

IGUALDAD DE TRATO ENTRE PARTICULARES

ROBERTO P. SABA*

Resumen: En el presente trabajo se analiza, desde la óptica específica de las libertades de asociarse y contratar, la existencia y el alcance de obligaciones –positivas y negativas– por parte del Estado que tienden a proteger el derecho a la igualdad ante la ley de las personas frente a prácticas particulares fundadas en el ejercicio de la autonomía personal. El autor define y examina el posible conflicto que podría surgir entre los principios de igualdad –en su doble faz, igualdad como no-discriminación e igualdad como no-sometimiento– y el ejercicio de la autonomía, principios consagrados en la Constitución, para lo cual determina su contenido conceptual. Con este propósito, por un lado indaga, particularmente, sobre la faz negativa del derecho de asociación, es decir, la posibilidad de negarse a asociarse con alguien. Asimismo, en lo que refiere al derecho de contratar libremente, el autor se concentra en la posibilidad, por parte del Estado, de restringirlo con el fin de proteger el derecho a la igualdad de trato, otorgándole un enfoque especial al analizarlo a la luz del poder de policía y la emergencia.

Palabras clave: Autonomía – Libertad de contratar – Derecho de asociación – Particulares – Principio no discriminatorio – Principio de no dominación

Abstract: The present paper analyses the existence and scope of positive and negative obligations on behalf of the State that tend to protect equality before the law against practises based in the exercise of personal autonomy. In doing so the author adopts the specific perspective of freedom of association and contract. The conflict that could arise between the constitutional principles of equality –both as non-discrimination and as non-submission– and the exercise of autonomy are defined and examined, to which end their concepts are determined. It is with this purpose in mind that the article delves particularly, on the one side, on the negative aspect of right of association, meaning the possibility of refusing to associate with someone. Likewise, where freedom of contract is concerned, the author focuses on the State's capacity to restrict it with the aim of protecting the right to equality, providing a special treatment in light of police and emergency power.

* Abogado (UBA), Master y Doctor en Derecho, ambos por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

Key words: Autonomy – Freedom of contract – Right of Association – Individuals – Non-discriminatory principle – Non-domination principle

Nuestra democracia liberal descansa sobre la convicción de que es valioso que las personas tomemos decisiones libres sobre aspectos centrales y periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tienen la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. Todos los derechos, aunque quizá en algunos casos sea más evidente que en otros, se encuentran justificados en ese principio.

Un segundo principio es central en nuestra democracia liberal: el de igualdad. Frente a quienes sostienen que estos principios son contradictorios e irreconciliables, muchos autores han hecho el esfuerzo de demostrar que eso no es cierto.¹ Asumiendo que estos últimos tienen razón, posición que personalmente refrendo, existen situaciones problemáticas en las que es preciso detenerse a pensar con cuidado si aspiramos a resolverlas de modo que ambos principios sobrevivan al aparente conflicto que existe entre ellos. Me refiero a aquellas situaciones en las que parece que el ejercicio de la libertad habilita tratos entre las personas que algunos considerarían, al menos por ahora intuitivamente, contrarios a la igualdad. Veamos, por ejemplo, los casos de los derechos de contratar y asociarse libremente. Estos derechos parecen, en principio, ser dos de las expresiones más contundentes de la libertad y la autonomía personales. Si el Estado o cualquier tercero nos obligara a asociarnos con quien no queremos hacerlo, o a contratar con quien no deseamos o en las condiciones que no compartimos, en principio, es aceptable dar algún crédito a la posición que sostuviera que esa libertad y esa autonomía se encuentran altamente afectadas o incluso que, según el caso, que han dejado de existir. Sin embargo, también preliminarmente, podríamos entender a quien considerara que el rechazo de un potencial co-contratante o de un socio o asociado a raíz de su raza, de su religión o de su sexo, resulta agresivo al principio de igualdad de trato. Los defensores de la primera posición sostendrán que el ejercicio de la libertad (de contratar o de asociarse) supone una especie de “derecho a discriminar”,² dado que al momento de asociarnos con otros para, por ejemplo, emprender un proyecto juntos, lo hacemos por nuestra mutua afinidad, rasgo de una relación que, a veces, no valoramos “racio-

1. Ver DWORKIN, Ronald, “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en BARKER, Paul (comp.), *Vivir como iguales. Apología de la Justicia Social*, Paidós, Buenos Aires, 2000, pp. 57-80; NINO, Carlos N., “Liberalismo conservador: ¿Liberal o conservador?”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coors.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 17-44.

2. KOPPELMAN, Andrew, *A Right to Discriminate?*, Yale University Press, New Haven, 2009.

nalmente”, sino que surge a partir de gustos, preferencias, confianzas y sentimientos que no podemos controlar con la razón. ¿Es posible *exigir* razonabilidad en aquellas decisiones guiadas por la confianza, el afecto o la afinidad? ¿Estaría justificado que el Estado exija a las personas que cuando toman decisiones de este tipo ellas deban respetar valores universales reconocidos constitucionalmente como el de igualdad de trato? Y si lo estuviera, ¿cuál sería el límite de esa interferencia con la libertad para no terminar definitivamente con ella? ¿Es posible deducir del reconocimiento de la libertad de contratar o de asociarse, la necesidad de admitir también la existencia de un derecho o libertad de no contratar y de no asociarse? ¿Puede el Estado obligar a las personas a asociarse o a contratar contra su voluntad en pos del respeto del principio de igualdad sin poner en riesgo la supervivencia de la libertad?

La Constitución Nacional argentina refleja un compromiso de la comunidad política de nuestro país con ambos principios: el de libertad y el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía personal que resulta protegida frente a interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto proteger a terceros —que gozan, por definición, de esa misma autonomía— o la protección del orden y la moral pública (Artículo 19), conceptos que deben ser interpretados en forma consistente con el reconocimiento de la autonomía personal, como señaló la Corte Suprema de la Nación en el caso *Bazterrica*³ y, más recientemente, en *Arriola*⁴.

Por su parte, la Constitución establece también que “todas las personas son iguales ante la ley”,⁵ principio a partir del cual se desprende la obligación del Estado de evitar tratos desiguales injustificados,⁶ así como también la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos.⁷ Está claro para la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional y comparada, que el Estado está impedido, a la luz de este principio, de llevar adelante prácticas o de tomar decisiones que atenten contra el derecho a ser tratado igual en ambos sentidos. Sólo por citar algunos ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto del derecho a no ser discriminado por el Estado sobre la base de criterios irrazonables en casos tales como *Arenzon*⁸ y *Repetto*,⁹ mientras que en

3. Fallos 308:1392 (1986).

4. Corte Suprema de Justicia de la Nación, A. 891 XLIV, Causa 9080, 25 de agosto de 2009.

5. Artículo 16 de la Constitución Argentina.

6. Ver SABA, Roberto P., “(Des)igualdad estructural”, en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. Ver también el caso *Caille*, en *Fallos*, 153:67.

7. Saba, *supra* nota 6.

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1984, publicado en *La Ley*, 1984-C, p. 183.

9. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre 1988, publicado en *La Ley*. 1989-B, p. 348.

el caso *Delgado*,¹⁰ según el voto concurrente con el de la mayoría emitido por el Juez Petracchi, ha sostenido que existe una obligación estatal de dismantelar una situación de sometimiento y exclusión de un grupo sistemáticamente segregado de ámbitos relevantes de la vida en sociedad.

El objeto de este trabajo es determinar si existen obligaciones constitucionales del Estado dirigidas a proteger el derecho a la igualdad ante la ley de las personas frente a actos o prácticas de particulares que, fundándose en el ejercicio de la autonomía personal, tienen por efecto tratos desiguales irrazonables –en el sentido de no guardar relación entre medios y fines– o tratos cuyos efectos contribuyen a la perpetuación de situaciones de exclusión o de sometimiento de grupos. En otras palabras, me propongo determinar si derechos tales como los de expresarse libremente, contratar, asociarse, enseñar o aprender, por ejemplo, pueden ser limitados y, en caso afirmativo, con qué alcance, a fin de impedir tratos discriminatorios o desiguales.

Además de las normas constitucionales referidas, el Congreso de la Nación ha dictado la denominada Ley Antidiscriminatoria que lleva el Número 23.592. Esta norma está dirigida a regular las acciones de particulares que se funden en tratos desiguales prohibidos por ella o que tengan por efecto consecuencias asimilables a esos mismos tratos. Su artículo 1ro establece que: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”. La propia sanción de esta norma puede ser entendida como la manifestación por parte del Congreso de su interpretación de la Constitución, según la cual ésta establece dos cosas. Por un lado, que el Congreso está constitucionalmente facultado –o quizás obligado– a legislar regulando los derechos fundados en la protección de la libertad personal, como el de contratar o el de asociarse, en función del compromiso asumido por la comunidad política con los principios constitucionales de libertad e igualdad. Por otro lado, que esa facultad u obligación debe tener por objeto la protección de la igualdad ante la ley en el sentido de impedir tratos desiguales injustificados, algo que surge del carácter de *arbitrario* (no razonable) con el que califica la norma el trato desigual que impide, obstruye, restringe, amenaza o menoscaba otros derechos constitucionales.

Estos dos supuestos que subyacen a la Ley 23.592 podrían hacernos presumir un argumento justificatorio tendiente a determinar el alcance de la interferencia

10. Corte Suprema de Justicia de la Nación, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

estatal –por medio del Congreso– con el ejercicio de la libertad. Es claro que el Congreso tiene la facultad regulatoria de los derechos reconocidos en la Constitución, pero es necesario precisar cuáles son los contornos de esa facultad en general y en el caso concreto que nos ocupa. Por otro lado, también debemos determinar si el tipo de intervención que el principio de igualdad requiere del Estado respecto de las relaciones entre particulares puede fundarse en la exigencia de razonabilidad, sobre todo cuando ella se requiere en el marco del ejercicio de derechos que se definen muchas veces a partir de voluntades fundadas en confianzas, afinidades o sentimientos, como sucede con algunas situaciones relacionadas con los derechos de asociación o de contratar. Por ello, antes de examinar estos dos casos en particular en los que derechos fundados en la libertad personal entran en conflicto con la igualdad de trato –me centraré sólo en lo casos del derecho de asociación y la libertad de contratar– es preciso detenerse en dos cuestiones preliminares. Por un lado, en la justificación constitucional de las interferencias estatales con la autonomía y, por ende, con el ejercicio de los derechos referidos que no son más que manifestaciones del ejercicio de esa autonomía. Por otra parte, es necesario ofrecer un argumento convincente respecto del tipo y alcance de las obligaciones impuestas al Estado derivadas del mandato constitucional que éste debe seguir al tiempo que debe respetar los derechos establecidos en la Carta Magna, especialmente frente a amenazas provenientes de personas particulares.

Límites legítimos a la autonomía imponibles por el Estado

Desde los primeros días como estudiantes en la Facultad de Derecho, los futuros abogados y abogadas aprendemos que los derechos no son absolutos, en el sentido de que la protección constitucional de esos derechos no es contradictoria, sino todo lo contrario, con las regulaciones que el Estado imponga para su ejercicio. Probablemente el centro de nuestro estudio y formación profesional consiste en desarrollar la capacidad o la habilidad necesaria para establecer la ubicación de la borrosa línea que separa las regulaciones constitucionales de las que no lo son en casos concretos. Sin embargo, de una cosa estamos seguros y ella es que ningún derecho está exento del establecimiento de límites por parte del Estado. Así como los contornos de la forma crean la figura –la circunferencia, por ejemplo, define al círculo–, el alcance de un derecho lo define y genera su identidad.

La Constitución Nacional establece, sobre todo en los primeros 33 artículos, al menos en su versión original de 1853, pero también en muchos otros incorporados por la reforma de 1994, una serie de derechos a los que les da protección. Muchos de ellos se asocian con el ejercicio de la libertad o de la autonomía personal, que implica el reconocimiento de una esfera de decisión exenta de interferencias es-

tatales (injustificadas). Una parte importante de la doctrina¹¹ y de la jurisprudencia¹² entiende que la protección de la autonomía personal encuentra su manifestación de derecho positivo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto que esta cláusula protege a la persona de la eventual interferencia de la autoridad pública con sus acciones privadas siempre que ellas no afecten a terceros. Por otra parte, este principio universal de autonomía personal se manifiesta de muchas maneras a lo largo de la Constitución, por ejemplo, cuando ésta protege el ejercicio de derechos tales como el de expresarse, asociarse, contratar, ejercer el comercio, enseñar o aprender, entre muchos otros.¹³ El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a la afectación de esos mismos derechos en cabeza de un tercero, de modo de lograr que *todos* los individuos puedan ejercer *todos* los derechos sin que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándonos mutuamente como medios para nuestros fines en detrimento de la autonomía personal. Esta tarea regulatoria que emprende el Estado está autorizada por el artículo 14 de la Constitución al establecer que los derechos se ejercerán “según las leyes que reglamenten su ejercicio” y, al emprenderla, aquél debe observar los límites que la propia Constitución le impone a través del artículo 19 y de las restricciones estipuladas en los artículos 14, 28 y 99.2. Estas cláusulas les indican a los Poderes Legislativo y Ejecutivo cuál es el alcance de su facultad regulatoria de los derechos constitucionales.¹⁴ De este modo, además del citado artículo 14, el 28 prescribe que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, y el 99.2 establece que el Presidente de la Nación tiene la atribución de expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

El sistema de reglas que componen estos artículos establece la supremacía de la Constitución respecto de las leyes sancionadas por el Congreso y de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo, pero el artículo que prescribe el alcance sustantivo que debe tener la regulación de los derechos emanada del gobierno democrático se encuentra en el mismo artículo 19. Si aceptamos que esta cláusula expresa la protección de la autonomía de la persona para diseñar su propio plan de vida, entonces es preciso admitir que esa protección, al estar fundada en un principio, debe ser de carácter universal. En otras palabras, todos tenemos derecho a ejercer nuestra autonomía y ello implica, en lo que podría aparentar ser una paradoja –pero que

11. Ver, por ejemplo, NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

12. Ver *supra* notas 3 y 4.

13. Artículo 14 de la Constitución Nacional.

14. Artículos 14, 28 y 99.2 de la Constitución Nacional.

no lo es—, que el Estado está justificado a imponerle límites con el objeto de que el ejercicio de la autonomía de unos no redunde en lesiones a la autonomía de otros. La necesidad de coherencia desprendida de la universalidad del principio y de su aplicación es lo que disuelve la aparente paradoja. Este argumento no es más que la manifestación del principio del daño introducido por John Stuart Mill¹⁵ y que el artículo 19 expresa cuando previene acerca de la posibilidad de que el Estado imponga límites justificados a las “acciones privadas” o a la autonomía en aquellos casos en los que esas acciones produzcan un daño a terceros.

Por otro lado, el Estado está vedado de interferir con la autonomía personal de un individuo con el fin de que éste escoja un plan de vida ideal que la autoridad pública considera “mejor” o “superior” a otros, dado que ello sería la más flagrante afectación de la autonomía. Estas interferencias o regulaciones prohibidas son las que Carlos Nino llamaba *perfeccionistas*.¹⁶ Las regulaciones o interferencias permitidas, además de las tendientes a evitar daños a la autonomía de terceros, son aquellas que buscan preservar la autonomía de la persona frente a amenazas que podrían provenir del propio individuo por decisiones que éste tomara o pudiese tomar sin contar con la debida y necesaria información (la persona desconoce las consecuencias del acto que se propone realizar) o que tome en situaciones de debilidad de voluntad (el individuo no está en control de su propio albedrío por encontrarse, por ejemplo, bajo hipnosis o los efectos de una droga). Estas interferencias se denominan *paternalistas*.¹⁷ Si bien es cierto que a veces resulta difícil establecer con precisión la diferencia entre una interferencia perfeccionista y una paternalista —a veces la diferencia no radica en la interferencia en sí, sino en su justificación—, el derecho está plagado de interferencias paternalistas que toleramos sobre la base de que, a pesar de impedir el libre ejercicio de nuestra autonomía —viciada por la falta de información o de voluntad—, en verdad la están protegiendo. Los ejemplos que se dan recurrentemente en la literatura corresponden al uso obligatorio del cinturón de seguridad en un automóvil, del casco para conducir una motocicleta o cualquier medida que tenga por objeto *coordinar* planes de vida, como puede ser la prohibición de cruzar un semáforo con luz roja en la intersección de dos calles.

En síntesis, la libertad es un valor central de nuestra democracia constitucional, pero eso no implica que no exista la posibilidad, o incluso la obligación por parte del Estado, de establecer límites al ejercicio de nuestros derechos a través de su regulación razonable.

15. MILL, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 1993, Capítulo 3.

16. Ver NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 205-211 y pp. 413-478. También ver caso *Bazterrica*, *supra* nota 3.

17. *Ibidem*.

Obligaciones Constitucionales Negativas y Positivas¹⁸

El establecimiento de derechos en la Constitución implica el reconocimiento de la existencia de responsabilidades estatales necesarias para asegurar su ejercicio y respeto. La naturaleza y alcance de esas responsabilidades dependerá, a su vez, del significado que le demos a la noción de “tener derecho a”.

Una democracia constitucional es un régimen político que combina dos elementos. Por un lado, el componente de autogobierno del pueblo. Debido a la dimensión de la comunidad autogobernada moderna y a la necesaria protección de un ámbito amplio de autonomía que se le debe dejar a la persona para que desarrolle su plan de vida,¹⁹ el ejercicio de esa autodeterminación colectiva se logra, en la mayoría de los casos, por medio de representantes. Además, como consecuencia de una imposibilidad fáctica –o por la falta de razones que así lo justifiquen desde el punto de vista de la teoría democrática– no se exige el consenso absoluto para cada decisión de autogobierno. Por ello, entendemos que la mejor manera de identificar el contenido de la voluntad del pueblo es por medio de la aplicación de la regla de mayoría a las decisiones que tomen los representantes de ese pueblo luego de un proceso deliberativo del que debe participar este último. Por su parte, es preciso asumir que esas decisiones pueden ser revisadas y modificadas por el pueblo siguiendo el mismo procedimiento, por lo que ninguna mayoría coyuntural puede cerrar el proceso deliberativo para siempre, sobre todo para las futuras generaciones de autogobernados.

El segundo elemento de este régimen político se vincula con el establecimiento de un límite –al que llamamos constitucional– que se impone a las decisiones democráticas del pueblo tomadas de acuerdo con lo que identifiqué como primer componente del sistema. El pueblo es soberano, pero sólo en la medida que no desconozca el límite establecido en la Constitución al ejercicio de su poder de autodeterminación colectiva. En este sentido, entendemos que los derechos constitucionales operan como límite a la voluntad popular –que en verdad es la voluntad (constitucional) de la mayoría luego de un proceso deliberativo– impidiendo que ella lo contradiga o vulnere con sus decisiones de gobierno.

18. La idea de esta sección fue esbozada en SABA, Roberto P., “La Constitución como Límite (Positivo y Negativo): El Caso de la Igualdad ante la Ley”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *La Constitución 2020*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

19. En el sentido de que si requerimos una participación de la ciudadanía en los asuntos públicos en un nivel de demanda tan alto que se le haga imposible a las personas desarrollar su plan de vida “privado”, estaríamos frente a una interferencia perfeccionista incompatible con la autonomía personal. Ver NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997, Capítulo 4.

