarlo dentro de la esfera de competencia del legislador, cuya libertad de configuración ha de prevalecer en el Estado de derecho.

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

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

completa, que busca el bien común de la plena realización de todos sus miembros, la distinción falla (i) porque la realización de las personas incluye entre sus aspectos intrínsecos (en cuanto distintos de los medios puramente extrínsecos) la oportunidad de comprometerse en determinados procesos (tales como dar y recibir, elegir los propios compromisos y en qué invertir la habilidad o el esfuerzo, etc.), y (ii) porque la existencia de tal comunidad es de realización radicalmente ilimitada, con miembros que están continuamente naciendo en ella, marchándose y muriendo, de tal manera que ni un solo espacio de tiempo (por referencia al cual podría valorarse un modelo como justo en sentido puramente distributivo) tiene la condición privilegiada de una ‘situación final’”(21).

Además de todo ello, las políticas distributivas fundadas en el “igualitarismo social” (que poco tienen que ver con el fundamento de la justicia social), más bien emparentado con tendencias socialistas totalitarias vinculadas al marxismo o con un jacobinismo insostenible en el mundo actual, suponen un enfoque omnicompreensivo de la igualdad que colisiona con el discutido problema de la relación entre la libertad y la igualdad(22).

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

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

Tal como ha dicho Finnis, “el sueño de una justicia puramente distributiva comparte con el consecuencialismo utilitarista la ilusión de que el bien humano es adecuadamente justificable, la ilusión de que la búsqueda del bien común es la búsqueda de un objetivo alcanzable de una vez por todas, como hacer una omelette y la ilusión de que es razonable postular un punto o espacio de tiempo privilegiado por referencia al cual las consecuencias de las acciones podrían teóricamente ser resumidas y evaluadas, asignadas y distribuidas”(23).

2.5. La igualdad real de oportunidades y la cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social (art. 75, inc. 23, párr. 1º, e inc. 19, CN). La discriminación racial

La reforma constitucional de 1994 y el nuevo estatus constitucional que en ella se asigna a determinados tratados internacionales (art. 75, inc. 22, CN), más que la cuestión inherente a la opción entre igualdad de hecho o material y la igualdad jurídica que traduce el concepto de igualdad que prescribe el art. 16 de la CN(24), plantea la de determinar el alcance de los preceptos constitucionales en lo que respecta a la posibilidad de que generen derechos subjetivos a favor de los particulares. En otros términos, si se trata o no de cláusulas programáticas o de operatividad derivada (en la terminología actual de la Corte Suprema) o si, en cambio, constituyen pautas o guías de acción legislativa que entran dentro de la libertad de configuración de los medios para alcanzar los fines constitucionales que corresponde al legislador, cuya responsabilidad, en este punto, es básicamente política (sin excluir el control judicial de razonabilidad sobre las medidas que adopte).

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

Al incluir dichas normas entre las atribuciones del Congreso resulta obvio que no se trata de la consagración de derechos constitucionales que den base para efectuar reclamos judiciales con fundamento en tales preceptos, los cuales poseen una clara naturaleza programática(25) y no directamente operativa. Es evidente que la selección de las políticas legislativas en esas materias traduce el ejercicio de los poderes discrecionales del Congreso y que no es posible demandar al Estado para que dicte determinadas medidas(26), ello sin perjuicio del control de razonabilidad que hagan los jueces sobre las leyes, reglamentos y actos administrativos.

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

Constitución. De ese modo, la CN reconoce un derecho fundamental al mantenimiento del cupo femenino que prescribe la ley 24.012, lo que supone una “discriminación inversa” que, a primera vista, luce irrazonable, dada la igualdad humana ontológica que existe entre el hombre y la mujer. Por ello, la llamada discriminación inversa contradice el art. 16 de la CN.

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

En lo que atañe a la discriminación racial, si bien no ha sido un problema que se haya planteado entre nosotros, cabe apuntar que tras la reforma de 1994, también adquirió estatus constitucional la Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El art. 1º de esta Convención - en el inc. 1º- define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la actividad pública”, y prescribe además la prohibición de discriminar entre ciudadanos y no ciudadanos (inc. 2º) y la interdicción de consagrar discriminaciones contra alguna nacionalidad en particular (inc. 3º)(27).

