

DOCTOR ALTERINI.- Agradecemos las brillantes exposiciones efectuadas por nuestros penalistas e invitamos a los asistentes a la próxima mesa redonda que se realizará el martes 22 de noviembre.

Tema: EL DERECHO FRENTE A LA DISCRIMINACION

Relatores: PROFESORES DOCTOR CARLOS KIPER Y DOCTOR ISIDORO H. GOLDENBERG

Coordinador: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO,  
PROFESOR DOCTOR  
JORGE H. ALTERIN.

Fecha: 22 DE NOVIEMBRE DE 1994

DOCTOR ALTERINI.- Iniciamos hoy la última mesa redonda de este ciclo en el que se

analizan los temas de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se realizarán el año que viene en Mar del Plata.

Los aportes doctrinarios que han sido expuestos en este ciclo han sido reproducidos taquigráficamente, y serán publicados como aporte del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a dichas jornadas. También se difundirán en la Revista del Notariado, órgano del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que tiene suscrito con este Departamento un convenio de asistencia técnica, lo que nos facilita una parte de la tan compleja difusión de los desarrollos científicos que se realizan en la Facultad.

El tema de hoy es particularmente atractivo y corresponde al tema interdisciplinario de las Jornadas. Despierta tantos interrogantes que el Departamento se ha preocupado por convocar a expositores lúcidos y prestigiosos. Por eso tenemos hoy la presencia del doctor Isidoro Goldenberg y el doctor Carlos Kiper, quienes expondrán sobre "El derecho frente a la discriminación".

Tiene la palabra el doctor Carlos Kiper.

DOCTOR KIPER.

Antes de iniciar la exposición sobre este tema, debo hacer conocer una reserva. Estoy convencido de que la discriminación no es un problema principalmente jurídico sino más bien social, cultural y económico. Indudablemente, el derecho es una herramienta muy útil para combatirla, y para ello debe adecuar sus normas a la realidad social que intenta superar.

En el tema que nos ocupa, el derecho debe ser una herramienta con una función de prevención. Hay normas que son importantes para prevenir el hecho de la discriminación, pero nunca imaginemos que sólo con normas jurídicas vamos a solucionar este problema. Las leyes argentinas en materia de impuestos pueden ser similares a las que rigen en Japón, pero si aquí no hay cultura de pagar los impuestos, los resultados entre un país y otro serán distintos. Algo similar ocurre en este tema.

La discriminación -sobre todo la racial- es uno de los sucesos más lamentables y vergonzosos que azota a la humanidad. Se priva a una persona de derechos o beneficios, o se otorga a otros algún privilegio, no por lo que se haya hecho o dejado de hacer sino tan sólo por el color de la piel, su linaje u origen.

¿Cómo comienzan las doctrinas raciales? En este punto hay que distinguir entre la raza y el mito de la raza. Generalmente las doctrinas raciales han buscado apoyo en la biología, partiendo de la creencia de que existen razas superiores y que ello puede encontrar sustento en esa ciencia, aduciéndose que hay poblaciones genéticamente superiores a otras.

Ya Gobineau en Francia, decía que era imposible encontrar en el cerebro de los indios hurones el germen de un espíritu similar al europeo. Después lo siguieron Linneo y Buffon, y se buscó la autoridad de Darwin.

Estas ideas condujeron a que luego mucha gente fuera a los campos de concentración del nazismo; y a que durante la Segunda Guerra Mundial, los italianos trataran de imponer su hegemonía en Africa. Basta recordar las expediciones a Etiopía.

Lo cierto es que la base de estas teorías es falsa, ya que es inimaginable pensar que un ser humano es superior a otro desde el punto de vista genético. Esto no lo digo yo, sino que a través de las Naciones Unidas se han llevado a cabo congresos donde sociólogos, antropólogos y médicos llegaron a conclusiones contrarias a las que postulan las tesis racistas. Por ejemplo, en la Conferencia de la UNESCO realizada en Moscú en 1964 se concluyó que: "Todos los hombres actuales pertenecen a la misma especie y son vástagos de un mismo tronco. No existe en la especie humana una raza pura en el sentido de población genéticamente homogénea. En conclusión, los datos biológicos anteriormente expuestos constituyen una contradicción absoluta de la tesis racista"

En el mismo sentido, en una conferencia de expertos realizada en París en 1967 se señaló que la división de la especie humana en razas era puramente arbitraria y convencional, y que en modo alguno implicaba una jerarquía.

La declaración de la UNESCO en 1950 definió la raza humana desde el punto de vista biológico como una de las poblaciones que constituyen la especie homo sapiens. Tales poblaciones pueden cruzarse pero por efecto de las barreras aisladoras que las mantuvieron más o menos separadas muestran ciertas diferencias físicas debido a sus historiales biológicos algo diferentes.

Hay muchas más convenciones que sería imposible enumerar en este momento. Pero esto demuestra que, desde el punto de vista de la ciencia, la teoría de la raza superior está totalmente descartada.

Pero la discriminación existe y nace de lo que se llama el prejuicio. El prejuicio es el juicio de valor, subjetivo y categórico, sobre lo que se supone que es un miembro de un grupo o una persona determinada. Es un juicio de valor y no se discute. Se supone que las personas que pertenecen a un determinado grupo son como lo indica la tradición y esto es inobjetable.

