



Proyecciones de la discriminación en el derecho

Por Juan Martín Nogueira, abogado UNLP, actualmente se desempeña como Auxiliar Fiscal de la Unidad Fiscal Federal de la ciudad de La Plata.

VOCES: Discriminación-Derecho actual, evolución y perspectivas de análisis- Derecho Internacional de los Derechos Humanos- Grupos vulnerables-Tutelas preferenciales.

Resumen

El autor aborda la problemática de la discriminación en el derecho actual, su evolución y las distintas perspectivas de análisis, desarrollándose las bases para la comprensión desde las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. En tal orden se enfatiza sobre el enfoque o perspectiva de grupo vulnerable para mostrar la dimensión colectiva que tienen los conflictos sobre la discriminación y las tutelas preferenciales posibles ensayadas por la jurisprudencia para los colectivos desaventajados, advirtiéndose sobre los conflictos que pueden presentarse con otros derechos fundamentales a partir de su implementación.

I

Algunas aproximaciones

La palabra discriminación concilia con una situación que nos pone en estado de alerta. Siglos de experiencias tremendas y devastadoras para la humanidad, donde grupos enteros de la población han sido eliminados por su condición religiosa, social, sexual, etaria o étnica, renuevan en el imaginario colectivo la idea de extremos muy

negativos para el ser humano, algo que encierra muchas veces un mal indecible o muy difícil de calificar¹.

No obstante, las sociedades han evolucionado y, sin perjuicio de la existencia de verdaderos genocidios y/u holocaustos en el presente, el problema de la discriminación progresa no solamente en ámbitos tan excesivos, amparados en maquinarias opresivas. También podemos advertir este fenómeno en situaciones más sutiles surgidas en la costumbre insertada en las relaciones sociales: su mantenimiento en el tiempo, su sistematicidad, viene a naturalizar la exclusión de grupos de personas en función de su propia condición social.

Esta realidad significa para la persona que integra esos grupos un verdadero impedimento o restricción al ejercicio de sus derechos, o bien al acceso a servicios fundamentales. Incluso, avasallándose su propia existencia y proyecto de vida. Esto es lo que se conoce como vulnerabilidad².

¹ Esta es la situación que producen los sistemas binarios que excluyen y eliminan todo lo que se presenta como diferente. Esquemas totalitarios de poder que han implementado los planes más contradictorios para el sentido humano, donde grupos enteros de la población han sido sumidos a la experiencia de los centros clandestinos bajo la tortura sistemática, la muerte y la desaparición, con un nivel de crueldad que no encuentra un concepto que pueda abarcarlo en toda su magnitud. Al respecto, Carlos NINO decía que “(...) Son ofensas contra la dignidad humana tan extendidas, persistentes y organizadas que el sentido moral normal resulta inapropiado. Si alguien, enfrentado con Adolf Hitler, le hubiera dicho que lo que hizo fue incorrecto, hubiera sonado casi risible. ‘Incorrecto’ parece un adjetivo demasiado débil para calificar acciones que conscientemente provocaron la muerte de más de veinte millones de personas y sufrimientos inimaginables en muchos millones más... Nuestro discurso moral parece alcanzar su límite externo cuando intenta manejar hechos de esta naturaleza (...)”, véase NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 2006, pp. 33-34. Para ampliar el tema BERNSTEIN, Richard J., *El mal radical, una indagación filosófica*, Buenos Aires, Ed. Lilmod, 2002, pp. 229 y ss.

² Como he desarrollado en otro trabajo, la vulnerabilidad no es una condición natural que traiga consigo la persona, sino que resulta una situación que se suscita por la desigualdad real que pueden sufrir ciertas personas por su sola pertenencia a un grupo y por la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia. Al no tratarse a estas personas en función de su particular situación, el sistema las excluye y las margina. Es así que cobran existencia y vida propia los denominados «grupos vulnerables o desaventajados». La complejidad de los intereses y necesidades de estos grupos rompen con la simpleza del esquema tradicional liberal-burgués de los derechos que, proyectado sobre grupos homogéneos o la idea de sujeto prototípico ideal, se pretende con potencialidad de amparar y representar los derechos de todos los habitantes, encubriendo con ello contextos donde se encuentra enraizada y naturalizada la desigualdad y la discriminación. El mantenimiento en el tiempo de tales sistemas vino a consolidar un obstáculo sistemático y generalizado respecto de las demandas de determinados grupos de la población, tornándolos vulnerables en su convivencia social y en su relación con el propio Estado de

Lo que en otros tiempos era algo invisible o imperceptible, en la realidad de nuestros tiempos, con un nivel de sensibilidad más avezado, ha permitido la percepción de problemáticas que se meten en lo profundo de la sociedad y del ser humano, descubriéndose facetas que han mutilado, con diversas formas y modalidades, la existencia de muchas personas que han visto cómo las garantías y derechos fundamentales se presentaban para un mundo para ellos inaccesible³.

