

FUNDAMENTOS DE LAS FICCIONES JURÍDICAS. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

FRANCO GATTI*

Resumen. El derecho es un discurso de poder y, como tal, contiene construcciones que interpelan a sus intérpretes en forma incesante. Las ficciones jurídicas se elevan como un tópico que reclama análisis crítico, procurando determinar las tensiones en las que anclan sus orígenes, las funciones que desempeñan y, eventualmente, la importancia de su vigencia.

Entre las referidas ficciones, la igualdad ante la ley concentra el presente abordaje, destacándose como un mito jurídico de recurrencia permanente y pilar naturalizado del ordenamiento jurídico. La deconstrucción constituye el punto de partida para encausar el debate y oponer a la utilidad otorgada desde prácticas arraigadas, una instrumentalidad humanista con norte en los derechos humanos.

Palabras claves: ficción, ideología, igualdad, presunción, utilidad.

REASONS OF LEGAL FICTIONS. INSTRUMENTAL CHARACTER OF EQUALITY UNDER THE LAW

Summary. Law is a discourse of power and contains constructions that interpellate its interpreters incessantly. Legal fictions are raised as a topic that demands critical analysis, trying to determine the tensions in which they anchor their origins, the functions they perform and, eventually, the importance of their

* Abogado, Diploma de honor, por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Especialista en Derecho Público Global por la Universidad de Castilla-La Mancha. Docente de la Facultad de Derecho de la UNR. Abogado, visitante profesional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante 2017. Doctorando en Derecho y Maestrando en Derecho Público en la UNR.

validity. Among the afore mentioned fictions, equality before the law concentrate the present approach, standing out as legal myths of permanent recurrence and naturalized pillars of the legal system. The deconstruction is the starting point to prosecute the debate and oppose the utility granted from entrenched practices, a humanistic instrumentality with the human rights.

Keywords: fiction, ideology, equality, presumption, utility.

RAZÕES DE FICÇÕES LEGAIS. A NATUREZA INSTRUMENTAL DA IGUALDADE PERANTE A LEI

Resumo: O direito é um discurso de poder e, como tal, contém construções que interpelam a seus intérpretes de forma incessante. As ficções jurídicas se elevam como um tópico que reclama uma análise crítica, procurando determinar as tensões que ancoram suas origens, as funções que desempenham e, eventualmente, a importância de sua vigência. Entre as referidas ficções, a igualdade perante a lei concentram a presente abordagem, destacando como mito jurídico de permanência recorrente e pilar naturais do ordenamento jurídico. A desconstrução constitui o ponto de partida para judicializar o debate e se opor a utilidade outorgada desde as práticas enraizadas, uma instrumentalidade humanista com norte nos direitos humanos.

Palavras-chave: ficção; ideologia; igualdade; presunção; utilidade.

A) FICCIONES JURÍDICAS: UN ABORDAJE CRÍTICO

§ 1. *APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE FICCIÓN JURÍDICA*

La distinción entre realidad sustancial y jurídica se eleva como el puntapié inicial para alcanzar una aproximación al concepto de ficción. La primera, es aquella que se presenta de inmediato frente a los sentidos, mientras que la segunda está construida artificialmente por las normas, las sentencias, los laudos y la doctrina. Es explicable entonces, que en los ámbitos contrapuestos antes apuntados, “la idea primigenia de la *fictio iuris* se forjase con más facilidad e inmediatez en aquel de dichos planos que se refiere a la realidad material, por lo que es también perfectamente comprensible dada la inercia que tanto condiciona la evolución científica del derecho, que persista con fuerza hasta nuestros días la consideración de que la ficción no es, en esencia,

sino un “expediente técnico” consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad con vistas a producir un efecto jurídico”¹.

De esta forma, podemos entender por ficción: “a aquellas alteraciones de la realidad material o de los conceptos del derecho que se formalizan en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que, por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera”².

Lo anterior, implica catalogar a las construcciones ficcionales como figuraciones de un hecho contradictorio con la realidad, representándolo como existente si no lo es o como inexistente si efectivamente se halla configurado.

