

Entre el igual respeto y las oportunidades: la igualdad como principio constitucional

*Equality as a Constitutional Principle: Between
Equal Respect and Opportunities*

Cristián A. Fatauros*

Recepción: 06/06/2025

Evaluación: 30/07/2025

Aceptación final: 15/09/2025

Resumen: Este trabajo explora una interpretación *estructuralista* del principio constitucional de igualdad de oportunidades. En primer lugar, se describe el sistema de igualdad de oportunidades incorporado en la Constitución en la última reforma. Luego se reconstruye la discusión sobre la interpretación del principio y su transcurrir de una versión más formal y conservadora a una versión sustantiva y progresiva. A los fines de intentar aclarar una hipótesis que explicaría las tensiones en la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el ámbito público y privado, se identifican los problemas conceptuales y normativos de aceptar la distinción entre consideraciones de justicia pública y consideraciones de justicia privada. En sustitución de dicha hipótesis, el trabajo arriesga una alternativa, a saber, que lo que explica las tensiones y podría ayudar a resolverlas es el carácter estructural del principio constitucional de igualdad de oportunidades.

Palabras clave: justicia distributiva, equidad, igualitarismo, teoría constitucional, igualdad real.

* Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. Investigador Asistente, Instituto de Estudios sobre Justicia, Derecho y Sociedad, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) – UNC, Córdoba, Argentina. Correo electrónico: cristian.fatauros@conicet.gov.ar
Agradezco los comentarios, sugerencias y observaciones de Pablo Riberi, Facundo García Valverde, y María de los Ángeles Nallin, y especialmente el referato anónimo de quienes evaluaron este trabajo que me permitió introducir importantes aclaraciones.

Abstract: This paper explores a *structuralist* interpretation of the constitutional principle of equality of opportunity. It begins by outlining the system of equality of opportunity incorporated into the Constitution in its most recent reform. It reconstructs the debate on the interpretation of the principle, tracing its evolution from a more formal and conservative version to a more substantive and progressive one. To clarify a hypothesis that could account for the tensions in the application of the principle of equality of opportunity in both the public and private spheres, the paper identifies the conceptual and normative problems involved in accepting a distinction between considerations of public justice and considerations of private justice. As an alternative to this hypothesis, the paper advances the view that what best explains these tensions—and may also provide a path toward their resolution—is the structural character of the constitutional principle of equality of opportunity.

Keywords: Distributive Justice, Constitutional Interpretation, Fairness, Egalitarianism, Constitutional Theory, Real Equality.

1. Introducción

El principio de la igualdad de oportunidades contemplado en la Constitución Nacional se ha desarrollado en vinculación con la doctrina de la igualdad de trato. Sobre ésta se ha entendido que tiene una doble faz, en tanto incluye la *obligación* de tratar los casos semejantes de manera semejante, y la *prohibición* de tratar los casos semejantes de manera diferente. En este sentido, el principio exige aplicar la ley de manera imparcial y considerar a los habitantes como iguales en derechos y, además, prohíbe la discriminación y la consideración de factores irrelevantes en cualquier distribución que se realice. Se podría concluir que la obligación de tratar a los habitantes como iguales, es una aplicación formal, mientras que la obligación de no discriminar, en realidad, prohíbe realizar distinciones *arbitrarias*, y ello hace necesario una evaluación sustantiva de los fines de la distinción que se reputa *discriminatoria*.¹

¹ Sobre la discusión sobre *razonabilidad*, véase Rosatti (2010, pp. 191 y ss.)

Sin embargo, cuando los tribunales han entendido que debe aplicarse el principio de igualdad, no han sido unánimes en su concreción e interpretación.² Mientras que en algunos casos parecen apoyarse sobre una base de razones públicas vinculadas a la justicia distributiva, en otros casos, parece que lo hacen sobre una base de razones privadas vinculadas a la justicia correctiva o restaurativa. Esto es así porque en algunos casos se erigen como regulación pública de las relaciones estatales, y en otro, como regulación pública de las relaciones privadas. Así, mientras que en el ámbito de la administración no se permite la discriminación, y en algunos casos, se exigen acciones positivas, en el ámbito privado es altamente controversial exigir a los particulares que implementen medidas de acción positiva, y en algunos casos se llega a permitir la discriminación.³ Además de que, en los conflictos entre particulares, muchas veces la solución debida no incluye la restitución a la situación anterior, y a lo sumo se condena a una compensación adicional.⁴

Este trabajo explora una interpretación *estructuralista* del principio constitucional de igualdad de oportunidades con la intención de proveer una alternativa que pueda explicar y resolver algunas tensiones en la argumentación vinculada a ciertos fallos de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación Argentina (CSJN). Para ello, en primer lugar, se describe el sistema de igualdad y en particular la noción de iguales oportunidades incorporada en la Constitución en la última reforma. En segundo lugar, se reconstruye la discusión sobre la interpretación formal del principio de la igualdad y

² Mariela Puga (2024) ejemplifica las tensiones en la existencia de *caso*, en la comprobación de los hechos, y en la remediación, con los casos jurisprudenciales Partido Nuevo Triunfo (2009), Castillo (2017), Pellicori (2011), Sisnero (2014), y Álvarez (2010).

³ Véase la discusión sobre el despido arbitrario o discriminatorio, en Cerda López, Guillermo “El despido discriminatorio. Justificación jurídica de su sanción de nulidad. (Acerca de porqué es nulo el despido discriminatorio, por motivos sindicales, del trabajador sin fueros gremiales)”, Tesis de Maestría en Derecho y Argumentación Jurídica, Secretaría de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2011.

⁴ Con todo, sin interferir en la vida privada de las personas, se podría justificar un esquema de incentivos positivos para dar cabida a miembros de grupos desaventajados. Pero de ningún modo, se justificaría la imposición de una medida de justicia distributiva en el ámbito privado. Con reservas, pero a favor de limitar esta postura véase Saba (2011, pp. 246 y ss.).

también se discute una versión sustantiva y progresiva. Una vez hecho esto, se analiza brevemente una pretendida hipótesis explicativa que se basa en la distinción entre consideraciones de justicia pública versus consideraciones de justicia privada. En sustitución de dicha hipótesis, el trabajo arriesga una alternativa, a saber, que lo que explica las tensiones y podría ayudar a resolverlas es el carácter estructural del principio constitucional de igualdad de oportunidades.

Este trabajo se construye sobre la idea de que el principio *de igualdad de oportunidades* que está contenido en la Constitución Argentina representa un ideal social que debería ser promovido institucionalmente, aunque su objetivo último sería un cambio en la estructura social de oportunidades. Además, se afirma que un deber como deber de igual protección de los derechos y libertades políticas no debería colocarse sobre los hombros de los particulares, sino que siempre constituye un deber estatal. De ello se deriva que la intervención y regulación de las relaciones privadas entre particulares respondería a un ideal distinto al de la igualdad de oportunidades.