Una vez que la persona tiene prejuicios, viene la segunda etapa que es discriminar. Sobre la base de una supuesta superioridad, hay determinadas personas que no tienen acceso a situaciones o derechos a los que sí pueden acceder otras.

¿Qué es entonces la discriminación? El diccionario de la lengua inglesa de la Random House dice que es "establecer una distinción en favor o en contra de una persona sobre la base del grupo, clase o categoría a la que la persona pertenece, más bien que según su propio mérito". La definición de la UNESCO dice que "el racismo es la valoración generalizada y definitiva de las diferencias biológicas, reales o imaginarias, en beneficio del acusador y en detrimento de sus víctimas, con el fin de justificar la agresión."

El artículo 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial define a la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, reflexión o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje, origen nacional o étnico, que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra de la vida pública." Aquí se habla de "acto que tenga por objeto o por resultado", de modo que hay discriminación no sólo cuando se consigue el objetivo, sino que basta la intención de perjudicar. También puede haber discriminación total o parcial, porque, el artículo dice "anular o menoscabar el reconocimiento...".

Vamos a encontrar muchas normas parecidas, e incluso en nuestro país existe una ley antidiscriminatoria. Pero, como señalaba al principio, el problema no está en las normas sino que es cultural, social y económico. Entonces, debemos hacer hincapié, fundamentalmente, en la educación.

Si tomamos como punto de partida circunstancias sociales, culturales y económicas, creo que el origen de la discriminación se encuentra en dos factores principales. En primer lugar, en el colonialismo. que nació en su momento como la búsqueda de mercados para las materias primas y manufacturas europeas, pero luego pasó a ser el resultado de las luchas políticas que había en Europa. Generalmente el que colonizaba era cristiano, y lo que hacía iba en contra de su

ética cristiana de la caridad y ayuda al prójimo. Como se intentaba someter a determinadas personas, había que encontrar alguna justificación, y ella se pretendió haciendo hincapié en que eran inferiores.

Otra de las causas de la discriminación creo que es la esclavitud. En este caso el problema también era económico, porque hacía falta mano de obra barata. Los patrones hubieran ido hasta la luna en busca de mano de obra barata, pero tenían más cerca el Africa; luego le tocaría el turno a países más populosos como la India. Así fue como comenzó a expandirse la teoría de que el negro, por sus dientes, su color, su aspecto, era inferior. Esto derivó en una situación muy compleja, que llevó muchos años de sangre, conquista, de luchas por superarla. Soy optimista y creo que el mundo va en la dirección correcta para terminar con este problema.

Además hay otra causa de la discriminación: la ignorancia. Se supone que los miembros de determinado grupo reúnen tales y cuales características, las que generalmente son ironizadas y estereotipadas. Como no hay contacto con el discriminado, se toma aquello como una verdad indiscutible, y precisamente la ignorancia del conocimiento de la persona discriminada fomenta más la discriminación.

La discriminación también puede traer ventajas y beneficios económicos, o al menos eso se cree.

Hay teorías sociológicas sobre la discriminación, lo que se llama la asociación antropomórfica. Se cree que todos los individuos de un grupo tienen tales características y que son los mejores, y que los de otro grupo no las tienen, o las que tienen son peores.

Las migraciones también han causado problemas de discriminación. Generalmente cuando a una zona del mundo arriban personas distintas, se genera una tensión que luego desemboca en la discriminación.

Y como señalaba Freud, también hay frustraciones psicológicas. Todos los individuos tienen necesidades y muchas veces no pueden cristalizarlas y se sienten frustrados. Estas frustraciones no las pueden asumir; entonces, las tienen que descargar en alguien; siempre encuentran un chivo expiatorio, una víctima cómoda de esta situación.

No se puede decir que ninguna de estas causas sea exclusiva de la discriminación, pero todas confluyen en conjunto. Creo que el colonialismo y la esclavitud ocupan el primer lugar.

El racismo tiene cuatro ideas que la sustentan. Una es que las diferencias entre los grupos se explican por la biología y la herencia. Vimos que eso es falso.

Se dice que nuestros hábitos, aptitudes, creencias o comportamientos y todo lo que aprendemos ha sido determinado antes de nuestro nacimiento. Esto también es falso. Es muy difícil que un niño de cuatro años sea racista, que un niño blanco sienta desprecio por un negro. Eso no es innato ni hereditario sino que se inculca.

Se dice que todas las diferencias entre grupo dominante y no dominante se consideran ejemplo de inferioridad de parte de los miembros del grupo no dominante. Y lo que es más grave, se dice que si hubiese cruce biológico entre los grupos, los descendientes serían más degenerados que uno o otro de los grupos paternos.

Indudablemente, rebatir todo esto es más una tarea educativa que jurídica. Además de demostrar la falsedad de los argumentos hay que combatir la ignorancia con educación y demostrar que, en definitiva, la discriminación perjudica a quien discrimina en lugar de beneficiarlo.

Hay una serie de prejuicios evidentes que ocasiona la discriminación: no utilizar a fondo la mano de obra, no satisfacer enteramente la demanda, lo que ocasiona pérdidas económicas. Una sociedad multirracial se enriquece con el intercambio de ideas. Privarse de una cultura ajena, de conocer un modo de pensar y diferente, perjudica a quien está discriminando. En una sociedad que discrimina, las condiciones sociales son malsanas y el respeto a la ley es débil, porque se la está eludiendo permanentemente. Muchos países que discriminan tienen una pesada carga a nivel diplomático y de asistencia financiera para explicar por qué discriminan.