RAYDA GUZMÁN sostiene que un requisito esencial para la presencia de una auténtica ficción es que ella sea autocontradictoria, ello implica que a la vez que afirma algo del mundo se sabe falsa, es decir tiene conciencia de falsedad. Esto permite, que, al asumirse como tal, la ficción pueda eventualmente alcanzar la verdad de lo real o mantenerla detrás de su velo³. En el mismo sentido, puede decirse que las ficciones son enunciados falsos cuya condición de tales conocemos. Han sido muy importantes en el desarrollo del derecho. Mucho más importantes que las nociones de verdad. En efecto, es la conveniencia de las ficciones lo que las hace permanecer entre nosotros.

§ 2. **CLASIFICACIÓN DE LAS FICCIONES JURÍDICAS**

Dentro de las múltiples clasificaciones que los diversos autores han propuesto, vale hacer hincapié en la distinción de las ficciones según su origen. Así, el abanico clasificatorio queda compuesto de la siguiente forma:

a) **DOCTRINALES.** De ellas se han auxiliado los juristas para explicar ciertas categorías jurídicas, ya sea con fines didácticos o puramente científicos. Si bien, como afirma PÉREZ SERRANO, hay una tendencia a que los teóricos se aprovechen cada vez menos de este

¹ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 26.

² LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 15.

³ GUZMÁN, *Unidades de ficción*, p. 4.

tipo de ficciones, se conserva su utilización principalmente en el ámbito del derecho público, y en particular en el derecho constitucional⁴. He de ahí, que los autores recurran habitualmente a construcciones ficcionales como la personificación del Estado o la consideración de las decisiones de los diputados como si fuera la voluntad del pueblo. Otro ejemplo es, sin lugar a duda, en la historia del pensamiento jurídico, la creación kelseniana de la norma fundamental que ha marcado un hito en la aplicación de elaboraciones teóricas funcionales para la ciencia.

b) *JUDICIALES*. Entendiendo a la función jurisdiccional como receptora de la dinámica del mundo jurídico, se han utilizado históricamente recursos ficcionales por parte de los tribunales. A pesar de que en los países del *common law* adquieren un protagonismo particular, no ha sido infrecuente su utilización en los países continentales del civil law, hasta el punto de constituir la génesis de posteriores ficciones legales. Ejemplo de ello es el llamado concurso real, en derecho penal, mediante el cual varios delitos concurrentes cometidos por una misma persona, vienen a considerarse como uno solo con la finalidad de atenuar el rigor que supondría la acumulación material de las penas que por cada uno de ellos correspondería.

En otros casos, las ficciones son utilizadas por los magistrados para justificar su modo de interpretar las normas. “Así ha ocurrido alguna vez respecto de reglas que tienen en cuenta en la conformación de su supuesto de hecho la figura de la adopción, que desde su inicial consideración como *naturam imitans*, ha sido con frecuencia considerada como un caso de ficción jurídica, bien sobre la base de la falsa suposición de que el arrogado romano había nacido del arrogante y de su esposa –*tam iure lege filius quam si natus esse*–, bien por fingir el adoptante medieval que el adoptado había sido engendrado por él, o ya si simplemente por la mera consideración de que solo a través del recurso a la ficción se podía equiparar a la filiación biológica la filiación por adopción”⁵.

c) *NEGOCIALES*. Las partes corrientemente, en el marco de la autorregulación de sus intereses, recurren al uso de apariencias jurídicas notoriamente distantes de la realidad sustancial, en general

⁴ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 33.

⁵ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 50.

con una finalidad de engaño. Ello puede visualizarse en la figura de la simulación, herramienta habitual para revestir a cierto negocio de un ropaje jurídico, el cual conforma una fantasía detrás de la cual se esconde el verdadero sentido del acto.

d) **LEGALES.** La tendencia predominante a nivel histórico ha sido concurrir a la creación de la norma en referencia a una categoría preexistente, tal como lo entiende JEAN CARBONNIER “es la esencia del derecho enlazar el porvenir con el pasado”⁶, conduciendo ello al empleo de ficciones legales.