Esta concepción de la Constitución como límite a la voluntad democrática del pueblo, así como la idea de que los derechos previstos en ella operan como cartas de triunfo frente a la soberanía popular de índole gubernamental,²⁰ ha llevado a muchos a pensar que la Constitución y la noción de “tener derecho a” implican el reconocimiento de la existencia excluyente de obligaciones estatales *negativas*, es decir, que esas cartas de triunfo sólo servirían para derrotar al Estado –corporizado en el pueblo autogobernado– cuando sus *acciones* violaran derechos. Por ejemplo, la acción de torturar a una persona o la de prohibir la publicación de un libro, serían claras violaciones a los derechos civiles de las personas, pues ellas conducen a la imposibilidad de ejercer sus derechos. Detener la sesión de tortura o levantar la censura, son ceses de acciones estatales que conducen al inmediato reestablecimiento de los derechos afectados. Esa concepción del Estado como un enemigo que actúa interfiriendo con el ejercicio de los derechos constitucionales hace presumir a algunos que sólo por medio del *no-hacer* estatal la vigencia y el ejercicio de los derechos vulnerados son reestablecidos.²¹ Detrás de esta visión del Estado como enemigo de la libertad, se encuentra una concepción de la idea de límite como *límite negativo*, que algunos identificarán con una filosofía política conservadora que requiere de un Estado pequeño y pasivo, inconsistente con las demandas de justicia –o de igualdad– defendidas desde una filosofía política progresista o liberal igualitaria.²² Por ello, la mismísima idea de la Constitución como límite resulta a veces resistida por demócratas radicales o por partidarios de un Estado más activo, pero esa resistencia se funda en una idea de límite muy particular que considero incorrecta por ser parcial.

No hay nada en la teoría política que subyace a la justificación de un régimen de democracia constitucional que nos obligue a concebir a la Constitución y a los derechos en ella establecidos, como límites exclusivamente negativos oponibles al ejercicio democrático del autogobierno. Es cierto que las ideas liberales clásicas que rodearon a la sanción de la Constitución de 1853 concebían a la libertad como negativa y veían en el Estado un instrumento de las mayorías constituido en amenaza al ejercicio de las libertades civiles. Sin embargo, esta identificación de la libertad con la necesidad de establecer una esfera de protección *contra* el Estado es inconsistente con la idea de la Constitución como límite o, al menos, con una idea de límite que, lejos de referirse a un límite a la acción estatal, está asociada a la noción de límite

20. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, Capítulo 4.

21. Esta idea de la Constitución y de los derechos como límite negativo se corresponde con la de libertad negativa presentada por Isaiah Berlin en su ensayo “Dos conceptos de libertad”, publicado en BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Universidad, Madrid, 1988, pp. 187-243.

22. Ver NINO, *supra* nota 1.

a la voluntad democrática (mayoritaria) del pueblo o de sus representantes, que es algo muy diferente. Mientras el límite a la acción estatal conduce a una concepción de Estado mínimo y pasivo, el límite concebido como restricción a la libre decisión de la mayoría (del pueblo o de sus representantes) ofrece la opción de imponerle justificadamente a ella la obligación de tomar decisiones tendientes a provocar la *acción estatal*, como sucede, por ejemplo, con las políticas públicas requeridas para posibilitar el ejercicio de los derechos sociales,²³ pero no únicamente con ellos. La concepción de la Constitución como límite a la voluntad democrática no implica necesariamente la emergencia de un veto a la acción estatal, sino de la limitación de la libertad absoluta del colectivo para decidir democráticamente las políticas públicas, de modo que el límite opera tanto sobre la *acción* como sobre la *inacción* estatal cuando cualquiera de ellas redundara en la imposibilidad de ejercer un derecho o en su violación. En este punto, se hace necesario aclarar qué entendemos por “límite” cuando decimos que la Constitución es un límite a la democracia.

Como muchos de nuestros desacuerdos normativos, la raíz de la controversia acerca del alcance de nuestras libertades y de las consiguientes responsabilidades estatales encuentra su origen en la ambigüedad de la noción de lo que entendemos por límite. Dos concepciones diferentes –y posiblemente contradictorias– acerca de lo que significa establecer un límite al Estado –o a la voluntad democrática del pueblo– generan confusión, no sólo acerca de lo que el Estado debe hacer o dejar de hacer cuando se trata de asegurar derechos. El desacuerdo sobre la noción de límite, sobre lo que se limita con ese límite, expone un desacuerdo acerca de lo que consideramos que una constitución *es* o *debe ser*. Cuando afirmamos que la constitución es un límite a la democracia no estamos diciendo que la primera opera como límite a la acción estatal –en el sentido de que se demanda la inacción del Estado–, sino que nos referimos a una noción de límite diferente: una que lo asocia con la idea misma de constitución. Una idea de constitución que tanto conservadores como progresistas podrían compartir por las razones que esgrimo a continuación.

La pregunta acerca de lo que una constitución *es* ha ocupado y preocupado a constitucionalistas y políticos desde hace al menos cuatrocientos años. Sin embargo, hay un rasgo que la define y, por ello, le es esencial: su supremacía respecto de las decisiones de gobierno. El carácter supremo de la constitución marca la relación que existe entre ella –o, lo que para algunos es lo mismo, las decisiones constitucionales del pueblo–²⁴ y las decisiones que toma el gobierno, la mayoría de las veces, a

23. Ver ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Chirstian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, principalmente los Capítulos 1 y 2.

24. La identificación de la Constitución con las decisiones constitucionales del pueblo podrían llevar a entender que la Constitución no se limita al texto constitucional, sino que ella también se encuentra expresada en decisiones legislativas decididas en lo que Bruce Ackerman llama

través de sus órganos legislativo y ejecutivo, en representación del pueblo, de acuerdo al mandato que éste le otorgó a sus representantes por medio de la misma constitución. El rasgo que se desprende de esa relación y que define la concepción misma de lo que una constitución es, es el de supremacía constitucional. En línea con el razonamiento de Marshall en el caso *Marbury v. Madison*,²⁵ y que se refleja en nuestra propia jurisprudencia en el caso *Sojo*,²⁶ la constitución es suprema respecto del resto de las normas emanadas del gobierno democrático en el sentido de que, si no lo fuera, cualquier ley emanada del gobierno y que la contradijera estaría, por lo tanto, modificándola, lo cual acabaría con la existencia de la propia constitución *qua* constitución. La noción misma constitución está definida por la idea de supremacía de las decisiones constitucionales por sobre las decisiones gubernamentales, concepción política que Bruce Ackerman define como *dualismo*.²⁷ Si cualquier ley del Congreso —en otras palabras, cualquier decisión del pueblo ejerciendo el autogobierno en una democracia constitucional— pudiera imponerse sobre el mandato de la constitución, entonces esta última se tornaría superflua e irrelevante. El hecho o la decisión de contar con una constitución escrita y con un procedimiento especial y exigente en términos de deliberación y consensos acumulados para lograr su reforma, indica que la voluntad de la comunidad política que adoptó para su gobierno un régimen democrático-constitucional es contraria a la superfluidad e irrelevancia del mandato constitucional. En este sentido, la idea misma de constitución se corresponde con la concepción de supremacía constitucional, que a su vez se funda en la creencia de que en una democracia constitucional existen dos niveles de decisión política: uno constitucional y otro legislativo (en sentido amplio) o de gobierno, estando este segundo nivel sujeto, para lograr su validez, a su compatibilidad con el primero. Las decisiones constitucionales, por lo tanto, limitan la voluntad legislativa en el sentido de que esas decisiones democráticas deben estar sujetas a los mandatos establecidos por las decisiones constitucionales.

Nada indica de lo hasta aquí expuesto que las decisiones constitucionales que *limitan* la voluntad democrática del pueblo deban ser *sólo* decisiones acerca de lo que el Estado *no debe hacer*. Es perfectamente compatible con la idea de constitución que acabo de defender, así como también con su inherente concepción de supremacía constitucional, que las decisiones constitucionales que condicionan y limitan al Estado —o al gobierno democrático—, sean no sólo decisiones acerca de lo que éste *debe abstenerse de hacer* —límite negativo—, sino que también pueden re-

“momentos constitucionales”. Ver ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, Parte II.

25. 5 U.S. 137 (1803).

26. CJSN, *Fallos*, 32:120.

27. Ver Ackerman, *supra* nota 24.

ferirse a lo que el Estado *debe hacer*, en cuyo caso estamos ante un límite positivo. Debemos entonces descartar la idea de límite que conduce a concebir a la constitución exclusivamente como límite negativo –en el sentido de imponer restricciones a la acción estatal– y rescatar una idea de constitución como límite negativo y positivo, dependiendo del tipo de decisiones constitucionales que el pueblo ha tomado al sancionar la Carta Magna cuando la interpretamos en el presente.

Obligaciones constitucionales del Estado y el principio de igualdad

Si bien no lo hace en forma expresa, al menos en la versión sancionada en 1853, nuestra Constitución establece que tenemos derecho a la vida.²⁸ Podemos entender que este derecho es precondition de todos los demás derechos que explícitamente emergen en la Carta Magna. Es más, el derecho a diseñar nuestro propio plan de vida, que vimos surge a partir de lo establecido por el artículo 19, supone que tenemos derecho a que no nos quiten la vida, dado que sin ella no hay plan posible. Es claro que al proteger constitucionalmente nuestra vida, el Estado tiene la obligación de no interferir con su desarrollo, por ejemplo, enviando a un agente que actúe bajo su órbita a asesinarlos. Pero es pertinente preguntarnos si esta obligación *negativa* del Estado de no quitarnos la vida no se encuentra acompañada de una obligación constitucional *positiva* de tomar medidas tendientes a evitar que un tercero nos quite la vida. Los derechos constitucionales, ¿son sólo oponibles al Estado en el sentido de que sólo nos protegen frente a violaciones estatales, o son derechos que tenemos frente al Estado pero también frente a los otros particulares? Incluso cuando entendamos que los mandatos constitucionales referidos a la protección de los derechos activan obligaciones del Estado de no violarlos ¿no implica ello también que se encuentra justificada la exigencia de que éste arbitre los mecanismos necesarios para que otras personas no los afecten? Si el Estado no tomara ninguna decisión que implique que alguno de sus agentes afecte nuestra vida, pero si tampoco tomara medida alguna para evitar que un tercero atente contra ella, ¿estaría cumpliendo con su obligación de respetar y proteger nuestro derecho a la vida? Las normas del Código Penal que prohíben y sancionan a aquellas personas que atenten o terminen con la vida de un tercero, la implementación de políticas de seguridad tendientes a evitar estas situaciones, la creación de agencias de seguridad, policía y tribunales que intentan evitar que las personas acabemos con las vidas de nuestros

28. La asignación de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el texto del artículo 75.22 luego de la reforma constitucional de 1994, permitiría decir que, a partir de esa fecha, el derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito, por ejemplo, a través del artículo 4to de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

semejantes, son todas medidas estatales, en principio, exigidas constitucionalmente como corolario de la obligación estatal de respetar el derecho a la vida. Creo que es evidente que el Estado no tiene una *opción* de llevar a cabo o no estas medidas y políticas, pues ellas son una exigencia constitucional asociada a su obligación de respetar el derecho a la vida.²⁹ El Estado tiene, entonces, obligaciones negativas y positivas derivadas de la constitución tendientes a asegurar a todas las personas su derecho a la vida.

Algo similar podría sostenerse respecto de muchos otros derechos, sino de todos, como por ejemplo el de la igualdad ante la ley establecido en el artículo 16 de la constitución. Pero antes de pasar al caso específico de las obligaciones estatales surgidas a partir del derecho a la igualdad de trato, me referiré a las restricciones a algunas libertades que tienen por objeto proteger otros derechos. Tomemos como ejemplo las restricciones que el Estado impone sobre los derechos de asociación o de contratar libremente, y que parecen aceptarse sin mayores críticas. El derecho de asociación, por ejemplo, tiene restricciones impuestas por el Estado vinculadas a una evaluación de los fines de la asociación de que se trate. El Código Penal establece, en este sentido, que hay algunas asociaciones que estarán no sólo prohibidas, sino que incluso aquellos que las conformen o formen parte de ellas incurrirán en un delito.³⁰ Además, el Estado se reserva un trato especial para aquellas asociaciones que persigan objetivos de interés público, a las cuales inscribe en la Inspección General de Justicia y les reconoce el goce a partir de esa inscripción de algunos tratos privilegiados justificados.³¹ Lo mismo sucede con el derecho a contratar libremente. El Código Civil establece que los contratos con objetos ilícitos están prohibidos.³² Además, existen numerosas normas de orden público que limitan la libertad de contratar, como por ejemplo las surgidas a partir de la legislación laboral protectoria de los derechos del trabajador.

La cuestión que me interesa explorar en este ensayo es la que se refiere a si el derecho de igualdad ante la ley exige acciones positivas por parte del Estado a fin de evitar que personas particulares en (un supuesto) ejercicio de su libertad individual y de su autonomía afecten el derecho de igualdad ante la ley. Muy brevemente – pues desarrollaré el punto en las siguientes secciones –, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, existen dos tipos de interferencias estatales posibles a fin de asegurar la igualdad ante la ley. El primero se relaciona con un juicio que podríamos llamar de legitimidad de fines y de razonabilidad o funcionalidad

29. Con esto no quiero decir que éstas sean las medidas correctas o que mejor logren los resultados buscados.

30. Ver más adelante notas 39 y 40.

31. *Ibidem*.

32. *Ibidem*.

de medios. El segundo se refiere a la necesidad de impedir o dismantelar situaciones de desigualdad estructural. En el párrafo siguiente me explayaré sobre ambos tipos de interferencias y sus vínculos con dos concepciones de igualdad diferentes entre sí y, a veces, en profunda tensión. Luego analizaré en detalle dos casos en los que entran en severo conflicto dos derechos asociados con el ejercicio de la libertad individual —el de asociarse y el de contratar libremente— y el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento

Antes de explorar el modo en que podría superarse o resolverse la tensión que parece existir entre el ejercicio de los derechos a asociarse y de contratar, por un lado, y el derecho a ser tratado igual, por el otro, es preciso determinar qué es lo que el principio de igualdad constitucional exige.

La igualdad de trato expresada en la Constitución Nacional en su artículo 16, debe ser interpretada para poder determinar su alcance. Ese proceso de asignación de significado a la norma requiere de la identificación del contenido del principio de igualdad para poder ser llevado a cabo.³³ En este sentido, si el principio de igualdad puede ser entendido de dos modos diferentes: como no-discriminación o como no-sometimiento, entonces la aplicación de una u otra concepción de ese principio afectará el significado que se terminará asignando a la cláusula constitucional que protege la igualdad ante la ley, arrojando, en uno u otro caso, diferentes consecuencias respecto de las obligaciones estatales y de sus alcances.³⁴

El principio de igualdad como no-discriminación exige que las personas sean tratadas de un modo diferente sólo cuando ese trato se encuentra justificado en la aplicación de un criterio razonable, es decir, que guarda una relación de funcionalidad con el objeto legítimo de la decisión o práctica que motivó el trato diferente. En el caso del Estado y su obligación de trato igual, por ejemplo, la Corte Suprema ha dicho en el caso *Arenzon*,³⁵ refiriéndose a la obligación del Estado de respetar el derecho a la igualdad de trato, que el objetivo de proveer a los alumnos de escuelas públicas de nivel secundario con una buena educación sólo justificaba distinguir buenos de malos docentes para contratar sólo a los primeros. La Corte Suprema sostuvo que el establecimiento de una estatura mínima para poder ser elegible para

33. FISS, Owen, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 137-167, versión original: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

34. Saba, *supra* nota 6.

35. *Supra* nota 8.

el cargo no se correspondía con un criterio razonable dado que éste no guardaba la requerida relación de funcionalidad con el fin de la regulación: la estatura del docente no indicaba nada acerca de sus cualidades pedagógicas, que son las únicas relevantes y, por lo tanto, razonables para establecer diferencias entre candidatos a esa posición. El principio de igualdad como no-discriminación está estrechamente relacionado con el estándar de razonabilidad, requiriendo dos evaluaciones para determinar si la regulación viola el principio: en primer lugar, una evaluación sobre la legitimidad del fin buscado con el establecimiento de requisitos para justificar el trato diferente y, en segundo término, la determinación de la relación de funcionalidad (o de razonabilidad) entre el criterio escogido para hacer diferencias y ese fin legítimo. Si el fin fuera ilegítimo (excluir a las mujeres de la enseñanza pública), entonces el criterio (las mujeres no serán contratadas como docentes), aunque funcional a ese fin, sería inaceptable.

Por razones que desarrollé en otro trabajo,³⁶ en algunas situaciones muy particulares este principio de igualdad como no-discriminación, que funciona en la mayoría de los casos, puede arrojar resultados contraintuitivos derivados del desconocimiento del contexto social en el que se aplica el estándar de razonabilidad. Por ejemplo, si para contratar músicos para desempeñarse en la orquesta municipal, se aplicara un criterio razonable, tal como el de contratar sólo a quienes sean capaces de ejecutar con destreza un instrumento musical, pero se desconoce el hecho de que los afrodescendientes o las mujeres han tenido impedido por décadas, de hecho o de derecho, el acceso a las instituciones de excelencia donde se capacita a las nuevas generaciones de músicos, el criterio razonable no hace más que perpetuar la exclusión de esos grupos de personas de las orquestas municipales, provocando una práctica que está lejos de ser percibida como respetuosa de la igualdad de trato ante la ley.³⁷

El segundo principio, el de igualdad como no-sometimiento, sin desconocer la relevancia del estándar de razonabilidad para justificar el trato diferente, es sensible a las condiciones de hecho en las que opera, e incorpora el dato del contexto social en su comprensión de lo que la norma demanda. Según el principio de igualdad como no-sometimiento resulta inadmisibles que se constituyan en una sociedad grupos o castas cuyos miembros gozan, de hecho o de derecho, de menos derechos que el resto de las personas, o que sufren su afectación por el *hecho* de pertenecer a esos grupos. Esta concepción de la igualdad —o de la desigualdad, a veces llamada estructural—, demanda del Estado la obligación de dismantlar esas situaciones de exclusión o de sometimiento, al punto de generar incluso el permiso —o la obligación— de realizar distinciones fundadas en criterios que no son funcionales a los fi-

36. Saba, *supra* nota 6.

37. *Ibidem*.

nes estrictos de la regulación, dando lugar a lo que se denominan acciones afirmativas. Estas acciones afirmativas resultan así incompatibles con la noción de igualdad como no-discriminación mientras que son requeridas por la idea de igualdad como no-sometimiento.³⁸

La mayoría de los casos de igualdad de trato ante la ley debatidos por la Corte Suprema de Argentina se refieren a la posibilidad de limitar las facultades o decisiones del Estado –por ejemplo, de contratar personal– a fin de no contradecir su compromiso con el principio de igualdad, sea éste entendido como no-discriminación o como no-sometimiento. Sin embargo, este tipo particular de casos es muy diferente de aquél que se refiere a la posibilidad de justificar un límite similar a la libertad de contratar o de asociarse que se da entre personas particulares. Vale la pena resaltar, que, salvo algunos casos referidos a la aplicación de la ley laboral y que analizaré más adelante en este ensayo, no han llegado a la Corte Suprema casos en los que se someta a debate la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato a relaciones entre particulares. La diferencia fundamental entre los casos de igualdad que involucran al Estado y aquellos que se refiere a relaciones entre particulares radica en que mientras el primero no contrata ni se asocia en virtud del ejercicio de un derecho, pues el Estado no es un sujeto con derechos, los particulares sí lo hacen sobre la base de que gozan de los derechos a contratar o a asociarse libremente. Por este motivo, resulta relativamente sencillo justificar la imposición de límites a las *facultades* del Estado con miras a proteger el derecho a ser tratado igual, a partir, por ejemplo, de sus obligaciones negativas en el sentido aludido en la sección anterior, mientras que se agrega un factor de mayor complejidad cuando la tensión no se da entre esas *facultades* y el derecho a la igualdad de trato, sino entre otros *derechos*, como el de contratar o el de asociarse, y el *derecho* a la igualdad de trato. Más adelante, en este artículo, analizaré posibles soluciones a este dilema que han sido desarrolladas por la legislación y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que considero relevantes para este debate y cuyo aporte en materia de interpretación constitucional local ha sido ampliamente reconocido por nuestra doctrina y por nuestros jueces. Como dije más arriba, en el caso de nuestro país no hay prácticamente jurisprudencia que haya analizado este tipo de situaciones.³⁹

A continuación me detendré a examinar con más detalle el modo en que los derechos a asociarse y a contratar deberían ser definidos a fin de que operen de

38. SABA, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.

39. La mayoría de las excepciones a este déficit jurisprudencial y doctrinario se ha dado en el campo del derecho laboral y en el caso específico del despido arbitrario, caso que analizaré más adelante en este ensayo.

modo compatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley. Ya hemos aclarado algunos puntos referidos a cómo el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución genera obligaciones al Estado no sólo para que sus funcionarios lo tengan en cuenta al momento de tomar decisiones o diseñar políticas públicas previniendo que ellos mismos lo pongan en riesgo en forma directa, sino también aquellas que los compelen a evitar que personas particulares afecten el derecho a ser tratado igual. Por su parte, también incorporamos el dato de que el límite constitucional que expresa el reconocimiento y debido respeto de los derechos que opera sobre el ejercicio del autogobierno no sólo genera obligaciones negativas, sino obligaciones positivas en cabeza del Estado. Finalmente, distinguimos dos concepciones de igualdad que, si bien pueden entrar en conflicto entre sí, se encuentran por debajo de las provisiones constitucionales referidas a la igualdad ante la ley. Ahora veremos cómo este aparato conceptual nos brinda herramientas para resolver los conflictos que surgen del ejercicio de derechos fundados en el goce de la autonomía, como por ejemplo los de asociarse y de contratar, y el requerido respeto de la igualdad ante la ley, ello sin anular ninguno de los extremos de la ecuación, ni la autonomía ni la igualdad, en el proceso de resolución de este balance de principios. Si bien la tensión entre estos dos polos es común a los casos que observaré en las secciones que siguen, cada uno de ellos debe ser examinado en forma independiente dado que tienen particularidades que los hacen diferentes en un sentido relevante.