La discriminación implica un criterio cerrado a todo lo que es nuevo y la incapacidad de aceptar cualquier relación humana distinta. El que discrimina abriga sentimientos de temor frente a sus víctimas; siempre teme una posible reacción que lo pueda perjudicar. En definitiva, quien discrimina tiene cierto desprecio por la resolución de los conflictos por modos pacíficos, que es lo que los juristas y abogados tratamos de inculcar.

A grandes rasgos éste es un panorama sobre la discriminación, que la hay de distinto tipo: racial, religiosa, lingüística, sexual, física, social, etc. Me preocupa

principalmente la discriminación que afecta a las minorías raciales, religiosas o lingüísticas que otros supuestos.

A nivel internacional y desde hace sesenta años se ha planteado el problema de qué se entiende por minoría. Hay países donde es la minoría la que tiene el poder y es el grupo que domina a la mayoría. Entonces cabe preguntarse si para definir el concepto de minoría hay que tener en cuenta factores como la cantidad -si debe haber un número mínimo de personas que justifique la existencia de minoría-, si esa cantidad tiene que estar relacionada con un espacio geográfico, si tiene que ser proporcional al resto de la población. También es importante el aspecto subjetivo, porque a lo mejor hay minorías que quieren dejar de serlo, y son libres para ello. Para ser minoría se debe tener el deseo de conservar la identidad del grupo.

Es importante una definición de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que en 1930 se pronunció con motivo de un convenio celebrado en 1919 entre Grecia y Bulgaria.

Allí la Corte dijo que minoría es la existencia de una colectividad de personas que habitan en un país o localidad determinados, pertenecen a una raza, profesan una religión, hablan un idioma, conservan tradiciones propias y están además unidas a la identidad de esa raza, de esa religión, de ese idioma y de esas tradiciones en un sentimiento de solidaridad para conservar sus tradiciones, mantener su culto, asegurar la instrucción y educación de sus hijos, conforme al genio de su raza, y ayudarse mutuamente. Luego la Corte señaló que determinar en el caso si existe o no minoría es una cuestión de hecho y no de derecho.

Posteriormente la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección

de las Minorías, de las Naciones Unidas, no definió a las minorías sino que dio pautas que había que tener en cuenta para elaborar la definición. Estas pautas son: la existencia entre los súbditos de muchos Estados de grupos de población distintos, conocidos habitualmente con el nombre de minorías, que tienen tradiciones o características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población, que deben ser protegidas mediante disposiciones especiales de índole nacional e internacional, para que puedan conservar y desarrollar las tradiciones y características mencionadas. La existencia de un factor particular, a saber, que ciertos grupos minoritarios no necesitan protección. Esos grupos comprenden en particular los que, aunque inferiores en número al resto de la población, constituyen el elemento dominante y los que aspiran a que se los trate de manera idéntica al resto de la población. También habría que computar el hecho de que sería poco indicado entorpecer la evolución espontánea que se produce en una sociedad cuando ciertas condiciones -nuevo ambiente o medios de comunicación modernos- determinan una rápida evolución racial, cultural o lingüística.

Señalo también el peligro de adoptar medidas que podrían conducir a abusos de las minorías, cuyas aspiraciones espontáneas pudieran ser perturbadas por elementos que tuvieran interés en promover entre los miembros de esa minoría el desapego por ese Estado.

Hay que aclarar que cuando aquí se refiere a minoría apunta a los nacionales de un país que tienen características diferentes del resto de la población, y no a los extranjeros, porque se supone que éstos tienen la protección del derecho internacional.

Un autor italiano que ha profundizado muy bien en el tema ha señalado que el concepto de minoría debe estar unido a dos elementos. Primero, para que haya minoría tiene que haber un grupo social. Segundo, tiene que haber una posición de inferioridad.

Para referirnos al grupo social, en principio tendríamos que recurrir a la sociología, que enseña que éste es un conjunto de personas que tiene sentimientos de solidaridad y cuya situación puede variar o no, de acuerdo con medidas generales que se adopten. Así, todos los enfermos de sarampión no serían una minoría, porque no son determinables a priori. Las medidas que se adoptan no son sólo para beneficiarlos a ellos sino a toda la comunidad, y su situación va a variar individualmente, una medida única no va a variar la situación de todos. En cambio, los negros en Estados Unidos forman un grupo social; las medidas que se tomen van a beneficiar al conjunto y no sólo a algunos en forma individual, y además son determinables a priori. Los presos que se encuentran en las cárceles, bajo este punto de vista, no forman un grupo social, porque cada uno de ellos tiene problemas diferentes y su situación cambia individualmente. En cambio, los presos políticos sí podrían formar un grupo social, porque una medida social que se adopte podría beneficiarlos a todos en conjunto.

Además de la existencia del grupo social, tiene que haber una posición de inferioridad. Hay países -por ejemplo en Africa- donde el poder lo tiene la minoría, y es la mayoría la que está oprimida y privada de derechos. Entonces, para hablar de minoría tenemos que prescindir del elemento cuantitativo y ver la situación de inferioridad en que se encuentra.

