

NOTAS PARA UNA COMPRESION DIKELOGICA DE LA DISCRIMINACION (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. La persona humana se constituye siempre en una integridad con sentido **social** que requiere excluir la discriminación. En principio la discriminación puede ser entendida como tratar de manera **desigual** a quienes deberían ser tratados por igual lo que, en una manera de la desigualdad por igualdad, puede producirse también por tratar de manera igual a quienes deberían ser tratados de modo desigual. No obstante, ese deber ser es una referencia a la **justicia**, de modo que en sentido más amplio consiste en privar a una persona de lo que le corresponde según dicho valor, al fin con una consideración **diversa** aunque aparentemente igual a la de otra, y ésta es la perspectiva en que se aborda el tema en esta comunicación.

La igualdad legítima no consiste en tratar de manera igual, sino en tratar con una **igualdad justa**. La igualdad relevante es la igualdad en relación con la justicia. La discriminación no es considerar de manera meramente desigual, sino en una desigualdad injusta. El origen de la expresión “discriminar” proviene de “cerner” (separar, distinguir, mirar, comprender), pero el sentido no es cualquier separación, distinción, miramiento o comprensión, sino el que es indebido (1).

Mucho es lo que puede discutirse acerca del valor justicia y, consecuentemente, de nuestra perspectiva de la discriminación. Sin embargo, creemos que hay diversos enfoques en los que la **dikeología** (ciencia o teoría de la justicia) de la **teoría trialista del mundo jurídico** (2) puede contribuir a aclararlos y éste es el objetivo de la presente ponencia.

2. Aunque la manera más fácil de reconocer la discriminación es remitirla a la desigualdad de trato respecto de **un mismo valor específico**, por ejemplo, ante iguales realizaciones de la justicia, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc., vale también

(*) Bases de la comunicación presentada por el autor al Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin de siglo” (Comisión I “Filosofía del Derecho”, tema b) realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

(**) Investigador del CONICET. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) V. COROMINAS, Joan - PASCUAL, José A., “Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico”, Madrid, Gredos, t. II, 1980, págs. 48/49.

(2) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada básicamente por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional del Derecho, pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al

tener en cuenta sus manifestaciones en la desigualdad de consideración ante el **valor general de la humanidad** (el deber ser cabal del hombre, que por sí mismo siempre le asigna algún valor) y la desigualdad por la desviación en la consideración de los **distintos valores**, que para resolverse ha de superar su difícil comparabilidad.

A la luz de estas perspectivas de la discriminación, se advierte cómo en nuestro tiempo, de la “postmodernidad” y la “globalización” (3), cuando la sociedad mundial tiende a fracturarse en **estratos** de quienes pertenecen al sistema económico y tecnológico y quienes son marginales, se discrimina al menos la **condición humana** de estos últimos. Respecto de muchos millones de seres humanos se rompe la igualdad de trato que exigiría por lo menos la realización igual del valor humanidad inherente a cada hombre. Por muchos motivos, entre otros por la gran dificultad que al fin opone la realidad del sistema económico para revertirla y por sus graves consecuencias, una de las más significativas causas de discriminación es la pobreza.

Al respecto vale tener en cuenta que la visión de la “**microdiscriminación**” no debe ocultar la perspectiva de la “**macrodiscriminación**” que se produce incluso a nivel planetario. En este último sentido importa considerar que en tiempos de la “globalización” también hay una “globalización” en la discriminación.

En nuestro tiempo se sobrevaloran y falsifican las realizaciones de la **utilidad** marginando el valor de las realizaciones de todos los otros valores, por ejemplo, la justicia, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. e incluso la propia humanidad. Juristas, científicos, artistas, filántropos, etc. son a menudo discriminados en aras de la preferencia de quienes satisfacen los requerimientos utilitarios del proceso de producción, distribución y consumo.

Una expresión de discriminación que muchas veces combina el desconocimiento del valor humanidad con la sobrevaloración del valor utilidad falsificado e incluso a veces con la sobrevaloración y la falsificación del valor salud es la que se produce con frecuencia contra los “discapacitados”.