El derecho pensado para un universo homogéneo ha debido ceder ante un complejo de relaciones y tensiones que se da entre grupos que tienen sus propias particularidades y necesidades, experiencias de vida que requieren de un tratamiento especial y/o preferencial⁴.

Derecho. Por lo tanto, para establecer la existencia de un grupo vulnerable habrá de estarse a la configuración de ciertas características reales y particulares (por ejemplo, la ubicación social-económica en la sociedad en la que viven, su nivel de acceso a ciertos servicios públicos esenciales, aspectos que, a su vez, pueden ser medidos en función de la permanencia en el tiempo de tal situación). En tal orden, puede compartirse la identificación de los siguientes grupos vulnerables: el de los niños y ancianos, pobres o indigentes, el de las mujeres, los discapacitados, los extranjeros e inmigrantes, el de aquellos que pertenecen a alguna raza, etnia o religión, el de las víctimas de delitos complejos o traumáticos, entre otros. Cf. NOGUEIRA, Juan Martín; SCHAPIRO, Hernán I. (coord.), *Acceso a la Justicia y Grupos Vulnerables, a propósito de las Reglas de Brasilia*, La Plata, Librería Editora Platense, 2012, pp. 32-34.

³“(…) Los derechos humanos no son simplemente una doctrina formulada en documentos; descansan sobre una determinada disposición hacia los demás, sobre un conjunto de convicciones acerca de cómo son las personas y cómo distinguen el bien del mal en el mundo secular. Las ideas filosóficas, las tradiciones jurídicas y las ideas políticas revolucionarias debían contener esta clase de punto de referencia emocional profundo para que los derechos humanos fueran en verdad evidentes. Tales sentimientos debían ser experimentados por muchas personas y no sólo por los filósofos que escribían sobre ello (…).” Esta perspectiva es lo que determina el carácter dinámico y continuo de los derechos, en el sentido que los mismos continúan siendo discutidos en sus alcances, en función de nuestra percepción y niveles de empatía que generan nuevos conceptos sociales y políticos. Cf. HUNT, Lynn, *La Invención de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Tusquets Editores, 1ra. ed., 2010, pp. 24-26.

⁴Como veremos en detalle más adelante, el enfoque sobre la identidad y las necesidades de los grupos vulnerables promueve un cambio de paradigma en el modo de proteger y garantizar los derechos fundamentales, abriéndose paso a la posibilidad de otorgar políticas preferenciales o derechos especiales para tales grupos. En este orden de ideas, el derecho viene encarando desde hace algún tiempo un gran desafío, consistente en adecuar el sistema jurídico a la situación de los grupos vulnerables, tratando de remover los obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la protección judicial efectiva de determinadas personas.

La finalidad de ello es consolidar la tan ansiada igualdad real, el equilibrio entre lo diferente, la armonía entre la diversidad, en una ponderación que tienda a proteger todos los derechos sin diezmar ni aniquilar ninguno.

Estas son las bases del igualitarismo, en la que se estructura cualquier ordenamiento jurídico que pretenda estar en línea con el derecho internacional de los derechos humanos y la protección a los distintos grupos vulnerables que histórica y sistemáticamente han tenido grandes dificultades para ejercer y/o defender sus derechos, incluso su propia existencia. Tal el caso de los niños, las mujeres, los discapacitados, los extranjeros, entre otros.

II

Discriminación negativa

La palabra "discriminar" es una acción que proviene del latín *discriminare*, siendo su primera acepción aquella que alude simplemente a «seleccionar algo o a alguien excluyendo a los demás», todo lo cual no tiene ninguna connotación ni carga valorativa que pueda involucrar calificación alguna. Es simplemente una acción que elige, separa, acomoda, ubica.

Ahora bien, proyectada esta acción al mundo de lo social y de los derechos, la discriminación cobra nuevas acepciones. Sale de la mera acción para adscribir a un sentido o finalidad que puede ser negativa o positiva. El indicador para ello es el nivel de incidencia de dicha acción para la existencia del ser humano y aquellos factores que hacen que la misma pueda redundar en un perjuicio o en una mejora, entorpeciendo o facilitando el proyecto de vida del ser humano.

En tal orden podemos hablar de un significado donde la acción de discriminar consiste en «dar un trato de inferioridad a una persona o grupo por condiciones biológicas o etarias o por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos». Ello puede ser a través de una acción o medida concreta o a través de una omisión que convive con una legislación neutra o poco sensible a determinadas problemáticas.

Este es el *sentido negativo de la discriminación*, toda vez que supone un tratamiento indebido a una persona o grupo por causas que no tienen una justificación

razonable, jugando la propia condición de la persona como un factor de desprotección jurídica.

En tal orden de entendimiento se han volcado los instrumentos de derechos humanos, normas fundamentales de los Estados y legislaciones internas en cuanto receptan esta idea negativa de la discriminación.