Si bien es muy difícil encontrar el punto justo de una definición, creo que todos los elementos que han sido tenidos en cuenta influyen en el concepto. A veces me pregunto si es bueno definir una minoría, porque podrían quedar afuera ciertos sectores que, siendo minorías, no encuadran perfectamente en la definición.

Creo que la definición tiene que contemplar algunos aspectos esenciales. Por un lado hay un factor objetivo que es el aspecto cuantitativo: tiene que haber una cantidad importante de personas. Es difícil determinar cuándo esa cantidad es importante, pero tiene que haber un mínimo. Tres personas que se juntan para reclamar por sus derechos no son una minoría; tampoco lo es una familia. Como señala Pizzorusso, tiene que haber una situación de inferioridad, porque las minorías necesitan protección.

Por otro lado, tiene que haber un factor muy importante que es el subjetivo. Existe la libertad, en quien es distinto de los demás, de asimilarse a ellos. Pero para componer la minoría debe existir el deseo de conservar sus características propias. Esta tiene que ser una elección libre, porque a veces se produce la discriminación cuando se presiona a una persona a asimilarse para no sufrir. Hay que separar la igualdad por un lado, y el reconocimiento de los mismos derechos por el otro, y reconocimiento del derecho a conservar sus características propias.

¿Cómo se sabe si una persona pertenece a una minoría? A veces es simple porque los países reconocen oficialmente la existencia de la minoría, aunque es raro que ello ocurra. Un ejemplo es Italia, que reconoce la existencia de minorías lingüísticas: francesa en el Valle de Aosta, alemana en la provincia de Bolzano y eslava en Venecia. Les da una protección especial, las regiones están sometidas a un estatuto específico y su idioma es reconocido como oficial. La mayoría de los Estados no reconoce oficialmente a las minorías, aunque puede haber medidas administrativas o de rango inferior. En estos casos se suele hablar de reconocimientos implícitos, por ejemplo,

cuando se realiza un censo y se determina cuál es la raza o la religión a la que pertenece la mayoría. Creo que esto es insuficiente, pero hay autores que entienden que sí.

Casi todas las constituciones del mundo prohíben la discriminación y sientan el principio de la igualdad. Ello podría considerarse como un reconocimiento tácito de la existencia de minorías. Creo que eso también es insuficiente.

Otro problema es si el individuo quiere o no ser parte de esa minoría. Creo que esa es una decisión fundamental que hay que respetar. A veces se da prevalencia a criterios objetivos. Se dice que una persona integra una minoría por su apellido, por el idioma que habla, por su origen; pero creo que debe prevalecer el aspecto subjetivo: una persona pertenece a una minoría si quiere hacerlo. En algunos casos sometidos a interpretación de los tribunales europeos, éstos han dado prevalencia al aspecto subjetivo por sobre el objetivo. Además, este último puede inducir a error porque, por ejemplo, no siempre el idioma o el apellido de una persona puede determinar que ésta pertenece a una minoría.

En casi todas las convenciones internacionales y constituciones de los países del mundo se garantiza la igualdad. Todas las personas tienen el derecho a ejercer las libertades individuales en igual situación que los demás. Pero ésta es una igualdad formal; cuando nos referimos al problema de las minorías tenemos que apuntar a la otra cara de la moneda: no basta con asegurar a un individuo la igualdad sino que hay que asegurar medidas especiales, lo que se llama la protección de las minorías. Un aspecto esencial de la minoría es su identidad de grupo y el deseo de conservar sus características. Entonces, si no se adoptan medidas especiales, la igualdad consagrada constitucionalmente podría no alcanzar. Justamente hay que reconocer el derecho a la diferencia, porque la única manera de que exista igualdad es reconociendo y tratando de conservar esas diferencias. Si yo profeso una religión y se me obliga a instruirme en otra, pierdo la identidad del grupo al que pertenezco; entonces, desaparecería la igualdad. De esa forma, no se me trata igual que al que se lo instruye en la religión a la que pertenece.

Creo que el aspecto más débil de nuestra actual Constitución es que no va más allá del principio de igualdad y no discriminación, ya que se requiere una acción positiva y no una mera abstención.

Las minorías son merecedoras de protección especial y hay medidas básicas a adoptar. Si nos referimos a minorías raciales o étnicas, el primer derecho que se les debe reconocer es a mantener su identidad cultural, participar en la cultura del país y desarrollar su propia cultura, pues ello hace a su supervivencia como grupo. En este punto la protección tiene que ir dirigida al individuo que pertenece a esa minoría y al grupo, porque si éste desaparece, el individuo pierde el sentido social al no poder desarrollarse dentro del grupo con cuyas costumbres y tradiciones se siente identificado. Para lograr ese objetivo, el primer paso es dar educación, pues no puede haber derecho a participar en una cultura si no se da educación al individuo.

En este aspecto el tema es sencillo ya que casi todas las legislaciones del mundo reconocen la educación pública y gratuita. Pero se complica cuando se habla de derechos culturales y millones de personas en el mundo mueren de hambre, carecen de vivienda digna, no tienen asistencia mínima. ¡Qué poco le puede importar a esa gente desarrollar su cultura cuando apenas puede subsistir! Por eso hay que enfocar una acción combinada, no sólo cultural y educativa sino también con un esfuerzo económico importante, de lo contrario, hablar de esto es puramente abstracto.