3. La justicia es, como hemos señalado, un valor de descubrimiento muy complejo, con miras al cual es posible reconocer diversas **clases**, que son “caminos” al respecto. La discriminación es, sobre todo, un desconocimiento de la justicia **relativa**. La atención desviada a algunas clases de justicia lleva a la discriminación de quienes son reconocidos por otras.

Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Asimismo cabe tener en cuenta GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogia)”, 2a. ed., Bs. As., Depalma, 1986. En cuanto al tratamiento de la discriminación desde el punto de vista trialista puede v. por ej. el valioso artículo de DABOVE, María Isolina - SOTO, Alfredo Mario, “Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y la especificidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, págs. 111 y ss.

(3) Pueden c. por ej. nuestros artículos “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, págs. 9 y ss.; “La Facultad de Derecho en tiempos de la “postmodernidad”, en “La Facultad de Derecho de la UNR”, Colección Temas y Opiniones, UNR Editora, 1995, págs. 15 y ss. y “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación ...” cit., N° 27, págs. 9 y ss.

En nuestra época a menudo se tienen en cuenta sólo las vías consensual, sin acepción (consideración) de personas, simétrica (de fácil comparación de las potencias e impotencias), conmutativa (con contraprestación), "parcial", sectorial, de aislamiento, relativa y particular, en detrimentos respectivos de las sendas extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea (sin contraprestación), gubernamental, integral, de participación, absoluta y general (referida al bien común). Esto significa el riesgo de que sean discriminados, como con frecuencia sucede, quienes tienen títulos apoyados en dichas clases de justicia marginadas.

Una de las expresiones a veces desapercibidas de la discriminación suele ser la que se produce cuando se pretende resolver la problemática de familia, que a menudo requiere justicia extraconsensual, con acepción de personas, asimétrica, espontánea y de participación en términos de justicia meramente consensual, sin acepción de personas, simétrica, conmutativa y de aislamiento. Un hijo menor privado de lo que su especial condición requiere es un ser discriminado.

Entre las líneas de mayor tensión en cuanto a discriminación se encuentra la de la diferenciación entre justicia sin y con acepción (consideración) de personas. Si bien la primera, que se limita a roles recortados, aparenta ser menos discriminatoria, a menudo la lucha profunda contra la discriminación exige atender a la segunda, que aprecia la plenitud de las personas.

Como la discriminación es una marginación de la justicia relativa y esta goza hoy de tanto reconocimiento no causa extrañeza que sea actualmente tan considerada.

La discriminación puede resultar de una indebida referencia a la equidad.

4. La justicia es una categoría "**pantónoma**" (pan=todo; nomos=ley que gobierna), referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras y orientada a la consideración del complejo personal, temporal y real que, como no nos es dado ser omniscientes ni omnipotentes, no puede ser descubierta y satisfecha sino mediante **fraccionamientos** productores de seguridad, pero el fraccionamiento indebido, teniendo en cuenta a unos y descartando a otros que debían ser considerados, o también incluyendo a quienes no debían ser abarcados, significa discriminación.

Es relevante comprender que la igualdad y su ilegítima marginación en la discriminación resultan de fraccionamientos y desfraccionamientos de la justicia. En la realidad, que se nos presenta infinitamente compleja, nada es perfectamente igual sino a través de fraccionamientos. La igualdad en la realidad es de cierto modo una igualdad "**construida**". La igualdad perfecta sólo existe en los entes ideales.

Según hemos señalado, es discriminatorio no atender de manera debida al pasado, al presente o el porvenir y no considerar legítimamente el complejo personal, temporal y real. Una de las manifestaciones más impactantes de la discriminación en la postmodernidad, tiempo de permanente presente, que llega a hablar del "fin de la historia", es la marginación

de las consideraciones del pasado y el porvenir. Es así cómo, por ejemplo, suelen ser discriminados los ancianos y los niños, sobre todo si además son “inútiles”. La discriminación respecto del porvenir suele concretarse con intensidad en el marco de las posibilidades educativas.

Tal vez una de las expresiones crecientes de discriminación en nuestros días sea, en algunos países, la marginación de los trabajadores en cuanto pertenecen al complejo personal de la producción pero son marginados de la distribución (4).

