

Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección: **Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables.**

María Isolina Dabove¹ y Daríel Oscar Barbero²

Sumario:

Introducción. I- A) ¿Qué es la “discriminación”? I-B) ¿Quiénes son los “vulnerables”? II) ¿Cuáles son los sentidos y despliegues de la igualdad? III) ¿De qué manera el principio de igualdad y no discriminación contribuye a fortalecer la condición jurídica de los grupos vulnerables en los Actos de Autoprotección? Conclusiones.

Introducción

El **principio de igualdad y no discriminación** constituye una interesante herramienta jurídica, destinada al reconocimiento de la persona como fin en sí. Como derecho fundamental, es un **instrumento de fortalecimiento de los individuos y grupos vulnerables**, cuya capacidad de acción y participación se ven debilitadas sistemáticamente por los derroteros de la marginación. Pero es, además, un **concepto jurídico indeterminado**, un mandato de optimización –al decir de Alexy-, una pauta general o criterio valorativo, que orienta nuestras conductas hacia alguna meta de justicia,

¹ Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Profesora de Filosofía del Derecho y de Derecho de la Ancianidad, de la Facultad de Derecho de la UNR y UNICEN. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. E.mail: mdabove@sede.unr.edu.ar

² Profesor adscripto de la Cátedra de Derecho Civil III de la Facultad de Derecho de la UNR. Vicepresidente del Instituto de Orientación Profesional del Colegio de Abogados de Rosario. Abogado Especialista en Constitucionalismo y Democracia por la Universidad de Castilla La Mancha y Magister en Derecho Privado por la Universidad Nacional del Rosario. E.mail: daniel_barbero@arnet.com.ar

reconocida como válida en un tiempo y en un lugar determinados. El principio de igualdad y no discriminación es también, por ello, un **mecanismo** de actuación eficaz, para la realización de un fin **político**: la construcción de un Régimen jurídico Humanista, que aspire a funcionar con plenitud como “Estado Constitucional de Derecho”³.

El principio de igualdad y no discriminación nace y se formaliza, con el desarrollo de los derechos humanos, en el campo internacional. La Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, lo receptan como enclave de la dignidad y libertades fundamentales de la persona. Pero, su fuerza actual la adquiere, a través del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; tanto como del proceso de especificación de los derechos humanos, que se inicia en la década del 50. Este proceso, en particular, ha hecho posible la consagración de declaraciones, convenciones y tratados, destinados a la protección de grupos vulnerables, calificados por sus condiciones vitales de especial desprotección⁴.

La inauguración del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de Rosario, nos convoca para pensar en el principio de igualdad y no discriminación, pero también nos invita a reflexionar en torno a los caminos sustentables –posibles, legales y legítimos- para la obtención de su pleno desarrollo. En atención a estos cometidos, nos preguntamos:

1) ¿Qué es hoy, en esta ciudad, en este país, la “discriminación”? ¿Quiénes son las personas o grupos “vulnerables”, de nuestro Derecho?

³ : V. **GOLDSCHMIDT, Werner**; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6º ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; **CIURO CALDANI; Miguel Angel**; *Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Nº 20, 1997; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, FIJ, 1994; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, FIJ, 2000

⁴ Puede verse, entre otros: **BOBBIO, Norberto**; *El tiempo de los derecho*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991; **DE CASTRO CID, Benito**; *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*; León, Universidad - Secretariado de Publicaciones-, 1993, págs. 22 y ss.; **PEREZ LUÑO, A. E.**; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*; 5º ed., Madrid, Tecnos, 1995, págs. 82 y ss.; **ARA PINILLA, Ignacio**; *Las transformaciones de los Derechos Humanos*; Madrid, Tecnos, 1990, págs. 46 y ss..

- 2) ¿Cuáles son los sentidos y despliegues de la igualdad?
- 3) ¿De qué manera contribuyen a fortalecer la condición jurídica de los grupos vulnerables, en relación a los Actos de Autoprotección?

En suma, trataremos de observar:

- 4) ¿Cuáles son **las razones** que este principio nos otorga, para la acción concreta en favor de los derechos fundamentales de los grupos vulnerables?