El derecho de las minorías a desarrollar su cultura implica el fomento de las letras -donde el Estado tiene una importante labor que cumplir-, impresión de libros donde se manifieste esa cultura, no debe haber censura en el acceso a la prensa. Es decir, son medidas más educativas que jurídicas.

Cuando hablamos de minorías religiosas, no basta que la Constitución diga que hay libertad de cultos; se requiere también que haya medidas especiales para la subsistencia de esos cultos. En este campo juega no sólo la libertad de cultos sino también la de conciencia y de pensamiento. El derecho básico que debe tener una minoría religiosa es a profesar y practicar su religión libremente. Debe tener la posibilidad de contar con sus propias escuelas religiosas, asegurarse la educación y tener la libertad de elegir si quiere o no pertenecer a una religión. Hay muchas convenciones internacionales que garantizan este derecho.

Un problema que ha suscitado muchas controversias es la objeción de conciencia. En este tema estamos un poco atrasados. La delantera la lleva el Parlamento Europeo, que ha obligado a determinados Estados a adecuar la legislación a sus directivas. Esta cuestión influye principalmente en la obligatoriedad o no del servicio militar. El Parlamento Europeo ha llegado a la conclusión de que el objetor de conciencia puede negarse libremente a prestar el servicio militar armado y que debe prestar el servicio de una manera diferente, ya sea en hospitales, escuelas, etcétera.

También ha dicho ese Parlamento que ningún tribunal o comisión puede juzgar la conciencia del individuo. De modo que bastaría la sola declaración del objetor. En un fallo de la Corte Suprema de nuestro país, en su anterior composición, la mayoría reconoció el derecho de un objetor -hombre católico- que se negaba a participar del servicio militar armado porque decía que según sus principios no podía matar. Pero la Corte no creyó en la sola declaración de este hombre y hubo producción de pruebas muy estrictas para comprobar si era un objetor. La tendencia es la inversa, porque si no, nos vamos a convertir en tribunales de conciencia.

La objeción de conciencia abarca otros aspectos como por ejemplo, para un médico negarse a practicar un aborto, o no pagar los impuestos que se destinan al sostenimiento del servicio armado, no depositar plata en los bancos que actúan para servicios armados.

El tema daría para mucho más. Simplemente quiero terminar señalando que una de las formas de combatir la discriminación es organizando encuentros de este tenor, por lo cual extiendo mi felicitación al Departamento de Derecho Privado porque cada uno, desde su lugar en la sociedad, puede contribuir a terminar con el flagelo de la discriminación (aplausos).

Doctor ALTERINI.- Tiene la palabra el doctor Isidoro H. Goldenberg,

## DOCTOR GOLDENBERG.

Como bien expresara el doctor Kiper, este tema no es materia de un derecho singular. En efecto, está en juego el hombre, la condición humana, patrimonio de toda sociedad regida por el derecho. De ahí la importancia que han tenido en el desenvolvimiento de los principios tuitivos de la igualdad as convenciones, los pactos y declaraciones surgidas de encuentros supranacionaes.

Al referirme al género humano, recordaba a fray Bartolomé de las Casas acerca de una discusión en la época de la conquista cuando algunos teólogos españoles afirmaban que el indígena no pertenecía al género humano. Esto trascendía un enfoque biologista porque albergaba un evidente trasfondo económico, ya que si el nativo estaba excluido de la especie humana había un título jurídico por parte de los conquistadores hispanos para obtener el dominio que era la apropiación, como fuente originaria del derecho de propiedad.

Lo mismo pasó en Sudáfrica con la política del apartheid, que consagraba una verdadera incapacidad de derecho para los individuos de la raza negra o mestiza, que constituían precisamente la mayoría de la población perteneciente a la comunidad bantú, que a diferencia de los esclavos negros de los Estados Unidos, siempre habían gozado de libertad.

No podemos cerrar los ojos ante las reales motivaciones que esconden los principios discriminatorios, que en la actualidad no sólo persisten, sino que se han incrementado en cierta forma menoscabando los valores éticos y los significados culturales de las sociedades donde se instalan.

Estamos viviendo la llamada época de la posmodernidad que nos sugiere hondas reflexiones, porque vemos que en esta etapa en la que se supuso que la incorporación de los medios científicos y técnicos iba a redundar en beneficio del género humano, por el contrario, han recrudescido las prácticas de discriminación, marginación y segregación social.

Tenemos que plantearnos ¿cómo es posible que casi en los umbrales del siglo XXI - que debe ser, así aspiramos, el siglo de los derechos humanos- aparezcan y se levanten cada vez nuevos muros: la xenofobia, la intolerancia, el hostigamiento? Esto no sólo tiene que preocupar a los juristas, sino a toda la conciencia mundial y surge de este modo un interrogante ¿cómo se compatibiliza esta situación con el llamado "mundo unipolar", donde se pensó que las fricciones iban a disminuir, aunque advertimos, sin embargo, que cada día van en aumento? Puede afirmarse que actualmente cada país del primer mundo cobija en su seno importantes segmentos del llamado "tercer mundo". Por ejemplo, en Harlem las tasas de mortalidad infantil se equiparan con las de Haití y Bolivia.