El derecho a asociarse libremente y la igualdad ante la ley

La Constitución Nacional reconoce en su artículo 14 el derecho de toda persona a “asociarse libremente con fines útiles”. Vale aclarar que este derecho no requiere para su ejercicio de ninguna aprobación formal por parte del Estado, a menos que se deseen obtener algunos beneficios que en nuestro país se derivan, por ejemplo, del reconocimiento oficial de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 del Código Civil⁴⁰ y las reglamentaciones administrativas de cada provincia y de la Ciudad de Buenos Aires. La referencia amplia que hace la Constitución a la condición de que se persigan fines útiles podría estar dirigida a conceder al Estado la facultad de prohibir asociaciones conformadas para perseguir, por ejemplo, un fin

40. Artículo 33 del Código Civil: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1ro. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; 2do. Las entidades autárquicas; 3ro. La Iglesia Católica; Tienen carácter privado: 1ro. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar; 2do. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.

ilícito, como por ejemplo cometer un delito.⁴¹ El derecho a asociarse, como sucede con cualquier otro derecho, puede ser regulado por el Estado dentro de los límites impuestos por la Constitución en los artículos 14, 28 y 99.2, tal como sostuve al comienzo de este ensayo. La mayoría de los pocos casos sobre los que la Corte Suprema se ha pronunciado en referencia al alcance del derecho de asociación se refiere a la potestad estatal de otorgar reconocimiento oficial a una asociación, tal como sucedió en los casos *Comunidad Homosexual Argentina*⁴² o *ALITT*⁴³. Sin embargo, el tipo de suceso al que deseo referirme en este trabajo es diferente a aquél que fue materia de decisión en esos casos y se relaciona con situaciones en las que personas particulares que comparten el objetivo de asociarse entre sí niegan a un individuo o grupo de individuos la posibilidad de sumarse a esa asociación sobre la base de criterios que analizaré seguidamente pero que podrían estar en conflicto con la igualdad ante la ley. Visto desde otra perspectiva, me refiero a aquellos casos en los que una persona o varias se *niegan* a asociarse con un tercero, entendiendo que el derecho de asociación no sólo los habilita a asociarse con quienes desean hacerlo, sino que también implica el reconocimiento del derecho a asociarse *sólo* con quien desean hacerlo. La cuestión a resolver se refiere a la determinación del alcance de la protección constitucional de esa negativa frente a la posible facultad del Estado de interferir con ella en virtud de su poder regulatorio surgido a partir de su obligación de protección de otros derechos, como por ejemplo el de la igualdad ante la ley.

Los ejemplos de este tipo de situaciones abundan en nuestro país, aunque, sin embargo, pocas veces se hacen explícitas las verdaderas razones por las cuales se impide la inclusión del postulante, además de que en prácticamente ninguna

41. Artículo 210 del Código Penal: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”. Texto originario conforme a la ley 20509, con la modificación dispuesta por la ley 20642.

Artículo 210 Bis: Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) estar integrada por diez o más individuos; b) poseer una organización militar o de tipo militar; c) tener estructura celular; d) disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”. Este artículo fue incorporado por la ley 23077.

42. *Fallos*, 314:1531 (1991).

43. *Fallos*, 311:2817 (2006).

circunstancia el afectado ha recurrido a los tribunales invocando la violación del derecho a la igualdad de trato. Sólo para ilustrar con algunos ejemplos la clase de caso a la que me refiero, es posible mencionar situaciones tales como aquellas en las que una institución privada, como el Jockey Club Argentino, el Club de Armas o del Club Universitario, todos con sede en la Ciudad de Buenos Aires, creados sobre el modelo de los “clubes de hombres” ingleses, no admiten a un cierto tipo de personas, como las mujeres, entre sus miembros plenos⁴⁴ o, cuando las admiten, por ser esposas o hijas de un socio, no les reconocen los mismos derechos y privilegios que a los miembros varones (en el Jockey Club, por ejemplo están autorizadas a ingresar al restaurant del Club pero sólo si se encuentran acompañadas del familiar que es socio); o colegios religiosos que no admiten alumnos que no profesen la misma creencia que la adoptada por la institución; u organizaciones deportivas como la Federación Argentina de Tiro, que no permitía competir a mujeres en los torneos que organizaba;⁴⁵ o barrios cerrados que tienen la práctica de no aceptar como propietarios de las viviendas que forman parte de ellos a integrantes de la comunidad judía.⁴⁶ Todos estos casos pueden encuadrarse como situaciones en las que un grupo de personas afines (varones, individuos que comparten una creencia religiosa, personas que incluso comulgan con posturas racistas) deciden relacionarse entre sí, y sólo entre sí, y no admitir en la asociación a personas que no compartan un rasgo común de la personalidad o de la identidad de sus miembros que estos últimos consideran necesario poseer para poder sumarse a la asociación. Todos los casos mencionados, sin embargo, revisten diferencias y matices que exigen ser tenidos en cuenta para poder entender el tipo de conflicto que se genera con el respeto al principio de igualdad ante la ley.

A fin de determinar si el Estado tiene la facultad o la obligación de restringir el ejercicio de la libertad de asociación fundado en el respeto del principio de igualdad, es preciso detenerse en el contenido de esa libertad y los fundamentos de su protección. Un primer argumento para justificar la protección de la decisión de asociarse se vincula, como ya mencionamos, con la protección amplia de la autonomía personal, en el sentido de que toda persona tiene derecho a diseñar su plan de vida con libertad y sin interferencias estatales inconsistentes con el principio de autonomía. El plan de vida de muchas personas tiene que ver, justamente, con

44. Ver Walter Goobar, “Bienvenidos al Siglo XXI”, en <http://www.waltergoobar.com.ar/frontend/contenido/tema.detalle.php?noticiaId=107>

45. Ver caso *Bella*, Cámara Nacional Civil, Sala D, Revista *La Ley*, 1998-B, 626. Ver Laura Zommer, “La mejor, pero no la premiaron por ser mujer”, en Diario *La Nación*, 1998, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=88100

46. Ver nota titulada “La discriminación en los *countries*”, publicada en el Diario *Perfil*, Suplemento *El Observador* el 3 de abril de 2006.

objetivos colectivos que sólo se logran en asociación con otros individuos. También es posible que la voluntad de asociarse con otras personas afines no persiga otro objetivo que el de compartir un espacio de confort social. Las personas se asocian con otras para practicar una religión, perseguir o militar en una causa política, defender valores que creen correctos, intercambiar información, practicar hobbies o simplemente entretenerse con aquellos con quienes se sienten cómodas. El derecho de asociación, en suma, parece estar vinculado estrechamente con la decisión de seleccionar a aquellas personas con las que deseamos vincularnos y, por ende, la de excluir a otras con las que no deseamos hacerlo. El derecho a no asociarse con quienes no se desea hacerlo parece ser parte esencial del derecho de asociación, al menos en alguna de sus variantes (me referiré a esas variantes más adelante). Si el derecho de asociación estuviera condicionado a la obligación de aceptar como parte del grupo al que uno se asocia a alguien con quien no se está cómodo o alguien con quien no se comparten los fines u objetivos de la asociación, el derecho parecería, en principio, perder su razón de ser. El derecho de asociación parece tener, entonces, un corolario que sería el derecho a no asociarse con quien no se desea hacerlo. En principio, si el Estado impusiera la obligación de asociarse con alguna persona en particular o con algún tipo específico de persona, por ejemplo, una perteneciente a un grupo determinado por su raza, su sexo o su creencia política, ello podría ser interpretado como una obligación contradictoria con el ejercicio del derecho, pues éste, entendido tanto como el derecho a asociarse así como también el derecho a *no hacerlo*, no podría ser ejercido si la asociación con un tercero fuera impuesta por el Estado. Sin embargo, aquello que resulta ser valioso de la decisión y la práctica de asociarse y que redundaría en su protección constitucional por medio del derecho de asociación, requiere, sin embargo, de mayor precisión y de la identificación de matices y diferencias entre diversos tipos de asociación.

Las personas se asocian con otras y establecen así lazos que pueden ser más o menos intensos constituyendo una gradación de relaciones que va desde la particular asociación que implican, por ejemplo, el matrimonio, el vínculo con una pareja o la relación con amigos, en un extremo, a la asociación con desconocidos para disfrutar de las ventajas de pertenecer a un club social que provee servicios deportivos, hedonistas o de *camping*, en el otro extremo, pasando por la adhesión a grupos religiosos, políticos o de cualquier otra índole tendientes a divulgar o a abogar por una ideología, una creencia, o una agenda particular. En este sentido, dentro de esta gradación, pueden identificarse distintos tipos de vínculos asociativos, algunos de los cuales fueron precisamente identificados y descripto por el Juez Brennan en el caso *Roberts v. United States Jaycees*.⁴⁷ Brennan sostuvo en esa decisión que esos vínculos pueden ser, al menos, de dos clases: vínculos *íntimos* y vínculos *expresi-*

47. 468 US 609.

vos. Los primeros tienen que ver, por ejemplo, con la asociación que se produce entre personas que tienen alguna afinidad personal, como sucede, por ejemplo, con una relación de pareja, con las amistades o con la familia. Los segundos son los que se estructuran en torno al hecho de que los miembros del grupo asociado comparten una visión del mundo, una idea o una creencia, y se asocian entre sí para expresarla, divulgarla o incluso persuadir a otros de sumarse al grupo una vez que acepten que comparten esas ideas o creencias. El ejercicio del derecho de asociación en este segundo sentido es equiparable al ejercicio de la libertad de expresión, de modo que el derecho de asociación se identifica con el derecho a divulgar grupalmente un mensaje.⁴⁸ Algunas asociaciones, como por ejemplo los partidos políticos o los grupos religiosos, tienen por objeto expresar y persuadir al público en general que sus ideas, creencias y valores son correctos o mejores que las de otros grupos y, por medio de la diseminación de sus mensajes, lograr convencer al mayor número de personas posible de que se sumen a sus organizaciones. Podemos agregar a esta clasificación, un tercer tipo de vínculo asociativo que se relaciona con el objetivo de gozar de ciertos bienes y servicios. Por ejemplo, al asociarnos a un club deportivo a fin de disfrutar de sus instalaciones, la membresía no parecería estar sujeta al requisito de la afinidad íntima con el resto de los socios o de la coincidencia de creencias o de ideas con los otros miembros de la asociación. Estas asociaciones se constituyen con miras a disfrutar de ciertos servicios y bienes y se caracterizan usualmente por el número elevado de miembros, la inexistencia de requisitos de entrada y por perseguir el mero fin de gozar de bienes y servicios.

El modo en que se define el alcance del ejercicio del derecho de asociación y los límites imponibles a su ejercicio por parte del Estado, dependerán sustancialmente de las motivaciones que conducen a las personas a asociarse entre sí, ya sea que se trate del caso de asociaciones íntimas, o del de las expresivas o de aquellas tendientes a gozar colectivamente de bienes o servicios. Es cierto que los límites que separan a estos tres diferentes tipos de asociaciones pueden ser difusos, pero resulta fundamental examinar en cada caso cuál es la motivación de la asociación a fin de establecer los límites al ejercicio del derecho en función de la necesidad de asegurar el respeto de la igualdad ante la ley. Veamos cada uno de estos casos con más detalle.

Resulta bastante claro que el Estado no puede imponer obligaciones en el ejercicio del derecho de asociación, es decir, negar la posibilidad de asociarse o forzar una asociación, cuando lo que motiva el ejercicio de ese derecho es la existencia de vínculos íntimos. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Pierce v. Society of Sisters* (1925)⁴⁹ y *Meyer v. Nebraska*

48. *Ibidem*.

49. 268 U.S. 510.

(1923).⁵⁰ La autoridad pública no puede ordenarnos con quién debemos casarnos o con quiénes podemos reunirnos para jugar a las cartas o ir al cine, incluso cuando la persona o el grupo considere inadmisibles relacionarse con personas que no compartan su raza, su creencia, su sexo o su religión, o para ir más lejos, cuando lo que motivó la composición de un grupo de esas características han sido convicciones racistas o sexistas. Que este sea un grupo cuyos valores puedan ser considerados repugnantes y al que muchos no quisiéramos pertenecer, o aunque consideremos sus ideas o creencias aberrantes, ello no justifica la intervención estatal con miras a regular las condiciones de ingreso a la asociación —aunque si estaría justificado prohibir legislativamente ciertos tipos de asociaciones de esta clase, pero ese es un caso diferente al de la admisión de miembros en asociaciones permitidas—. Sería profundamente contrario a la autonomía por ser una interferencia de tipo perfeccionista que el estado impusiera como condición para asociarnos en el caso que lo hagamos en virtud de relaciones íntimas, que lo hagamos con personas con quienes no deseamos hacerlo. La igualdad ante la ley no puede operar como límite al ejercicio de la autonomía en estos casos, pues si ello sucediera estaría negando la propia autonomía personal. El derecho a asociarse, cuando la motivación es una relación íntima, parece dar lugar a un corolario que es el derecho a no asociarse con quien no se desea hacerlo.

Cuando el fin por el que se reúnen las personas para ejercer colectivamente el derecho de asociación es el de divulgar un mensaje, los requisitos de admisión para nuevos integrantes del grupo podrían incluir, según la Corte Suprema de los Estados Unidos, el de compartir o adherir al contenido del mensaje que el grupo desea divulgar. Esta posición, en apariencia bastante lógica, fue puesta en crisis con la decisión de esa Corte en el caso *Boy Scouts of America v. James Dale*,⁵¹ del año 2000, luego en contradicción con lo decidido por el mismo tribunal en 2006 en el caso *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights (FAIR)*.⁵² El problema radica en determinar, por un lado, si el Estado está facultado para escrutar el contenido del mensaje que el grupo comparte y desea divulgar a fin de determinar si el derecho de asociación puede ejercerse, o si el ejercicio del derecho de asociación debe someterse al límite establecido por la igualdad ante la ley. Avanzar sobre el derecho de asociación en casos en los que la asociación gira en torno a la divulgación de un mensaje implica avanzar, quizá legítimamente, sobre el derecho a la libertad de expresión. Por ese motivo, el alcance de la interferencia estatal sobre el derecho de asociación estará en función del nivel de permisividad que el derecho nacional tenga respecto de la libertad de expresión de ciertos contenidos. Por ejemplo, en

50. 262 U.S. 390.

51. 530 U.S. 640 (2000).

52. 547 U.S. 47 (2006).

sociedades como la alemana en las cuales hay expresiones prohibidas, como por ejemplo aquellas que nieguen la existencia del Holocausto, el derecho de asociación resultará limitado en función de esa regulación de la expresión. Sin embargo, en este último caso nos estamos refiriendo a la posibilidad de ejercer el derecho de asociación en esos casos extremos, pero no a los límites estatales impositivos a las reglas que el grupo impone como requisitos de entrada al grupo de socios.

En nuestro país, por ejemplo, a partir de la sanción de la Ley Antidiscriminatoria, que lleva el Número 23.592, según su artículo tercero, se establece que “serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”. Este artículo está en línea con la restricción que impone el artículo 13, inciso 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Esta norma de derecho internacional adquirió jerarquía constitucional a partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994 a través de la incorporación del artículo 75.22. Estas normas alejan al sistema jurídico argentino de los altos niveles de permisividad del sistema legal de los Estados Unidos y nos acercan a un nivel menos tolerante de algunas expresiones como es el alemán. Por supuesto, la Ley Antidiscriminatoria, por haber sido dictada por el Congreso, podría ser atacada poniendo en duda su constitucionalidad a la luz de la protección que la Carta Magna reconoce a la libertad de expresión. Sin embargo, la asignación de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos abre el camino para una interpretación constitucional de esa protección en un sentido menos permisivo que el norteamericano en lo que respecta a las expresiones identificadas en el artículo citado de la ley.

En contextos en los que el nivel de interferencia estatal con la expresión es mínimo, como es el caso del régimen legal de los Estados Unidos –al menos desde la perspectiva de la jurisprudencia vigente y que ha sido duramente criticada por importantes sectores de la academia que comparten visiones de la igualdad identificadas con el principio de no-sometimiento–,⁵³ la restricción al derecho de asociación cuando éste se relaciona con la divulgación de un mensaje, también será

53. FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

mínimo. Por otro lado, aún si estuviésemos en el contexto de un régimen jurídico que entiende que los límites a la libertad de expresión deben ser mínimos, resultaría problemático establecer si el Estado puede realizar un escrutinio de medio a fin evaluando si el requisito establecido por los asociados y que implica la no admisión de un aspirante, es efectivamente un requisito que entra en contradicción con el mensaje. Veamos el caso *Dale* que creo resulta interesante para analizar estas dos problemáticas.