2. Desarrollo

2.1. El sistema constitucional de la igualdad de oportunidades

En su Constitución, el Estado Argentino impone una regulación de la igualdad de oportunidades que está implícita en diferentes artículos. Es una pregunta abierta si estos artículos establecen solo *una* concepción o *varias* y, por supuesto, si éstas pueden ser compatibles o no. La teoría constitucional y la filosofía política tienen la tarea de dar sentido a estas normas en particular.⁵

Luego de la reforma constitucional del año 1994, se incorporó una concepción *robusta* de la igualdad que marca un avance respecto de la concepción *formal* que prohibía la discriminación y simplemente exigía

⁵ Véase Sagües (2007, pp. 753 y ss.), Nino (1992), Rossatti (2010, pp. 167 y ss.), Gargarella y Guidi (2016), Saba (2011; 2007), Grosman (2008), Etchichury (2013).

tratar como iguales a los iguales.⁶ Una parte de la doctrina constitucional al respecto tiene una lectura progresista de la reforma.⁷

La historia de la igualdad constitucional inicia con un sentido antiaristocrático y antidiscriminatorio. En el primer sentido, prohibir los títulos de nobleza y las prerrogativas de sangre es un avance hacia la selección de candidatos sobre la base de características no arbitrarias (además, en el largo plazo, podría llegarse a entender como la promoción de algún tipo de relaciones igualitarias). Quizás los enunciados de la Constitución *previa* a la reforma de 1994 no permitan extraer *directamente* una idea de igualdad de oportunidades (ni siquiera en su versión *meritocrática*), pero si se admitiera que existe una interpretación *formal* de la igualdad de oportunidades, entonces, dicha lectura es plausible, aunque indirecta. Esta interpretación va más allá de los límites textuales de las cláusulas de nuestra Constitución, y se refiere más bien a una posibilidad teórica sobre la igualdad de oportunidades como si exigiera no prestar atención a consideraciones que son ajenas al esfuerzo o talento.⁸ En este sentido, no exige acciones positivas, tales como igualar puntos de partida o compensar por la mala suerte en las circunstancias sociales.

⁶ Debemos mencionar que también se han incorporado tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, algunos de los cuales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los Pactos de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos son relevantes para la justificación de las decisiones administrativas y jurisprudenciales.

⁷ En particular, véase Clérico, Ronconi, y Aldao (2013), Etchichury (2013), Gargarella y Guidi (2016), Grosman (2008), Puga (2024), Rosatti (2010, pp. 167 y ss.), Rossetti (2010), Rossetti y Álvarez (2010), Saba (2011; 2007).

⁸ Algunos filósofos como Bernard Williams discuten que la igualdad *formal* sea una incorrecta interpretación de lo que debería ser la igualdad, entendiendo que este ideal también impone deberes positivos de igualar la base material. Por ello, ambas, la igualdad formal, como la igualdad *material* podrían ser reconocidas como *concepciones* de la igualdad de oportunidades. “Se puede decir que en una cierta sociedad los ciudadanos tienen derechos iguales a un juicio equitativo [...] Pero si un juicio equitativo [...] solo lo pueden asegurar en esa sociedad las personas con dinero o educadas, insistir en que todo el mundo tiene este derecho, aunque solamente estas personas particulares pueden asegurarlo, suena hueco hasta el punto del cinismo” (Williams, 1973, p. 145). Agradezco a quien hiciera el referato por la oportunidad para aclarar que la concepción de la igualdad de oportunidades puede construirse de manera negativa y de manera positiva.

Por supuesto que una lectura formal asume que el principio de igualdad se aplica sin indagar en las causas ni en la estructura social que produce el *status quo*. ¿Qué significa esto? Que la lectura *formal* no tiene, necesariamente, un contenido enfocado en la igualdad *material*. Quiere decir que no obliga a eliminar las distinciones que estén legalmente contempladas y quizás pudieran considerarse *arbitrarias*.⁹ Aunque se podría argumentar que eliminar distinciones arbitrarias es la lógica subyacente a la norma que elimina los títulos de nobleza, dado que a todas luces es *arbitrario* atribuir derechos sobre la base de títulos nobiliarios. Pero, en principio, una lectura antiaristocrática sólo deja de lado los títulos de nobleza y los privilegios familiares (prerrogativas de sangre o nacimiento), no *cualquier* factor que sea ajeno a los méritos individuales.

Por supuesto que cualquier examen del sistema normativo constitucional debe partir del análisis del art. 16 que contempla la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad.¹⁰ Mientras que la primera parte, tal como hemos dicho, establece un principio de mera igualdad (formal), la segunda parte, podría entenderse

⁹ Susana Cayuso (2009) sostiene que la lectura formal del art. 16 “excluye del análisis la constatación de si el criterio utilizado debió ser o no preferido a otro en concordancia con los datos relevantes para construir la diferenciación o establecer la igualdad de trato.” (p. 371). Además, según la autora citada, “[l]a igualdad en estos términos implica una mera vinculación entre la ley infraconstitucional y su aplicación al caso concreto, dejando al margen del control el contenido de la norma respecto a la creación o determinación de categorías, grupos o circunstancias alcanzados por la disposición. El derecho a la igualdad queda así subsumido en el principio de legalidad en cuanto al criterio adoptado por el legislador.” (Cayuso, 2009, p. 372)

¹⁰ Si bien es cierto que hay lugar para sostener que “el art. 16 de la norma fundamental no era otra cosa que la mera protección de la igualdad formal”, esta interpretación es descalificada como estrecha e insuficiente por autores como Susana Cayuso (2009), quien afirma que “una interpretación integradora del texto constitucional, que considera no solo las normas sino los valores y principios sobre los que reposa el sistema [conduce], inexorablemente, a la respuesta contraria” (p. 372). Explícitamente afirma que “...se convierten en fórmulas vacías en la medida que no se determine cuales son los criterios para evaluar la calificación de iguales o de desiguales [...] Sin embargo, se evidencia que la exigencia de igualdad formal es una respuesta insuficiente pues la axiología del sistema conlleva el concepto de igualdad material [...] Soslayar la igualdad material produce necesariamente consecuencias no igualitarias en los efectos de la norma o alteración significativa de la igualdad fáctica.” (Cayuso, 2009, p. 371).

como el rechazo de prácticas como el *nepotismo*, el *clientelismo* y otras arbitrariedades, especificando que el único criterio de selección para los cargos públicos será la idoneidad en las calificaciones profesionales. Es claro que la idoneidad necesita ser especificada, porque esto depende de cuáles sean los cargos públicos que estén vacantes.¹¹ Esta primera norma podría decirse que introduce el germen de un criterio *meritocrático*,¹² pero en la interpretación conjunta con otras normas es claro que esta idea germinal es insuficiente para que podamos afirmar que ésta es la concepción de la igualdad preferida por la Constitución.¹³

En lo concerniente a una concepción *robusta* de la igualdad, que incluye igualar oportunidades, en la última reforma de la Constitución, se incorporó una de las normas quizás más importantes: el art. 37 que promueve la *igualdad real de oportunidades* entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, permitiendo el uso de políticas

¹¹ Rossetti (2010) reconoce que la indeterminación es difícil de eliminar “[...] ya que los márgenes de determinación [...] dejan abiertos una serie de interrogantes. Por ejemplo, el trato igual para quienes están en las mismas situaciones parece, *a priori*, correcto, pero no supera el problema de determinar quienes son los que se encuentran en esas mismas situaciones y quién lo decide, con el riesgo que dicha determinación sea completamente arbitraria y no justificada.” (p. 23).

¹² Una fuerte crítica al uso de criterios meritocráticos para la distribución o asignación de cargos véase Young (2000, Cap. VII). Para contrastar otras críticas también se puede ver Radcliffe (1997) y Williams (1973, pp. 230 y ss.).