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

3

Justicia e igualdad

La justicia supone una relación de igualdad cuyo objetivo final es siempre la realización del bien común en las distintas especies de justicia, aun en la llamada justicia particular(28).

La noción de justicia se integra con tres elementos: a) es una relación de alteridad, o sea intersubjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (solo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo), b) lo debido (el debitum) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo y c) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas(29).

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

La justicia general, también llamada legal, ordenaba todas las relaciones humanas (tanto las de las partes con la comunidad como las de las partes entre sí), así como las demás virtudes al bien común. Se parte del principio que reconoce que “la parte, en cuanto tal, es algo del todo, donde todo el bien de la parte es ordenable al todo”. De ello se sigue que la materia común de esta clase de justicia es la esfera de actuación de las demás virtudes, pues todos los actos del hombre deben orientarse al bien común, “al menos de una manera negativa y mediata”(30).

Se desprende de esta doctrina que “no hay plenitud fuera de la sociedad, y la condición primordial de la existencia de la sociedad es la primacía del bien común. Se trata de la relación de reciprocidad entre lo individual y lo social”(31). Por cierto que el bien común, aunque debe ser su objetivo primordial, no se identifica con el Estado ni con las concepciones populistas que deforman la raíz filosófica del principio de prevalencia del bien común que se encuentra regido por la regla de la subsidiariedad.

Subordinada a la justicia legal o general se encuentra la justicia particular, cuyas especies son las llamadas justicias conmutativa y distributiva. Al explicar estas formas de la justicia, Tomás de Aquino expresa que “la justicia particular se ordena, a una persona privada, que respecto a la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes”(32).

En la justicia conmutativa, la igualdad se establece de objeto a objeto (salvo que la condición personal sea causa de reales distinciones), mientras que en la justicia distributiva la igualdad que se realiza es proporcional a la condición de la persona y a las exigencias del medio social(33). En cuanto al reparto que se opera en la justicia distributiva, hay que tener presente que la medida de esas condiciones debe

guardar proporción con la calidad, la aptitud o la función de cada uno de los miembros del cuerpo social(34).

Para resolver los problemas de distribución no hay una única fórmula universalmente aplicable(35) y habrá que estar a aquellos criterios que se desprenden de la razón práctica, o sea, de las llamadas reglas de la razonabilidad práctica.

El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella(36).

Seguimos pensando que el desarrollo actual de los derechos público y privado no admite en absoluto la identificación del derecho público con la justicia legal y distributiva, ni del derecho privado con la justicia conmutativa(37).

Los numerosos ejemplos que ofrece la realidad actual del mundo jurídico confirman la conclusión que acabamos de sustentar, ya que puede advertirse que mientras el derecho privado incorpora normas y se ocupa de relaciones fundadas en la justicia distributiva (v. gr., en materia laboral y derecho de las asociaciones), el Estado acude, en el ámbito del derecho público, a la concertación de acuerdos con los particulares, cuyas prestaciones se determinan, equilibradamente, por un acto conmutativo, en el que el débito y el crédito tienen una directa relación entre sí en función de la cosa debida y no de la persona o exigencia sociales (v. gr., el contrato de suministro)(38).

De otra parte, el Estado, no suele tener, muchas veces, la administración del bien común en un sentido exclusivo e inmediato, ya que este puede realizarse por las llamadas asociaciones intermedias, las cuales pueden configurarse -en el plano jurídico- como personas públicas no estatales o como personas jurídicas privadas(39). Corresponde señalar, por último, que en el marco de las transformaciones que se vienen operando en el mundo tras la caída del socialismo, Juan Pablo II, al promulgar la encíclica *Centesimus Annus*, destacó la positividad del mercado y de la empresa, siempre que estén orientados a la realización del bien común(40).

Por influencia de la doctrina social de la Iglesia se ha introducido una nueva denominación de un tipo específico de justicia, frecuentemente utilizado a partir de la encíclica *Quadragesimo anno* de León XIII, que aparece directamente relacionada con las exigencias del bien común y los deberes del Estado y de las personas, en aplicación de los principios de solidaridad y de subsidiariedad, para subsanar las carencias sociales y para proteger los derechos de los trabajadores y operarios. Es la llamada justicia social, que se ha considerado equivalente a la justicia legal o general(41).