El planeta es hoy una aldea global porque los medios de comunicación satelitales permiten que en un instante toda la población de la tierra se entere de lo que ocurre hasta en los lugares más recónditos. Hemos asistido así al violento conflicto acaecido en Los Angeles entre los mismos grupos minoritarios -concepto que es necesario revisar- que allí habitan. Ocurre que, al igual que en las políticas carcelarias, se fomenta el enfrentamiento para canalizar o desviar las agresiones en resguardo del poder.

Es preocupante también que en la actualidad florezca una literatura pseudo científica y pseudo filosófica que pretende justificar un injusto estado de cosas partiendo de la base de la existencia de desigualdades naturales. Esto no es sino revivir las

doctrinas racistas que, como todos sabemos, tuvieron su auge en el sistema nacionalsocialista con la secuela de crímenes y aberraciones de todo tipo cometidas en aras de una supuesta defensa de la pureza racial.

Tenemos el ejemplo del Ku Klux Klan, que acumula la discriminación étnica, racial y religiosa. El paradigma para los miembros de esa asociación ilícita es el hombre anglosajón, blanco y protestante. Allí tenemos reunidos los tres factores discriminatorios para apartar, marginar y finalmente perseguir a quienes no reúnen las características señaladas.

El doctor Kiper se refirió también al prejuicio. Esta locución viene de *prejudicium*, que en el derecho romano consistía en someter a un juicio previo de valoración a los litigantes para determinar el status jurídico que les era aplicable.

El prejuicio es una primera etapa en la cual el grupo discriminado es objeto de hostilidad y acosamiento. La historia demuestra que finalmente es víctima de persecución por franjas agresivas de la sociedad.

Esta problemática está asociada a una cuestión muy actual que es el acceso a la justicia. Hay que tener en cuenta un antecedente histórico que se remonta al derecho romano donde en un momento dado de su evolución se equiparan los derechos de los patricios y de los plebeyos, pero esta igualdad era meramente formal, porque a estos últimos, en la práctica, les estaba vedado el ingreso a la justicia.

En efecto, existía un mecanismo procesal que dividía los días en fastos y nefastos, y en estos últimos no se podía litigar. El catálogo donde se establecían cuáles eran esos días estaba cerrado con siete llaves en los colegios sacros o en poder del patriciado depositarlo de los secretos del procedimiento. Entonces, si bien teóricamente había igualdad, de hecho la ignorancia de éstos sobre los meandros del procedimiento formulario, sustentado en ritos y formalidades solemnes, impedía a los plebeyos ejercer sus derechos.

Actualmente también hay un acceso a la justicia limitado por cuestiones fácticas que impiden al sujeto acudir a la jurisdicción. Por ejemplo, en la praxis del derecho laboral en la provincia de Buenos Aires resulta muy dificultoso para el reclamante contar con testigos, o bien porque éstos viven lejos y no pueden pagarse el pasaje para concurrir a la audiencia de vista de causa, o no están en condiciones de perder un día de trabajo. En especial, cuando existe un cuadro recesivo y nadie puede arriesgar su precaria ocupación para no pasar a la categoría de desocupado, pues ésta es la antesala de la marginación y finalmente de la delincuencia, cuando ya no quedan otros recursos para subvenir las necesidades. De esta forma, el crédito alimentario que goza de protección constitucional se transforma en letra muerta.

Otra inquietante cuestión es la imposibilidad de amplios sectores poblacionales de acceder a la educación y a las fuentes del conocimiento. Es alarmante la predicción de que en nuestro país para el año 2000 habrá un millón de analfabetos. Es el problema del acceso a los bienes sociales ya que quienes no están capacitados suficientemente quedan en un plano de inferioridad, situación que se ha de agravar sin duda en el próximo milenio.

El individuo portador de estas carencias está destinado a un status de exclusión social y extrañamiento en una sociedad altamente competitiva y especializada. Todo ello nos conduce a las desigualdades de hecho, que no están inscritas en un texto como ocurría en el sistema nacionalsocialista o en el régimen del apartheid, conforme lo

hemos señalado ya, pero se trata de efectivos impedimentos que se dan en las sociedades modernas.

En un trabajo actualmente en prensa efectuó consideraciones respecto de la discriminación, señalando que da cuenta de este fenómeno la situación de los núcleos aborígenes y el campesinado en vastas regiones de América, el trato a los trabajadores migrantes, obreros clandestinos, servidores de las economías sumergidas, los homeless - sin techo en Estados Unidos, las poblaciones carcelarias, los internados en manicomios, en reformatorios, los enfermos de SIDA, los carentes de ocupación, de alimentos, de atención médica y, en general, todo marginado social.

Es decir, los calificados como minoría, que antes que una expresión numérica implica un concepto de ajenidad y exclusión respecto del goce de los derechos humanos fundamentales: la vida, la integridad psicofísica, la dignidad, la identidad, la seguridad y el empleo, entre otros preciados bienes personales.

Estamos inmersos en un contexto de países periféricos en esta etapa posindustrial por la que atraviesan las naciones centrales. Tenemos el ejemplo de Chiapas, con un campesinado sumergido desde épocas pretéritas; la televisión nos muestra las imágenes de Brasil donde se ve a individuos comiendo carne humana producto de residuos quirúrgicos; las de Haití donde se observa una tremenda promiscuidad y hacinamiento: y el drama cotidiano de muchas comunidades de Centroamérica.