Este tipo de ficciones son las que mayor despliegue tienen dentro del universo jurídico, lo cual encuentra asidero en la autoridad que reviste el legislador, permitiéndole valerse de la irrealidad misma y cristalizarla en normas positivas.

Las ficciones legales pueden operar de modo diferente según la modalidad elegida por el creador de la norma. Algunas que comportan simplemente una equiparación formal, de carácter más bien terminológico, entre una situación nueva y una ya regulada. Otras conducen, en cuanto al tratamiento jurídico, a una equiparación que podríamos llamar sustancial entre lo viejo y lo nuevo, a través de configurar normativamente a este con aquella finalidad, de manera diversa a como es en la realidad. Es decir, en el primer supuesto el hecho de la equiparación es lo que constituye la ficción misma, mientras que en el segundo, se crea una ficción a los fines de lograr el carácter justificable de dicha equiparación.

Así, estos artificios legales no buscan describir la realidad, sino inventar modelos de legitimación y justificación de ella. Las ficciones pertenecen a la categoría del “*como si*” o de “*lo conscientemente falso*” (llamada así por HANS VAIHINGER), ya que no están sujetas epistemológicamente a pruebas verificacionistas de confirmación, ni a test de corroboración falsacionista, sino más bien a ser conservadas prácticamente si son eficaces, o abandonadas en caso contrario⁷.

§ 3. **FICCIÓN, ANALOGÍA Y PRESUNCIÓN**

El procedimiento equiparatorio que caracteriza a la ficción legal, sumado a su estructura interna, la vincula estrechamente con la figu-

⁶ CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes*, p. 56.

⁷ MARÍ, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, p. 20.

ra de la analogía. Esta última implica la existencia de las similitudes en el plano de la realidad sustancial y, es a través de la extensión normativa que se logra la asimilación.

En cambio, en la ficción acontece una inexistencia pragmática que es superada por la norma mediante el otorgamiento de iguales efectos a supuestos materialmente desiguales. Es por ello, que en la analogía la función del intérprete consiste en detectar las coincidencias para someterlas a la misma prescripción, mientras que en la ficción, dichas coincidencias son edificadas por el legislador, que las describe *como si* efectivamente fueran verídicas.

Puede decirse que la *fictio legis* es una invención del legislador, mientras que la analogía es un recurso metodológico del intérprete para integrar las lagunas de la ley. La presunción es otra de las figuras que tiene conexión con la ficción, ya que por medio de ambas se tiende a aseverar una verdad que no encuentra asidero en la realidad. En el primer caso, lo afirmado se expone simplemente como probable, mientras que en el segundo se elabora de un modo completamente artificial. Ello es, que la ficción, subvierte la realidad siendo útil a la realización propia del derecho y la presunción delinea una hipótesis que puede ser o no valedera, desenvolviéndose especialmente en vinculación con la prueba de los hechos jurídicos.

Esta diferenciación requiere efectuar un reparo, frente a la particularidad de las presunciones *iure et de iure*, pues, al no admitir prueba en contrario, la situación eventualmente falsa a la que la misma se refiere, podría siempre prevalecer, aunque fuera distante de la realidad. He de ahí, que la mayoría de los autores sostengan que la distinción entre este tipo de presunciones y las ficciones se torna difícil de precisar. JEAN WROSBLESKI va más allá negando cualquier posibilidad de diferenciación, y entendiendo que la fuente de las ficciones se encuentra en dichas presunciones irrefragables⁸.

En consecuencia, estas preposiciones legislativas consisten en expresiones del derecho no susceptibles de refutación, anulando toda chance de prevalencia del plano fáctico por sobre la idealización normativa. Por ello, es congruente entender su inclusión dentro de las ficciones jurídicas, puesto que terminan encaminándose en un mismo fin: la instrumentalidad de lo irreal como sustento de posicionamientos ideológicos.