Así, por ejemplo, el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- dice que “...1) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social... 2) Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano...”.

Por su parte el Artículo 24 del mismo instrumento expresa que “...Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley...”.

En la misma línea pueden verse los artículos 13.5 y 17.4 y 24 de la citada convención.

En orden a la protección de grupos vulnerables, vale citar como ejemplo el Artículo 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto preceptúa que “... Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales...”.

En igual sentido puede advertirse en los otros instrumentos internacionales que tienen también jerarquía constitucional en nuestro país por vía del art. 75 inc. 22, a saber: la Declaración

Universal de Derechos Humanos (artículo 2); La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículos 2 .1, 3, 20.2, 23.4, 24.1, 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (artículos 2.2 y 3); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (artículos 3.b, 4.1.b, 5, 6, 7 y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (artículos 2 y ss.), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (artículos 2 y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 1.1).

Nuestra Constitución Nacional histórica también receptaba este sentido negativo de la discriminación. Así, el histórico Artículo 16 ya preveía en el año 1853 esta perspectiva al establecer que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas...”.

En orden a nuestra legislación interna, la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592 es una norma que reglamenta el principio de igualdad y no discriminación. Dispone que se considerarán discriminatorios aquellos actos u omisiones “... determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad,

ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos...” (Artículo 1, segundo párrafo).

Como vemos, se trata de disposiciones que establecen una prohibición a cualquier tipo de discriminación apoyada en la condición particular del ser humano, en la medida que se implemente a los fines o con efectos limitantes a sus derechos.

Se trata de una obligación que abarca toda estructura o actividad del Estado y a cualquier comportamiento particular de cualquier persona. No se admite la discriminación en ningún ámbito⁵.

Es una prohibición que promueve una base de igualdad en las relaciones, el acceso a los servicios y al ejercicio de los derechos. Esta es la igualdad constitucional, la base igualitaria que promueven todos los instrumentos citados, una equivalencia atravesada por valores como la solidaridad, la justicia y la equidad.

⁵La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva 18/03 -Condición Jurídica Y Derechos De Los Migrantes Indocumentados- estableció de manera muy clara la pertenencia del principio de igualdad y no discriminación al dominio del *ius cogens*. Como consecuencia de ello se considera que la prohibición de discriminación es comprensiva de toda relación jurídica "... puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición..." (párr. 101). En base a esta directriz fue dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2010, uno de los fallos más emblemáticos en la materia, "*Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ Acción de amparo*", donde se puso en discusión si la ley antidiscriminatoria 23.592 era aplicable al régimen del derecho laboral en orden a la medida de reinstalación predicada en función de aquella y su tensión con el régimen de estabilidad impropia de esa materia. Al respecto la Corte dijo que el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación resulta "... uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse..." (cons. 4º, párrs. 2 y 3) y que -con cita de un voto del juez García Ramírez- "... la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos...". Dicha doctrina fue ratificada recientemente por la nueva integración del Alto Tribunal en el caso "*Varela José Gilberto e/ Disco S.A. s/ amparo sindical*", dictado el 4 de septiembre de 2018.

III

Discriminación positiva (o inversa)

Ahora bien, sabido es que la mera prohibición o la declaración de principios poco hacen en lo concreto para modificar la realidad del fenómeno de la discriminación. Se trata de prácticas cultivadas en la historia que redundan en comportamientos o actitudes que, sistemáticamente, desequilibran una y otra vez las relaciones y posibilidades de protección jurídica de ciertas personas.

Ello consolida, en muchos casos, espacios de tolerancia frente a la exclusión, en una pasividad neutra que reconoce el problema sin avanzar en una solución concreta.

Es por eso que el derecho internacional de los derechos humanos, a la vez que obliga a una actividad desprovista de discriminaciones arbitrarias, promueve asimismo un plan de acción enderezado a trabajar sobre esa realidad en lo concreto, a fin de equilibrar y armonizar el derecho de todas las personas, en un entendimiento que prescribe una obligación de hacer, una acción positiva que atienda las necesidades propias de cada grupo vulnerable en las distintas situaciones que se presenten.

En tal orden es que también puede vincularse a la discriminación en una faceta positiva, que involucra un entendimiento y una acción que tiende a beneficiar a los integrantes de grupos desfavorecidos a los fines de concretizar la igualdad real pregonada en las normas.

Se trata de la denominada «discriminación positiva» o «discriminación inversa» que se traduce en medidas concretas que se sustentan en las diferencias apuntadas, no ya para prohibir sino para equilibrar o mejorar una situación particular en función de ello. La discriminación se realiza para equiparar en este sentido, bajo un concepto de igualdad sustancial que supera el viejo esquema de la igualdad formal⁶.