¹³ Para Susana Cayuso, la igualdad expuesta en el art. 16 de la Constitución tiene tanto una dimensión formal, *i.e.*, igualdad de derecho o igualdad ante la ley, como una dimensión material, *i.e.*, igualdad de hecho, o igualdad *en* la ley. En su lectura, la reforma de 1994 ha incorporado la idea de acciones positivas como mecanismos institucionalmente reconocidos para garantizar mejor la igualdad de hecho. Pero esto, según esta autora, no significa que la dimensión fáctica no estuviera presente en la norma genérica de la igualdad del art. 16 (Cayuso, 2009, pp. 366-367). Respecto a la cuestión de la idoneidad, Horacio Rosatti (2010) afirma que el criterio de la idoneidad podría reglamentarse si se tiene en cuenta que el cargo ofrecido requiera una formación técnica, pero no ve razonable incorporar requisitos técnicos para evaluar la idoneidad política con la que se accede a ciertos cargos (ej. Presidente). Por otra parte, Pablo Riberi (2007) afirma que incluso “determinaciones de justicia” puedan desafiar el alcance formalmente igualitario de la regla meritocrática” (p. 94). Sin duda que estamos ante una aplicación mecánica del principio que sólo representa una fórmula vacía si no se genera una interpretación de su contenido específico (Hart, 1992, pp. 197-202), o también, el acuerdo sobre el rol de un concepto no define la sustancia, es decir, la concepción que se defiende como correcta (Rawls, 1971-1999, pp. 5-6).

antidiscriminatorias y acciones positivas. La importancia de esta norma es que introduce la idea de discriminación positiva, y posibilita esquemas legales compensatorios, en un ámbito de competencia por cargos que por definición no pueden ser distribuidos de manera igualitaria. La condición para que un resultado pueda ser considerado *correcto* es: garantizar condiciones previas iguales para las personas interesadas, o un punto de partida equivalente para quien pretenda candidatearse.¹⁴

Fundamental en este desarrollo es el art. 75, inc. 23, que exige legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. Exigencia que pesa sobre el Estado, quien tiene la facultad de promover leyes y hacer realidad el “pleno goce y ejercicio de los derechos”.¹⁵ Los grupos a los que da prioridad son los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Es evidente que una concepción mínima de la igualdad de oportunidades no es capaz de incorporar estos grupos como grupos que “no deben ser discriminados”. Por el contrario, garantizarles una protección especial y favorecerlos en las condiciones de acceso al ejercicio de recursos, derechos y libertades, presenta una idea de *discriminación* positiva. No se supone que las personas tengan privilegios por su membresía a estos grupos (su pertenencia es temporal, contingente, y variable, excepto el caso de discapacidad y de las mujeres), sino que podría ocurrir que el ejercicio de sus derechos de ciudadanía se vea restringido por su situación particular.

El artículo quizás más controversial es el art. 75 inc. 2, en el que se establecen parámetros muy diferentes para evaluar la distribución de recursos a nivel federal que a la vez está sujeta a ser el resultado de una cooperación entre diferentes niveles de gobierno. La distribución deberá ajustarse a unos estándares de justicia distributiva muy específicos vinculados a ciertos objetivos políticos que deben lograrse paulatinamente. La distribución deberá satisfacer principios de equidad, de solidaridad y dará prioridad al logro de un objetivo político específico, *i.e.*, alcanzar un

¹⁴ Lucas Grosman (2008, pp. 85 y ss.) acentúa el aspecto competitivo del ámbito en el que la igualdad de oportunidades es aplicable. Este particular aspecto es discutido por Horacio Etchichury (2013, pp. 200 y ss.).

¹⁵ Riberi (2007, p. 102) coincide que es una exigencia que pesa sobre el Estado.

grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. Esta conjunción de criterios merece una investigación independiente, lo que excedería los objetivos de este trabajo.¹⁶

Finalmente, la Constitución Nacional, en el art. 75, inc. 19 le encomienda al Congreso Nacional la función de asegurar la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, y los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal. El objetivo de este artículo está directamente orientado a la educación de los futuros miembros de la comunidad y sería necesario definir cuál es el objetivo de la educación pública para evaluar cómo deberían traducirse las oportunidades. Es diferente si el objetivo de la educación pública es la formación cívica de la ciudadanía, o si es la adquisición de habilidades para insertarse en el mercado laboral.¹⁷

La Constitución, en su articulado, ofrece los fundamentos normativos de orden legal para que el principio de igualdad de oportunidades sea concretado en políticas públicas y sea parte de las razones que fundamentan las decisiones jurisprudenciales. Pero, obviamente, necesita desarrollo teórico que le otorgue coherencia y armonía bajo una concepción pública y factible. Por sí mismas, las normas constitucionales podrían leerse como intentos de remendar una realidad que presenta deudas históricas respecto

¹⁶ Debemos tener en cuenta que parecen establecerse conjuntamente: directrices políticas, obligaciones de resultados, obligaciones de medios, y principios de moralidad política como ideales regulativos, y horizontes evaluativos.

¹⁷ Germán Bidart Campos, en su *Manual de la Constitución Reformada* (1996, pp. 530 y ss.), sostiene que la reforma “supera la igualdad formal”. Menciona el inc. 23 del art. 75 y el inc. 17 del art. 75, entre otros. Afirma que este conjunto de principios, valores, derechos y obligaciones demuestra el sentido actual del derecho a la igualdad jurídica real y efectiva. Pero respecto a la jurisprudencia, Bidart Campos afirma que la CSJN especifica su contenido con los siguientes principios:

- a) Se debe igual tratamiento a quienes se encuentran en iguales situaciones.
- b) No se deben establecer excepciones o privilegios.
- c) Se debe igualar a las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.
- d) El legislador tiene permitido crear categorías, grupos o clasificaciones que traten diferente a los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea “razonable”.
- e) Es indebido establecer desigualdades arbitrarias (que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.).

de los grupos más desaventajados. Pero es difícil, aunque no imposible, insertar a la niñez y la ancianidad como *grupos históricamente desaventajados* o subordinados. Obviamente, no niego que pueda circunstancialmente convertirse en un grupo que sufre desventajas, pero la pertenencia de individuos a este grupo es temporal.

2.2. La igualdad de oportunidades

Como hemos mencionado más atrás, la igualdad que la Constitución estableció en el artículo 16 exige dejar de lado los títulos de nobleza y las prerrogativas de sangre. Esto involucraba ciertos enunciados referidos a que nadie tiene un derecho antecedente o mejor que otros, sólo con fundamento en el apellido o en la familia en la que nació. Tampoco, fundar sus reclamos en *títulos* que hubieran sido creados con el fin de clasificar la sociedad en divisiones estamentales jerárquicas rígidas. Cualquier reclamo individual de una persona tiene exactamente el mismo valor que el reclamo de cualquier otra persona. A menos que pueda probar sobre la base una razón públicamente aceptable que tiene un mejor derecho, todas las pretensiones valen igual que las de los demás.

Pero, cuando abordamos teóricamente la noción de igualdad de oportunidades, lo que excede la particular concepción de igualdad que la Constitución Nacional establece, encontramos que igualdad en oportunidades podría entenderse de una manera formal y general, como mera *igualdad ante la ley*. Obvio que esta interpretación debe abandonarse ya que es compatible con la aplicación de reglas que en la sustancia contengan clasificaciones arbitrarias y que realicen distinciones que no están debidamente justificadas.¹⁸ Ima-

¹⁸ En este punto no me refiero a una lectura del artículo 16 ni a la interpretación jurisprudencial de nuestra constitución, sino a la idea de igualdad formal. Reitero lo reseñado en la nota previa sobre la posición de autores como Susana Cayuso. John Tasioulas expone críticamente el tratamiento formal que hace Herbert Hart de la idea de justicia en la aplicación (o también mencionada como “administración”) de la ley para todas las personas por igual. Si bien Hart descompone el principio de justicia en un componente estático (igualdad para los iguales) y un componente dinámico (determinación del criterio para determinar quiénes son los iguales), si no se añade una investigación sustantiva de los derechos involucrados,

ginemos una ley que contiene un criterio sustantivamente arbitrario pero que puede decirse que se aplica *imparcialmente*, esto es, se aplica de manera uniforme y homogénea. Esta aplicación, aunque superficial, mantiene la idea de que la ley se aplica por igual.