Dale había pertenecido a la asociación católica de Boy Scouts desde que tenía cinco años. Luego de cumplir dieciocho, de acuerdo con las reglas de la organización, abandonó su calidad de miembro junior para convertirse en instructor. Una vez en la universidad, Dale comenzó a militar en organizaciones dedicadas a defender los derechos de las personas homosexuales y llegó a ocupar cargos de conducción dentro de ellas. Cuando la Asociación *Boy Scouts of America* (BSA) tomó conocimiento de la condición sexual de Dale, lo expulsó sobre la base de que la organización no aceptaba homosexuales dado que las creencias de la religión católica (el mensaje) toman esa condición como un “desvío” no admitido entre sus miembros, algo que es considerado como una contradicción entre la conducta del miembro y el mensaje de la asociación y que las autoridades de la asociación interpretaron como el rechazo de ese mensaje. La Corte Suprema compartió el criterio de BSA y no encontró contradicción alguna entre la decisión de expulsión de Dale de BSA y el principio de igualdad establecido en la *Civil Rights Act* o Ley de Derecho Civiles sancionada en 1964 en los Estados Unidos y que ha sido la fuente legal en la que se apoya la prohibición de discriminación entre particulares. La Corte aplicó lo que podríamos llamar el test del mensaje, que, en este caso, aparentemente, no exige una evaluación del mensaje en sí, sino que demanda que la no-admisión o expulsión de un miembro de una asociación sólo se relacione con la contradicción entre las ideas o la conducta del miembro, por un lado, y el mensaje de la asociación, por el otro, tal como entienda y describa el mensaje la autoridad que gobierna la asociación. En otras palabras, una asociación homofóbica o racista encontraría en la tesis del caso *Dale* fundamentos para excluir homosexuales o afrodescendientes, en la medida que esta exclusión sea consistente con el mensaje de exclusión que pregonan los miembros de la asociación. A modo de hipótesis, y siguiendo el razonamiento de la Corte de los Estados Unidos, una asociación que excluya a homosexuales, por ejemplo, pero que su mensaje no contenga posiciones homofóbicas, podría ser considerada en situación de estar violando el principio de igualdad debido a la inconsistencia que existe entre el mensaje y el criterio utilizado para excluir a un potencial miembro. El test de *Dale* parece condenar la incoherencia entre el mensaje y el requisito, pero no el trato desigual basado en requisitos que podrían ser considerados por algunos como ilegítimos *a priori* (como la raza, el sexo o la condición sexual) o, mejor, el trato desigual no sería tal como consecuencia de la decisión de excluir o no aceptar a un miembro del grupo por su condición sexual o por su raza, sino

por la inconsistencia de ser homofóbico o racista y no convertirlo abiertamente en parte del mensaje. En suma, si se entiende que el derecho de asociación, en este tipo de casos, es en realidad la manifestación del derecho a la libertad de expresión, el debate en torno a la admisión de miembros estaría supeditado, según esta doctrina, al alcance de la protección del derecho a la libertad de expresión, lo cual llevaría al Estado a realizar una doble evaluación: en primer lugar, éste debería establecer si el supuesto ejercicio de la libertad de expresión es tal o si el ejercicio de la libertad de expresión admitiría la interferencia del Estado a través de un régimen de censura en ciertos casos, como por ejemplo aquellos en los que se exprese una posición racista. En caso que el ejercicio de la libertad de expresión rechazara la interferencia estatal, como sería el caso de un régimen ampliamente permisivo de los contenidos expresados, el Estado debería evaluar si el requisito es consistente con el mensaje de la asociación, en cuyo caso, si lo fuera, estaría vedado de intervenir. En alguna medida, el alcance de la intervención estatal, en contextos de amplia permisibilidad de las expresiones en virtud de su contenido, se acercaría a la situación de las asociaciones íntimas a las que me referí precedentemente, pues la afinidad entre los miembros de la asociación parece ser determinante para el ejercicio del derecho.

Diferente es la situación de clubes deportivos o sociales, o asociaciones profesionales, por ejemplo, formados por centenares o miles de socios, a los cuales se afilian las personas para perfeccionar sus capacidades, adquirir una mejor formación técnica, estrechar vínculos profesionales con personas relacionadas con su actividad, usar instalaciones, vivir en barrios cerrados en los que ciertas condiciones de vida o servicios provistos por el complejo habitacional es lo que lleva a las personas a asociarse. Estos tipos de asociaciones no buscan divulgar un mensaje, así como tampoco resulta relevante la afinidad entre las personas que forman parte de ellas, pues no es eso lo que las llevó a reunirse, sino la posibilidad de utilizar el producto de un emprendimiento colectivo (un *camping*, las canchas de tenis, la seguridad, redes de profesionales, información, bases de datos, bibliotecas, etc.). En estos casos, la densidad de lo que podríamos identificar como *el vínculo íntimo o afectivo* que se da entre los socios en el ejercicio del derecho de asociación es extremadamente tenue o incluso inexistente, dado que el componente relacionado con el goce de beneficios, de bienes o de servicios resulta ser la prioridad del emprendimiento. El juez Brennan se refiere a este punto en *Roberts*, donde señala que hay asociaciones que se alejan de las que denominamos *íntimas* o *afectivas* (una pareja, un grupo de amigos, etc.) de modo que las relaciones personales se atenúan pudiendo llegar al extremo de que no existan. En su voto, Brennan cita el caso *Runyon v. McCrary*⁵⁴ (1976) y, en línea con lo allí decidido, sostiene que “No es necesario que identifiquemos los factores potencialmente significativos con precisión en este terreno.

54. 427 U.S. 160.

Hacemos notar sólo que los factores que podrían ser relevantes serían el tamaño, el propósito, las políticas, la selectividad, la afinidad y otras características que, en un caso particular, puedan ser pertinentes. En este caso, varias características de los Jaycees claramente sitúan a la organización fuera de la categoría de las relaciones que merecen este tipo de protección constitucional”, en referencia a que la asociación que reclamaba inmunidad frente a la interferencia estatal por su política de no admitir mujeres, por reunir algunas de esas características mencionadas, no podía alegar que se tratara de una asociación fundada en las relaciones íntimas o afectivas de sus miembros. En otras palabras, cuando la asociación, por su tamaño, sus fines, los criterios de admisión, los niveles de selectividad, la afinidad entre sus miembros u otros indicios relevantes, parece no haber sido formada por la estrechez de los vínculos íntimos o afectivos entre sus socios, los altos niveles de protección constitucional que recibe el ejercicio del derecho de asociación, incluso en situaciones en las que se considere que los criterios de admisión pueden entrar en conflicto con la igualdad, caen y el Estado tiene la obligación constitucional de interferir con la libertad de asociarse para asegurar la igualdad ante la ley. La falta del componente ligado a la afinidad en las relaciones entre los miembros, o cuando sus niveles son tan bajos que podrían considerarse casi inexistentes, hace sumamente difícil o imposible defender la inmunidad de los asociados o de la asociación como persona jurídica respecto de interferencias estatales que tiendan a evitar requisitos *irrazonables* de admisión en el sentido de que ellos no encuentren relación de funcionalidad con el fin de la regulación privada que los establece. Tal es el caso de lo que sucede, por ejemplo, con los barrios cerrados que establecen requisitos fundados en la raza, religión, u orientación sexual de las personas, para convertirse en propietario de uno de sus predios, o los edificios de departamentos en los que los vecinos tienen la facultad de admitir o no a un nuevo propietario o inquilino e imponen condiciones similares. Dado que lo que conduce a esos propietarios a asociarse entre sí no es su afinidad o relación íntima, ni el hecho de compartir ideas o creencias que desean divulgar juntos, las razones que podrían justificar el rechazo de un nuevo miembro a la asociación sólo podrían estar relacionadas con aspectos centrales de la vida en común, tales como la capacidad de pagar las expensas, la adhesión a ciertas reglas de convivencia o el compromiso de no vender o alquilar la propiedad sin mediar consentimiento del consorcio. Pero sería inadmisibles que requisitos tales como la raza, la religión o la pertenencia a una comunidad determinada sean excluyentes para pasar a formar parte de la asociación de vecinos. En estos casos parecería estar justificado acomodar el derecho de asociación con el principio de igualdad, recurriendo al principio de razonabilidad que la Corte Suprema argentina ya construyó para impedir tratos desiguales por parte del Estado. Al no existir las motivaciones de afinidad y de libertad de expresión que dan lugar a los tipos de asociaciones a los que me referí anteriormente, esta clase de asociaciones que podríamos llamar de goce común de servicios, admitirían la interferencia estatal necesaria para impedir

que el acceso a esos bienes y servicios (lo cual incluye relaciones profesionales, acceso a información, etc.) se vea impedido por requisitos que no sean funcionales al fin de gozar de ellos, que es lo que subyace al objeto de la asociación. El principio de razonabilidad que exige una relación de funcionalidad entre el requisito y el fin de la asociación (gozar de bienes y servicios), exigido por la concepción de igualdad como no-discriminación, se aplicaría a este tipo de asociaciones sin neutralizar el ejercicio del derecho a asociarse al tiempo que se respeta el principio de igualdad.

En resumen, la interferencia estatal con el derecho a asociarse libremente con miras a evitar tratos desiguales injustificados parece encontrar mejores fundamentos cuando las razones por las que las personas se asocian tienen menos que ver con la ambición de divulgar un mensaje que comparten o, mucho menos, con la mera afinidad de los socios entre sí, y se relacionan en realidad con el objetivo de compartir el goce de bienes y servicios. El principio de igualdad como no-discriminación, en la medida que descansa en la razonabilidad del criterio escogido para la admisión del nuevo miembro, requiere que la finalidad de la asociación no se refiera a la afinidad entre los asociados, puesto que si ella es la razón por la que decidieron unirse, en otras palabras, el derecho a excluir a personas con las que no sientan afinidad, la interferencia estatal no estaría sólo *regulando* el derecho de asociación, sino que estaría impidiendo su ejercicio. El derecho de asociación no busca sólo proteger a la gente que se reúne para lograr fines altruistas y acordes con el ideario liberal, sino que también rige para aquellos que los liberales consideramos equivocados. El límite, sin embargo, a lo sostenido en esta última proposición podría estar dado por la obligación estatal de interferir con el ejercicio del derecho de asociación fundado en la afinidad personal o en el hecho de compartir un mensaje, cuando los actos de la asociación o de sus miembros como integrantes de ella tuvieran un efecto silenciador sobre un grupo de personas. De este modo, los argumentos que admiten restricciones a la libertad de expresión sobre la base de que este derecho se funda en la necesidad de fomentar la más amplia diversidad de voces, se extiende al ejercicio del derecho de asociación de un modo análogo.⁵⁵

Es verdad, sin embargo, que los casos que pueden presentarse no sean tan claros como para discernir cuál es la motivación de la asociación. Es posible que un grupo de personas que compartan creencias religiosas brinden a los miembros de la asociación que crearon servicios deportivos o sociales, alquilen canchas de tenis u ofrezcan cursos de literatura. Puede ser que las personas que se incorporen como copropietarios de un barrio cerrado coincidan en sus ideas políticas o creencias religiosas y que se sientan más cómodos si no fuesen vecinos de alguien a quien consideran equivocado o que vive en contradicción con las creencias que

55. FISS, Owen, ver su *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, Capítulo 1.

ellos consideran correctas. Estos son casos difíciles que requieren de una evaluación particular de cada situación. Sin embargo, lo cierto es que el poder regulatorio del Estado puede hacer distinciones en el trato de cada uno de los tipos de asociación descriptos en virtud de lo que el principio constitucional de igualdad ante la ley le exige que haga, prohíba o proteja.

El caso particular de la admisión a escuelas

Un caso particular es el que se presenta con las escuelas administradas por grupos nacionales, étnicos o religiosos. Si consideramos a estas escuelas como un servicio que la asociación que agrupa a personas de un mismo origen nacional o de una religión en particular brinda a la comunidad, entonces el nivel de interferencia estatal respecto de los requisitos impuestos a los ingresantes en virtud del respeto del principio de igualdad es máximo, como en el caso de las asociaciones formadas en torno a la aspiración de gozar de un servicio o de un bien. Por otro lado, si un grupo religioso ofrece a sus miembros, cursos, por ejemplo de literatura, diseñados probablemente de modo compatible con las creencias religiosas de sus miembros, la posibilidad de interferencia estatal será mínima, dado que ese “servicio” está fuertemente entrelazado con la motivación de afinidad que dio lugar a la creación de la asociación. El caso es, sin embargo, más complejo que los ejemplos que expuse anteriormente de los clubes sociales y deportivos, o de los barrios cerrados, pues existe, en el caso de las escuelas, un elemento adicional y que se relaciona con un interés estatal exigido por la democracia liberal que se relaciona con la formación básica que todo ciudadano o ciudadana debe tener para poder participar del régimen político democrático y que hay fundamentos para que el Estado la imponga. Esto es lo que se conoce en la literatura como *educación liberal obligatoria* y que no es más que la formación necesaria que debe recibir toda persona para poder gozar de su autonomía y ejercer su ciudadanía en una democracia liberal como la argentina.⁵⁶ Este es un tema complejo que no puedo desarrollar en el limitado espacio de este ensayo, pero en apretada síntesis puedo sostener que las democracias liberales, y la argentina se inscribe en esa familia de regímenes políticos, presumen que el pueblo autogobernado se compone de personas libres e iguales que, para llegar a serlo, requieren de una educación determinada que les permita desarrollar esa autonomía que es, a su vez, precondition de la ciudadanía. Los contenidos de esa educación básica pueden y deben ser impuestos por el Estado, algo que generalmente éste logra a

56. Para una justificación de la imposición estatal de este tipo de educación, ver GUTMAN, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, Princeton, 1987. También ver SABA, Roberto P., “Neutralidad del Estado, igualdad de trato y tolerancia en materia religiosa”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2000.

través del establecimiento de contenidos mínimos obligatorios en el curriculum de las escuelas primarias (y, a veces, también en las de educación secundaria). En relación con el tema específico que nos ocupa en este ensayo, la tensión que se presenta entre el derecho de asociación (y de expresión, de pensamiento o de creencias religiosas) y el derecho a la igualdad, se complejiza en el caso particular de las escuelas primarias formadas, dirigidas y administradas por asociaciones, dada la existencia de un interés estatal fundamental exigido a partir del establecimiento constitucional de una democracia liberal consistente en establecer condiciones y contenidos para la impartición de una educación con contenidos particulares para los niños en edad escolar. Si asumimos, por ejemplo, que la educación liberal obligatoria requiere de diversidad en las aulas a fin de que ciertos contenidos sean trabajados con la mayor pluralidad de perspectivas posible o que la propia diversidad de personas es en sí misma una condición para desarrollar la necesaria formación de ciudadanos y personas autónomas y abiertas a la diferencia y el pluralismo, entonces surge aquí un condicionamiento relacionado con el principio de igualdad que constriñe la libertad de decisión de la asociación que imparte educación primaria en cuanto a los requisitos de admisión de alumnos.

El derecho a contratar libremente y la igualdad ante la ley

El derecho a contratar libremente se encuentra reconocido en nuestra constitución y consiste básicamente en la libertad de que las personas establezcan acuerdos con quienes desean, cuando desean y en los términos que las partes quieran.⁵⁷ Sin embargo, esta libertad, que puede ser más o menos amplia de acuerdo con la filosofía política que se adopte, siempre se encuentra limitada, en alguna medida, por

57. Artículo 14 de la Constitución Argentina. La doctrina entiende en Argentina que el derecho constitucional a *contratar* incluye su aspecto negativo, es decir, el derecho de no contratar. Germán Bidart Campos sostenía que ello estaba prescripto en el art. 33 de la Constitución Nacional, al establecerse las garantías o derechos implícitos. Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo 1, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 444. Por su parte, Miguel Ángel Ekmekdjian sostenía que esa libertad está específicamente protegida por las garantías consagradas en el art. 14 de la Constitución Nacional. Ver EKMEDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo 1, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 504. Ricardo Lorenzetti, sostuvo desde la Corte Suprema, que la libertad de contratar está protegida por las garantías que emergen del art. 14 de la Constitución Nacional. Ver considerando 25 de su voto en el fallo *Massa, Juan A. c/ PEN*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 27 de diciembre de 2006. Ver también voto del juez Miguel Ángel Pirolo en el marco de la sentencia de la Cámara Laboral en el caso *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, revisado luego, el 7 de diciembre de 2010, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

regulaciones estatales. Incluso las posiciones más libertarias en cuanto a la libertad de contratar admiten restricciones referidas, por ejemplo, al objeto del contrato (que no puede ser ilícito, por ejemplo)⁵⁸ o a lograr evitar las imperfecciones del mercado que impedirían el ejercicio futuro de la libertad de contratar (como por ejemplo la regulación antimonopólica)⁵⁹ o a solucionar problemas de coordinación en situaciones en las que la competencia puede terminar frustrando la autonomía de los contratantes (como sucede con el establecimiento de un salario mínimo en casos en los que la oferta de mano de obra sobrepasa en mucho la oferta de empleos). La cuestión a dilucidar es si la libertad de contratar podría limitarse desde el estado con miras a asegurar el derecho a la igualdad de trato protegido constitucionalmente en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

El derecho a contratar libremente, de un modo similar a lo que ocurre con el derecho de asociación, está definido por la libertad del sujeto de elegir con quién quiere contratar, y, por definición, esa elección conlleva la necesaria exclusión de otros potenciales co-contratantes, la cual podría enmarcarse en una especie de derecho a no contratar. La pregunta, entonces, es cuál es—si existe—el límite constitucional a ese derecho a no contratar. A diferencia del derecho de asociación que parece afectarse cuando se nos obliga a asociarnos con quien no deseamos, muy particularmente en el caso de las asociaciones íntimas y de las asociaciones expresivas que describí más arriba, como si se tratase de un juego de suma cero donde gozamos de ese derecho cuando decidimos libremente o no gozamos de él cuando se nos impone asociar a una persona, el derecho a contratar parece ubicarse en un continuo entre dos extremos inadmisibles, pero con una variada gama de situaciones intermedias aceptables, siendo esos extremos también inadmisibles, creo, incluso para posiciones extremadamente libertarias. Los extremos inadmisibles están definidos del siguiente modo: por un lado, el establecimiento de regulaciones estatales que, por su robustez, harían desaparecer todo vestigio de la libertad de contratar, por ejemplo, imponiendo la identidad del co-contratante, las condiciones centrales de las contraprestaciones, el plazo, etc. Por el otro, la defensa de una libertad de contratar que no admitiera ningún tipo de restricción (ni siquiera la de la ilicitud del objeto del contrato, por ejemplo). Entre ambos extremos, encontramos una infinidad de interferencias estatales con la libertad de contratar que han sido reconocidas como constitucionales por nuestros tribunales y que se relacionan con situaciones

58. Artículo 953 del Código Civil Argentino: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

59. Ver BORK, Robert, *The Antitrust Paradox*, The Free Press, New York, 1978.

de emergencia o con la regulación de los contratos de trabajo, por ejemplo. Ni unas ni otras, en la mayoría de los casos, han sido derribadas por inconstitucionales por reclamos de los particulares a los que se les han aplicado.⁶⁰

En el derecho comparado, el fallo que marcó el debate en torno al tema de los límites constitucionales a la libertad de contratar durante la primera parte del siglo XX adoptando una posición libertaria extrema fue *Lochner v. New York*,⁶¹ decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905. En él el tribunal estimó como inválida una norma del Estado de Nueva York que regulaba los contratos laborales imponiendo un límite de horas semanales al trabajo aportado por el empleado. La Corte entendió que la decisión del Congreso perseguía un fin ilegítimo al regular el derecho a contratar de este modo y que se afectaba lo que dio en llamar a partir de ese momento el *debido proceso sustantivo*. Se iniciaba así la denominada “era Lochner” que terminaría en 1937. Después de la crisis de 1929, y luego de una serie de fallos que siguieron la línea de las disidencias de los jueces Holmes y Harlan en *Lochner*, como por ejemplo la decisión tomada por la Corte en el caso *Nebbia v. New York*,⁶² de 1934, que validó la imposición por el estado de precios máximos a

60. Ver, por ejemplo, lo sostenido por Miguel Ángel Pirolo en su voto en la sentencia de la Cámara Laboral en el caso *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo* ya citado en nota 53: “Al analizar las disposiciones contenidas en el hoy derogado estatuto para el personal bancario –y su norma reglamentaria– que preveía la posibilidad de que se anulara el despido y se ordenara judicialmente el restablecimiento y mantenimiento del vínculo con el consiguiente derecho a percibir una retribución durante el lapso en el que el empleador no se aviniera a reponer en el puesto al trabajador despedido (conf. ley 12.637 y Dec.20.268/46, art. 6), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la intrínseca injusticia que supone un sistema que excede lo que constituye el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario, afecta las bases sobre las que se apoya la libertad de contratar (que, como he dicho, se encuentra protegida por el art. 14 de la C.N.). Luego de señalar que, una disposición de esas características, también afecta la garantía al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), la Corte dijo explícitamente que, una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido; y concluyó descalificando la validez constitucional del sistema que contemplaba la posibilidad de reponer compulsivamente en su puesto a un empleado despedido en el marco del empleo privado (CSJN, 25-2-69, “De Luca, José y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación”, F:273:87). En numerosos precedentes dictados con posterioridad al mencionado fallo, la Corte Federal sostuvo la misma doctrina (ver: F:273:87; 278:83; 302:319; 302:1486; 304:335; 306:1208; 310:891). Al pronunciarse en los autos “Figueroa, Oscar y otro c/ Loma Negra SA” (CSJN,4-9-84) sostuvo que una disposición convencional que, por vía de una sistema de estabilidad absoluta, suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a un empleador en lo concerniente a la integración de su personal, menoscaba la garantía del art. 14 de la Constitución –que consagra la libertad de comercio e industria– y lesiona la garantía al derecho de propiedad (F:306:1208)”.