⁶ Sobre el particular se ha dicho que “(...) La noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, el ejercicio de un derecho. También conduce a examinar la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados (...)”. Cf. ABRAMOVICH, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso*

Diversas normas internacionales receptan esta perspectiva.

Así por ejemplo el art. 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto sostiene el establecimiento de esta clase de medidas especiales, señalándose que “...Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer...”

“Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, editor/a: Salvador Millaleo, Núm. 6, 2010, p. 170. Consultado en línea en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/11491/11852>

En cuanto a la protección de los niños, la CDN establece en el art. 2.2 que “...Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares...”, en tanto que en el Artículo 4 sostienen que “...Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional..”.

Nuestra Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, se integra claramente en esta perspectiva de la discriminación inversa, con normas expresas que predicen la adopción de medidas positivas.

Así el Artículo 37, en su segunda parte establece “...La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral....”.

El Artículo 43 que regula la acción de amparo dispone que “...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

El artículo 75 –atribuciones del Congreso- también contiene varias disposiciones en este sentido. Así el inc. 19) en su tercera parte establece que el Congreso debe “...Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la

participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...”. El inc. 23 es un claro ejemplo de esta perspectiva en cuanto dispone que corresponde “...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad(...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia...”.

Como vemos, se trata de normas que establecen una suerte de tutela preferencial para estos grupos vulnerables, auspiciando medidas que se involucren en la situación de desigualdad con la finalidad de equiparar el acceso a los derechos fundamentales.

IV

La obligación internacional y el control de convencionalidad

De todo lo expuesto queda claro que el orden jurídico actual y en función del bloque legal que nos rige, tales acciones positivas deben asumirse como una concretización de la obligación internacional que pesa sobre los Estados a los fines de garantizar el principio de igualdad y no discriminación en sus territorios en relación a cada uno de los grupos vulnerables que coexisten en la sociedad.

Como viéramos, ello puede estar enderezado en diversas medidas y acciones de cualquiera de los poderes que realizan una actividad estatal, es decir, abarca al Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

En tal orden, tales poderes del Estado tienen el deber de adoptar todas aquellas medidas positivas con aptitud para revertir o cambiar situaciones discriminatorias que puedan existir en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

Es así que pueden aplicarse distinciones objetivas y razonables, cuando se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el «principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona»⁷. Este tipo de discriminación –positiva- resulta así una obligación internacional inexcusable.

Como es sabido, la responsabilidad estatal por no cumplir con la obligación internacional de respetar los derechos humanos se encuentra receptada expresamente en los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

En la primera norma podemos ver el compromiso básico de respetar los derechos y libertades reconocidas en el Pacto y a garantizar su libre y pleno ejercicio; en tanto que la segunda regla si avanza directamente sobre la obligación de adoptar acciones positivas como modo de cumplir con esa obligación internacional, al señalarse que si los derechos y libertades mencionadas no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter "... los Estados se comprometen a adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...".

En este esquema queda establecida una inevitable relación de correspondencia entre la exigencia internacional de realizar acciones positivas para evitar y sancionar la violación de derechos humanos y la actividad funcional del Estado, en todos sus niveles, ya sea dictando normas generales y sus reglamentos, como también en el ámbito del Poder Judicial, a través de la interpretación jurídica que, de tales normas, efectúen los jueces que integran tal poder del Estado en sus sentencias, en consonancia con todo el bloque legal.

Centrando lo expuesto en la figura del juez/a, queda claro que la actividad interpretativa y argumentativa que realice sobre los distintos casos sometidos a su conocimiento va a trascender inexorablemente por los andariveles del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual lo llevará a una tarea donde deberá en todo momento compatibilizar el sistema local con los preceptos internacionales.

⁷ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párrs. 104 y 105.

En dicha tarea deberá advertir tanto sus discrepancias como las omisiones, debiendo dictar todas aquellas medidas que sean útiles para evitar que se produzca o consolide una situación de discriminación.

En concreto ello se traducirá en lo que se conoce como el *control de constitucionalidad y convencionalidad* que deben hacer todos los jueces a la hora de interpretar los hechos y aplicar la ley a un caso⁸. Ningún ámbito puede escapar a este control⁹, debiendo ejercer incluso de oficio en cada caso¹⁰.

⁸Sobre el control de constitucionalidad y convencionalidad ver los trabajos de HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, influencia de los Tratados en el Derecho interno, Responsabilidad de los jueces*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2009; y “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación”, La Ley 2009-D, 1205. Vale destacar que el denominado control de convencionalidad aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH a partir del Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, sentencia de 26 de septiembre de 2006, donde se estructuran sus elementos principales: “... La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” (párr. 124), criterio seguido por nuestro Máximo Tribunal en la causa “Mazzeo” (Fallos 330:3248), entre muchos otros.