⁸ WRÓSBLESKI, "Les présomptions et les fictions en droit", en LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 83.

B) UN PILAR FUNDANTE: LA FICCIÓN DE LA IGUALDAD

§ 4. LAS RAÍCES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En 1789, el suelo francés fue testigo de un verdadero cambio de paradigma, atrás quedó el absolutismo monárquico y se dio paso al denominado “Estado liberal de derecho”. Consecuencia inmediata de dicha revolución burguesa fue la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, cristalizándose en diecisiete artículos el sustrato político que motivó el cambio.

La primera de las disposiciones de dicho instrumento sostuvo: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos”, consagrándose así la denominada igualdad formal. Este es el inicio de un artificioso camino, pues claramente la única igualdad conquistada fue la que empardó a la burguesía triunfante con nobleza detentadora de los máximos privilegios. Fueron soslayados absolutamente los esclavos, las mujeres, e incluso quienes no era propietarios, pues la posterior Constitución de 1791 distinguió entre ciudadanos activos y pasivos, debido a la titularidad dominial. A posteriori, fueron replicándose las normativas receptoras de la igualdad, que mantuvieron el perfil liberal, limitándose a la mera declaración formal y poniendo acento en el resguardo de otro tipo de derechos, encabezados por la propiedad privada.

La Constitución de la Nación Argentina, como fiel producto de su época, abrazó al liberalismo, cuya vigencia se mantiene en el núcleo duro de su parte dogmática.

Especialmente, el art. 16 afirma la igualdad ante la ley de todos los habitantes y aspira a la eliminación de privilegios, no admitiendo prerrogativas de sangre ni de nacimiento, como tampoco fueros personales ni títulos de nobleza. Allí se detuvo la ambición del constituyente de 1853, en un simple compromiso del Estado, puramente formal.

En el plano internacional, la conclusión de la Segunda Guerra Mundial fecundó el comienzo de una lucha histórica por la consagración de los derechos humanos. Luego de haberse constituido la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, se sancionaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ambas se presenta al principio de igualdad en los tér-

minos antes descriptos, pues se trata de una mera formulación expresada a título de aspiración⁹.

A partir de entonces, la evolución en la materia implicó un incremento de regulaciones que ampliaron los hitos jurídicos de 1948. En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 1º insta a los Estados firmantes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En igual sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 2º.

Hasta entonces, el alcance de dichas declaraciones fue puramente formal, y acarreó que fueran observados “tan solo como un discurso legitimante y tranquilizador, que únicamente en aspectos muy parciales, alcanzaba operatividad. Un discurso que prometía lo que precisamente no otorgaba”¹⁰.

§ 5. **EL CARÁCTER FICCIONAL DE LA IGUALDAD FORMAL**

La igualdad formal, construye un plano que no es el de los hechos, sino más bien el de los ideales, valores y principios. Se trata pues de un eufemismo, que contrastado con la crudeza de la realidad se convierte en una ironía, una paradoja, produce escepticismo y descrédito.

El liberalismo cristalizó a la igualdad formal para hacer de ella su pilar de conquista, pues la burguesía en ascenso requería de un derecho que le fuera funcional, que la colocara en condiciones igualitarias con la nobleza y se eleve como la llave de acceso al poder. Junto con ello se introdujo la renombrada escuela de la exégesis, pretendiendo hacer de los jueces simples autómatas, bajo el pretexto de la autosu-

⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. II expresa: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 1 dice: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse frateralmente los unos con los otros*”.

¹⁰ CÁRCOVA, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 152.

ficiencia del ordenamiento jurídico. El telón de fondo de estos cambios en las estructuras jurídicas era claro: preservar los intereses de un grupo ambicioso, que con génesis en los movimientos europeos logró expandirse y hallar sitio incluso en nuestro país.

De esta forma, el principio de igualdad hizo su aparición acompañado de un Estado ausente, cuyo rol se estrechaba a ser el gendarme de los derechos y libertades individuales, despreocupándose por tornarlos empíricos.