En la primera parte de este trabajo, abordaremos la problemática de la discriminación y los grupos vulnerables. Luego, nos referiremos a los distintos sentidos del principio de igualdad y al contexto actual de su desarrollo. En tanto que, para finalizar, haremos referencia al régimen jurídico de los Actos de Autoprotección, como caso testigo de la dimensión práctica del principio de igualdad en el Estado Constitucional de Derecho.

I- A) ¿Qué es la discriminación?

1) *El sentido gramatical de la Discriminación:*

En la tradición filosófica occidental, el término discriminación no parece haber tenido un lugar de preferencia; como si lo ha tenido el concepto de igualdad. Aristóteles fue el primero en referirse a ello, a través de la idea de justicia⁵. Sin embargo, el clásico *Diccionario de Filosofía* del profesor **José FERRATER MORA**, no incluye el término discriminación en su vastísimo repertorio. El autor sólo hace alusión a palabras semejantes, tales como *distinción, diferencia o división*⁶.

⁵ V. **ARISTOTELES**, *Ética a Nicómaco*, 5ª ed., trad. y ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, libro V **DABOVE, María Isolina**; *Discriminación y Ancianidad. Reflexiones en torno al sistema jurídico argentino*, en "Revista Telemática de Filosofía del Derecho", Nº 9, 2005/2006, www.filosofiyderecho.com/rtfd, págs. 153-164.

⁶ V. **FERRATER MORA, J.**; *Diccionario de Filosofía*, dir. Josep Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, Tomo I, págs. 922 y ss.

En referencia a “*distinción*” **FERRATER MORA** señala, que este término se contrapone al concepto de unidad o identidad; más también, al de confusión. Distinguir significa detectar lo plural, lo no idéntico, lo diverso, lo desigual”, tanto como observar con claridad cada elemento y las relaciones que ellos mantienen entre sí. Con las nociones de “*diferencia*” y “*división*” sucede algo parecido. Se oponen a la de unidad e igualdad, pero a la vez, no pueden entenderse sin ella. Al tiempo que ambas, además, denotan “especificidad”. El *Diccionario de nuestra Lengua Castellana*, por su parte, indica en sentido coincidente que *discriminar* es: *separar, distinguir, diferenciar*.⁷ Así pues de esta **interpretación gramatical** inicial, es posible ya inferir una primera afirmación. Aquella que sostiene que **la discriminación constituye una operación lógica**. Esto es, un proceso de razonamiento, **destinado a separar, distinguir o diferenciar, los elementos constitutivos de un todo**.

En el Derecho esta operación adquiere un carácter complejo. De un lado, debido a las relaciones sociales asimétricas que con esta operación se establecen entre las partes que intervienen en su ejecución. Desde este punto de vista ius sociológico, la discriminación es siempre un fenómeno de poder, un reparto autoritario de sentidos. Pero de otro, la complejidad aparece por la ambivalencia de los valores que se ponen en juego con su desarrollo. Hay, por ello, dos sentidos de *discriminación*. Uno es disvalioso y el otro, valioso. El primero, se refiere a la **discriminación negativa o excluyente** que padecen grupos especialmente vulnerables, y así surge históricamente, como veremos más adelante. El segundo, en cambio, denota un significado positivo, que ha dado lugar a la llamada **discriminación inversa, incluyente, o acción afirmativa**. La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** en la Opinión Consultiva 18/03 de 17-09-03 y nuestra **Corte Suprema de Justicia Nacional** en el caso R.A., D. c/ Estado Nacional s/ amparo, de 4-09-07, prefieren utilizar el término “**distinción**”, para hacer referencia a este tipo de situaciones jurídicas⁸.

⁷ V. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed., Madrid-Buenos Aires, Espasa, 2005, Tomo I, pág. 838.

⁸ V. <http://www.csjn.gov.ar/>, 2 de octubre de 2008

2) *El sentido histórico de la discriminación: la discriminación excluyente:*

La **Historia del Derecho y de su Filosofía**, por su parte, nos muestra que el término “discriminación” ingresa de hecho a la palestra jurídica hacia la mitad del siglo XX, para aludir a fenómenos masivos de marginación. Entre las **décadas del 40 y del 50**, numerosos **movimientos políticos** se originan en Occidente tendientes a luchar contra los estragos de la desigualdad social. Entre ellos, recordemos la lucha de este tiempo contra la discriminación por razones laborales, políticas de Género, educativas, Raciales, por la edad (niñez y ancianidad); por motivos religiosos o por convicciones personales, por enfermedad; o bien, por discapacidad.