Con base en la clásica formulación tomista sobre las distintas especies de justicia, puede concebirse a la justicia social como aquella que comprende todo el movimiento circular del acto justo, es decir, tanto la justicia general como la justicia particular (distributiva y conmutativa)(42). La circunstancia de incluir la justicia particular se explica por el hecho de que las obligaciones que se imponen a las personas no se orientan hacia la comunidad, sino a las partes de la relación. Hay que advertir que el término “conmutación” no se circunscribe a los intercambios, sino que se refiere a una expresión del latín clásico *commutatio* que equivale a cambio, con lo que, al dejar de lado “los problemas de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo a los grupos)”(43).

4

Acerca de las especies de igualdad. Los criterios de la igualdad distributiva

Los caminos de la filosofía y los del derecho no siempre han confluído. Mientras desde el punto de vista filosófico clásico se concibe la igualdad como una proporcionalidad(44) que alude a un cierto equilibrio o contrapeso establecido conforme a la razón práctica, el derecho constitucional decimonónico y los ordenamientos subsiguientes acuñaron un concepto jurídico de la igualdad: la igualdad ante la ley.

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

A su vez, en el marco constitucional positivista, en el que prevalecía la concepción formal que predicaba la igualdad ante la ley, la tendencia más evolucionada llegó a propugnar una fórmula que pretendía cumplir con el dogma de la plenitud del ordenamiento y, sobre todo a través de Hart, difundió la idea de que la igualdad consiste en “tratar como semejantes los casos semejantes y de manera diferente los casos

diferentes”(45), a la que considera un elemento central de la noción de justicia, si bien reconoce que en sí mismo es incompleto y que mientras no se lo complemente, no puede utilizarse como guía de la conducta a seguir. Para ello considera necesario que se establezca un criterio relevante para establecer las semejanzas y diferencias o lo que equivale a reconocer que la fórmula es, en sí misma, una fórmula vacía de contenido, como lo prueba el propio Hart cuando se refiere a los distintos criterios que justifican el trato diferenciado en la justicia distributiva. Finnis se ha dado cuenta de la deficiencia de la fórmula y la resuelve afirmando que lo que importa es cuáles son aquellos principios que le permiten “valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de determinada manera) prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así”(46). Pone como ejemplo el principio que prohíbe la tortura, el cual es incontrastable, pues se aplica a los desiguales del mismo modo que a los iguales, en todos los casos. El pensamiento de Finnis sobre esta regla consiste en reconocer que todos los miembros de una comunidad gozan por igual del derecho a una consideración respetuosa, aunque para resolver problemas de justicia distributiva la igualdad sea un principio residual, que se aplica cuando otros criterios no son suficientes, no para realizar la igualdad sino el bien común, que puede sintetizarse en la realización plena de la vida y de los bienes humanos básicos por parte de todos los miembros de una comunidad.

Y aun reconociendo que no existen patrones precisos para valorar estas cuestiones acude -siguiendo en esto a Hart(47)- a la necesidad, como criterio principal de distribución, el que completa con otros criterios, como (i) el de la función, referido no directamente al bien humano básico sino a los roles y responsabilidades de cada uno en el seno de la comunidad, (ii) a la capacidad para cumplir con los roles en las empresas comunes y respecto de las oportunidades para el progreso individual (v. gr., el acceso a la educación superior), (iii) los méritos y los aportes que derivan del sacrificio propio o del esfuerzo y habilidad de las personas y (iv) en la distribución para compensar los costos y las pérdidas de una empresa en la que lo equitativo dependerá de si las personas han creado o al menos previsto y aceptado riesgos evitables, mientras otras personas ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, de evitarlos o de asegurarse contra dichos riesgos. De lo que se trata, en definitiva, no es de evaluar estados de cosas, sino la exigencia de la razonabilidad práctica en cuanto a personas determinadas en sus tratos recíprocos(48).

Lo cierto es que la distinción entre justicia distributiva y conmutativa no constituye más que una forma tendiente a facilitar el análisis y que, como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos, muchas acciones del Estado, y aun de los particulares, son a la vez “distributiva y conmutativamente justas (o injustas)”(49).