⁹A los fines de defender la supremacía de nuestra Constitución Nacional, se entiende que no hay ámbitos que puedan estar fuera de este control. Es una tarea que ante todo intenta compatibilizar el orden jurídico, en una idea de armonía que pretende en todo momento ajustar la constitucionalidad de una norma o acto, buscando el sentido que más cercano a la razón constitucional. En punto al «principio de igualdad y no discriminación», tal como se dijera anteriormente, los instrumentos internacionales y la doctrina judicial establecen enfáticamente este carácter omnicompreensivo de dicho principio a todo tipo de relación jurídica o vínculo, generándose incluso una presunción de inconstitucionalidad cuando la norma o acto afecta derechos y garantías de grupos vulnerables, tema que se relaciona con lo que se conoce como «categorías sospechosas» que tratamos más adelante.

¹⁰Coherente con la custodia de la supremacía constitucional, se ha consolidado la doctrina que propicia la posibilidad y el deber de los jueces de observar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, sin necesidad de planteo de parte, superándose así los viejos complejos de la afectación de la imparcialidad y

En muchos supuestos ese examen judicial puede partir de la desigualdad evidenciada para ciertos grupos, lo cual puede incidir en una mayor estrictez a la hora de valorar la constitucionalidad de una norma o una práctica, sobre todo cuando la afectación sea directamente sobre las denominadas «categorías sospechosas», enfocadas en la edad, el sexo, la condición física o social, entre otros.

En tales supuestos se utiliza lo que se conoce como «escrutinio estricto» que gravita en orden a la presunción de legitimidad de las normas y en la carga de la prueba: en estos casos la norma o práctica impugnada se presume inconstitucional y es el demandado quien debe probar que aquella persigue un fin legítimo, relevante e imperioso, y que el medio elegido es idóneo e imprescindible y que constituye la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados¹¹.

A su vez, ese control no solo abarca las normas y prácticas que puedan evidenciarse sino también las omisiones. Ello concita una delicada tarea del control constitucional que puede extender el nivel de incidencia judicial a políticas públicas o medidas que requieren determinadas situaciones¹².

la división de poderes. Se entiende que tan alta misión no puede quedar encorsetada en la estrategia de las partes, siendo el mantenimiento de la supremacía de la constitución y los tratados un valor superior en sí mismo. En ese sentido, la doctrina de la inconstitucionalidad de oficio establece que la misma debe ejercerse en el caso concreto, no admitiéndose las declaraciones en abstracto, y que ese control de oficio es un acto de suma gravedad institucional que solo puede generarse a partir de una estricta necesidad, «en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable». En este sentido se destacan tres fallos fundamentales de nuestra Corte Nacional, a saber: “*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes*”, 2001, Fallos, 324:3219; “*Banco Comercial Finanzas –en liquidación Banco Central de la República Argentina. S. quiebra*”, 2004, Fallos, 327:3117; y más recientemente “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s. daños y perjuicios*”, 2012, R. 401 XLIII, donde se suma la idea del control de convencionalidad de oficio ya establecido en la sentencia de la Corte IDH a partir del Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, Sentencia del 24 de Noviembre de 2006, párr. 128.

¹¹ Sobre las denominadas «categorías sospechosas» y el control de constitucional puede consultarse los trabajos de TREACY, Guillermo F., “*Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nro. 89, 2011, pp. 181/216; GULLCO, Hernán Víctor, “*El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino*”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, ALEGRE, Marcelo – GARGARELLA, Roberto (coord.), Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; MEDINA, Graciela, “*Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba Las “categorías sospechosas”: Una visión jurisprudencial*”, en *Revista La Ley* del 22 de noviembre de 2016.

La perspectiva de grupo vulnerable

La discriminación inversa «*la discriminación buena*» supone una renovada visión a partir de un compromiso concreto y tangible que conecta y sensibiliza con los conflictos que deben decidirse. De esta manera se puede penetrar en todas aquellas circunstancias históricas y sociales que han consolidado la exclusión de determinadas personas de la sociedad, con el fin de intentar modificar esa situación y darle una solución adecuada.

Tal proceder concita un *cambio de paradigma* que se sustenta en una interpretación de la realidad que va mucho más allá de la desigualdad económica –la cuestión de clases-, para pensar la igualdad desde la identidad y necesidades propias de los grupos desaventajados.

Relacionado con la actividad del Poder Judicial, esto implica una superación de la visión meramente utilitarista del derecho procesal, más centrado en soluciones desde los propios instrumentos procesales¹³, para proyectar un plan de acceso a la Justicia con el objetivo de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias.

Ello concita una nueva etapa en lo que se conoce como *movimiento del acceso a la Justicia*¹⁴, que comprende y complementa toda la evolución anterior. Lo distintivo de

¹² Cf. ABRAMOVICH, Víctor, *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, en BIRGIN, Haydée - KOHEN, Beatriz (comp.), *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Ed. Biblos, 1a. ed., 2006, p. 59.