Todo esto nos hace reflexionar que la discriminación no se puede resolver sólo con una legislación que incrimine tales conductas, sino que es menester solucionar las condiciones socioeconómicas y culturales del medio donde afloran tales comportamientos.

En lo que respecta a la República Argentina nos planteamos un interrogante: la ley antidiscriminatoria 23592 se dictó en 1988, es decir, 135 años después de sancionada la Constitución Nacional cuyo Preámbulo reza: "... asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino"; y dos siglos después que la Revolución Francesa había proclamado tres principios que guardan estrecha relación con este tema: la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Entonces ¿qué ha sucedido para que fuera necesario sancionar una ley antidiscriminatoria que configura la ilicitud de toda conducta que menoscaba el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y penaliza como figura agravada el fomento del odio racial, religioso o la apología de la persecución y del genocidio? Cabe, pues, recordar lo que decía Freud acerca de que es tan superficial el barniz de civilización del hombre actual que apenas se lo raspa un poco afloran las conductas más cavernarias y atrabiliarias.

La cuestión no es determinar qué ha pasado en la Argentina sino en el mundo, ya que nuestro país no pudo sustraerse a la maligna prédica discriminatoria, precisamente en una época en la que se derriban barreras, los países se aglutinan y se flexibilizan las soberanías nacionales dando lugar a uniones económicas regionales.

Al respecto, vamos a ver cómo funcionará la igualdad de trato en el Mercosur con el problema de movilidad de la mano de obra de un país a otro. Este tema está imbricado en la globalización mundial de la economía y su repercusión en los agredidos principios protectorios del trabajo.

Sin perjuicio de las consideraciones antes expuestas, se impone señalar la discriminación de hecho respecto de los discapacitados, de los niños, de los ancianos. Hace poco escuché en una audición radial que en un consorcio de propiedad horizontal vivía un discapacitado y los demás copropietarios protestaban por las molestias que les causaba el retraso en el uso del ascensor.

Nos preguntamos ¿cuál es nuestro grado de conciencia antidiscriminatoria? En este orden de ideas, se ha dado el caso del empleado de una empresa a quien se le detectó SIDA y la patronal y su centro médico lo ocultaron para evitarse problemas, sin importarles que ese individuo, por ignorancia, podía transmitir dicha letal enfermedad.

No todos los seres humanos son iguales pero la cuestión no pasa por eliminar las diferencias sino por la aceptación de los otros con esas desigualdades.

Los adelantos científicos logrados para el bienestar del ser humano y de la comunidad se vuelven contra el hombre precisamente a raíz de las políticas discriminatorias.

La Declaración de Bilbao de 1993 acerca del proyecto genoma humano, que es el que permite establecer el mapa genético del individuo, su índice de labilidad, de propensión a determinadas enfermedades y quizá la probabilidad de vida, debería ser encauzado para conducir nuestro organismo en pos de una mejor salud y bienestar. Sin embargo, existe el peligro de que pueda ser utilizada por las compañías de seguro de vida o por las empresas para discriminar la concertación de pólizas a el acceso al empleo, respectivamente.

También debemos analizar el problema de las actitudes discriminatorias encubiertas. Es muy difícil que ellas se expliciten, por ejemplo, en el aplazo a un alumno por su apellido, ascendencia o aspecto, como también en dictámenes de concursos, admisión a clubes a centros culturales, etcétera.

La Escuela Realista norteamericana de interpretación ha puesto énfasis en la fuerza de los preconceptos en la praxis judicial como inspiradores subconscientes de muchas decisiones, existiendo una interesante literatura a ese respecto en el common law.

No puede tampoco dejar de tenerse en cuenta la influencia del "economicismo" en la marginación social. Se trata de un verdadero fundamentalismo que no es religioso como sucede en otras áreas del mundo, sino que reverencia a un nuevo dios: el mercado. Ello conduce a una marginación de sectores que no están en condiciones de acceder a los niveles mínimos de subsistencia.

La doctrina contemporánea ha proclamado la categorización de los derechos humanos como derechos subjetivos. Aparecen así formulados los que se califican como "de primera generación a liberales" que abarcan los derechos civiles y políticos (a la libertad, al sufragio, etc.) y tienen como antecedente histórico la emancipación de las colonias americanas y a la Revolución Francesa en cuanto persigue abatir el sistema feudal y lograr la plena libertad del individuo que desterraría todo problema de desigualdad.

Se produce más tarde, en el devenir de la historia, la revolución industrial y aparecen las crisis y las guerras surgiendo otros derechos sin los cuales los de primera generación por si mismos no pueden rescatar al individuo. Son los denominados "de segunda generación": los económicos, culturales y sociales, que deben articularse con la libertad para integrar el segundo término del ideario de la Revolución Francesa: la

igualdad. En efecto, libertad sin igualdad deviene inoperante ya que quien es libre pero necesitado sólo goza de una libertad meramente formal.

¿Y la fraternidad? Modernos ordenamientos receptan el valor solidaridad que vendría a encolumnarse en los llamados derechos "de tercera generación" y se corresponderían con aquel postulado.

¿Cuáles son esos derechos que nacen como de sujeto colectivo encarnados en los pueblos y surgen dentro de la organización económica mundial a raíz de los reclamos de los países de la periferia frente a las naciones centrales a hegemónicas? Se trata del derecho al desarrollo, al medio ambiente sano y equilibrado, a la no polución, a disfrutar de los adelantos culturales y materiales de la civilización. Estos derechos que se originan en el plano internacional luego son tomados como banderas por los individuos a quienes les resulta ya insuficiente para satisfacer sus legítimas aspiraciones los principios de libertad e igualdad.