61. 198 U.S. 45 (1905).

62. 291 U.S. 502 (1934).

la leche, la sentencia del caso *West Coast Hotel Co. V. Parrish*⁶³ (1937) puso fin a la etapa en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó que la Constitución no habilitaba al Estado a ejercer prácticamente ninguna interferencia con la libertad de contratar. Fue necesario entonces para la Corte elaborar una teoría fundada en la Constitución que habilitara al Estado federal a imponer límites a esa libertad con el objeto de asegurar la igualdad de trato. La Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, aunque hace referencia expresa al derecho a ser tratado igual, no servía a estos fines pues está dirigida a las obligaciones del Estado respecto del trato que éste debe darle a las personas, pero no al trato que las personas deben darse entre sí.⁶⁴ En este sentido el derecho constitucional a la igualdad de trato fue interpretado como la contracara de una obligación *negativa* del Estado de no discriminar.⁶⁵ La doctrina de la Corte fue, desde los llamados Casos de Derechos Civiles (*Civil Rights Cases*) de 1883, que la Enmienda XIV sólo se refiere a las obligaciones del Estado derivadas del respeto de la igualdad ante la ley en el sentido de las obligatorias negativas a las que me referí anteriormente. Esta posición fue confirmada más recientemente en *United States v. Morrison*.⁶⁶ Ni siquiera los locales de acceso público (o *public accomodations* como los denomina la doctrina y la jurisprudencia del país del norte), como es el caso de hoteles y restaurantes, que requieren licencias del Estado para funcionar, son alcanzados, según la Corte, por la Enmienda XIV. El argumento que sirvió de justificación para la regulación estatal de los contratos entre particulares con miras a asegurar la igualdad ante la ley no emanó entonces de la famosa Enmienda constitucional referida al derecho a la igualdad de trato, sino que surgió de una particular interpretación, tanto judicial como del Congreso Federal, de la cláusula comercial (*Commerce Clause*) de la Constitución de los Estados Unidos. Ella se encuentra expresada en el Artículo 1ro,

63. 300 U.S. 379 (1937).

64. Aunque quizá con una lectura más amplia de las obligaciones estatales, entendiéndolas como negativas y positivas, podría haberse extendido la aplicación de esta cláusula a la justificación de la regulación de derechos tales como el de contratar o el de asociarse, pero esto no fue lo que hizo la Corte.

65. Enmienda XIV, Sección 1: Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción, será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, de su libertad o de su propiedad, sin el debido procedimiento de ley, ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la igual protección de las leyes.

66. 529 U.S. 598 (2000). A pesar de reconocer el poder del Congreso para regular actividades comerciales, la Corte Suprema, través de esta decisión, declaró inconstitucional la Ley de Violencia contra la Mujer por considerar que aquel poder no alcanzaba a actividades que no sean estrictamente comerciales, como por ejemplo la violencia entre las personas.

Sección 8 de la norma fundamental, y establece que el Congreso de los Estados Unidos tendrá facultades “para reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y con las tribus indias”. En base a esta cláusula y a la interpretación que se asentó en los tribunales y fuera de ellos, el Congreso ha sancionado desde entonces un número importante de leyes que imponen límites a la libertad de contratar a través, por ejemplo, de la fijación de precios máximos, de la regulación de los mercados y de las transacciones económicas entre particulares, así como de otros tipos de actividades comerciales. Estas decisiones del poder político han sido validadas por la Corte Suprema en casos tales como *Gonzales v. Raich*,⁶⁷ *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*,⁶⁸ *Wickard v. Filburn*⁶⁹ y *Gibbons v. Ogden*⁷⁰.

Aquellos que apoyaban las políticas de segregación racial en el siglo XIX y que defendían lo establecido por las leyes denominadas de Jim Crow⁷¹ en el sur del país, sostenían que tenían un derecho a no realizar transacciones comerciales si no querían hacerlo, tal como era el caso de propietarios de restaurants que se negaban a proveer sus servicios a clientes de ascendencia africana, o empleadores que no querían contratar trabajadores con esas mismas características, o propietarios de inmuebles que no querían vendérselos. La interpretación referida de la Cláusula Comercial habilitó al Congreso a partir del 1937 a dictar normas que limitaron la otrora absoluta libertad de contratar reclamada por los segregacionistas del sur. Estos, sin embargo, exigían la aplicación de la Enmienda X en virtud de la cual defendían la libertad de los Estados de la Unión para tener sus propias regulaciones comerciales. Esta cláusula sostiene que “las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo”. Esta norma proveía (y provee en la actual coyuntura política mientras escribo estas líneas) a los sectores más conservadores de los Estados Unidos con el argumento necesario, de acuerdo con su interpretación, para defender la inconstitucionalidad de las medidas dictadas por el Congreso en virtud de la lectura referida de la Cláusula Comercial, y que se entienden como una interferencia inválida sobre la libertad de las personas, como es el caso, sostienen, de la ley de servicios de salud sancionada sobre la base de la propuesta del Presidente Barack Obama. Entre fines del siglo XIX⁷² y 1937, la Corte Suprema de los Estados Unidos interpretó

67. 545 U.S. 1 (2005).

68. 379 U.S. 241 (1964).

69. 317 U.S. 111 (1942).

70. 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

71. Se llama “leyes Jim Crow” a aquellas normas de contenido racista sancionadas a partir de mediados del siglo XIX en los Estados Unidos y que tenían por objeto segregar a las personas descendientes de africanos en los espacios, locales o medios de transporte públicos.

72. Hasta 1870, año en que decidió *United States v. Dewitt*, 76 U.S. (9 Wall.) 41, la Corte Suprema

restrictivamente las facultades del Congreso para interferir justificadamente con las relaciones entre particulares, pero luego de ese último año reconoció el poder del estado federal para tomar medidas económicas tendientes a paliar una crisis como la padecida durante la Gran Depresión de la década del 30. Fue en base a esta lectura de la Constitución que el Congreso dictó la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964, cuyos Títulos II y VII establecen restricciones a la libertad de contratar entre privados en virtud de la protección de la igualdad ante la ley.⁷³ En *Gonzales v. Raich*⁷⁴, decidido en 2005, la Corte Suprema fue incluso más lejos y afirmó que el Congreso tenía facultades para regular actividades económicas que “afecten sustancialmente el comercio interestatal”. En base a este poder se entiende que el Congreso puede tomar medidas que tengan por objeto eliminar la discriminación surgida a partir de actividades comerciales. El Juez Clarence Thomas, sin embargo, opuesto a esta última visión, rescata aquella posición conservadora previa a 1937 y sostiene en sus opiniones vertidas en los casos *López*, *Morrison* y *Raich*, que esta interpretación de la Cláusula Comercial es contraria al mandato de la Constitución de los Estados Unidos. De acuerdo con este argumento, incluso podría sostenerse que la propia Ley de Derechos Civiles de 1964 debería ser considerada contraria a la Constitución dado que ese argumento que Thomas cree inconstitucional es la razón sobre la que se funda esa importante norma. De hecho, el movimiento conservador denominado *Tea Party* milita en estos días contra la Ley de Salud sancionada en 2009 por el Presidente Obama con el argumento de que ella es inconstitucional sobre la base de argumentos alineados con los de Thomas. De tener éxito ese movimiento conservador y sus aliados en el Congreso y los tribunales en desplazar la interpretación dominante de la Cláusula Comercial, muchas leyes del *New Deal* o

no declaró inconstitucional ninguna ley del Congreso en ejercicio de su poder derivado de la Cláusula Comercial, en lo que podría entenderse como la consecuencia de la adopción de una postura marcadamente deferente hacia el Poder Legislativo en material de regulación comercial. Ver Ian Milhiser, *Doomed to Repeat History*, Julio de 2010, en http://www.americanprogress.org/issues/2010/07/judicial_extremism.html

73. El Título VII prohíbe la discriminación en el empleo, servicios de hotelería, servicios brindados por el gobierno y en establecimientos educativos. De acuerdo con esta norma, el empleador está impedido negarse a contratar o a promover, despedir a una persona en base a criterios discriminatorios que la propia ley enumera y que son la raza, el color, el sexo, la religión o la nacionalidad de origen. El empleador no puede segregar o clasificar a los empleados o postulantes a un empleo de modo que implique privarlos de él o negarles oportunidades laborales debido a la raza, color, sexo, religión ó nacionalidad de origen. Por su parte, la Orden Ejecutiva 11.246 prohíbe que los contratistas y subcontratistas del Gobierno Federal discriminen en base la raza, color, religión, sexo ó nacionalidad de origen de las personas y exige la implementación de acciones positivas para asegurar igualdad en las oportunidades de empleo.

74. 545 U.S. 1 (2005).

la misma Ley de Derechos Civiles de 1964 estarían en peligro de ser consideradas inconstitucionales. Sin embargo, prácticamente todos los expertos pronostican que ello no es factible pues anticipan que la mayoría de la Corte estaría de acuerdo en sostener la doctrina afirmada en su jurisprudencia desde 1937.

En síntesis, en los Estados Unidos, la normativa que restringe la libertad de contratar con miras a asegurar el trato igualitario entre particulares, se encuentra en decisiones legislativas tales como la Ley de Derechos Civiles (Títulos II y VII) que el Congreso dictó en virtud de la interpretación de la Cláusula Comercial que le permite regular la actividad económica interestatal. En nuestro país, sin embargo, pese a contar con una cláusula comercial de similares características (el artículo 75, inciso 13) ella no ha sido leída de modo tal que permita extraer similares conclusiones respecto del poder del Congreso para regular las actividades comerciales. Sin embargo, sobre todo luego de la reforma constitucional de 1994, se han incorporado a la Constitución Nacional dos cláusulas que le confieren al Congreso facultades regulatorias tendientes a asegurar la igualdad y que podrían ser utilizadas en una estrategia interpretativa similar a la que describí que tuvo lugar en los Estados Unidos con la Cláusula Comercial. Me refiero a lo previsto en el artículo 75, cuando enumera las facultades del Congreso de la Nación, en los incisos 19 (“proveer al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social... la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”) y 23 (“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”). Es necesario destacar que estas normas no han sido aún interpretadas por los tribunales en el sentido aquí propuesto, así como tampoco han sido utilizadas por el Congreso de la Nación para avanzar en línea similar desde su facultad legislativa. Veamos cómo se estructura en el presente el régimen de protección de la igualdad en el marco de las relaciones contractuales entre particulares en Argentina.

Poder de policía y la emergencia

En nuestro país, a partir de 1930, se desarrollaron doctrinas jurisprudenciales similares a las sostenidas en la misma época en los Estados Unidos a favor de la justificación del poder de policía del estado dirigido a limitar la libertad de contratar con la finalidad de proteger el interés público o los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional. Entre 1880 y 1930, si bien de un modo diferente y, a veces, atenuado, la Corte Suprema de Argentina defendió posiciones que podrían ser consideradas como emparentadas con la doctrina de *Lochner*, aunque este caso nunca fue citado por el Alto Tribunal local dado que las situaciones debatidas no se relacionaban con regulaciones laborales que en Argentina surgieron en tiem-

pos muy posteriores a aquellos en los que se sancionaron en los Estados Unidos y que datan de 1920 en adelante. En este sentido, *Hileret c. Provincia de Tucumán*,⁷⁵ decidido en 1903, por ejemplo, es considerado una expresión canónica de la jurisprudencia antirregulatoria de la Corte argentina. En este caso, el estado provincial imponía un cupo de oferta para cada productor de azúcar a fin de influir sobre los precios que, dada la restricción sobre la oferta, tenderían a subir, lo cual implicaría más ganancias para los productores. De acuerdo con la norma provincial, aquellos que no respetaran el cupo pagarían un impuesto que operaba como sanción. Un productor afectado por la medida y alcanzado por la obligación impositiva se sintió agraviado en sus derechos de trabajar y ejercer una industria lícita, así como el de igual protección de la ley, establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional. La Corte le dio la razón, aunque admitió que la provincia podía ejercer el poder de policía estableciendo regulaciones que persiguieran estrictamente el objetivo de proteger el orden público, la moral y la higiene, o los derechos de terceros.

Un solo caso se aparta de la línea libertaria de la Corte durante esta etapa jurisprudencial que va de 1880 a 1930. Se trata de *Ercolano c. Lanteri de Renshaw*.⁷⁶ En él, la Corte Suprema entendió que era constitucional una ley que establecía el congelamiento de los alquileres comerciales y residenciales. El argumento se basó en el carácter “esencial” de la vivienda, “consideraciones de humanidad y justicia social” además de buscar paliar los efectos de la suba de alquileres en el bienestar general y en la economía.⁷⁷ El caso fue excepcional y la Corte asoció este desvío a la escasez de mano de obra y de materiales a raíz del impacto de la Primera Guerra Mundial. Además, dejó en claro que la justificación de la intervención era en función de su carácter provisional. Los casos *Mango c. Traba*,⁷⁸ de 1925, y *Horta c. Harguindeguy*,⁷⁹ de 1922, también sobre control de alquileres, pero decididos en contra de la regulación, demuestran el estricto carácter excepcional de *Ercolano*.

A partir de la crisis de 1930 y durante la década que le siguió, la Corte Argentina, seguramente mirando con atención lo decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Nebbia* (1934), volvió sobre la doctrina que fuera excepcional en *Ercolano*, para convertirla en regla, como lo demuestra la decisión tomada en *Avico c. De la Pesa*⁸⁰ declarando constitucional una moratoria hipotecaria y la reducción de los intereses pactados en esos préstamos. El fallo contiene largas citas y traduc-

75. Fallos, 98:20 (1903).

76. Fallos, 136:161 (1922).

77. *Idem*, p. 176.

78. Fallos, 144:219 (1925).

79. Fallos, 137:47 (1922).

80. Fallos, 172:21 (1934).

ciones de *Nebbia* y de *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*,⁸¹ el otro caso clave del *New Deal* de la era post-*Lochner*. En *Avico c. De la Pesa* la Corte entendió que la libertad de contratar puede ser limitada por regulaciones estatales siempre que éstas estén dirigidas a atender “razonablemente” el fin de lograr el beneficio general de la sociedad.⁸²

Desde 1930 hasta nuestros días, la Corte Suprema argentina ha fallado en numerosas ocasiones en el sentido de considerar válidas las interferencias estatales con la libertad de contratar pero, sin embargo, esas regulaciones tuvieron siempre lugar en contextos de emergencia que parecían ser la justificación que le permitía al tribunal decidir a favor de su validez constitucional. Diferente fue el caso, excepcional por cierto, de *Cine Callao*,⁸³ de 1960. El caso surge a partir de la imposición que el estado depositaba en cabeza de los dueños de salas de cine de contratar actores para la realización de los llamados “números vivos”, que eran breves obras teatrales que tenían lugar antes de la proyección de la película en los horarios vespertinos. La Corte entendió en esta causa que existía un interés legítimo del estado en darle empleo a los actores que, de otro modo y por razones coyunturales, no tenían ocupación, considerando este fin como legítimo y la obligación de contratar como funcional al fin buscado. Sin embargo, fuera de este caso, fue casi siempre el contexto de emergencia el que motivó las sentencias a favor de la interferencia estatal con el derecho a contratar libremente en nuestro país.

El derecho laboral, la igualdad y la libertad de contratar

Otro espacio en el que el estado argentino ha avanzado con regulaciones que limitan el derecho a contratar libremente y que han motivado algunas pocas sentencias de la Corte Suprema y un cierto debate en la doctrina,⁸⁴ ha sido el de las

81. *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 45, Sección Jurisprudencia Extranjera, p. 43 (1934).

82. Para una análisis exhaustivo de esta jurisprudencia ver MILLER, Jonathan, “Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en Argentina”, publicado en http://www.urbeetius.org/newsletters/19/news19_miller.pdf y cuya versión original en inglés fue publicada en *Hastings International & Comparative Law Review*, Volume 21, N° 1, Fall 1997, pp. 77-176.

83. *Fallos*, 247:121 (1960).

84. Ver, por ejemplo, MAZA, Miguel Ángel, “El despido discriminatorio: una pequeña derogación con grandes consecuencias jurídicas”, revista *Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social*, 2004, N° 9, págs. 546 y ss. “El despido discriminatorio...”, oportunidad en la que expresé que la sanción prevista en ese régimen jurídico resulta más dura y radical que la establecida en la ley laboral (en alusión al art. 11 de la ley 25.013) ya que llega a la remoción del acto discriminatorio, “es decir, a la nulidad del despido injusto y discriminatorio...” (Ob. cit. pág. 546), “la sanción contra el despido discriminatorio puede ser, a solicitud de la persona afectada, la nulidad del acto más la

relaciones laborales. Además de los principios emergentes de la Constitución y de los tratados internacionales, el artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente que “Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.” Asimismo, el artículo 1ro de la ley 23.592, como ya se mencionó, dispone que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Estas normas han dado lugar a algunos escasos reclamos judiciales de personas que se han considerado afectadas en su derecho a la igualdad de trato y que, por ese motivo, litigaron casos que provocaron decisiones de los tribunales. Sin embargo, el número de casos es muy reducido y, mucho más reducido si consideramos los que llegaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁸⁵ Algunos de los casos en los que se ha debatido judicialmente la igualdad de trato y su tensión con el derecho a contratar se relacionan con el empleo de las mujeres, cuya situación de discriminación en el mercado de trabajo está bien documentada.⁸⁶ Un caso relevante en este sentido es *Fernández, Estrella c/ Sanatorio Güemes, S.A.*,⁸⁷ en el cual, según el voto conjunto, pero separado del de la mayoría, de los jueces Petracchi y Bacqué, el principio de igual remuneración por igual tarea establecido en el artículo 14 bis de la Constitución es expresión del principio de igualdad entendido, como lo ha hecho la Corte en reiteradas ocasiones, como igualdad de trato en igualdad de circunstancias, en línea con *Dardanelli de Cowper, Ana I. M. c. Aerolíneas Argentinas, S.A.*,⁸⁸ y con las disidencias en *Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros*.⁸⁹ El fallo

reparación de los daños y perjuicios generados” (Ob. cit. pág. 548).

85. La baja litigiosidad de este tipo de casos parece deberse a que los incentivos no parecen estar dispuestos de modo que se favorezca la interposición de demandas judiciales. En otros países, como en los Estados Unidos, por ejemplo, la mayoría de los casos de igualdad en el empleo son llevados ante los estrados judiciales por los sindicatos en defensa de sus asociados, algo que no sucede en nuestro país, quizá a consecuencia de que los sindicatos locales no representan a desempleados, que son los que habitualmente sufren la discriminación al intentar ingresar a los empleos.