Otros de los casos de discriminación, en la fractura del complejo real, surgen de la indebida diferenciación en razón de la raza, del sexo y del idioma, en la medida que según ellos con frecuencia se otorga valor a aspectos irrelevantes.

La **seguridad** brindada por los fraccionamientos discriminatorios es una de las aspiraciones del temor a la complejidad cósmica y una expresión de cobardía, pero es contraria a la plenitud de la vida y del universo.

Entre los medios para luchar contra de la discriminación a menudo se recurre a la energía de la discutible **discriminación inversa** (5), que produce un fraccionamiento de la justicia en aras de lograr un desfraccionamiento mayor, y en esto puede estar el título de justicia que la fundamenta. La discriminación inversa es en ciertos casos una vía para remover los efectos corridos de la discriminación “directa”. En profundidad puede constituir una **mejor “construcción”** de la igualdad. Sin embargo, como en todo desfraccionamiento hay que tener en consideración los riesgos y la inseguridad que se generan y la prudencia que ha de emplearse para producirlos.

La justicia se descubre mediante **valoraciones completas**, pero la discriminación en sus diversas manifestaciones suele esconderse en **criterios generales orientadores** falsos. No hay que confundir la orientación mediante criterios generales con la generalidad de la igualdad que puede presentarse incluso en las exigencias de justicia de las valoraciones completas.

5. La justicia debe realizarse en los repartos de potencia e impotencia, o sea en las adjudicaciones de lo que favorece o perjudica al ser y la vida (potencia e impotencia) provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Esto significa que ha de satisfacerse en cuanto a los **repartidores**, los **recipiendarios**, los **objetos**, la **forma** y las **razones** de los repartos. Cualquier quebrantamiento de la justicia en que indebidamente se aparte a una persona de las condiciones de ser repartidor o recipiendario, de las potencias e impotencias, de la forma o de las razones de los repartos teniendo en cuenta en cambio a otros significa discriminación.

Los repartidores pueden ser legitimados por el consenso total o parcial (que se manifiesta por ejemplo en la democracia) y por la superioridad moral, científica o técnica

(4) Es posible v. nuestro artículo “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación ...” cit., N° 25, págs. 25 y ss.

(5) A veces se habla de discriminación inversa y de discriminación positiva como sinónimos. Pueden v. por ej. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 327 y ss.; MELDEN, A. I., “Derechos y personas”, trad. Celia Haydée Paschero, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, v. gr. págs. 444 y ss.

(que constituye aristocracia). Una persona es discriminada si no se le permite participar en el consenso o recibir consenso y si no se reconocen sus títulos de aristocracia.

Una persona es también discriminada si se desconocen sus merecimientos. La atención a los merecimientos es una de las perspectivas más significativas para reconocer la discriminación. Nuestro tiempo, signado a menudo por la radical consideración de los merecimientos de utilidad, produce muchos casos de discriminación por desconocimiento de merecimientos de salud, verdad, belleza, amor, justicia, etc.

La justicia requiere adjudicar vida, libertad, propiedad, creatividad, etc. y todos éstos son puntos de vista en los que puede configurarse la desigualdad discriminatoria.

Una persona es discriminada si no es escuchada como las demás, en el debido proceso y en la debida negociación. Esto es muy relevante en la medida que algunos son “dueños” del discurso, como sucede con el gran poderío de los medios de comunicación de masas.

La persona es también discriminada si no es debidamente tenida en cuenta en el mundo de las razones de las adjudicaciones. El solo hecho de que alguien no sea considerado en la fundamentación es ya, aunque lo que se le adjudique sea por lo demás justo, un modo de discriminación.

6. El régimen es justo cuando es **humanista** y reconoce a cada individuo como un fin y no como un medio. En caso contrario es genéricamente **totalitario**. En cuanto en este marco totalitario el individuo resulta medio de otros, el régimen es discriminatorio.

Para que el humanismo sea posible debe respetar la **unicidad**, la **igualdad** y la **comunidad** de todos los hombres, exigencias que se satisfacen principalmente en el liberalismo político, la democracia y la “res publica”. Aunque a veces se parcializa la perspectiva, remitiéndola sólo a la ruptura de la debida igualdad, en realidad tanto el desconocimiento de la igualdad como el de la unicidad y la comunidad son, en diversos sentidos, expresiones de discriminación (6).