El punto discutible, por supuesto, es sobre la cuestión de fondo o sustantiva: ¿cuáles serían los criterios que señalan características que hacen a los casos semejantes y que serían arbitrarias? Esto depende del análisis de las razones por las que una norma incluye una característica determinada que sirva como criterio de distinción.¹⁹ Las lecturas formales son consistentes con la aplicación de ley de manera imparcial, no necesariamente de manera justa, o con preocupaciones de justicia distributiva. Lo único que se preocupan es de evitar cualquier sesgo en la aplicación de una ley que puede ser justa, o no.

Entonces, dado que la interpretación sustantiva de los criterios es necesaria, pues la aplicación imparcial no resuelve por sí misma la pregunta de si las distinciones legalmente establecidas son razonables, reconstruiré brevemente la interpretación más directa y austera de la igualdad de oportunidades, entendida como principio antidiscriminatorio. Esta interpretación solo requiere que no existan distinciones que menoscaben la posición, dignidad, o promuevan el trato desigual de ciertos grupos o miembros de grupos. En su núcleo central la concepción tiene como objetivo evitar la selección de personas por criterios *no razonables*, *i.e.*, no vinculados con la idoneidad necesaria, o que tengan que ver con consideraciones de raza, sexo, género, o religión, nacionalidad, edad.

Otra forma de expresar esta concepción antidiscriminación de las iguales oportunidades sería diseñar instituciones para evitar que las personas sean seleccionadas por razones *arbitrarias*, o con cualidades sobre las que las personas no tienen control.²⁰ En un sentido positivo, intentar que las personas sean seleccionadas por lo que mantienen dentro de su control: por ejemplo, su nivel de esfuerzo o el trabajo empeñado.

la justicia en la aplicación de la ley no es necesariamente “justa” (Hart, 1992, pp. 198 y ss.; Tasioulas, 2013, pp. 290-291).

¹⁹ Agradezco a el/la comentarista por el pedido de aclaraciones.

²⁰ La lectura del liberalismo igualitario que propone Will Kymlicka (2002, pp. 70 y ss.) acentúa una distribución que reduce la arbitrariedad de las circunstancias sociales y naturales.

Pese a su atractivo preliminar, la crítica común a esta interpretación es que no es lo suficientemente igualitaria porque desatiende las circunstancias naturales y las condiciones contextuales en las que las personas *compiten* por cargos o puestos de trabajo. En definitiva, a continuación, veremos un ejemplo que muestra que el problema de la igualdad de oportunidades en un contexto de injusticia estructural exige una preocupación por igualar el punto de partida y por equilibrar las condiciones previas a la etapa de selección de personas. En otras palabras, lo que se necesita es una igualdad más exigente que además de preocuparse por eliminar arbitrariedades, compense desventajas en la formación de los talentos.

Bernard Williams (1973) llama la atención sobre una sociedad centrada en la formación de guerreros que intenta satisfacer el principio de igualdad, ya que, sin discriminar arbitrariamente a ninguna persona o grupo, asigna las posiciones sociales más relevantes según cualidades como valor, honor, fuerza, conocimiento de estrategias militares, etc. Por supuesto que la mayoría de las personas que quedan fuera de las posiciones sociales más prestigiosas, son aquellas nacidas en familias pobres, tienen déficits de nutrición o son las personas físicamente más débiles de la sociedad. Este ejemplo muestra que, sin una preocupación por las condiciones contextuales, previas a la formación o educación de los futuros guerreros y gobernantes, la selección *imparcial* termina favoreciendo a las personas que ya eran las más favorecidas por haberse desarrollado en el seno de familias adineradas.²¹

2.3. Del contexto social a las circunstancias naturales: no solo el punto de partida

Preocuparnos por una concepción sustantiva de la igualdad, que entienda que se necesita igualdad de oportunidades, requiere igualar las condiciones en las que las personas desarrollan sus talentos con los que luego compiten por un puesto de trabajo, o por acceso a bienes que les permiten un ingreso autónomo e independiente. Esto equivaldría a una igualdad en

²¹ Véase Williams (1973, p. 149).

las condiciones contextuales de los competidores. Algo semejante a lo que demanda la igualdad de oportunidades en la sociedad de guerreros de Bernard Williams (1973).

Pero, la crítica a las desigualdades en las circunstancias sociales, y a las desigualdades en el punto de partida de los participantes, nos muestra que existen otras desigualdades aún más profundas. Cualquier tipo de desigualdad en el resultado distributivo no será moralmente aceptable a menos que también se tengan en cuenta y se compensen las desventajas naturales que las personas no han elegido. Pues defender una concepción robusta de la igualdad de oportunidades también puede exigir tener en cuenta las circunstancias que deben ser compensadas *por ser no elegidas o porque no son responsabilidades* de las personas desaventajadas.²²

Si lo único que importa es lo que las personas pueden controlar y se debe compensar aquello por lo que las personas no son responsables o no controlan, entonces, la concepción adecuada sería más cercana a una teoría igualitarista preocupada por la compensar factores que están más allá de la responsabilidad de los individuos, lo que actualmente se denomina *igualitarismo de la suerte*.²³ Pero, la preocupación por lo que las personas no controlan, *i.e.*, las circunstancias sociales, indica que también deberíamos preocuparnos por las condiciones naturales y ambientales, que incluye los rasgos genéticos de cada individuo, y que, por supuesto, tampoco se controlan ni se eligen. Este paso argumentativo nos lleva hacia una concepción radical de la igualdad, y no es tan claro que sea aceptable.

Si el criterio de distribución o asignación de posiciones sociales debe sólo tener en cuenta aspectos por los que las personas son responsables, entonces ni siquiera un criterio que tenga en cuenta las potenciales ganancias, o el hecho de haber llegado primero o haber obtenido el mejor resul-

²² La idea de igualdad como trato imparcial es criticada también desde el punto de vista de los resultados, ya que un derecho “ciego y sordo” respecto de las diferencias puede justificar un trato desigual no justificado. Roberto Saba remarca la “falta de atención al contexto y a los efectos del trato propinado”. Véase Saba (2019, pp. 52 y ss.).

²³ Más allá haber recibido fuertes críticas, se considera que es una de las corrientes igualitaristas dominantes en el campo de la filosofía política contemporánea. La discusión puede verse en (Arneson, 2011; 1990; Cohen, 1989; Dworkin, 2000; Otsuka, 2002; Segall, 2013; Stemplowska, 2011; 2008). Estos autores, entre otros, han conformado las ideas centrales de esta postura.

tado deberían ser criterios adecuados para recompensar el mérito o el esfuerzo (cuestiones que parecerían estar bajo control de los individuos). La constricción al trabajo, la dedicación y laboriosidad, parecen mejores *proxies* de lo que debe tenerse en cuenta. Pero incluso así, estos aspectos podrían ser considerados azarosamente distribuidos. Una persona no tiene la culpa de no tener la voluntad para ser aplicado, prolijo, virtuoso, mucho más si su contexto social y económico lo coloca en una situación de miseria y vulnerabilidad que le dificulta proyectar a largo plazo o imaginar soluciones posibles para su condición.