86. PAUTASSI, Laura, FAUR, Eleonor y GHERARDI, Natalia, *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad*, Serie Mujer y Desarrollo, N° 56, CEPAL, Santiago de Chile, 2004.

87. *Fallos*, 311:1602, p. 1613 (1988).

88. Corte Suprema de Justicia de la Nación, D.290.XIX, sentencia del 18 de octubre de 1984

89. *Ursini, Paola Cassia c/ Geddes, Gloria y otros*, U. 21. XXXIII, Recurso de hecho, Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 5 de octubre de 1999.

más reciente de la Corte Suprema sobre igualdad de trato y contratos de empleo es el dictado en el caso *Álvarez*, en diciembre de 2010,⁹⁰ al que me referiré en extenso más adelante.

El principio de “Calificaciones Ocupacionales de Buena Fe”

Antes de avanzar es preciso establecer una premisa de un modo algo dogmático. En línea con lo que sostuve en una sección anterior de este ensayo, entenderé que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional son derechos que las personas *tienen* por el sólo hecho de ser tales y que no son sólo restricciones frente a la acción estatal. En este sentido, si sostenemos que la Constitución establece que las personas tenemos derecho a la vida, eso no implica solamente que el Estado, por medio del accionar de sus funcionarios, está impedido de poner nuestra vida en riesgo. El reconocimiento del derecho a la vida obliga al Estado a articular los medios necesarios a fin de impedir que otras personas pongan en riesgo o acaben con mi vida. La prohibición y penalización del homicidio por parte del Estado, la implementación de una política de seguridad y el establecimiento de un sistema de justicia para hacer cumplir esas normas y desarrollar esa política, forman parte de las obligaciones positivas del Estado derivadas de su compromiso de respetar la constitución, en particular su mandato de proteger y no afectar el derecho a la vida.⁹¹ De modo similar, el reconocimiento del derecho a la igualdad de trato ante la ley impone obligaciones al Estado que van más allá de no tomar decisiones o realizar acciones que afecten la igualdad, y que comprenden la realización de acciones que eviten el cercenamiento de ese derecho por parte de terceros, lo cual incluye las obligaciones positivas de tomar decisiones y de realizar acciones tendientes a evitar que otras personas afecten mi derecho a la igualdad de trato. La complejidad que se suscita en este segundo grupo de obligaciones tiene que ver con que esas acciones positivas implementadas por el Estado no pueden desconocer o agredir los derechos de las personas que se desprenden del ejercicio de su autonomía personal, tales como los derechos de contratar o de asociarse libremente. Hecha esta aclaración preliminar, pasemos a analizar posibles respuestas a este dilema que enfrenta el Estado en cuanto al alcance de su facultad regulatoria de la libertad con miras a proteger la igualdad.

90. *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, decidido el 7 de diciembre de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

91. SABA, *supra* nota 18. Ver también TUSHNET, Mark, “State action in 2020”, en BALKIN, Jack M. and SIEGEL, Reva B. (editors), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, 2009, pp. 69-77.

Una estrategia posible para guiar la regulación de la libertad de contratar con miras a evitar que el derecho a la igualdad de trato sea afectado por particulares es la de extender a la contratación entre particulares un estándar derivado del de razonabilidad que solemos aplicar al Estado. La doctrina de los Estados Unidos lo ha llamado *Bona Fide Occupational Qualification (BFOQ)*⁹² o Calificación Ocupacional de Buena Fe y consiste en exigir al empleador que al momento de contratar personal observe, por un lado, la legitimidad del fin de la contratación y, por el otro, la razonabilidad de los requisitos impuestos para la selección de los contratados, en el sentido de que esos requisitos estén vinculados a criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin legítimo buscado, que, en el caso de los contratos laborales, debe estar relacionado con el fin de la actividad que desarrolla la empresa que contrata. Este estándar fue desarrollado por la jurisprudencia de los Estados Unidos, sobre todo a partir litigios llevados a cabo por los sindicatos a fin de evitar tratos desiguales injustificados propinados a sus afiliados. Uno de los sindicatos más activos en desafiar la libertad de contratar cuando en conflicto con la igualdad, fue históricamente el sindicato de los empleados y empleadas de empresas aeronáuticas comerciales en la década del 60. El surgimiento de la aeronavegación comercial para el transporte de pasajeros se caracterizó por una estrategia de *marketing* de las compañías aéreas en los Estados Unidos que apuntaban a relacionar el viaje en avión con un símbolo de alto status social.⁹³ Las empresas aeronáuticas contrataban a sus azafatas —siempre mujeres— imponiendo como requisito el que su apariencia física se correspondiera con el estereotipo femenino de belleza del momento, lo que en la doctrina los autores denominan *lookism*.⁹⁴ Establecidos ciertos parámetros de belleza física, tales como una cierta estatura, peso o color de cabello, las mujeres que no se acomodaran a ellos no eran contratadas. En el caso *Griggs v. Duke Power*⁹⁵ y especialmente en *International Union, United Auto., Aerospace and Agric. Implement Workers of America v. Johnson Controls, Inc.*⁹⁶ la Corte de los

92. POST, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en POST, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 17.

93. A fin de ilustrar ese rasgo de la industria, ver la caracterización que se hace de la misma en la película *Atrápame si puedes* de 2002, basada en la vida de Frank Abagnale Jr., dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Leonardo Di Caprio. Ver especialmente la secuencia en la que el personaje principal simula ser un piloto de avión que burla los controles del aeropuerto gracias a la distracción que provoca el grupo de azafatas que lo acompañan, todas ellas de apariencia similar, misma estatura, peinado, y contextura física, de acuerdo con el estándar o estereotipo de belleza femenino de ese momento.

94. Post, *supra* nota 89.

95. 401 U.S. 424, 436 (1971).

96. 499 U.S. 187, 203 (1991). Ver también *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 333 (1977), y

Estados Unidos sostuvo que los requisitos que la empresa podía imponer a los postulantes para esos empleos debían limitarse a aquellos que guardaban una relación de funcionalidad con los fines de la actividad que desempeñarían ellos y la empresa (la “esencia” o “la misión central del negocio del empleador”), y que en este caso se referían a transportar personas de un lugar a otro del país para lo cual la apariencia física de las azafatas no era en absoluto relevante.

De esta forma, de un modo semejante a lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Palmore v. Sidote*⁹⁷ y en *McLaughlin v. Florida*⁹⁸ respecto de las obligaciones de igualdad de trato del Estado, y en sus paralelos decididos por la Corte Suprema argentina, *Arenzon y Repetto*,⁹⁹ la Corte del norte estableció que debía escrutarse el contenido y la legitimidad del fin buscado y, luego, determinar la relación de funcionalidad entre el requisito impuesto a las postulantes y aquel fin.

Algo similar sucedió en el caso *Freddo*,¹⁰⁰ decidido en nuestro país por la Cámara Nacional Civil en 2002. En este caso la empleadora, una empresa de producción y venta de helados artesanales al público por medio de una cadena de locales distribuidos en diferentes locaciones de la Ciudad de Buenos Aires, no contrataba mujeres para formar parte de su personal dedicado a la atención a los consumidores. La Asociación Mujeres en Igualdad (AMI) interpuso un amparo colectivo en virtud de la legitimación que le reconoce el artículo 43 de la Constitución Nacional. En él la AMI sostuvo que la empresa imponía el requisito de ser varón para poder ser contratado como empleado para desempeñarse en el mostrador y que ello violaba la igualdad ante la ley establecida en la Constitución en su artículo 16. El tribunal le dio la razón a la amparista argumentando que el sexo de los postulantes era un requisito irrazonable dado que el objeto de la contratación era contar con personas que expendan helados en los locales de la compañía. La empresa, aceptando la lógica del principio de igualdad como no-discriminación basado en un estándar similar al de *BFOQ*, sostuvo que la razonabilidad del requisito residía en que los recipientes de helado contenían varios kilos de esa sustancia y que ellos debían ser manipulados por los empleados. Dado que eran muy pesados, sólo podían ser acarreados por varones. Las mujeres, según la empresa, no eran capaces, en virtud de su contextura física, de realizar esa tarea. El tribunal desestimó ese argumento sobre la base de que para poder evaluar la capacidad de manipular y transportar esos recipientes alcanzaba con una prueba a tales efectos en lugar de establecer el requisito de la

Western Airlines v. Criswell, 472 U.S. 400, 413 (1985).

97. 466 U.S. 429 (1984).

98. 379 U.S. 184, 196 (1964).

99. *Supra* notas 9 y 10.

100. Cámara Nacional Civil, Sala H, *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/ amparo*, 16 de diciembre de 2002.

pertenencia al sexo masculino. Como dijo la Corte de Estados Unidos en *Griggs*, el Título VII expresaba la voluntad del Congreso de que cualquier test para contratar debía evaluar si la persona podía realizar el trabajo para el que se la contrataría y no a la persona en abstracto.¹⁰¹

En síntesis, si aceptamos la premisa de que la igualdad de trato es un derecho reconocido constitucionalmente que requiere no sólo obligaciones del Estado respecto de su propio accionar, sino también obligaciones dirigidas a evitar que el derecho sea violado por terceros, entonces se podría justificar la interferencia estatal con la libertad de contratar limitándola a velar por la aplicación del estándar de razonabilidad a las contrataciones. Sin embargo, esta solución al problema del trato igual entre privados da lugar a algunas situaciones problemáticas. En primer lugar, le reconoce al Estado y a los jueces una potestad demasiado amplia para determinar la razonabilidad de los requisitos impuestos a la contratación en función de lo que se defina como el fin de la actividad que realiza la empresa, la “esencia” del negocio, como sostuvo la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Griggs*. En el caso de las empresas aeronáuticas que sólo contrataban azafatas que respondiera al estándar de belleza de la época, éstas podrían aducir que su objeto comercial no es estrictamente y excluyentemente transportar pasajeros de un punto a otro del país, sino que su estrategia comercial apunta a conquistar un nicho de mercado formado por personas que desean viajar en avión pero que, además, puestos a elegir la compañía, prefieren hacerlo en aquella que les provee una sensación de pertenencia a tendencias glamorosas asociadas a ciertos estándares de belleza en particular representados por las azafatas. Es cierto que el juez puede descartar ese objeto por no considerarlo legítimo, pero esta definición implica que los jueces deberían evaluar en cada caso en particular cuál es el fin de la actividad que desarrolla la empresa, algo que no siempre es fácil de establecer.

Fuera del ámbito laboral, algo similar podría suceder con otros tipos de contratos, como por ejemplo los de alquiler, cuando el propietario se niega a rentar un inmueble a personas que pertenezcan a determinados grupos religiosos, nacionales, o de otra clase. Un ejemplo en este sentido es el que brinda el caso *Hertzriken, Luciano y otro c/ Sanfuentes Fernández, Magdalena s/ daños y perjuicios*, decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, en Buenos Aires, el 11 de octubre del 2006. El caso se refiere a la situación en que la propietaria de un departamento en alquiler se negó a rentarlo a un posible futuro inquilino por ser judío. Según la evidencia aportada al caso por una testigo, la persona de la inmobiliaria contratada por la dueña del inmueble más precisamente, la propietaria manifestó que no quería alquilarle la propiedad a judíos, chinos u homosexuales. La Cámara entendió que la decisión de la propietaria había sido irrazonable y que debía com-

101. *Supra* nota 92.

pensar al frustrado inquilino por el daño moral producido. Es de destacar que entre los fundamentos del fallo se encuentran precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como *Weimberger v. Wiesenfeld*,¹⁰² *Califaro v. Goldfarb*,¹⁰³ *United States v. Virginia States and Virginia Military Institute*,¹⁰⁴ a pesar de que todos ellos se refieren a situaciones en las que las decisiones de tratos desiguales sobre la base de criterios irrazonables fueron tomadas por el Estado y no por particulares, lo cual es una cuestión radicalmente diferente. La sentencia de la Cámara no obligó a la propietaria a contratar a un inquilino que no deseaba, sino a compensarlo por el daño moral ocasionado a raíz de no haber querido alquilarle, lo cual no implica una restricción a la libertad de contratar en un sentido estricto, sino que aquellas personas que no deseen contratar sobre la base convicciones que tengan efectos discriminatorios pueden hacerlo siempre que estén dispuestas a pagar por las consecuencias de su decisión, sin que se les exija contratar a la persona con la que no desean hacerlo sobre la base de criterios prohibidos. Sin embargo, es posible interpretar el artículo 1ro de la Ley Antidiscriminatoria Número 23.592 en un sentido más estricto, pues cuando él establece que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.¹⁰⁵ Si la negativa de contratar es el acto discriminatorio, entonces dejarlo sin efecto o cesar en su realización podría implicar, no la compensación por el daño moral, sino alquilar el inmueble al demandante.

Es posible reconocer en el caso de los contratos algunos matices de algún modo similares a los que señalé en el caso del de derecho de asociación. No parece que requieran el mismo tipo de tratamiento contratos de diferente tenor como por ejemplo el que realizan los padres al solicitar los servicios de una niñera para sus hijos, o el que lleva a cabo una propietaria con sus inquilinos, o un hotel con sus huéspedes, o un restaurant con sus clientes. Existen diferencias entre estas relaciones contractuales similares a las que reconocimos entre las asociaciones íntimas, las expresivas, y las que se articulaban en torno al goce de un bien o servicio. Si el contrato se basa en la confianza que la persona tenga en la contraparte, por ejemplo, la confianza que

102. 420 US 636 (1975).

103. 430 US 199 (1977).

104. 518 U.S. 515 (1996).

105. El énfasis es mío.

los padres deben tener en una persona para encargarle el cuidado de sus hijos, es diferente al contrato que surge a partir de la oferta pública de alimentos por dinero, como sucede con un restaurant. Ofrecer alimento, alojamiento, vivienda o entretenimiento a cambio de dinero en establecimientos abiertos al público, convierte a la actividad a la cual está asociada el contrato en un servicio ofrecido en forma abierta que no parece poder quedar supeditado a que el co-contratante (el cliente, el usuario, el consumidor o el inquilino) cumpla con requisitos que no sean razonables, es decir, funcionales con el fin del contrato o del servicio o bien brindado. Este es el estándar que establece el Título II de la Ley de Derechos Civiles de 1964 en los Estados Unidos cuando crea la categoría de instalaciones públicas o *public accommodations*. La ley mencionada, y también la legislación de algunos estados, prohíben la discriminación de ciertos grupos especificados en la norma tanto en el ámbito laboral como en lugares considerados públicos. Si bien el tipo de establecimientos que entran bajo esta categoría varía de acuerdo con la norma federal o estatal de que se trate y el tipo de discriminación que pudiera tener lugar, como por ejemplo racial o basada en discapacidades físicas, las llamadas *public accommodations* son generalmente, pero no exclusivamente, establecimientos comerciales o empresariales, o edificios abiertos al público general o donde se ofrecen servicios a este último. Establecimientos en los que se venden alimentos, o en los que se ofrece alojamiento, combustible para automóviles o entretenimiento, son considerados *public accommodations*. En el caso particular del trato que se brinda a personas con discapacidad, según la ley específica sobre el tema a nivel federal (la *American with Disabilities Act*), el concepto es más abarcativo e incluye cualquier edificio abierto al público, sin importar el tipo de actividad que se desarrolle en él.

El concepto de *public accommodation* abre el camino para la aplicación del principio de razonabilidad, en el sentido de relación funcional entre el criterio que gobierna el trato de una persona y el fin buscado. Un establecimiento abierto al público para vender alimentos, como un restaurant, admite el ingreso de personas que puedan pagar esos alimentos y que se comporten de acuerdo con ciertas reglas de civilidad o convivencia. El dueño del local podría impedir el ingreso de quienes no estén dispuestos a pagar el precio establecido por esos alimentos o de quienes no se comporten debidamente. Sería pues *razonable* que no permita el acceso de estas personas y, por lo tanto, no estaría realizando un acto discriminatorio contrario a la igualdad ante la ley. Sin embargo, si en el mismo contexto, prohibiera el ingreso de afrodescendientes, entonces, por no ser ese requisito o criterio *funcional* al servicio ofrecido, sería entonces un criterio prohibido por *irrazonable* y, por ende, en conflicto con la igualdad ante la ley. Distinguir, y tratar de un modo diferente, a los *buenos clientes* de los que no lo serán –de acuerdo a indicios fehacientes– o no lo son, es razonable. Negar el servicio a un buen cliente sobre la base de su pertenencia a un grupo que el dueño de local detesta, no es compatible con la igualdad ante la ley.

Esta restricción del derecho de contratar (y el de no contratar), ha motivado la virulenta reacción de sectores libertarios y racistas en los Estados Unidos, al tiempo que la consideran también un avance sobre el derecho de propiedad sobre la base del argumento de que del mismo modo en que una persona puede decidir sobre quién entra a su casa, debería poder decidir quién entra a su establecimiento (restaurant u hotel).¹⁰⁶ Sin embargo, surge de la legislación descripta, de la jurisprudencia relevante y de desarrollos académicos en el derecho comparado, que existen razones que justifican hacer una distinción entre el ámbito estrictamente privado del hogar y el de los establecimientos abiertos al público.¹⁰⁷ No es lo mismo que un grupo de amigos aficionados a la cocina inviten a algunos comensales a una velada privada, incluso si les cobraran por esos alimentos, que un establecimiento sea abierto al público en general para venderle alimentos. Este caso del grupo de amigos guarda cierta similitud con aquellos de las asociaciones afectivas que recibirían un trato más permisivo a la hora de sopesar una posible interferencia estatal para proteger el derecho de igualdad de trato.

Suficiente hasta aquí para lo que se refiere a la aplicación del principio de razonabilidad a una específica clase de contratos. Existe, además, otro tipo de situación en la que incluso, mediando razonabilidad en las distinciones realizadas al momento de seleccionar co-contratantes, o existiendo un permiso para no ser razonable al momento de contratar utilizando criterios no funcionales a los fines de la actividad, el trato diferente entre particulares no resultaría admisible por formar parte de una práctica generalizada que arroja por resultado la exclusión de un grupo de personas de ámbitos relevantes para el desarrollo de sus planes de vida. Incluso en el caso hipotético en el que el conservador, racista y libertario triunfe imponiendo su posición respecto de la existencia de un derecho a ejercer la más absoluta y radical libertad para contratar, el tipo de situaciones a las que me referiré ahora daría paso a una justificación diferente de la interferencia estatal con esa libertad en ese tipo de casos.