En cualquier caso, la igualdad no constituye un principio absoluto sino relativo, habida cuenta de que, salvo el derecho a la vida y sus derivados (v. gr., prohibición de tortura), no existen principios ni derechos absolutos y estos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN). La jurisprudencia de la Corte ha sostenido en forma expresa(50) el carácter relativo del principio de igualdad.

5

Justicia distributiva y políticas distributivas

El error de considerar que la justicia distributiva era la justicia del Estado(51), proveniente de la obra del cardenal Cayetano, provocó un sinnúmero de confusiones. La primera consistió en identificar la justicia distributiva con el derecho público, aspecto del que nos hemos ocupado precedentemente. Otro error ha consistido en no distinguir entre justicia distributiva y políticas distributivas, postura que subyace en muchas de las concepciones que en la actualidad se sostienen.

Mientras la política distributiva encierra un contenido más amplio que, si bien puede dar lugar a la creación, por vía legal, de relaciones propias de la justicia distributiva, esta última constituye siempre una relación de alteridad. La política distributiva, las más de las veces, se traduce en decisiones de política económica, social (sanitaria y educacional), que entran en el campo de lo discrecional, no obstante existir el deber genérico de los gobernantes de impulsar el progreso social. Algo similar acontece con los nuevos derechos constitucionales, ya que, como han reconocido la Corte Suprema y los tratados internacionales, ellos se caracterizan por tener una operatividad derivada, dependiendo de las posibilidades financieras de los Estados(52).

En suma, las políticas distributivas, más que fundarse en la estructura clásica de la justicia distributiva, constituyen decisiones de política legislativa, de carácter discrecional (no por ello exentas del control judicial de razonabilidad), fundadas en valores inherentes a la solidaridad que, muchas veces, no son mandatos vinculantes y, en otros casos, derechos sociales cuya operatividad es derivada en cuanto depende de obligaciones de hacer de los poderes públicos que no pueden disponer a su antojo de los recursos públicos sino dentro de las posibilidades presupuestarias y financieras de cada país, como, por otra parte, lo prescriben tratados internacionales(53) que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial, por María Jeanneret de Pérez Cortés, EDA, 01/02-678; Las Fuerzas Armadas y el ejercicio de la función administrativa estatal en el ámbito castrense, por Marcelo D. Gómez Escalante, EDA, 01/02-703; Tutela autosatisfactiva frente a autoridades públicas que desarrollan la función administrativa, por Patricio Marcelo E. Sammartino, EDA, 2004-221; El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas), por Julio Rodolfo Comadira, EDA, 2005-400; La función jurisdiccional como privativa de los tribunales judiciales y la cuasi-jurisdiccional como inherente a la de superintendencia de estos y a la administrativa de los órganos no judiciales, por Marcelo Bazán Lazcano, EDA, 2006-554; La función administrativa (actividad administrativa estatal). El acto y el contrato administrativos como manifestaciones de la misma, por Marcelo D. Gómez Escalante, EDA, 2010-681; Apuntes sobre la función administrativa y los criterios para delimitarla, por Fernando Gabriel Comadira, EDA, diario n° 13.973 del 8-6-16. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) Véase nota a Roberto Artavia en La Nación, del 3-3-16, pág. 21.

(2) Véase: Peces-Barba Martínez, Gregorio - Fernández García, Eusebio - de Asís Roig, Rafael (dirs.), Historia de los derechos humanos, Madrid, Dykinson, 2005, t. II, vol. II: "La filosofía de los derechos humanos", pág. 335 y sigs., especialmente pág. 342.

(3) Véase: Serna, Pedro, El derecho a la vida en el horizonte europeo de fin de siglo, en Massini, Carlos I. - Serna, Pedro, El derecho a la vida, Pamplona, Eunsa, 1998, pág. 25 y sigs.

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

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

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

(7) Opinión Consultiva 18/03, del 17-9-03, Serie A, n° 18, párrs. 85/86, en el caso "Condición jurídica de los migrantes indocumentados".