Ello no impide pensar que una sociedad que debe realizar acciones o crear instituciones que no sean arbitrarias debe estar preocupada por evitar que la diferencias en la crianza o en la educación obstaculicen el libre e igual desarrollo de las capacidades de las personas. Las personas con talentos en un grado semejante deberían tener oportunidades semejantes de alcanzar un cargo o posición social, que les permita obtener un nivel de ingresos económicos semejante.

Ahora bien, estas consideraciones ¿son aplicables tanto al sector público como al sector privado? o formulado de otra manera ¿se aplican a las estructuras institucionales jurídicas tanto como a las acciones individuales? La pregunta solo puede responderse si además respondemos si las personas tienen la obligación de ser receptivas de los principios de justicia instituidos en la Constitución en sus decisiones personales. Sostengo que la distribución económica que realizan las principales instituciones sociales presenta rasgos muy diferentes de la asignación de bienes que es resultado de las múltiples decisiones económicas de un mercado competitivo privado. Por ello, es posible concluir que no deberían evaluarse según el principio de igualdad de oportunidades.

Si tenemos en cuenta que podemos enfocarnos en los resultados o en el procedimiento, la igualdad de oportunidades podría entenderse en dos sentidos diferentes, pero incompatibles entre sí. Una concepción volcada hacia los resultados, interpretación que es objetada por no tener en cuenta la responsabilidad individual de las personas e incentivar la holgazanería. Se objeta que sofoca a los talentosos, desincentiva la producción de bienes y achata la sociedad en su cultura, su desarrollo artístico y su producción económica. O una concepción enfocada en los procedimientos, que coloca

una preocupación especial sobre el ejercicio de responsabilidad individual. Se afirma que esta versión sí logra todo lo que no logra la igualdad de resultados, y aunque permite desigualdades económicas, trata a las personas como responsables de sus planes de vida, de sus proyectos y de sus errores y aceptación de riesgos. Las condiciones en las que la vida social se desarrollan imponen desafíos para la consecución de nuestros logros. Todo ello impacta en el grado de satisfacción de nuestros proyectos. Es así que, igualar resultados no incentiva a las personas para que intenten superar las condiciones de adversidad que la vida impone para cada proyecto personal. Tampoco tendría en cuenta la modificación de cada proyecto.

Sin embargo, la idea de igualdad de oportunidades como respeto a las responsabilidades individuales, no es lo que usualmente se aplica en la regulación de la contratación privada. Este contexto es limitado en varios aspectos: el más importante quizás es que existen plazas o cargos limitados (bienes escasos), que no pueden multiplicarse o expandirse. En segundo lugar, que existe una limitación en el tiempo que puede invertirse en la investigación de los antecedentes y cualidades de cada postulante. En tercer lugar, que las cualidades que se requieren por parte del empleador pueden ser absolutamente caprichosas, y no tener relación con el trabajo que se debe hacer. Supongamos que alguien quiere contratar personas que pesen más de 90 kg, o que quiere contratar personas que midan más de 1,80, y que ni el peso, el género, ni la altura tienen relación con el servicio que se debe hacer. ¿Constituye una violación al principio de igualdad de oportunidades?

La igualdad de oportunidades en el contexto de la contratación o la selección de una persona para una vacante laboral en particular no parece tener una vinculación directa con la aplicación del principio de que todas las personas deben ser tratadas como igualmente importantes o con igual valor, ni tampoco con la idea de que todas las personas tienen igual valor ante la ley o que la ley debería evitar hacer distinciones arbitrarias y debería lograr un balance adecuado en la distribución de los bienes que pueden distribuirse de manera desigual. Este concepto de igualdad y justicia sólo está pensado para la evaluación de las instituciones que forman la estructura básica de la sociedad y no para las asociaciones intermedias, no necesarias, secundarias, a las cuales las personas ingresan voluntariamente, es decir, que no están sometidas a ellas desde que nacen. Pero, además, en el caso de que

no ingresaran voluntariamente, por lo menos no afectarían de manera tan profunda su vida y sus opciones, o sus oportunidades, desde el nacimiento. ¿Porqué? Porque no se encargan de la distribución o asignación de derechos y libertades básicas, de las que se encargan las instituciones.

De acuerdo con la doctrina que supone que se puede distinguir entre una esfera de justicia pública y una de justicia privada, el problema de las tensiones en la determinación de los hechos, la prueba y la decisión en los casos de discriminación, se explicaría por la diferente naturaleza de las razones que se aplican a los diferentes casos. Por ejemplo, Mariela Puga (2024) afirma que podría encontrarse dos tipos de razones, privadas y públicas, o referidas a dos ámbitos de justicia: distributiva o resarcitoria. Estos dos tipos de razones explicarían que en algunos casos en los que se discute el principio de no discriminación, se ponga el acento sobre las intenciones de los individuos que actúan, mientras que, en otros casos, se acentúen las consecuencias desigualitarias de la acción u omisión controvertida.

Por una parte, existe la idea de no discriminación, quizás hasta extendida como principio meritocrático, y por otra parte la idea de igualitarismo social, que puede entenderse también como un ideal social de cómo debería ser la sociedad. Este ideal que la Constitución exige promover, por una restricción del resto de las normas constitucionales de un estado liberal, no podrían imponer una forma determinada que deberían tener las relaciones sociales entre ciudadanos. A lo sumo podría condenar las estructuras sociales que involucren subordinación de un grupo. Pero, lo interesante es que esta distinción entre razones de diferente naturaleza asume que esta división de exigencias tiene sentido, asunción que está lejos de ser pacífica. En las discusiones sobre filosofía política y justicia distributiva, se analiza si las exigencias de justicia sólo sirven para evaluar las principales instituciones políticas y jurídicas de una sociedad, pero no las acciones de los individuos que se enmarcan en dichas instituciones.

Es una discusión que no puede soslayarse ya que de ella depende que podamos determinar si es correcto que las interpretaciones de la igualdad que cada Tribunal realiza para cada caso particular, ya sea en la etapa de la determinación normativa, la valoración probatoria o la instancia resolutoria sean diferentes o no. ¿Tienen o no, los ciudadanos particulares el deber de comportarse como se comporta el Estado?

Cuando se piensa en igualdad como *no discriminación*, aludimos a una concepción limitada de la igualdad, algunos sostienen apta para las interacciones comerciales, o para la contratación laboral, o para el ingreso como personal de los organismos del estado. Se sostiene que es una concepción anticuada, y que debe ser reemplazada por la concepción de igualdad como no dominación, no sometimiento, o no subordinación. Algunos, para recuperar la idea de igualdad la entienden de una manera radical, para compensar o remediar la incidencia de factores arbitrarios o azarosos en las posiciones desiguales de las personas. De este modo, igualdad como igualdad de oportunidades, demandaría neutralizar cualquier tipo de interacción signada por la arbitrariedad, pero también por el capricho. Solo se juzgarían como correctas las acciones e interacciones comerciales y laborales que tuvieran un efecto positivo sobre las oportunidades de las personas que están en condiciones de sometimiento, por ejemplo.²⁴

Pero no necesariamente debería ser así. Una manera de entender la igualdad de oportunidades, que es amplia y que supera la interpretación antidiscriminatoria, es la que propone iguales oportunidades para vivir una vida o un proyecto de vida significativo. Una interpretación que inserte a la persona en la sociedad, que le provea de oportunidades para apuntalar el respeto propio y la validación social de sus actividades. Pese a ser amplio, no se aplica a las acciones individuales, sino que pesa sobre la estructura estatal.