¹³ Esto en el sentido de que tradicionalmente los mecanismos de solución se han dispuesto más para garantizar la buena marcha de proceso con un sentido más institucional, de arriba hacia abajo, estandarizado en medidas como el beneficio de litigar sin gastos, la defensa oficial y gratuita, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre otras.

¹⁴ Este movimiento es una corriente del pensamiento jurídico que viene desarrollándose desde hace más de cuarenta años. En prieta síntesis, refleja una serie de convicciones e ideales de justicia que han contribuido a una concientización de la problemática, dando paso a la implementación de institutos y sistemas novedosos con el objeto de equilibrar la situación de las personas que solicitan el amparo de la Justicia y participan en un proceso judicial. Su origen puede encontrarse en los trabajos de CAPPELLETI y GARTH, quienes impulsaron una perspectiva del acceso a la Justicia sistemática e interdisciplinaria, comprendiendo a las normas procesales, su aplicación e implementación, como asimismo a la actividad del personal judicial, “intentando alcanzar un concepto amplio en la búsqueda de que las normas se

esta fase es que se incorpora, como un elemento significante, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia.

De esta manera se proyecta un nuevo enfoque de la función jurisdiccional y un cambio de paradigma en el instituto del debido proceso, en cuanto deberá contener un matiz más sustancial que se involucre en lo profundo de la discriminación.

La participación procesal de la persona vulnerable en los distintos roles que le toque en función de su interés -actor, demandado, imputado, víctima, testigo- implica la obligación de disponer y garantizar distintas medidas, a saber: información y asesoramiento; claridad y transparencia en la comunicación de los distintos actos procesales; asistencia para la contención psicológica y emocional; protección para la seguridad e integridad física; excepciones al pago de tributos o tasas, defensas técnicas gratuitas, entre otras. Incluso ciertos actos procesales típicos pueden tener una orientación más asistencial¹⁵.

conviertan en verdaderas ventajas para los grupos más afectados”. CAPPELLETTI, Mauro - GARTH, Bryant, *El Acceso a la Justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*, Samuel AMARAL (Trad.), Colegio de Abogados del Colegio del Departamento Judicial de La Plata, 1983, pp. 45 y ss.

¹⁵En otro trabajo desarrollé lo que conceptualicé como “medidas procesales con sentido asistencial”, a las que definí como “(...) aquellas previstas para fines utilitarios al proceso pero que, interpretadas de modo sistemático con aquellas que establecen el deber de reconocer la situación de la persona vulnerable -establecidas en el sistema internacional e interamericano de derechos humanos-, promueven la posibilidad de ser dispensadas a la persona que se identifica con algún colectivo vulnerable, en cuanto sujeto del proceso judicial. Tienen por objetivo minimizar el impacto que puede producirle a tal persona su relación con la Administración de Justicia -el contacto con la organización y sus actores- como, asimismo, evitar los efectos nocivos que puede provocarle su participación en los distintos roles. A su vez, tienden a mejorar y facilitar su participación procesal desde la perspectiva económica, social y cultural de la persona”. Aquí vemos como lo utilitario al proceso -desde el punto de vista objetivo- conjuga con el aspecto subjetivo de naturaleza asistencial, junto con el sentido reparatorio. A su vez, tales medidas son clasificadas en orden del grado de incidencia que tienen sobre la exposición de la persona vulnerable en el proceso judicial, estando aquellas que no afectan la misma -medidas de acompañamiento-, otras que la anticipan -prueba anticipada o preconstituida-, llegando a la situación de afectarla en su totalidad -ej. Incorporación por lectura de testimonio-. Cf. NOGUEIRA, Juan Martín, “Asistencia a la víctima-testigo. Su problemática en el contexto de los procesos judiciales por delitos de lesa humanidad seguidos en Argentina”, en *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, cit., pp. 118 a 127.

Asimismo ello se complementa con una hermenéutica que comprende e interpreta los hechos desde una perspectiva reparatoria, no solamente material, sino también histórica y simbólica, de aquellos derechos fundamentales que han sido sistemáticamente negados o no valorados debidamente¹⁶.

En tal sentido, la idea de reparación trasciende a la solución o decisión del litigio, causa o controversia, para abarcar otros aspectos vinculados a la condición vulnerable de la persona, en favor de la situación de la persona y del grupo con el que se identifica. Es decir que cada caso puede involucrar una cuestión de trascendencia colectiva¹⁷.

16[□]Todas estas medidas y perspectivas encuentran recepción en las 100 Reglas de Brasilia sobre “*El Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad*”, establecidas en la IV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebradas en la ciudad de Brasilia, capital de la República Federativa del Brasil, durante los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado las Reglas de Brasilia mediante Acordada 5/2009, de 24 de febrero; en tanto que el Ministerio Público de la Nación ha adherido a las mismas por Res. PGN N° 58/09, de 2 de junio, instruyendo a los fiscales, funcionarios y empleados de las distintas dependencias fiscales de todo el país, para que las incorporen como reglas prácticas en la atención de personas en condición de vulnerabilidad. El Ministerio Público de la Defensa de la Nación también ha adherido a las Reglas y dispuso la realización de diversas actividades y publicaciones relativas a aquéllas.