(8) Garay, Alberto, La igualdad ante la ley, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pág. 25 y sigs., efectúa un ponderado análisis de los principales casos que exhibe la jurisprudencia de la Corte hasta el año de publicación del libro; véase la jurisprudencia de la Corte en Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, t. I, 2001, pág. 232 y sigs.; Sola, Juan V., Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. II, pág. 257 y sigs.; Sabsay, Daniel (dir.) - Manili, Pablo L. (coord.), Constitución de la Nación Argentina, comentario al artículo 16 de Saba, Roberto, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pág. 599 y sigs.

(9) Bidart Campos, Germán J., Derecho constitucional, Buenos Aires, Ediar, 1966, t. II, pág. 158 y sigs.; Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, pág. 690 y sigs.

(10) Linares, Juan F., Poder discrecional administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, pág. 136.

(11) Véase: Bianchi, Alberto B., Historia constitucional de los Estados Unidos, 1ª ed., Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2008, pág. 33 y sigs. y especialmente pág. 135 y sigs.

(12) Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de derecho constitucional, Buenos Aires, Kapeluz, 1958, págs. 144/145.

(13) El proyecto de Constitución de Alberdi establece: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas" (art. 16).

(14) Linares, Juan F., Poder discrecional..., cit., pág. 137.

(15) Didier, María M., El principio de igualdad en las normas jurídicas, 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pág. 60.

(16) Linares, Juan F., Poder discrecional..., cit., pág. 136.

(17) Ibídem, pág. 138.

(18) Véase: Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pág. 354 y sigs.

(19) Ibídem, pág. 368. La paradoja de la igualdad se presenta en la medida en que se conciba la igualdad como un principio omnicomprensivo. Alexy señala, con razón, que desde el punto de vista constitucional "hay que excluir la posibilidad de renunciar al principio de igualdad jurídica porque no puede haber ninguna duda de que este principio es un elemento del derecho constitucional vigente" (ibídem, pág. 369). Esta conclusión, válida para el derecho alemán, se presenta más fuerte en el derecho constitucional argentino que contiene preceptos más precisos que permiten aplicar, indistintamente y en forma coordinada, los principios de razonabilidad y de igualdad.

(20) Mientras la igualdad es estática (como una fotografía que refleja un momento), las desigualdades son constantes y dinámicas. El igualitarismo conduce a efectuar infinitas correcciones que no aseguran la realización de la competencia ni premian el esfuerzo o eficiencia de una parte de la sociedad con relación a quienes esperan que todo provenga del Estado.

(21) Finnis, John, *Ley natural y derechos fundamentales*, Buenos Aires, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, 2000, pág. 220.

(22) Alexy, Robert, *Teoría...*, cit., págs. 368/369 y nota 66 con sus citas.

(23) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 221.

(24) Ya que, en la práctica, muy pocas veces aparece la protección de una igualdad formal pura desconectada de la pretensión procesal, lo que se refleja en los casos jurisprudenciales.

(25) Cfr. Didier, María M., *El principio de igualdad...*, cit., pág. 58.

(26) Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, pág. 200.

(27) Aprobada por ley 17.722.

(28) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 203.

(29) *Ibidem*, págs. 191/193.

(30) Urdanoz, Teófilo, *Introducción a la cuestión 58 de la Suma Teológica*, t. VII, pág. 264.

(31) Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1945, pág. 65, puntualiza: "Para nuestra plenitud personal es necesaria la vida en sociedad y cuanto más perfecta sea la vida social, mayores posibilidades de plenitud o perfección personal existirán para cuantos integran la comunidad. Y la medida de la perfección social la dará desde un cierto punto de vista nuestra perfección personal. Se desnaturaliza este movimiento circular del bien común y del bien individual sustituyendo la perfección personal por la libertad individual, con lo cual se desarticulan a un tiempo la persona y la sociedad, porque la libertad no es nunca un fin sino solo un medio; o atribuyendo toda la virtud a la acción de la comunidad por el órgano de gobierno".

(32) Cfr. *Suma Teológica*, t. VII, Biblioteca de Autores Cristianos, págs. 350/351 (S.T. 2.2. q. 61 a. 1). Véase especialmente Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, Madrid, 1968, trad. del alemán, pág. 78 y sigs. y los fallos de la Corte Suprema, "Valdez, José Raquel c. Nación", Fallos: 295:937 (1976) y "Vieytes de Fernández, Juana suc. c. Prov. de Buenos Aires", Fallos: 295:973 (1976) sobre justicia conmutativa. Ver, también, para un ejemplo de justicia distributiva en las relaciones privadas, "SA Barbarella CIFI", Fallos: 300:1087 (1978).