2.4. La supuesta distinción entre justicia privada y justicia pública

Un marco conceptual, que no suscribo, pero que podría contribuir a entender el régimen antidiscriminatorio se apoya sobre la distinción entre justicia privada y justicia pública. Dicho marco es complicado de aceptar, plantea importantes interrogantes, que, tanto desde una perspectiva teórica como normativa, no tienen una respuesta clara. Por el contrario, asumir que la explicación de las tensiones se basa en una comprensión incompleta

²⁴ En contra de la idea de meritocracia encontramos posturas liberales (Cavanagh, 2002; Radcliffe, 1997), y también de teoría crítica (Young, 2000).

del carácter estructural de las desigualdades que la constitución pretende enfrentar, brinda una orientación para encontrar claridad y una posibilidad de eliminar las tensiones.

Desde la perspectiva teórica es necesario identificar claramente el criterio para distinguir el ámbito privado y el ámbito público de manera clara, y también especificar qué clase de razones se utilizan en cada uno de ellos. Más allá de las dificultades que tiene una concepción liberal para trazar un límite divisorio entre estos ámbitos, la idea de que las normas constitucionales referidas a la igualdad de oportunidades tienen como objeto primario las estructuras institucionales, permite dar cuenta de cómo deberían fallar los jueces. Ante una cuestión constitucional en la que se afirma la defensa de la igualdad de oportunidades, el tribunal debería analizar si se trata de: (a) un caso que puede tener un remedio institucional, o si, por el contrario, se trata de (b) un caso que necesita una acción reparatoria individual. En el caso (a), el tribunal no debería cargar sobre los hombros de los individuos particulares la modificación de las estructuras sociales y jurídicas que están en vigor.

Como cuestión normativa, no es tan claro el criterio para afirmar que las razones de un ámbito podrían funcionar en un ámbito, pero no en el otro, a menos que tengamos una concepción de cuáles son las características que hacen que un ámbito sea relevante para ciertas razones y no para otras. Así, es confuso afirmar que un trato discriminatorio podría estar justificado en el ámbito privado, pero no lo estaría en el ámbito público o viceversa. A menos que la discriminación fuese diferente en cada ámbito. En lo que refiere a la contratación laboral, por ejemplo, esto implicaría que, para ciertos contratos, las razones en contra de la discriminación no fuesen relevantes, mientras que, en el ámbito público sí, y se prohibiese la discriminación en la contratación por parte del Estado. Incluso que justificaran un trato discriminatorio inverso en la contratación por parte del Estado.

Una manera en que los estándares antidiscriminatorios podrían fundamentarse en razones de justicia de distinto orden tiene relación con la diferente interpretación del principio de igualdad, según se lo entienda como un estándar *deontológico* que prohíbe el trato desigual, o como un estándar *consecuencialista* que ordena la realización de un patrón distributivo específico. Esta hipótesis explicativa se encuentra en la doctrina sobre

las tensiones que podrían encontrarse en la forma en que los tribunales, y en particular la CSJN, determinan la existencia de un caso, distribuyen la carga probatoria, y resuelven los casos judiciales.

Sostengo que en vez de pensar en las categorías *público* como equivalente a estándar consecuencialista; y *privado* como estándar deontológico, podría ser más útil el vínculo con otro tipo de categorías. En el ámbito *público* existen problemas *estructurales* que se refieren al impacto de las instituciones, y que exigen adecuar las principales instituciones jurídicas y políticas para dar satisfacción a principios como el de igualdad de oportunidades. Mientras que en el ámbito *privado* se debe apelar al cumplimiento de las instituciones, asumiendo que éstas son justas. Las acciones individuales incorporan los valores de manera mediata, y exigen un tratamiento específico entre particulares sólo cuando hay una transacción o interacción requerida por el contexto institucional. De lo contrario, los individuos no están obligados a cumplir con los principios en cada una de sus acciones particulares.

¿Debería exigirse igualdad de condiciones e idoneidad en el ámbito privado tal como se exige en el público? Las consideraciones previas parecen sugerir que no. El hecho de ser familiar de una persona, o tener una creencia religiosa determinada puede ser una característica determinante para la idoneidad.²⁵

Para responder a estas cuestiones, se puede pensar en principios propios para instituciones y principios propios para acciones individuales, del mismo modo que la estructura básica de una sociedad debe ser evaluada según ciertos principios de justicia mientras que lo que se exige de los ciudadanos es *adherir a estos principios* y actuar en conformidad con ellos. Las acciones que no pueden verse como estructuras o prácticas formales y constituyen decisiones únicas no pueden regularse bajo la misma óptica.²⁶

²⁵ Sobre la posibilidad de que la contratación de familiares en las pequeñas y medianas empresas constituya o no un caso de discriminación o contratación arbitraria, ver la posición de Shlomi Segall (2013, pp. 105-106).

²⁶ Fatauros (2015).

2.4.1. La tesis de la continuidad entre justicia pública y privada

Algunos teóricos del derecho y la filosofía política han argumentado que la justicia privada no puede concebirse sin una referencia a la justicia pública.²⁷ Por el contrario, autores como John Rawls (2001) han defendido la idea de que los principios de justicia que rigen las instituciones básicas tengan implicaciones para las interacciones privadas, ya que las desigualdades estructurales son el objeto de regulación y de compensación de las principales instituciones sociales, llámense derecho comercial, derecho de familia, derecho laboral. Es decir, estas desigualdades serían provocadas por la estructura y no por las acciones individuales. No se debe condicionar el ejercicio de la libertad individual para que se produzcan resultados igualitarios. En este sentido, los actos de discriminación entre particulares no están directamente vinculados con la perspectiva de la justicia privada, y no reflejan desigualdades sistémicas que correspondan al ámbito de la justicia pública.

Por otro lado, quienes defienden una separación menos clara entre justicia privada y justicia pública argumentan que el derecho antidiscriminatorio debe operar con criterios similares. Por ejemplo, la protección contra la discriminación en el acceso a bienes y servicios privados podría requerir estándares no tan diferentes de los que rigen el diseño de políticas públicas o la acción estatal. Esta postura permitiría justificar un régimen normativo más invasivo en las relaciones privadas, de manera muy semejante a como se regula en el ámbito estatal.

Desde una perspectiva normativa, la validez de la distinción entre justicia pública y privada tiene implicaciones directas en la forma en que deben diseñarse y aplicarse las leyes antidiscriminatorias. Si se acepta que existen dominios separados para la justicia privada y la justicia pública, y que cada dominio tiene sus reglas y principios propios, se refuerza la idea de que el derecho debe adoptar enfoques distintos para abordar la discriminación en cada ámbito. En este sentido, el derecho privado podría centrarse en la protección de la autonomía contractual y en la resolución de conflictos individuales, mientras que el derecho público se orientaría hacia la eliminación de

²⁷ Cohen (2008; 2000).

barreras estructurales que afectan el acceso igualitario a oportunidades. Si bien el principio de igualdad en el acceso al empleo puede considerarse una cuestión de justicia pública, la discriminación en la contratación también puede analizarse como un problema de justicia privada. Los tribunales la tratan de esta manera de hecho cuando resuelven el problema del despido discriminatorio como una infracción al valor de la dignidad humana, y que justifica una solución jurisdiccional resarcitoria, pero comprendiendo que no es posible forzar a las personas a volver a la situación anterior, por ejemplo, manteniendo a la persona empleada en su puesto.²⁸

Sin embargo, una objeción a este enfoque es que muchas situaciones de discriminación en el ámbito privado tienen efectos acumulativos que terminan reproduciendo desigualdades estructurales. En este caso, el régimen antidiscriminatorio podría justificadamente expandir su alcance para intervenir en relaciones privadas, no sólo para reparar daños individuales sino también para prevenir impactos colectivos adversos. Un ejemplo ilustrativo de este problema se encuentra en el ámbito laboral. Si un grupo de empleadores de un determinado sector adopta patrones sistemáticos de discriminación, el efecto acumulativo de sus decisiones privadas puede generar una exclusión estructural que afecta el principio de justicia pública.