Supongamos que existe una práctica extendida entre los propietarios de departamentos de no alquilárselos a personas que pertenezcan a una determinada raza, religión, condición sexual o nacionalidad, la imposibilidad de los miembros de ese grupo de ejercer plenamente sus derechos o el derecho a la igualdad de trato sólo sería revertida con una contundente intervención estatal que impidiera que las per-

106. VANCE, Laurence, “Discrimination and a Free Society”, en <http://www.lewrockwell.com/vance/vance205.html>

107. No infiero, sin embargo, de esta distinción, que en el ámbito privado no sea posible en ningún caso admitir la intervención estatal. Por el contrario, hay muy buenas razones para evitar esta clásica y tajante distinción entre lo público y lo privado que ha conducido a censurables consecuencias.

sonas tomaran decisiones individuales, aparentemente desconectadas entre sí, pero que agregadas condujeran a cerrar prácticamente todas o casi todas las puertas que conducen a la posibilidad de ejercer derechos. Es preciso hacer una distinción que se encuentra implícita en el ejemplo que acabo de dar: no es lo mismo que existan casos aislados de negativas de alquilar departamentos a personas de un grupo específico (contratos que estarían basados en diferencias irrazonables o inconsistentes con el principio de funcionalidad entre medios y fines) y que se desarrolle una práctica generalizada, por ejemplo, de exclusión de un grupo racial de la posibilidad de alquilar una vivienda en un barrio o ciudad determinada, lo cual se vincula con las exigencias que se desprenden del principio de igualdad como no-sometimiento. En este tipo de situaciones, las demandas de intervención estatal para asegurar la igualdad ante la ley, entendida como no-sometimiento, no pueden detenerse en el respeto de la libertad de contratar, pero tampoco en la aplicación desnuda del principio de razonabilidad. La exigencia constitucional establecida a partir del principio de igualdad como no sometimiento se dirige a lograr que el Estado desmantele las estructuras sociales que redundan en la exclusión del grupo segregado y excluido. En este sentido, y como veremos seguidamente en el debate acerca de los remedios enervado por el caso *Álvarez*, estas situaciones de desigualdad estructural no serían revertidas por los limitados efectos parcialmente disuasivos de la aplicación de una compensación debida por el contratante que discrimina a favor de la víctima del trato discriminatorio. En este sentido, sólo la obligación de contratar (que no es más que la de impedir que el “derecho de admisión” se extienda hasta el extremo de bloquear el ingreso a un establecimiento abierto al público por pertenecer a una raza, un credo, una nacionalidad o una condición sexual, cuando esa raza, credo, nacionalidad o condición sexual se identifican con las características de un grupo excluido). Parece ser claro que ni la ley, ni la Constitución, ni los tratados internacionales suscriptos por Argentina que establecen el derecho a la igualdad de trato aspiran a una situación de ese tipo.

Es preciso señalar que, dado que los límites a la libertad de contratar, desde esta perspectiva, tienen por objeto dismantelar situaciones de exclusión sistemática y de discriminación estructural, la aplicación de este estándar no es simétrica. En otras palabras, no recibiría el mismo trato un establecimiento que brinde servicios de bar que no admita el ingreso de homosexuales, que aquél que *sólo* admita homosexuales. Mientras que el primero contribuye con una práctica generalizada de excluir a las personas homosexuales de los ámbitos públicos que comparten los heterosexuales (que se suma a la exclusión de estas personas de muchos otros ámbitos como los laborales, educativos, culturales, etc.), en el segundo caso, los efectos de esa admisión parcializada de consumidores no generan la exclusión sistemática de los heterosexuales de la mayoría de los ámbitos relevantes para desarrollar sus planes de vida convirtiendo a los heterosexuales en un grupo segregado. Nótese que la aplicación del principio de igualdad como no discriminación, y de su corolario, el

principio de razonabilidad, tendría un alcance simétrico respecto de ambas situaciones, mientras que el principio de igualdad como no sometimiento tendría el alcance asimétrico que esbocé en el ejemplo de este párrafo. Me referiré específicamente a los efectos simétricos y asimétricos de ambos enfoques más adelante.

El caso *Álvarez* y la igualdad de trato en las relaciones laborales

En 7 de diciembre de 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Álvarez*,¹⁰⁸ un fallo sumamente relevante en el que se avocó en profundidad a tratar la relación que, según el tribunal, debe darse en nuestro derecho constitucional entre la igualdad ante la ley y el derecho a contratar entre particulares en la situación específica de una relación de empleo. Veamos los hechos del caso. Un grupo de empleados de la empresa Cencosud S.A. creó un nuevo sindicato, el de Empleados Jerárquicos de Comercio y seis de ellos formaron parte de su comisión directiva. Luego de que el presidente de esa comisión intimó a la empresa al pago de las diferencias salariales correspondientes a la categoría, uno de los gerentes de la empleadora le solicitó la lista de integrantes de la comisión. Pocos días más tarde, todos ellos fueron despedidos sin causa. Los seis empleados demandaron a la empresa por considerar que el despido había sido un acto discriminatorio y exigieron la reinstalación en los cargos y una reparación económica. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia favorable a ambas pretensiones fundando la decisión en el artículo 1ro de la Ley Antidiscriminatoria Número 23.592. La Corte Suprema denegó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, lo cual dio lugar a la interposición de la queja. Tres cuestiones fundamentales fueron objeto de tratamiento en el fallo. En primer lugar, si la Ley Antidiscriminatoria y otras normas protectorias de los derechos humanos –sobre todo en el marco del derecho internacional– son aplicables a tratos que tuvieran lugar entre particulares y, específicamente, entre empleadores y trabajadores. En segundo lugar, la Corte debió analizar si la libertad de contratar estaba, como consecuencia de la aplicación de esas normas, limitada por la obligación de respetar el derecho a ser tratado igual establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Finalmente, en tercer término, el Tribunal dirigió su atención a la situación en la que si el despido hubiere violado el derecho a la igualdad de trato, si el remedio que debían aplicar los jueces tenía ser el de la reinstalación de los trabajadores en sus empleos (además de una compensación por los daños sufridos) o si, en el caso que la reinstalación fuera rechazada por el empleador o no estuviera prevista en leyes

108. *Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/ acción de amparo*, decidido el 7 de diciembre de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado los archivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en A. 1023 XLIII, Recurso de Hecho.

específicas, debía este último indemnizar a los despedidos en forma agravada. El voto de los siete miembros del tribunal coincidió en las dos primeras cuestiones, pero se dividió respecto del tercer punto.

Todos los magistrados estuvieron de acuerdo en que existe en el derecho argentino, tanto por vía del derecho constitucional, como por los múltiples compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, una clara obligación del Estado de respetar (obligación negativa) y hacer respetar por terceros (obligación positiva) el derecho a no ser discriminado. Esta segunda obligación de tomar medidas positivas para hacer respetar la igualdad ante la ley es lo que, según la Corte, habilita al Estado a tomar decisiones que regulen las relaciones entre particulares, entendiendo que la Ley Antidiscriminatoria, Número 23.592, constituye una manifestación del ejercicio de esa facultad derivada de la obligación positiva requerida por el derecho a ser tratado igual. En efecto, los siete miembros del tribunal adhirieron a esta postura. El fallo enfatiza sobre todo que el fundamento de este mandato se encuentra en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino en materia de derecho laboral como por ejemplo lo establecido por el Convenio N° 111 de la OIT sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación de 1958, ratificado por Argentina en 1968. Por medio de este compromiso internacional, sostuvo la Corte que, de acuerdo con lo estipulado en su artículo 2, “el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. La Corte también cita como fundamento de esta obligación del Estado argentino, la Declaración Socio-Laboral del Mercosur, de 1998, según la cual todo trabajador “tiene garantizada la igualdad efectiva de sus derechos, tratamiento y oportunidad en el empleo y ocupación [...] en conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y que, según lo establece en su artículo 1ro, las partes “se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación”. Finalmente, la Corte Suprema también se apoya en la Opinión Consultiva Número 18 de 2003 (OC-18) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en la que el tribunal regional se refiere específicamente al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones de trabajo. La OC-18 establece que el principio acarrea obligaciones tanto para los Estados como para los particulares, debiendo los primeros, por un lado, abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente crearan situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, al tiempo que les imponen la obligación de adoptar medidas positivas tendientes a revertir o cambiar situaciones discriminatorias que pudieran tener lugar en una sociedad y el “deber especial” de protección de las personas respecto de prácticas de terceros “que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.¹⁰⁹

109. Del voto de la mayoría en *Álvarez* (Considerando 4).

En lo que se refiere al derecho nacional, la Corte, por medio del voto de la mayoría, también utilizó como fundamento de su argumento el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la Ley 25.212 que identificó entre las infracciones más graves las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (artículo 4.a). Sin embargo, el énfasis de la justificación normativa de la decisión de la Corte Suprema respecto de la obligación de los particulares de respetar el derecho a la igualdad de trato se centró en las obligaciones internacionales, particularmente en acuerdos referidos a derechos humanos y a derechos de los trabajadores. El Tribunal no hace una referencia enfática a cláusulas constitucionales que podrían ser también una valiosa fundamentación de su argumento como aquellas incluidas, por ejemplo, en la reforma de 1994. Como he sostenido previamente en este ensayo, esa enmienda ha adoptado una serie de cláusulas referidas a las facultades del Congreso de la Nación que proveen de fundamentos incluso más sólidos que aquellos a los que la Corte Suprema de los Estados Unidos debió echar mano cuando interpretó, no sin algo de esfuerzo, la Cláusula Comercial. Como ya se mencionó, al menos dos incisos del artículo 75 de la Constitución Nacional, el 13 y el 19, referidos a las atribuciones del Congreso, hacen referencia a las facultades regulatorias del Poder Legislativo Nacional en función de asegurar la igualdad ante la ley, o el derecho a no ser discriminado. En suma, respecto de la tensión entre la obligación de no discriminar (y la consiguiente facultad regulatoria del Estado expresada en la Ley 23.592) y la libertad de contratar, tanto la mayoría como el bloque disidente entienden que la Ley Antidiscriminatoria es parte de la exigencia constitucional y que es aplicable a las relaciones entre particulares, en especial a la que es objeto de disputa en el caso y que se da a través de un contrato de trabajo. La decisión no ofrece un mayor desarrollo argumental sobre la justificación de la facultad del Estado, en particular del Congreso, de interferir con la libertad de contratar (o con la autonomía personal establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional), aunque lo da por supuesto. La Corte Suprema, tanto a través de la mayoría y de la minoría en este caso, aceptan como dada la facultad del Parlamento de regular la libertad de contratar en función de la obligación de proteger y hacer respetar el derecho a la igualdad de trato o la justifican en compromisos internacionales del Estado argentino. El esfuerzo que la Corte Suprema de los Estados Unidos hizo a partir de 1937 de fundar esa facultad regulatoria —expresada en su jurisprudencia y, luego, por ejemplo, en la Ley de Derechos Civiles de 1964—, a partir de la interpretación de la Cláusula Comercial de la Constitución de ese país, no encuentra paralelo en el fundamento que el Congreso dio a la Ley 23.592 o el que la Corte Suprema exhibe para justificar su decisión en *Álvarez*. Sin embargo, la Constitución parece proveer un marco normativo fecundo para desarrollar una justificación constitucional sólida de la facultad de sancionar normas regulatorias que limiten la

libertad de contratar en función de permitir un ejercicio completo de la igualdad de trato, pero ello no es mencionado por el Alto Tribunal en forma explícita.

En resumen, todos los jueces coinciden en que existen suficientes fundamentos de derecho positivo respecto del primer punto referido a si la obligación de trato igual alcanza, además de al Estado, a los particulares. Respecto del segundo punto, el referido a la tensión entre el derecho a la libertad de contratar y el derecho a la igualdad de trato, y si este último impone límites al ejercicio del primero, una vez más, los siete jueces están de acuerdo con la respuesta afirmativa a esa cuestión, aunque tienen diferencias que se expresaran en el tratamiento que la mayoría y la minoría le dan al alcance de las obligaciones del empleador en su deber de no afectar la igualdad ante la ley de los trabajadores. De este modo, la división de la Corte en dos bloques disidentes, uno mayoritario y otro minoritario, se suscita en cuanto al remedio que puede ordenarse. Mientras que los cuatro jueces que conforman la mayoría decisoria del fallo, Carlos S. Fayt, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni, se pronuncian a favor de exigir la reinstalación de los empleados en sus puestos de trabajo en todos los casos en los que el despido hubiera estado fundado en un acto discriminatorio, los restantes tres magistrados emiten una disidencia parcial –pues difieren en el punto del remedio– y sostienen que si el empleador se rehusara a la reinstalación, entonces deberá imponérsele la carga de una indemnización agravada por haber fundado el despido en una decisión discriminatoria.

El bloque mayoritario expresa con claridad su posición en el Considerando séptimo de su voto concurrente:

“cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso *De Luca*, de 1969 (*Fallos*: 273:87). Esto es así, por muy variados motivos. En primer lugar, la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexo con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad. En segundo término, el *sub examine*, contrariamente a *De Luca*, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”.

Y luego agrega, citando el caso *Prattico*, que:

“toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla,

porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No otro es el sentido de la cláusula que los Constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental” (*Fallos*: 246:345, 349, con cita de la sentencia *West Coast Hotel Co. v. Parrish* de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América). Y ello también condujo, en *Roldán c/ Borrás*, a rechazar las invocaciones del derecho de propiedad y la libertad de contratar formuladas para impugnar constitucionalmente las prestaciones impuestas al empleador en favor del empleado en razón de los hijos de éste, destacando el Tribunal que ‘el fundamento valorativo de la solución’ reposaba ‘en inexcusables principios de justicia social’ (*Fallos*: 181:210; asimismo: *Fallos*: 189:234; 246:345 y otros) y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica’ (*Fallos*: 250:46, 48/50”).

Finalmente, para la mayoría del Tribunal, la reinstalación equivale a la “plena reparación”,¹¹⁰ y, citando lo dicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Milliken v. Bradley* (1977),¹¹¹ sostiene “que las reparaciones (*remedies*) a las ‘víctimas de una conducta discriminatoria’ deben orientarse lo más cerca posible para ‘reponer’ a éstas ‘en la posición que hubiesen ocupado en ausencia de dicha conducta’”¹¹² a lo que agrega “que sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la ‘protección contra el despido arbitrario’ implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación”.¹¹³ Sin embargo, vale aclarar que en el caso que esta interpretación sea correcta, ello no implica que la no existencia de una prohibición absoluta derive necesariamente en una exigencia constitucional de reinstalación en todos los casos, como luego lo señalará la disidencia parcial.

Los restantes tres jueces, Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton y Carmen Argibay, están en desacuerdo con la mayoría en este punto, y proponen un desarrollo diferente respecto del remedio adecuado cuando se detecta un “acto discriminatorio” en los términos de la Ley 25.592. Estos magistrados dirigen su atención a la necesidad de considerar la protección constitucional que recibe la libertad de contratar (y su corolario, como reclamaban los segregacionistas norteamericanos, la libertad de *no contratar*). Así, los disidentes reconocen los límites que el Estado tiene al proponerse interferir con la libertad de contratar y entienden que ellos se relacionan con la imposibilidad de *obligar* al agente que discrimina a contratar con quien no desea hacerlo. En conclusión, ellos proponen resolver la tensión a través de la determinación del remedio a aplicar, *respetando* el derecho a no contratar

110. Ver Considerando octavo del voto de la mayoría.

111. 433 U.S. 267

112. Ver Considerando octavo del voto de la mayoría.

113. Ver Considerando noveno del voto de la mayoría.

(pues no obliga a la empresa a hacerlo), pero agravando la compensación hacia el trabajador discriminado, obligando al empleador a pagar una suma que va más allá de lo debido en un despido sin justa causa. En este sentido, sostienen que la reinstalación sólo procedería en los casos expresamente establecidos por la ley,¹¹⁴ o en los casos en los que el empleador aceptara llevar a cabo la reinstalación.¹¹⁵ En todas las restantes situaciones, cabría una indemnización agravada. Es preciso decir que esta solución, ceñida a los hechos del caso no resuelve la tensión entre la igualdad de trato y la libertad de contratar al momento de incorporar nuevos empleados, dado que la decisión de la Corte y, en particular, la disidencia parcial se pronunciaron sólo respecto de la libertad de contratar ejercida al momento de finalizar una relación contractual. De acuerdo con el razonamiento de los disidentes, parecería que si una empresa –o el propietario de un inmueble en alquiler, para citar otro ejemplo fuera del ámbito laboral– rechazara potenciales trabajadores –o inquilinos– basándose en sus convicciones racistas, ello implicaría también una obligación de compensar pero no de contratar. En el caso *Hertzriken*, mencionado más arriba, la decisión de la Cámara fue la de condenar a la demandada a compensar económicamente al inquilino no deseado a causa de su religión o pertenencia comunitaria por el daño moral ocasionados, lo cual nos lleva a preguntarnos si es posible desprender de la posición de la disidencia en *Álvarez* que la obligación del Estado de hacer respetar el derecho a ser tratado igual por otros particulares se limita a establecer un régimen de compensaciones agravadas en lugar de, o en adición a, un límite *real* a la obligación de contratar que obligue a hacerlo con quien no deseen hacerlo. La solución de la tensión entre la libertad de contratar y la obligación de no discriminar por medio de la aplicación de una especie de sanción económica implica una elevación del costo de discriminar, pero no su prohibición. Es más, tal como sucede en políticas similares referidas a prácticas industriales contaminantes del medioambiente, en las que se “paga por contaminar”,¹¹⁶ esta solución aplicada al campo de la discrimina-

114. Ver Considerando décimo sexto del voto de la disidencia.

115. Ver Considerando décimo octavo del voto de la disidencia.

116. MIRANDA, Marisa A., “Ambiente y proceso judicial en sede civil (Articulación entre los medios tradicionales y los requerimientos sociales respecto a la protección ambiental”, publicado en *La Ley Online*. La autora dice: “El principio ‘contaminador-pagador’, que se origina a partir del análisis económico del derecho, ha sido aplicado en los países de avanzada desde al menos 30 años atrás. Dicho principio sostiene, resumidamente, que quien causa un determinado deterioro debe hacerse cargo de los gastos requeridos para su corrección. Según Cano (1978) es posible inferir que el que resulte responsable distribuirá este costo adicional de producción entre los que compran sus productos o son usuarios de sus servicios. Se produce lo que en términos económicos se conoce como internalización de las externalidades. Esto supone una ‘socialización’ de los incrementos de los costos de producción, que no es fácilmente justificable. La genuina equidad se lograría si no se ven afectados (económicamente) los que no producen el deterioro o no se benefician con dicha

ción parece llevar a una política de “pagar por discriminar”, pero no a impedir la discriminación. Esto podría, quizá, ser admisible en casos aislados de tratos discriminatorios por arbitrarios y no razonables, pero sería inadmisibles en casos de discriminación estructural desde la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento. Podría deducirse entonces que los disidentes parciales no quisieron avanzar sobre la libertad de contratar tanto como el Congreso y la jurisprudencia de los Estados Unidos lo hiciera desde 1937, y en particular con la sanción de los Títulos II y VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, o como finalmente lo hicieron los integrantes de la mayoría en *Álvarez*.

Pese a las diferencias obvias y contundentes entre los dos bloques de jueces, creo, sin embargo, que ambos se mueven en cierta forma en torno al mismo paradigma: el de la igualdad como no-discriminación y no el de la igualdad como no-sometimiento. El voto de la mayoría equipara la reinstalación con la plena reparación individual del empleado despedido, mientras que el voto de la minoría entiende que la reinstalación como reparación debe limitarse a algunos casos excepcionales mientras que, para los restantes, en pos de preservar el derecho a la libertad de contratar, es necesario agravar la indemnización pero no hacer lugar al pedido de reinstalación. Ambos bloques de jueces están en desacuerdo en el modo en que debe operarse la reparación, pero no disienten en que el remedio a ordenarse debe constituir algún tipo de reparación al empleado despedido. En ningún momento los magistrados de uno u otro bloque hacen referencia a la posibilidad de que el despido discriminatorio se dé como consecuencia de una situación de sometimiento de los trabajadores por ser miembros de un grupo sojuzgado y la necesidad de dismantelar estructuras de desigualdad estructural, quizá porque éste no era el caso de los trabajadores despedidos en el caso *Álvarez*. Es cierto que hay una referencia al concepto de *opresión* cuando la mayoría, citando el caso *Prattico*,¹¹⁷ sostiene que:

“en orden a lo que, dentro del derecho constitucional argentino, puede llamarse salario mínimo vital, toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto

situación (. . .). Así expuesto, el PCP parte de un par de hipótesis de dudosa o nula legitimidad: los recursos naturales son inagotables, y sus componentes son compartimientos exentos de interrelaciones. Miranda (1997), en vista de ello, propone estudiar el contenido ético del PCP, un precepto que esencialmente otorga el derecho de contaminar a cambio de un resarcimiento pecuniario. La imposición de multas a los ofensores no parece garantizar la preservación del medio ambiente o su saneamiento en caso de hallarse polucionado. Tal multa o sanción pecuniaria es un elemento que ingresa en la relación costo/beneficio del contaminador, y que decide desde su simple absorción por parte de la empresa al cese de actividades con despido del personal. El PCP es, por ende, moralmente inaceptable. Así lo reafirma De Arenaza (1983), proponiendo su rechazo, en tanto que significa legislar la noción de “daño y pague”.