(33) Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., págs. 111/112.

(34) "De ahí que en la justicia distributiva la comunidad deba a la persona en proporción a lo que merece - criterio moral- y en atención al beneficio que la distribución procura a la comunidad perfeccionando su estructura. A una persona puede deberle la comunidad una jerarquía del punto de vista moral, y sin embargo, no le deberá mando, porque puede no tener aptitud para ejercerlo" (cfr. Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, cit., págs. 63/64).

(35) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 203.

(36) Casares, Tomás D., *La justicia y el derecho*, cit., pág. 66.

(37) La conclusión que sostenemos en el texto se ajusta plenamente a la doctrina tomista sobre la justicia (cit., t. VII, pág. 351 [2.2. q. 61 a. 1] y págs. 360/361 [2.2. q. 61 a. 4]), y, en esta parte, se hace referencia a una relación de servicio hacia la comunidad regida por la justicia conmutativa. Esta postura, que expusimos a partir de 1980 en las diferentes ediciones de esta obra, ha sido sostenida también por Urrutigoity, Javier, *El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa*, en *Estudios de derecho administrativo*, Jorge H. Sarmiento García (dir.), Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 219 y sigs., esp. págs. 287/288.

(38) En contra: Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pág. 89 y sigs. Según este autor "no es circunstancial definir la relación jurídica determinada como regida por la justicia distributiva o bien por la conmutativa. este es un criterio objetivo que se independiza de las circunstancias históricas en cuanto fundamento directo de la distinción...". En efecto, es evidente que las circunstancias históricas no son fuente de la distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, que obedece a su relación entre el bien común (en forma inmediata o mediata) y el bien individual y a la forma en que se establece la igualdad (en relación con la cosa o con la persona o medio social). Pero esas circunstancias históricas son, sin embargo, el fundamento real de la distinción entre derecho público y derecho privado, una prueba de lo cual la ofrece el derecho comparado (del mundo occidental) en el que no reina uniformidad respecto de la ubicación de importantes instituciones. La conclusión formulada por dicha doctrina es una consecuencia forzosa de la identificación que postula entre derecho público y justicia distributiva y entre derecho privado y justicia conmutativa.

(39) Pieper, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., pág. 115. Santo Tomás no acoge la clásica división entre derecho público y privado esbozada por Aristóteles y recogida por Ulpiano (*Suma Teológica*, cit., t. VIII, pág. 227, en la *Introducción a la Cuestión 57*, que efectúa Urdanoz).

(40) Cfr. Centesimus Annus, cap. V, punto 43.

(41) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 225, nota VII-6, siguiendo la opinión de Del Vecchio, en *Justice*, Edimburgo, A. H. Campbell, 1952, págs. 35/36.

(42) En sucesivos trabajos anteriores expusimos una opinión más restrictiva sobre la justicia social que ahora, siguiendo a Finnis, consideramos necesario ampliar (véase nuestro *Curso de derecho administrativo*,

10ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009, t. 1, pág. 33).

(43) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 207.

(44) Véase: Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, V. 3: 1131a31 (cfr. cita de Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 193, nota 3).

(45) Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, traducción del inglés del libro *The Concept of Law*, por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pág. 198. En realidad, la fórmula de Hart se remonta a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, cit., V. 6 [1131a] y *Política* III-9 [1280x]).

(46) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., págs. 193/194.

(47) Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., pág. 203 y sigs.

(48) Finnis, John, *Ley natural...*, cit., pág. 204.

(49) *Ibídem*, pág. 208.

(50) Fallos: 151:359 (1928), in re "Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires".

(51) Ampliar en Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Madrid, Reus, 2016, págs. 419/422, con cita de los trabajos de Rossi, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Buenos Aires, Educa, 2000, pág. 21 y sigs. y de Hervada, Javier, *Introducción al derecho natural*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2006, págs. 38/49.

(52) Cassagne, Juan C., *Los grandes principios...*, cit., págs. 59/60 y nota 162.

(53) Art. 22, DUDH; art. XI, Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.