2.4.2. La desigualdad en el ámbito privado y público

La confusión podría explicarse si se entendiera que la discriminación en el ámbito privado está mal porque constituye una violación de la dignidad de las personas, y en ocasiones puede ser una violación de la igualdad, pero no necesariamente se compromete la igualdad en todas las instancias. No se trata de que algunas acciones sean incorrectas por razones públicas o que sean incorrectas por razones privadas. Se trata de que la discriminación no es una violación al principio de igualdad que se aplica a la distribución de bienes básicos como derechos y libertades.

²⁸ Sobre despido discriminatorio véase el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo” (07/12/10) (Fallos: 333:2306).

Sin duda que la idea de prohibir *distinciones arbitrarias* podría entenderse como una prohibición de *discriminar*, pero esta última es más limitada, por las siguientes razones: la arbitrariedad también puede ser caprichosa, ser aleatoria, ser sin razón, sin justificación. Mientras que la discriminación está dirigida a un miembro de un grupo, o que tiene ciertas características, y que puede contener la intención de menoscabar la autoestima, o menospreciar la posición de una persona, puede que incluya la igual dignidad, o que sólo se tenga en cuenta el resultado igualitario.

Mientras que algunas distinciones pueden ser razonables, permisibles e incluso, obligatorias, estas distinciones para justificar una distribución desigual de cargas y beneficios no pueden constituir discriminación en el sentido de que se proponen la subordinación o el empeoramiento de las condiciones de vida de un cierto grupo o miembro de grupo. La discriminación inversa, las acciones positivas, o las acciones afirmativas se basan en distinciones no arbitrarias, que, aunque seleccionan a miembros de grupos, los benefician, y les otorgan ventajas desiguales para igualar sus oportunidades.

La discriminación es moralmente incorrecta, mientras que la distinción arbitraria, es simplemente incorrecta por errada, sin que sea relevante si existe una intención de menoscabar la autoestima, o subordinar la posición de una persona. La arbitrariedad es incorrecta por infundada, la discriminación sería incorrecta porque su fundamento viola la igual importancia moral de las personas.

La distribución de la suerte es aleatoria, azarosa, infundada, impredecible, ininteligible, sin razón ni justificación. Las personas reciben sus efectos, sus perjuicios o beneficios, sin entender por qué han sido beneficiados o no. En ciertos casos es posible apostar teniendo en cuenta las probabilidades de que un evento ocurra o no, dentro de un cierto marco. En esos casos, los beneficios me pertenecen, pero sólo en el sentido de que decidí correr un riesgo calculado, pero no son *producidos* por mí ni por mi decisión. No es posible afirmar que tengo derecho a los efectos. Solo si hay reglas sobre la distribución de los efectos puedo crearme expectativas sobre lo que podría obtener y luego reclamar sobre esa base.

Otro de los grandes problemas que tiene esta distinción radica en la posible interdependencia entre ambos tipos de justicia. La justicia en el ámbito privado, entendida como el conjunto de principios que regulan las

interacciones entre individuos en el ámbito privado, no se desarrolla en un vacío normativo. Más bien, se encuentra enmarcada por estructuras institucionales que, en última instancia, responden a consideraciones de justicia pública. Esto lleva a preguntarse: ¿pueden las razones de justicia privada ser independientes de las razones de justicia pública, o se trata más bien de un continuo en el que unas dependen de otras, o ambas se influyen mutuamente? Algunos pueden sostener que una manera de separarlas es argumentando que las justificaciones de las acciones se apoyan en las prácticas, pero que las prácticas institucionales se apoyan sobre razones de un orden superior. Este argumento ha sido utilizado incluso para sostener que una decisión institucional (como el castigo penal) puede justificarse en una razón retribucionista, mientras que las instituciones que contemplan la posibilidad de tomar esta decisión pueden estar apoyadas sobre consideraciones de otro tipo, incluso consideraciones puramente consecuencialistas.²⁹

Otra manera de explicar esta distinción entre justicia pública y privada es argumentar que en cada ámbito rigen principios de justicia apropiados para cada uno. En realidad, este argumento repite la idea de que existe un dominio de justicia privado y un dominio de justicia pública, pero no termina de fundamentar cuáles son las razones que justifican que existan estos dos dominios. ¿Es porque los bienes que se distribuyen son diferentes? ¿Cada dominio tiene características especiales que el otro dominio carece? ¿Cuáles serían estas características? ¿En el dominio público se establecen relaciones mediadas políticamente, entre sujetos que sólo pueden concebirse como ciudadanos porque intermedian las instituciones políticas? ¿Cualquier relación en la que el Estado no esté inmerso en tanto autoridad o en ejercicio de su poder de *imperio* es una relación entre *privados*?

Otro argumento podría apuntar a una distinción entre los diferentes responsables de la satisfacción de un principio o valor: el uso de recursos sociales que permiten un ejercicio significativo de las libertades tiene un

²⁹ La idea de que las acciones dentro de las prácticas no podrían justificarse *fuera* de las prácticas en las que se origina la acción, está directamente relacionada con la idea de que las acciones distributivas lograrían un resultado justo sólo si se dan dentro de un marco institucional que las contiene. Esa idea está expresada en la noción de “justicia procesal pura”. Véase Rawls (1971-1999, pp. 73 y ss.).

nivel de satisfacción específico (también podríamos llamarle *punto de saturación*) después del cual la cantidad de recursos distribuida no es relevante (libertades políticas, derechos de participación, etc.). Mientras que la exigencia de igualdad de trato y no discriminación no tiene este punto de satisfacción mínima. La igualdad de trato o bien es respetada o bien no lo es. No cabe una igualdad de trato aproximada o gradual. Si se trata a las personas con diferentes grados de dignidad, entonces no hay tratamiento igualitario y ni se relacionan con *igual consideración* y respeto.

Esto conlleva una diferencia en el tipo de protección que puede darse para cada tipo de bienes. Mientras que, si una persona le falta el respeto a la dignidad de otra, esto configura una violación resarcible en el ámbito privado, si una persona ve afectado o disminuido su nivel de recursos tal que le impide la satisfacción de sus libertades básicas o políticas, esto merece atención del Estado. Fundamentalmente porque las que deben monitorear y proteger el ejercicio efectivo de las libertades son las instituciones estatales. Son dichas instituciones quienes *establecen* estas libertades, *definen* sus límites, y su *protección*.