117. *Fallos*, 246:345

con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento legal justo. No otro es el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del art. 14 de la Ley Fundamental”.

Sin embargo, esta noción de “opresión” de los trabajadores por parte de los empleadores, parece tener más que ver con el desequilibrio entre las partes contratantes típico de las relaciones de empleo, que con la idea de grupo sometido en el sentido que definían Fiss, Post, o Siegel. En síntesis, las posiciones de los dos bloques de jueces son radicalmente opuestas en lo que concierne a los remedios, pero comparten el paradigma de la igualdad como no-discriminación. Mientras la mayoría considera que la reinstalación como plena reparación debe imponerse en todos los casos (con el consiguiente límite extremo a la libertad de contratar), la minoría disidente parcial considera que, salvo excepciones previstas en la ley, la reinstalación no puede proceder prácticamente en ningún caso (con el consiguiente daño eventual a la igualdad de trato de grupos estructuralmente desiguales o desde la igualdad entendida como no-sometimiento). Esta discrepancia profunda, no obstante, se reclina sobre lo que ambas posiciones comparten: que lo que está en juego es la reparación individual por el despido arbitrario basado en causas discriminatorias de los empleados expulsados de sus trabajos, pero no hacen referencia alguna a la concepción de igualdad que busca evitar tratos identificados con el sometimiento de grupos. Creo que esta segunda visión de la igualdad podría haber ofrecido una posición diferente a las dos articuladas por la mayoría y la minoría en *Álvarez*, de modo de considerar a la reinstalación como exigida en casos de tratos asociados a situaciones de desigualdad estructural, y la indemnización agravada en los casos en los que el despido haya sido fundado en discriminación como trato irrazonable. La libertad de contratar es un derecho constitucional que requiere ser protegido, tanto como la igualdad ante la ley, por lo que la máxima intromisión sobre el primero –en el sentido de compeler a alguien a contratar con quien no tiene voluntad de hacerlo– debe estar justificada en la obligación del estado de dismantelar situaciones de sometimiento de grupos o de desigualdad estructural,¹¹⁸ las cuales, al ser provocadas por extendidas prácticas sociales, sólo pueden ser revertidas por

118. Es posible articular razones para justificar otras interferencias estatales con la libertad de contratar diferentes de las que tienen por objeto proteger la igualdad como no-sometimiento, como por ejemplo las que podrían aplicarse a casos como *Álvarez* con miras a proteger el derecho de los trabajadores a sindicalizarse, pues si el despido con indemnización agravada en este tipo de situaciones fuera permitido, ese derecho se vería prácticamente impedido en su ejercicio pues los sindicatos nuevos verían severamente obstaculizada la posibilidad de conformarse. Agradezco a Víctor Abramovich por ayudarme a ver este punto que, a pesar de ser sumamente importante, me excuso de desarrollar por no ser materia central de análisis en este ensayo.

una fuerte intervención estatal, que en este caso se expresa en la obligación de contratar. Por su parte, los tratos desiguales irrazonables, como los despidos arbitrarios no asociados a situaciones de desigualdad estructural de grupos histórica o sistemáticamente tratados de modo excluyente, merecerían, desde esta perspectiva propuesta, ser atendidos con un nivel de interferencia menor sobre la libertad de contratar de modo que estaría justificada la indemnización agravada pero no la obligación de contratar con quien no se desea.¹¹⁹ Creo que de este modo se evitarían los riesgos a los que ambas posiciones articuladas en *Álvarez* parecen someter a los derechos en juego. Por un lado, la mayoría considera que todo despido fundado en criterios irrazonables constituye una violación de la igualdad que permite interferir drásticamente con la libertad de contratar prácticamente fulminándola en todos los casos. Por otro lado, la reticencia de los jueces disidentes a avalar una intrusión más profunda en el ejercicio de la libertad de contratar no parece percibir que algunos despidos arbitrarios pueden ser parte de una práctica generalizada de exclusión de un grupo específico del mercado de trabajo —como por ejemplo las mujeres— que jamás podría revertirse si no a través de imponer la obligación a los empleadores a contratar a los miembros de ese grupo. No todos los despidos arbitrarios son parte de prácticas de segregación de grupos, pero algunos sí lo son. Si tratamos a todos los despidos contrarios a la igualdad de trato del mismo modo corremos el riesgo de, o bien impedir el ejercicio de la libertad de contratar en situaciones que podrían resolverse con medidas menos intrusivas como la indemnización agravada —como sucede con el voto de la mayoría—, o bien no tomar las debidas medidas desde el Estado para dismantelar situaciones de desigualdad estructural provocadas por la práctica generalizada de exclusión de un grupo —como sucede con el voto de los disidentes—. Ambas posiciones esgrimidas por los dos bloques de jueces de la Corte Suprema pierden de vista las situaciones de desigualdad estructural y tratan a todos los despidos como arbitrarios y de impacto individual, desde una visión relacionada con la idea de igualdad que maneja y que constituye la concepción dominante en la tradición jurisprudencial del tribunal: la igualdad como no-discriminación. Como sostuve anteriormente, la igualdad como no-discriminación se relaciona con el principio de razonabilidad que surge como principio rector en las relaciones de los particulares con el Estado y que luego se extiende a las relaciones entre particulares por medio de doctrinas tales como la de *BFOQ*. Sin embargo, la aplicación del principio de razonabilidad aplicado a la libertad de contratación obliga al estado —y al juez— a una permanente evaluación de los fines empresarios o los objetivos de los contratos, y la consiguiente estimación de la adecuación de los criterios de contratación a esos fines. La amenaza de una posible desaparición de la libertad de contratación es demasiado grande y, sin duda, preocupa a los liberales que quieren conciliar igualdad

119. Con excepción de situaciones como la aludida en la nota al pie número 118.

y libertad en estos casos. Esto no quiere decir que la razonabilidad no sea un criterio adecuado para juzgar relaciones entre particulares, pero en casos como los de la libertad de contratar, en los que los derechos se definen por la libertad de decidir de acuerdo a criterios no siempre ni necesariamente racionales (como la confianza, la afinidad o el sentimiento de afecto), el alcance del límite basado en la razonabilidad es más acotado y da lugar, a lo sumo, a una compensación económica si medió un daño, pero no puede forzar la contratación, tal como sostuvo la minoría en *Álvarez*.

La concepción de la igualdad como no-sometimiento provee un aparato conceptual más limitado (en el sentido de que alcanza a menos casos), pero más profundo en cuanto al nivel de intervención, pues podría llegar a obligar al empleador —o al propietario de un inmueble en alquiler— a contratar incluso con quien no quiere y no sólo a compensar por el rechazo como co-contratante. Analizaré este argumento en la siguiente sección.

Igualdad como No-Sometimiento y Trato Igual entre Particulares

La autonomía personal es un valor demasiado importante y tan fundamental en una democracia liberal que la interferencia estatal con ella debe estar fuertemente justificada y, en alguna medida, esa justificación debería estar relacionada con la protección de la propia autonomía personal.

El recurso al principio de igualdad como no-discriminación para interpretar el alcance de la norma constitucional tiene dos efectos que podrían ser objeto de crítica. Por un lado, el juicio sobre la razonabilidad del criterio escogido, en el caso del derecho a contratar, por ejemplo, obliga a evaluar e incluso a definir el objeto o “esencia” de la actividad que realiza la compañía acusada de trato desigual inconstitucional. ¿Es la finalidad de la actividad de la aerolínea comercial *sólo* la de transportar pasajeros? ¿Es ese tipo de finalidad lo único que importa al momento de evaluar sus decisiones de contratación de personal? ¿No es la decisión sobre la apariencia o presencia y estilo de los empleados parte de una estrategia comunicacional o de marketing de la empresa? ¿Es posible interferir con decisiones de imagen empresarial? Algo parecido sucede con el derecho de asociación, sobre todo cuando las asociaciones entre personas se producen, como vimos más arriba, a partir de afinidades o para divulgar un mensaje en forma colectiva. El requerimiento de razonabilidad en el establecimiento de requisitos para realizar contratos o para asociarse en los casos mencionados invade la esfera de autonomía de la persona de un modo que podría incluso desplazarla completamente. Obligar a una persona a asociarse con quien no quiere no es una mera regulación de la libertad de diseñar el propio plan de vida, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, sino que podría, dependiendo del caso particular, implicar la anulación completa de ese aspecto del plan de vida. Un caso claro de este último tipo estaría dado por la particular asociación entre dos personas que deciden casarse. Por ese motivo, la

interferencia con la autonomía personal debería darse sólo en casos extremos en los que el valor en juego sea tan relevante como para justificar esa enorme interferencia. Quizá, incluso, ese valor en juego debería estar relacionado con la protección de la autonomía misma de terceros para que la interferencia esté justificada.

El segundo problema que enfrenta el recurso al principio de igualdad como no-discriminación, y su corolario, el estándar de razonabilidad, es que éste último estaría bloqueando la posibilidad de establecer políticas de acción afirmativa en situaciones que involucren a particulares, dado que esas políticas, por definición, recurren a requisitos que no son funcionales a los fines buscados con el establecimiento de criterios de admisión (en el empleo, por ejemplo), sino con otros fines, tales como la inclusión en cierta actividad de grupos histórica o sistemáticamente excluidos de ella.¹²⁰ Desarrollaré este punto más adelante.

Los problemas que señalo se relacionan con las peculiaridades del principio de igualdad como no-discriminación y su derivado, el test de razonabilidad como única forma de detectar decisiones, acciones o prácticas violatorias del derecho de igualdad de trato. Este principio parece operar sin inconvenientes en situaciones en las que no existen desigualdades estructurales, tratos desiguales injustificados y grupales sostenidos en el tiempo y naturalizados. Si la selección de músicos para la orquesta que mencioné más arriba tuviera lugar en un contexto en el que las mujeres y los afrodescendientes no fueran histórica y sistemáticamente excluidos de ellas y de otras esferas de la vida cultural, social o política, el estándar de razonabilidad o la *neutralidad* (en el sentido de la ceguera) del selector, sería lo justificado. Sin embargo, en contextos de trato desigual histórico y sistemático de grupos específicos, el principio de igualdad como no-sometimiento y el test de razonabilidad, no parecen operar correctamente por ignorar la relevancia del contexto.

El principio de igualdad como no-sometimiento, en cambio, parece funcionar mejor en esas situaciones. Este principio se apoya sobre una idea de igualdad que rechaza el sometimiento de grupos, su exclusión o su segregación. Se opone, en síntesis, a la cristalización de lo que el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos llamó en el caso *Plyler v. Doe* un sistema de castas.¹²¹ Si consideramos que una sociedad se encuentra tolerando una situación de este tipo respecto de algún grupo, existe una obligación constitucional del Estado en virtud de su compromiso con la igualdad ante la ley –en el sentido de igualdad como no-sometimiento–, de dismantelar esa situación, objetivo que no puede ser alcanzado por aquellos que son parte de la práctica, como víctimas o como responsables de ella. Estas situaciones de segregación o exclusión de grupos tienen lugar, muchas veces, más allá de lo

120. SABA, *supra* nota 38.

121. 457 U.S. 202 (1982). Ver también voto del Juez Brennan en *Hernández v. Texas*, 347 U.S. 475 (1954). También ver FISS, *supra* nota 33.

que las regulaciones estatales establezcan. Ellas son el producto de hábitos o costumbres sociales, que surgen a partir de miles de pequeñas decisiones individuales tomadas por personas particulares que incluso no deben necesariamente estar de acuerdo entre sí ni perseguir, individual o colectivamente, el objetivo de segregar a un grupo. Estas prácticas pueden simplemente *suceder*, pero las obligaciones positivas del Estado respecto de los derechos reconocidos constitucionalmente exigen que el Estado no permanezca pasivo, sino que intervenga para asegurar el respeto de esos derechos. La cristalización de un sistema de castas atenta contra la igualdad entendida como no-sometimiento e implica la destrucción de la autonomía personal de las personas que, habiendo perdido control sobre sus planes vida, viven de acuerdo con los mandatos de un sistema de exclusión y segregación que no pueden modificar por sí solos o por medio de acciones individuales. Esta situación es de tal gravedad y de tamaño contradicción con el principio de autonomía mismo, que la interferencia estatal con las decisiones particulares que contribuyen a generar esa situación no son una opción para el Estado, sino un mandato constitucional.

Efectos Simétricos y Asimétricos

La justificación del derecho a ser tratado igual en el marco de relaciones entre particulares puede construirse, entonces, sobre la base del principio de igualdad como no discriminación o a partir del mandato del principio de igualdad como no sometimiento. Los efectos y consecuencias de basar el derecho en uno u otro principio arroja resultados divergentes en cuanto a lo que podríamos llamar los efectos de la aplicación de la regla de igualdad ante la ley, pues ellos serían simétricos o asimétricos dependiendo de la versión del principio de igualdad que adoptemos.

El principio de igualdad como no discriminación requiere de tratos razonables, en el sentido de tratos que no pueden basarse en criterios o requisitos que no sean funcionales al fin buscado al hacer la distinción en el trato. El sexo de la personas, por ejemplo, sería un criterio irrazonable para contratar empleados en una heladería y, entonces, el efecto de la aplicación de este estándar sería *simétrico* para varones y mujeres, pues el principio de igualdad es interpretado como un obstáculo para tratar a las personas en virtud de su sexo, cualquiera sea.

Por su parte, el principio de igualdad como no sometimiento conduce a interpretar las obligaciones estatales en el sentido de reconocer el deber de dismantelar situaciones de exclusión de grupos estructuralmente discriminados como, por ejemplo, las mujeres. Ello justificaría la sanción de regulaciones estatales tendientes a contribuir con ese dismantelamiento, como por ejemplo aquellas que establecen restricciones a la libertad de contratar o de asociarse que tengan por objeto evitar la perpetuación de la situación de exclusión o discriminación del grupo en cuestión. De este modo, la justificación de la interferencia estatal con la libertad de contratar o de asociarse no permite un alcance *simétrico* a ambos sexos, sino *asimétrico*, pues si

bien existirían razones que justifican las restricciones a la libertad de contratar para revertir la situación de desigualdad estructural de las mujeres, no habría razones que justifiquen una interferencia similar referida a la contratación de varones, pues estos últimos no forman parte de un grupo sistemáticamente excluido del ejercicio de sus derechos, como por ejemplo el derecho a trabajar. En otras palabras, el caso *Freddo*, en el cual la empresa sólo contrataba varones, no sería resuelto igual, a la luz del principio de igualdad como no-sometimiento, que un caso en el cual una empresa tuviera una política según la cual sólo contratara mujeres. Según el principio de igualdad como no sometimiento, existirían razones para que el Estado interfiriera con la libertad de contratar de *Freddo*, con miras a dismantelar una situación de desigualdad estructural de trato que afecta a las mujeres en el mercado de trabajo, pero no se podrían aplicar esas mismas razones para autorizar la interferencia estatal con la libertad de contratar de aquella empresa que, al no contratar varones, no estaría contribuyendo a la perpetuación de exclusión de grupo alguno, pues los varones no forman parte de un grupo segregado del mercado de trabajo.

De acuerdo con esta visión de la igualdad como no sometimiento, el contexto es relevante y es preciso examinar cada caso en particular para poder establecer si en una situación determinada la decisión individual de una persona en ejercicio de su libertad de contratar forma parte de una practica de exclusión social que arroja como resultado la conformación de una casta o la exclusión sistemática de grupos de personas de la posibilidad de ejercer sus derechos o de desarrollar su autonomía. En este sentido, es preciso hacer una distinción que se encuentra implícita en el ejemplo de los contratos laborales –o en los de contratos de alquiler– que acabo de dar: no es lo mismo que existan casos aislados de negativas de contratar empleados en una empresa o alquilar departamentos a personas de un grupo específico (contratos que estarían basados en diferencias irrazonables o inconsistentes el principio de funcionalidad entre medios y fines) y que se desarrolle una práctica generalizada, por ejemplo, de exclusión de un grupo racial de la posibilidad de trabajar o de alquilar una vivienda en un barrio o ciudad determinada.

El compromiso de la Constitución con la igualdad

En resumen, es claro, especialmente desde la reforma de 1994, que la Constitución Nacional expresa un compromiso con la igualdad de trato que se extiende tanto respecto de la protección del derecho frente a tratos estatales, como a su protección frente a tratos de particulares. Por otro lado, he tratado de argumentar a favor de una noción de obligaciones estatales que resulte abarcativa tanto de aquellas decisiones y prácticas que el Estado no debe llevar adelante para asegurar el ejercicio de derechos, como de aquellas que debe realizar para que las personas puedan gozar de ellos. A ello he llamado límites constitucionales negativos y positivos respectivamente. El respeto de esos límites positivos se logra por medio de

medidas estatales que aseguren, por ejemplo, la igualdad ante la ley frente a tratos contrarios a ella llevados adelante por otros particulares. Esas medidas pueden ser desarrolladas por cualquiera de los poderes del Estado, pero fundamentalmente por los Poderes Legislativo y Ejecutivo. El Congreso de la Nación, por ejemplo, ha sancionado la Ley Antidiscriminatoria como manifestación del respeto a ese límite positivo, imponiendo regulatoriamente restricciones a la libertad individual que se manifiesta, por ejemplo, a través de los derechos de contratar y de asociarse.

Por otro lado, existen al menos dos modos en los que el Estado puede ejercer esa interferencia: asegurando la razonabilidad del trato, por un lado, o desmantelando situaciones de desigualdad estructural, por el otro. El primer tipo de intervención estatal, si se la entiende sin indagar en los matices (como los que surgen de las distinciones que deberían realizarse entre los diferentes tipos de asociaciones que pueden existir) podría tener un impacto tan fuerte sobre la libertad (de asociarse o de contratar) que nos llevaría a correr el riesgo de llegar a anularla y destruirla (como sucedería con los casos de las asociaciones íntimas o las expresivas; o, en el caso de la libertad de contratar, si se obligara a una empresa familiar de tres empleados a contratar a quienes sus directivos no desean).¹²² Esto no quiere decir que, en ciertas situaciones, el principio de razonabilidad no pueda aplicarse (como por ejemplo en las asociaciones organizadas en torno al objetivo de disfrutar colectivamente de bienes y servicios; o a la obligación de compensar económicamente a quien no fue contratado como empleado o a quien no se aceptó como inquilino en virtud de criterios irrazonables identificados como tales por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales). Sin embargo, la limitada aplicación del principio de igualdad como no discriminación y de la razonabilidad como estándar, debe complementarse con la aplicación del principio de igualdad como no sometimiento a fin de evitar la cristalización de situaciones de discriminación estructural. Miles de decisiones de individuos particulares, incluso sin ponerse de acuerdo, pueden contribuir a una situación de afectación estructural de los derechos de un grupo de personas que sólo puede revertirse con la intervención de un tercero, el Estado, que además tiene la obligación constitucional de hacerlo.

En nuestro país no hay una gran cantidad de casos decididos por nuestros tribunales ni tampoco una frondosa producción académica que se ocupe de estas problemáticas. Este trabajo es una humilde contribución a la generación de ideas e intercambios en este sentido planteando, aunque más no sea, algunas nuevas preguntas.

122. En estos casos, por ejemplo, podría establecerse un número mínimo de empleados a partir del cual la empresa empiece a ser obligada por el derecho de los contratos con miras a impedir tratos irrazonables violatorios de la igualdad ante la ley.