Cada vez que se habla del derecho al desarrollo se lo entiende como una especie de concesión de los países ricos e industrializados frente a los pobres y carenciados, valiéndose del eufemismo en denominarlos "en vías de desarrollo", pese a que cada día se ensancha más la brecha económica y cultural entre ellos.

Este es el abanico que hay que tener en cuenta cuando nos referimos a la discriminación respecto al goce de los derechos. En puridad, no es totalmente correcto hablar de "generación de derechos" porque este término da a idea de sustitución, de reemplazo y en realidad de lo que se trata es de coordinar, conjugarlos armónicamente, teniendo en mira la plenitud del individuo y de la comunidad a la que pertenece.

Estos aportes vienen a alumbrar y conferir nuevas perspectivas a la ciencia jurídica alertando que los derechos humanos están imbricados en la problemática socioeconómica y que no es posible desglosarlos para no caer en el mundo de las abstracciones.

En este momento contamos con un instrumento muy importante que es la reforma de nuestro texto constitucional que ha incorporado los principios elaborados por una doctrina de proyección mundial.

El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución -referido a las atribuciones del Congreso- decreta que los tratados concluidos con las demás naciones y las organizaciones internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes y que no derogan las declaraciones de derechos y garantías establecidas en la primera parte sino que los complementan.

No voy a efectuar un análisis de los convenios y pactos internacionales que se refieren a esta materia, simplemente voy a citar los más relevantes: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto de San José de Costa Rica; Convención Internacional contra la Discriminación Racial; Convención contra el Genocidio; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención de la UNESCO contra la Discriminación; Convención de la OIT contra la Discriminación en los Empleos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre los Derechos del Niño; instrumentos que quedan de este modo integrados a nuestro orden normativo superior.

Debe partirse del principio estampado en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que posee un gran valor programático: "Todos los

seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". El art. 20 desenvuelve este principio disponiendo: "I. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

"2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía".

El artículo II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre a su vez proclama: "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".

¿Qué sucede en el orden interno de nuestro país? La Constitución de la provincia de Santa Fe del año 1962 contiene una norma muy aguda pues se refiere a la discriminación de hecho al establecer: "Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la vida política, económica y social de la comunidad" (art. 80).

La Constitución de la provincia de Buenos Aires contiene dos normas muy importantes a este respecto: "La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales" (art. 11, 2a. parte). "Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a los derechos que se pretenden tutelar" (art. 20, in fine).

En materia de derechos de los consumidores rigen los principios de dignidad en el acceso al consumo y trato no arbitrario ni discriminatorio por parte de los proveedores.

Finalmente, es de señalar que la ley 23798 veda toda discriminación a los afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) que afecten su dignidad, privacidad o produzcan cualquier efecto de marginación, degradación o humillación.

Se tiende a evitar que se convierta a estos enfermos en los leprosos del siglo XX, excluyéndolos de la consideración social y del respeto que se debe a todo ser humano, procurándose de este modo instituir u orientar una adecuada política de educación, información y prevención de los habitantes.

En los acuerdos celebrados en la reunión conjunta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se determinó que la infección del HIV no es causal de cesación del vínculo laboral.

A modo de conclusión podemos afirmar que el criterio autoritario no admite ni tolera lo diferente, regido por otros parámetros de vida, asumiéndolo como una perturbación, amenaza o peligro de la posición que ocupa en la sociedad. Tenemos una desgraciada experiencia a ese respecto...

PARTICIPANTE.- Dentro del derecho argentino, ¿dónde se nota más la discriminación contra la mujer?

DOCTOR KIPER.- Como señaló el doctor Goldenberg, en nuestro derecho la discriminación es más de hecho. En el derecho argentino me interesa más la discriminación contra los enfermos de SIDA, donde se plantean numerosos problemas como la obligatoriedad a someterse a tratamientos, el derecho a la salud, la confidencialidad de los resultados. Si el empleador tiene facultades para obligar al empleado a someterse al test, si el enfermo de SIDA tiene derecho al matrimonio, si se aplica la ley sobre enfermedades venéreas existente.

Un caso de discriminación contra la mujer está en el Código Penal cuando se tipifica el delito de adulterio, ya que basta un solo acto por parte de la mujer para configurarlo; en cambio, en el caso del hombre, tiene que haber una continuidad.

DOCTOR GOLDENBERG.- Con respecto a la discriminación de la mujer hay un tema que es el de la discriminación inversa, que está dado por ejemplo con la ley de cupo femenino en los cargos electivos. En Norteamérica se produce la discriminación inversa en el ámbito educativo, donde las minorías pueden promover la clase con un promedio inferior al resto, y se generaron casos donde se alegaba la violación de la garantía constitucional de igualdad de trato. En Norteamérica toda discriminación es considerada maligna, pero esas normas sirvieron para que grupos sumergidos de negros y latinoamericanos pudieran aflorar a la superficie y servir a sus comunidades.

DOCTOR ALTERINI.- De esta forma damos por terminado el ciclo de mesas redondas y agradecemos a los expositores por la enjundia que han revelado en sus disertaciones.