Los ciudadanos, si bien tiene el deber de no menoscabar las libertades ajenas, y en este sentido, no violar la dignidad de sus conciudadanos, no tendrían el deber de conocer y proteger los recursos ajenos necesarios para el ejercicio significativo de sus libertades constitucionales. Sin duda que sí tienen el deber de lograr que exista una protección estructural que funcione como un mecanismo que garantice un contexto de justicia social, en donde las instituciones funcionen como deberían, en donde cada persona pueda tener acceso a los bienes económicos necesarios para desarrollar su plan de vida, o por lo menos de sentir que su contribución a la cooperación social es digna de respeto.

2.4.3. El ejercicio del poder político es propio del ámbito público

El argumento podría trazarse en analogía con el argumento que defiende que los principios de justicia del liberalismo igualitario sólo son aptos para aplicarse a las principales instituciones políticas, jurídicas y sociales.

La premisa que actúa allí es que en la organización política y jurídica de la sociedad las personas hacen uso de un poder político que establece un orden coactivo, que tiene efectos profundos sobre la vida de las personas y que son imposibles de evitar, ya que afectan la vida de las personas desde su nacimiento. A diferencia de otras instituciones o estructuras a las que se ingresa de manera voluntaria, o que tienen efectos que no son tan profundos, por ejemplo, porque se trata de derechos propios de asociaciones temporales o contingentes, o que pueden evitarse o a los que se ingresa cuando las personas ya son *legalmente* responsables, las principales instituciones jurídicas como el derecho administrativo, el derecho electoral, todo lo relacionado con las libertades políticas, configuran una relación entre las personas que no puede configurarse por intermedio de otras instituciones.

Todo organismo estatal, toda estructura legal generada a través del uso de un poder que les pertenece a todos, y en este sentido que ejercen su capacidad de *autogobierno colectivo* debe satisfacer este requerimiento de igualdad de oportunidades. Los principios constitucionales que cristalizan las exigencias de la igualdad de oportunidades son aplicables tanto a la promulgación, como a la interpretación y aplicación de las leyes. Las relaciones entre particulares tienen la característica de ser voluntarias, contingentes, y aunque obligatorias, no son coercitivas en el siguiente sentido: ante el incumplimiento, las consecuencias jurídicas pueden ser compensadas económicamente, pero nunca involucran la pérdida de un derecho personalísimo, tal como puede ser la pena privativa de libertad o que uno pueda ser compelido a cumplir incluso con el uso de la fuerza. Todo lo que no sea una relación en la que se ejerce un poder político está exenta.

3. Conclusión

En este trabajo se sostuvo que la noción de igualdad de oportunidades que está contenida en la Constitución representa un ideal social que debe ser promovido institucionalmente. Fundamentalmente porque las acciones individuales no son eficaces para lograr la igualdad de oportunidades entendida en un sentido estructural, y no son plausibles de ser evaluadas

con ese criterio. Esto impide considerar algo más que los actos de los órganos legislativos, administrativos o judiciales del Estado.

Es el Estado quien debe considerar los recursos disponibles de cada persona para su efectiva participación política. Como parte de la conclusión, es posible sostener que los conflictos entre particulares involucran un problema de igualdad de estatus ciudadano, mientras que los conflictos entre particulares con el Estado involucran la exigencia de asegurar condiciones equitativas para el progreso socioeconómico, lo que demanda reconfigurar la estructura social por medio de las instituciones. Intentar imponer una idea de relaciones sociales igualitarias entre particulares representa una concepción distinta de la igualdad de oportunidades receptada en la Constitución.

Bibliografía

- Arneson, R. J. (2011). Luck Egalitarianism – A Primer. En C. Knight y Z. Stemplowska (Eds.), *Responsibility and Distributive Justice* (pp. 24-50). Oxford: Oxford University Press.
- Arneson, R. J. (1990). Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare. *Philosophy and Public Affairs*, 19(2), 158-194.
- Bidart Campos, G. J. (1996). *Manual De La Constitución Reformada*. Buenos Aires: EDIAR.
- Cavanagh, M. (2002). *Against Equality of Opportunity*. Oxford (UK): Oxford Clarendon Press.
- Cayuso, S. G. (2009). El principio de igualdad: problemas e interrogantes: el sistema constitucional argentino. *Revista de Derecho Político*, 75-76, 359-383.
- Clérico, L., Ronconi, L., y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista direito GV*, 9, 115-170.
- Cohen, G. A. (2008). *Rescuing Justice and Equality* (Hardcover ed.). London: Harvard University Press.

- Cohen, G. A. (2000). If you're an egalitarian, how come you're so rich. *The Journal of Ethics*, 3(1), 1-26.
- Cohen, G. A. (1989). On the currency of egalitarian justice. *Ethics*, 99(4), 906-944.
- Dworkin, R. (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Etchichury, H. J. (2013). *Igualdad desatada. La exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba: Editorial Universidad Nacional de Córdoba.
- Fatauros, C. (2015). Igualitarismo, estructura básica y contextualismo rawlsiano. *Revista de filosofía y teoría política*, 46.
- Gargarella, R., y Guidi, S. (Eds.). (2016). *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria* (1 ed. Vol. 1). Buenos Aires: La Ley.
- Grosman, L. S. (2008). *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Hart, H. L. A. (1992). *El Concepto de Derecho*, 2da ed. (Trad. G. R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (Obra original publicada en 1961).
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2 ed. Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosóficos, jurídicos y político de la práctica constitucional*. Ciudad de Buenos Aires: Astrea.
- Otsuka, M. (2002). Luck, Insurance, and Equality. *Ethics*, 113(1), 40-54.
- Puga, M. G. (2024). La discriminación en tensión: razones para no discriminar. *Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho*, 60, 214-243. doi:10.5347/isonomia60/2024/694
- Radcliffe, J. R. (1997). Equality of opportunity. *Ratio*, 10(3), 253-279.
- Rawls, J. (1971-1999). *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press.
- Riberi, P. (2007). *Variaciones sobre igualdad*. Córdoba: Editorial Mediterránea.
- Rosatti, H. D. (2010). *Tratado de derecho constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

- Rossetti, A. (2010). La igualdad en el sistema constitucional argentino. En A. Rossetti y M. I. Álvarez (eds). *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos* (pp. 15-34). Córdoba: Advocatus Ediciones.
- Rossetti, A. y Álvarez, M. I. (2010). *Derecho a la igualdad. Análisis desde el método de casos*. Córdoba: Advocatus Ediciones.
- Saba, R. P. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Saba, R. P. (2011). Igualdad de trato entre particulares. *Lecciones y Ensayos*, 89, 217-276.
- Saba, R. (2007). (Des) Igualdad estructural. En M. Alegre y R. Gargarella (comp.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 163-197). Buenos Aires: LexisNexis.
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Segall, S. (2013). *Equality and Opportunity*. Oxford: Oxford University Press.
- Stemplowska, Z. (2011). Luck Egalitarianism. En D. F. Gauss, F. D'Agostino y R. Muldoon (Eds.), *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy* (pp. 389-400). New York: Routledge.
- Stemplowska, Z. (2008). Making Justice Sensitive to Responsibility. *Political Studies*, 57, 237-259.
- Tasioulas, J. (2013). Hart on Justice and Morality. En A. Dolcetti, J. Edward y L. Duarte d'Almeida (Eds.), *Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'* (pp. 155-176). Oxford: Hart Publishing.
- Williams, B. (1973). *Problems of the Self*. Cambridge (UK): Cambridge University Press.
- Young, I. M. (2000). *La justicia y la política de la diferencia* (Trad. S. Álvarez). Valencia: Cátedra Universitat de Valencia. (Obra original publicada en 1999).