17[□]Como vemos en muchos fallos sobre estos temas, el examen trasciende la situación de la persona y los hechos particulares, estableciéndose una perspectiva que abarca una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que promueve un entendimiento en una dimensión más cercana a la realidad social y cultural. Ello es una tendencia jurisprudencial del SIDH que reafirma la existencia de deberes de acción positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia. Cf. ABRAMOVICH, Víctor, op. cit.

En tal orden podemos ver las decisiones adoptadas en dos casos emblemáticos en nuestra jurisprudencia, “*Freddo*” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, voto del doctor Claudio Kiper, 1992) y “*Sisnero*” (CSJN, 2014): Frente a una situación de discriminación laboral al ingreso de mujeres a puestos laborales se le da una dimensión colectiva al amparo iniciado, ordenándose no solo la incorporación de la accionante sino que se garantice cupos determinados de acceso al trabajo para igualar la situación de hombres y mujeres. Más recientemente podemos mencionar que la Cámara Nacional del Trabajo dictó un fallo bajo los lineamientos aludidos: “El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad de género, pues quedó acreditado que la no contratación de la actora como chofer de colectivo forma parte de una práctica de la sociedad que excluye a las mujeres del mercado laboral y, corresponde al Estado —por intermedio de sus tres Poderes y en virtud de su compromiso constitucional con la igualdad— la obligación de dismantelar aquélla práctica...” (voto del doctor Pirolo). CNTrab., sala II, 11/10/2018. “Borda, Érica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) y otros s/ acción de amparo”. LA LEY del 13/11/2018, p. 7.

Bajo esta idea podemos advertir novedosas medidas que van más allá de la reparación individual, como aquellas que prevén la posibilidad de aplicar *daños punitivos* a modo de sanción económica¹⁸ o la propia *reinstalación del trabajador* en los casos de despido discriminatorio¹⁹. Estas modalidades de resarcimiento complementan a la reparación individual con un fin disuasivo, de prevención general, típico de cualquier pena, en cuanto tiende a evitar que se repitan o proliferen en la sociedad conductas discriminatorias en el futuro.

Asimismo esta perspectiva tiende a lograr nuevas formas de intervención del Poder Judicial en las medidas públicas adoptadas u omitidas por el Estado o empresas particulares que tienden a beneficiar todo un grupo de afectados, a saber, por ej. en materia derechos de la mujer la posibilidad de lograr la igualdad de oportunidades en el ingreso a los trabajos ordenándose medidas para efectivizar ese equilibrio²⁰; reglamentación sobre espacios y condiciones de detención en función de impedir la superpoblación carcelaria y el hacinamiento²¹, derechos políticos para presos sin condena²², entre otras.

Todo ello posibilita una instancia de discusión y de reclamos de derechos que, sin invadir necesariamente competencias de otros poderes del Estado, generan vías más expeditivas para encontrar soluciones para grupos enteros, en razón de la homogeneidad de intereses que los identifican.

Por otra parte, como decía antes, esta perspectiva modifica la presunción de legitimidad de la ley y los actos públicos a través de lo que se conoce como tesis de las «categorías sospechosas». Como dijéramos, esta doctrina visualiza la afectación legal en los derechos de un grupo vulnerable como razón suficiente para aplicar un criterio restringido donde la parte que dispone el acto tiene la carga de justificar adecuadamente la medida a los fines de pasar exitosamente el test constitucional.

Este enfoque tiene también incidencia en la valoración de la prueba y su distribución, consagrándose, según los casos, una presunción del carácter

18[□]Artículo 52 bis de la ley 24.240 –con la reforma de la ley 26.361-, Ley de Defensa del Consumidor.

19[□]Artículo 1° de la ley 23.592, Ley Antidiscriminatoria.

20[□]CSJN, “*Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo*”, del 20 de mayo del 2014.

21[□]CSJN, “*Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*”, del 3 de mayo de 2005.

22[□]CSJN, “*Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*”, del 9 de abril de 2002.

discriminatorio del acto y la carga de la prueba para el demandado a fin de desvirtuar ello²³.

Conviene nuevamente enfatizar que todas estas perspectivas se encuentran atravesadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en orden a las distintas obligaciones que se generan para los Estados a fin de adaptar los ordenamientos internos a los distintos estándares internacionales en materia de acceso a la Justicia.

En aplicación de los principios de igualdad y no discriminación e igualdad de armas, acompañado con las consideraciones específicas respecto de los colectivos vulnerables, el Derecho Internacional, a través de distintos instrumentos y de la jurisprudencia de los organismos de aplicación, promueve una base igualitaria para el entendimiento y efectivización de los derechos fundamentales.