Como por su propia debilidad las “**minorías**” suelen ser discriminadas, uno de los grandes campos de lucha contra la discriminación es el de la difícil protección de minorías. Para combatir la discriminación suele ser esclarecedor tener en cuenta la experiencia que con referencia a la no discriminación contra los elementos extranjeros tiene el **Derecho Internacional Privado clásico**, apoyado en la imitación del Derecho más vinculado con ellos (7).

(6) En la abundantísima bibliografía acerca de la discriminación pueden c. por ej. BAER, W., “Growth with Inequality. The cases of Brazil and Mexico”, en “Latin Am Res. Rev.”, 21 (2), págs. 197 y ss. (1986); MAYERS, Diana Tietjens, “Social Exclusion, Moral Reflection, and Rights”, en “Law Phil.”, 12, págs. 217 y ss. (1993); FRIEDMAN, Joel William, “Redefining Equality, Discrimination, and Affirmative Action under Title VII: The access principle”, en “Texas Law Rev.”, 65 (1), págs. 41 y ss. (1986); NACIONES UNIDAS - SUBCOMISION SOBRE PREVENCIÓN DE DISCRIMINACIONES Y PROTECCIÓN A LAS MINORIAS, en “La Revista”, 47, págs. 51 y ss (dic. 1991); STOKES, Trevor, “Discrimination and Generalization”, en “J. Appl. Behav. Anal.”, 25, págs. 429 y ss. (1992); LERNER, Natan, “Intolerancia y discriminación religiosa. La Declaración de las Naciones Unidas”, en su “Minorías y Grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación”, México, CNDH, c. 1991, págs. 103 y ss.; BLOCK, Walter, “Discrimination. An Interdisciplinary Analysis”, en “J. Bus. Ethics”, 11, págs. 241 y ss. (1992).

(7) Vale considerar por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6a ed., Bs. As., Depalma, 1988.

7. En el **horizonte histórico** se advierte que así como los fines de la modernidad, interesados en especial en la unicidad y más referidos a un "sujeto fuerte", se ocuparon con mayor énfasis de la **masificación** (8), la postmodernidad, más interesada en la igualdad y apoyada en un sujeto de cierto modo "débil", se refiere más intensamente a la **discriminación**. En el fondo las igualitarias concepciones de la justicia de este tiempo son en mucho búsquedas de la no discriminación (9). Sin embargo, en profundidad la no discriminación es también una manera de lucha contra la masificación, porque desde el punto de vista de la igualdad defiende a la unicidad.

A nuestro parecer, la no discriminación es notoriamente una de las manifestaciones más importantes de la **eticidad** de nuestro tiempo. Formas de discriminación han existido siempre, pero nunca se tuvo tanta conciencia de ellas y esto en principio es beneficioso.

En el horizonte **filosófico general** la discriminación suele ser una expresión de la ilegítima **simplificación** del mundo que se nutre con frecuencia de la pretensión de omnisciencia y omnipotencia del **idealismo genético**. Para no discriminar vale reconocer el mundo en una **complejidad pura**, como lo puede hacer el **realismo genético**.

8. Como hemos señalado la discriminación, abordada en este tema b), se opone a la riqueza del fenómeno vital y por eso tiene honda relación con el tema a), referido a la **Bioética**, cuando ésta es entendida con la debida amplitud (10). A su vez, la discriminación suele esconder un fenómeno de **poder** y, en este sentido, tiene también profunda vinculación con el tema c), que considera a la persona y el poder. Se realiza así la perspectiva jusfilosófica de la feliz propuesta central del Congreso, referida a la **persona** y el **Derecho** en este fin de siglo.

(8) Cabe recordar, v. gr., ORTEGA Y GASSET, José, "La rebelión de las masas", 16a ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1964

(9) Puede c. por ej. RAWLS, John, "A Theory of Justice", 10a imp., Cambridge (Massachusetts), Belknap, 1980.

(10) La plenitud de la vida es en gran medida diversidad (cabe tener en cuenta v. gr. nuestro estudio "Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho", en "Investigación..." cit., Nº 19, págs. 5 y ss)