Considerando la permanencia de las normas liberales en los tiempos que corren, sin perjuicio de los avances experimentados en materia de derechos humanos, cabe detenerse en cuán distante es la expresión legislativa de la realidad que la circunda.

El análisis exige posicionarse ideológicamente, a los fines de revelar el tinte ficcional de la igualdad formal, en este sentido, “BENTHAM fue consciente de la naturaleza de una ficción válida, como un objeto del que, por conveniencia, se habla como existente, aunque con completo conocimiento de que no tiene existencia real”¹¹.

Abona la idea de la disfunción y la distancia con la materialidad, el hecho de comprender las diferencias intrínsecas de cada individuo, y por otro lado las disparidades en el acceso al goce efectivo de los derechos. Ellos son dos aspectos de la igualdad que desnudan el por qué de su costado ficticio. CARLOS NINO entendía que el eslogan “todas las personas son iguales” no era vacío ni trivial: como afirmación fáctica era obviamente falsa, y como afirmación normativa, discutible¹².

En efecto, se torna evidente la presencia de un obstáculo insuperable para el derecho: la imposible equiparación física, psicológica, sentimental, de los individuos, allí lo jurídico tiene poco que hacer. Pero, sí debe ser objeto de su preocupación “la discriminación que engendra una sociedad que niega a muchos el goce de los derechos, ello indica que no alcanza a garantizar un tratamiento similar para todos, sin considerar sus diferencias”¹³. Esto implica igualar en la diferencia, es irrazonable pretender disipar las divergencias, ellas reclaman un marco que las regule, las limite, las ponga bajo la óptica de los derechos humanos.

¹¹ MARI, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, p. 45.

¹² ALEGRE, *Homenaje a Carlos Nino*, p. 52.

¹³ RUIZ, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, p. 104.

Históricamente, han sido expresión de la patente miopía jurídico-estatal ciertos grupos excluidos, para quienes la igualdad formaba parte de un anecdotario, edificándose la acérrima percepción de no pertenencia, colocándolos al margen de un ideario que se elevaba como modelo. Las mujeres, los esclavos, los pobres, los colectivos étnicos, las ideologías minoritarias fueron desconocidos a pesar de las decorosas manifestaciones jurídicas que fingían una equidad de oportunidades y de trato. Solo la pronunciada militancia permitió abrirles camino, condensándose dicha protesta en legislaciones e instrumentos internacionales, tales como: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos originarios, y el ya indiscutible criterio universal de la eliminación de la esclavitud.

Sin embargo, la deuda no está saldada, pues los avances del derecho en particularizar la atención a las mal llamadas “minorías”, no alcanzó una total salida del anonimato de aquellos que se enfrentan a lo hegemónico. JUDITH BUTLER refiere a la precariedad de la vida, afirmando que ella “se sostiene fundamentalmente en condiciones sociales y políticas, y que el desafío es suministrar los apoyos básicos que intenten minimizar la precariedad de manera igualitaria”¹⁴. Allí se halla el *quid* de la cuestión, en superar “el papel” y avanzar sobre el campo pragmático, haciendo que la vulnerabilidad propia del ser humano pueda ser acompañada por el Estado, sin privilegios ni desigualdades, removiendo obstáculos, proporcionando oportunidades y asegurando los estándares mínimos en materia de derechos fundamentales.

En la actualidad, el contraste más notorio entre la pretensión de la igualdad formal y la realidad sustancial está marcado por la fragmentación social, la cual “imposibilita la formación del consenso y destruye las identidades que se constituyeran en el interior de las instituciones políticas y sociales, siendo la exclusión un problema para la democratización y la justicia”¹⁵.

En suma, resulta de lo apuntado la confluencia de factores que contribuyen para sentenciar el sentido ficcional de la igualdad for-

¹⁴ BUTLER, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, p. 57.