VI

Límites en clave conflictivista

La implementación de este tipo de medidas de tutela preferencial para los grupos vulnerables generará en muchas oportunidades situaciones de tensión o conflicto con otros derechos fundamentales pertenecientes a otras personas, que hasta incluso pueden integrar también algún otro grupo vulnerable.

Las medidas de discriminación inversa tienen que estar debidamente justificadas y ser razonables, no siendo lógico que en función de tales mecanismos se avasalle ilimitadamente derechos fundamentales de otras personas, o bien se desequilibre la relación entre los grupos vulnerables o se disminuya la protección de unos en desmedro de otros. Se impugnaría a sí mismo un sistema de protección positiva que elimine o limite irremediadamente los derechos y garantías de algún grupo o persona en particular.

²³ La doctrina judicial elaborada al respecto indica que quien alega haber sufrido un acto discriminatorio debe probar prima facie el hecho ilícito, con la motivación respectiva y la relación de causalidad. Es decir, no basta alegar la pertenencia a un grupo de riesgo. Cuando se demuestra ello prima facie es exigible que la otra parte demuestre acabadamente que la motivación fue otra porque se presume la discriminación. CSJN, “*Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo*”, del 15 de noviembre de 2011.

En tal sentido se abre la necesidad de establecer pautas y reglas metodológicas para resolver ese tipo de cuestiones que involucran, nada más y nada menos, la definición sobre los alcances y límites de los derechos fundamentales, a partir del examen de relaciones jurídicas concretas.

Estas relaciones pueden suscitar complejas cuestiones jurídicas que involucran derechos de igual o distinta jerarquía, debiendo el juzgador ponderar y motivar una resolución proporcional y razonable.

Puesto ello en la perspectiva del proceso judicial, esta tensión jurídica puede trasladarse al principio de contradicción que asiste a la contraparte, poniendo en crisis el derecho de defensa. Así, medidas que flexibilizan la valoración de la prueba o imponen presunciones que invierten la carga de demostrar determinados aspectos, pueden en los hechos significar una importante limitación al ejercicio de la defensa, retaceando gravemente las posibilidades de producir determinadas pruebas y fiscalizar la misma, como asimismo el control de las mismas resoluciones judiciales que tienen en sus consideraciones principales la situación de la persona vulnerable.

En otros trabajos he utilizado los desarrollos teóricos de Robert ALEXY para abordar metodológicamente esta compleja cuestión, acerca de la estructura de los derechos fundamentales y de las relaciones que se establecen entre éstos²⁴.

Esta perspectiva permite sustentar una visión sistemática con cierta claridad analítica para el examen dogmático de las cuestiones que se presenten.

Asimismo, esta teoría posibilita el examen de la problemática en clave de colisión entre principios o valores -en el sentido de relaciones de índole interpretativa y no de contradicciones ‘todo-o-nada’- en el ámbito propio de los derechos fundamentales y en un espacio contextual concreto y particular, como es el de la situación de las personas identificadas con algún colectivo vulnerable.

La evaluación de las relaciones entre derechos fundamentales en términos de “conflicto” resultará beneficiosa porque genera la necesidad de amplias justificaciones racionales para establecer la primacía de un derecho fundamental por sobre otro, posibilitando, a su vez, la búsqueda de armonía entre los principios en tensión sin necesidad de eliminar alguno de ellos.

²⁴Esta perspectiva de análisis ya la he utilizado en otros trabajos. Así puede verse SCHAPIRO, Hernán I. - NOGUEIRA, Juan M., “*La incorporación por lectura de testimonios (una hipótesis para los futuros procesos por delitos de lesa humanidad)*”, en *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, La Plata, Librería Editora Platense, 2008, pp. 154 a 173.

VII

Conclusiones

Las líneas que anteceden no han tenido otro objetivo que mostrar la dimensión de la discriminación en el derecho actual, su evolución y las distintas perspectivas de análisis.

Se ha tratado de evidenciar cómo las cuestiones de discriminación trascienden la situación individual para enfocarse en verdaderos problemas estructurales de una sociedad compleja y en clara tensión entre intereses que se presentan antagónicos en muchas oportunidades, pudiendo entenderse al derecho como un instrumento que facilite y promueva el cambio social.

En tal orden luce el enfoque de grupo vulnerable para capitalizar la complejidad colectiva del asunto y para poder proyectar medidas adecuadas a las necesidades de cada persona, justificándose así tutelas preferenciales para determinados grupos vulnerables.

A su vez, tal proceder deberá tener presente en cada caso las situaciones de conflicto y contradicción que pueden producirse con otros derechos fundamentales que también merecen protección, lo que conduce a la tarea de interpretación, valoración y ponderación de derechos fundamentales, propia de la actividad jurisdiccional.