¹⁵ RUIZ, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, p. 100.

mal. La ley –en el sentido más amplio– opera como un retrato de su época, denuncia los intereses que la rodearon y sostuvieron, y solo por medio de una revisión crítica puede aprehenderse su sustrato político. Tan claro es ello, que los legisladores nos han declarado iguales, y han estructurado un sistema jurídico y político que se jacta de dicho postulado, pero reproduce su contracara: la desigualdad, el trato disímil, la marginación.

§ 6. **EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LA FICCIÓN: LA IGUALDAD SUSTANCIAL**

Tomando como norte el ya afirmado carácter ficcional de la igualdad formal, es prudente considerar la necesidad del compromiso estatal para atemperar las consecuencias de una declaración jurídica que carece de todo asidero en el plano material. Aquí entra en juego la denominada igualdad sustancial, entendida “como el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de acción positiva o de discriminación inversa”¹⁶.

La concepción liberal de la igualdad se basa en un criterio estrictamente procedimental, he de ahí su denominación –“igualdad formal”–, pero no garantiza efectos, es decir, queda cumplimentada la aspiración con un tratamiento equitativo sin atender a las particularidades. Por tal motivo ha resultado insuficiente a los fines eminentemente prácticos, ya que desde ARISTÓTELES a este tiempo fue imprescindible considerar la situación peculiar en que se encuentran aquellos que pretenden ser igualados.

“Así pues la igualdad de *iure* y la igualdad de hecho, o igualdad formal y real, son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de derecho, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica”¹⁷.

“Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la igualdad formal. Ella dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la

¹⁶ PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad. Alcances y perspectivas*, p. 136.

¹⁷ PÉREZ PORTILLA, *Principio de Igualdad. Alcances y perspectivas*, p. 139.

clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice: si la categoría alcanza a todas las X, entonces solo se viola si una X no es tratada como una de las de su categoría. Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna (...).

Por contraposición, una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la igualdad jurídica material –o sustancial–. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes, se los trata de igual forma. Es decir, si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual¹⁸.

La igualdad formal, por atender solo al tratamiento jurídico y despreocuparse por sus efectos prácticos, es notoriamente más simple de aplicar que la igualdad real. Esta última, demanda de acciones positivas por parte del poder público, supone un compromiso que no solo es legislativo, sino político en toda su amplitud. Por otro lado, el mandato de la igualdad jurídica implica siempre tomar un parámetro de comparación, a partir del cual se pueda afirmar el trato igualitario, es decir se adopta un “patrón” y en razón de este se realizan las equiparaciones. Ello denota su carácter ideológico, ya que lo que se configura como modelo no es más que una construcción hegemónica, he de ahí que “el hombre occidental, blanco, propietario, heterosexual” haya sido considerado históricamente como el ideario a seguir. Desde el aporte concretado por la igualdad sustancial, se busca desterrar la necesidad de la comparación, pues la aspiración no es conseguir un “trato igualitario respecto de...” sino, una amplitud de oportunidades que suponga dotar a todos los sujetos de las mismas posibilidades en el acceso y goce de los derechos fundamentales.

En el análisis de la igualdad real debe hacerse hincapié en dos aspectos: la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. La primera pone el acento en igualar desde el punto de partida, removiendo los obstáculos o barreras, y no deteniéndose allí, sino dictando medidas especiales para compensar las desigualdades de

¹⁸ CLÉRICO - ALDAO, *Nuevas miradas de la Igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, “Lecciones y Ensayos”, nº 89, 2011, p. 144.

hecho. El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades podía llevarse a cabo a través de una asignación igualitaria de derechos. Sin embargo, desde la perspectiva sustancial, “la misión es efectivizar distribuciones y tratamientos desiguales para llevar a todos a un nivel común de partida”¹⁹.

Por otro lado, la igualdad en los resultados pretende demostrar que el tratamiento equitativo es absolutamente insuficiente si las consecuencias son desiguales. En este sentido, la igualdad jurídica no resuelve el problema, puesto que existen casos en los que la desigualdad no puede probarse en el plano formal, ya sea porque no hay parámetros de comparación o porque no configuran prácticas excluyentes. Ejemplo de lo afirmado, son los derechos de las mujeres durante el embarazo, que se vinculan con la ambición de una igualdad sustancial y no con la comparación con un modelo o patrón.

En el derecho transnacional, la igualdad sustancial es recogida de diversos modos:

a) *ALEMANIA*. El art. 3 de su Constitución establece la igualdad formal (“igualdad ante la ley”), y luego refiere en particular a la igualdad entre varones y mujeres, instando a la remoción de las desventajas.

b) *ESPAÑA*. En el art. 9 de su norma suprema se dispone que corresponde promover las condiciones para que las libertades y la igualdad del individuo y los grupos que integra sean reales y efectivas. En paralelo, se insta a remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. El art. 14 reconoce la igualdad formal, mientras que en el 40, se asevera el compromiso de los poderes públicos para generar condiciones favorables de progreso y efectivo acceso a los derechos.

c) *ITALIA*. En la Constitución, el art. 3º dispone la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin distinciones, y se asevera que corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que impidan el pleno desarrollo de la persona.

d) *LATINOAMÉRICA*. Las Constituciones de Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Panamá, Perú, Venezuela, no reconocen más que la igualdad formal.

¹⁹ BOBBIO, *Diccionario de política*, p. 777.

En el caso de Argentina, los constituyentes de 1853 recogieron, como la lógica de la época indicaba, la igualdad jurídica en el referido art. 16. La Constitución de 1949, si bien recogió el constitucionalismo social, no receptó aun el paradigma de la igualdad sustancial. Fue recién la reforma constitucional de 1994 la que abrió camino en una nueva concepción sobre la igualdad, no solo por el conjunto de instrumentos internacionales elevados a la máxima jerarquía jurídica –art. 75, inc. 22–, sino también por la trascendental cláusula del art. 75, inc. 23. En esta última se reconoce que corresponde al Congreso de la Nación “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

En los tratados internacionales ha prevalecido la opción de abordar la igualdad desde el criterio de “similitud y diferencia”²⁰, afirmando la discriminación cuando un sujeto es tratado distinto respecto del patrón. Por ejemplo, bajo este modelo “la mujer se ve obligada a sostener que, o bien es igual al hombre y debe ser tratada igual, o que es distinta, pero debe ser tratada como si fuera igual”²¹. A partir del avance y las conquistas en materia de derechos humanos, se consolidó actualmente el criterio de la “desventaja”²², exigiéndose un examen del contexto y las circunstancias en que se hallan los sujetos, para determinar las relaciones de poder que influyen en creación de desigualdades.

Tal como se expuso, mayoritariamente los Estados han receptado herramientas jurídicas que pretenden superar el estadio de las consagraciones liberales, y concomitantemente se ha desarrollado un proceso de nacionalización del derecho internacional, internalizándose los avan-

²⁰ Esta posición se ve reflejada en la Declaración Universal de los derechos humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre derechos humanos, en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos.

²¹ Cook, *Los Derechos Humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir*, p. 10

²² El modelo de la desventaja se advierte presente en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

ces edificados como consecuencias de trascendentes hitos universales. A pesar de ello, cabe detenerse en cuán útil resultan las evoluciones legislativas frente a las desigualdades arraigadas en el seno social.

El hecho de que la norma jurídica se esfuerce por ampliar sus horizontes, con ánimo de compensar las manifiestas deficiencias de la igualdad formal, no es garantía de una transformación fáctica, ya que los vínculos de poder continúan interponiéndose para que la equiparación de oportunidades no los penetre y ponga en jaque los privilegios ostentados. En consecuencia, es oportuno entender que resulta imprescindible el acompañamiento de lo típicamente legislativo y jurídico, por un compromiso público, estatal y ciudadano. Se trata de superar las barreras reales, los estereotipos, los ardides de los “poderes salvajes”²³, para que aquello plasmado en un texto se instale en la vida cotidiana de sus destinatarios. En igual sentido, la obra de la magistratura resulta trascendental, serán los jueces quienes, en su sentencia, deberán hacerse cargo del carácter ficcional, para no profundizar desigualdades.

El primer paso es consolidar el desafío en la agenda gubernamental, como obligación asumida frente la comunidad internacional, pero principalmente como responsabilidad ante la ciudadanía que merece, por mandato constitucional, un sistema de políticas públicas en pos de la justicia, cuyo único y definitivo contenido es la protección de los derechos humanos. Es decir, “un sistema lo suficientemente potente para conmovir un status quo fuerte desigualitario. Un estatus quo que no es solo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de discriminación, cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas [...]”. Algunas de las constituciones identifican a los grupos desventajados como mujeres, niños, niñas, ancianos, discapacitados, pueblos originarios, entre otros (p.ej., art. 75, incs. 17 y 23, Const. nacional). Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada. Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad se deben dictar medidas estatales de acción positiva”²⁴.

²³ FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, p. 71

²⁴ CLÉRICO - ALDAO, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, 2011, p. 149.

En efecto, el punto de partida es la asunción por parte del Estado de la irrealidad que supone la igualdad formal, de la indiscutible relevancia que cobran los posicionamientos sociales en el acceso a los derechos fundamentales. Solo así, con conciencia de desigualdad, podrá el aparato estatal emprender el rol que demanda la ciudadanía: un activismo consistente en abrazar las diferencias, como actitud de integración, para diagramar entonces un desarrollo de políticas que calen hondo en las estructuras.

CONCLUSIÓN

El estudio efectuado da cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico, su estrecha relación con el poder y el innegable carácter histórico que lo distingue, reclamando un abordaje crítico, activo y conocedor de los vínculos que lo atraviesan. En este marco, las ficciones jurídicas afirman el perfil ideológico de toda expresión normativa, mostrándose en apariencia como ingenuas, inofensivas, pero escondiendo el contexto, los personajes y las tensiones que acabaron por condensarlas en un discurso. La principal dificultad del tópico radica en la posición epistemológica desde la que se lo aborda, puesto que es la propia mirada del observador la que constituye el objeto, y aquí poco podría cuestionarse desde un ángulo que conciba al derecho como pura objetividad y confunda sus postulados con principios morales.

Tal como fue dicho, la ficción se distingue por saberse falsa, por su autocontradicción, y precisamente desde tal precepto es reconocible su función ideológica. El desafío es poner de manifiesto el fundamento de las ficciones y ambicionar así una socialización de su utilidad. Hemos descripto cómo las construcciones ficcionales son útiles, pero también necesarias, ya que sostienen, conceden coherencia, e incluso hacen a la validez de un sistema normativo.

Las ficciones del derecho merecen un renovado ámbito de discusión, que las reconozca como tales, que evidencie sus entretelones y que finalmente las retire de una función servicialmente sesgada, para ponerlas en el patrimonio de lo social, para comprometerlas con una lucha humanista que torne al fenómeno jurídico un arma de transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, MARCELO, y otros, *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO, y otros, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI Editores, 1994.
- BUTLER, JUDITH, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2010.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012
- *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006.
- CLÉRICO, LAURA - ALDAO, MARTÍN, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: La igualdad como redistribución y como reconocimiento*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, Revista Jurídica del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2011.
- COOK, REBECCA J., “Los Derechos Humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir” en *Derechos humanos de la Mujer: perspectivas nacionales e internacionales*, Profamilia, Bogotá, 1997.
- COSTA, JOAQUÍN, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2001.
- GUZMÁN, RAYDA, *Unidades de ficción*, “Encrucijadas”, Centro de Investigaciones Posdoctorales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela, edición digital: www.academia.edu.
- KELSEN, HANS, *¿Qué es la justicia?*, trad. CALSAMIGLIA, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- *Teoría pura del derecho*, trad. M. NILVE, Eudeba, 1983.
- LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya, 2004.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987.
- *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- RUIZ, ALICIA, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- VON IHERING, RUDOLPH, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004.