En este marco, la discriminación es entendida como un fenómeno disvalioso, fruto de **una distinción autoritaria, constitutiva de relaciones jurídicas injustificadamente desiguales**. De manera que en toda discriminación jurídica de esta naturaleza, nos hallamos lisa y llanamente, frente a **relaciones ilegítimas de poder**, que se ejecutan sobre un escenario generalizado, de alta aceptabilidad social⁹.

3) *El sentido actual: la discriminación incluyente (“distinción”):*

En la **actualidad**, el problema de la discriminación aparece vinculado a un nuevo fenómeno: el del rescate de **la diversidad, la pluralidad y el multiculturalismo**¹⁰. De modo tal que hoy, más que en ninguna otra época, la discriminación se muestra como un fenómeno profundamente ambivalente. En efecto, la discriminación hoy es, tanto un fenómeno jurídico disvalioso, cuyos síntomas son la vulneración de la persona y la marginación social. Pero también, al propio tiempo, se constituye en sentido positivo, tal como sucede cuando hacemos mención de la discriminación inversa, o de las políticas de acción afirmativa. Un ejemplo muy concreto de ello, es sin dudas, la creación del Registro de Actos de Autoprotección que funciona en este Colegio.

⁹ V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *ob. cit.*; **CIURO CALDANI, M.A.**; *ob. cit.*

¹⁰ V. **WALZER, Michael**; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Así, desde esta nueva perspectiva, la discriminación puede ser entendida jurídicamente también como **toda distinción –autoritaria-, pero “reforzadora de la autonomía individual”, constitutiva de relaciones jurídicas igualitarias y justas**. Como se advierte, en este caso lo paradójico consiste en que se recurre al poder, al igual que en la discriminación negativa. Pero, ello sucede con un fin muy distinto: lograr el fortalecimiento de la posición del más débil, del vínculo jurídico en cuestión. Desde este marco, entonces, no resulta extraño observar que la discriminación inversa requiera para su desarrollo de la intervención activa y sostenida del poder estatal.

En concordancia con este sentido, el mundo de postguerra fue dando lugar al **proceso de especificación de los derechos humanos sustentado por la ONU**. Al respecto dice el profesor **Norberto BOBBIO**, que este fenómeno permitió introducir una rica variedad de catálogos de derechos humanos que se distinguían entre sí, en función de sus “sujetos titulares”. Así, desde los años '50, fue plasmándose una legislación peculiar, alusiva a grupos humanos discriminados, por la condiciones de su existencia¹¹.

Son ilustrativos de este proceso los textos referidos a: los prisioneros de guerra, a la trata de personas y a la prostitución, a la esclavitud y al apartheid, a la discriminación por motivos de raza o religión. Los documentos vinculados a la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos, o degradantes y al desarrollo científico y tecnológico. O bien, los relativos a los derechos de la mujer, de los enfermos, de los niños, ancianos y personas con discapacidad. En todos ellos, el reclamo constante y uniforme es el respeto por el principio de igualdad y no discriminación. Pero en cada uno, en cambio, es diversa la forma de interpretar esta exigencia, tanto como las estrategias elegidas para hacerla eficaz.

¹¹ V. **BOBBIO, N.**; *El tiempo... cit.*; **DABOVE, M.I.**; *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

I- B) ¿Quiénes son los vulnerables?

Ahora bien, ya hablemos de discriminación negativa o de discriminación inversa; los sujetos vulnerables son, sin duda, el eje de la problemática. Pero, ¿quiénes son?

1) *El sentido gramatical:*

Desde el punto de vista **lingüístico**, son vulnerables los sujetos que *pueden ser heridos, o recibir alguna lesión física o moral*¹². Para el Derecho, vulnerables son todas aquellas personas frágiles, situadas jurídicamente en alguna posición desventajosa, que las convierte en presa fácil de intereses ajenos.

2) *El sentido histórico:*

La perspectiva histórica muestra además que la vulnerabilidad ha sido entendida de múltiples maneras. Así, en la antigüedad, eran vulnerables los esclavos. Luego, los siervos de la gleba medievales. Más adelante, los aprendices artesanos. En el siglo XIX, los proletarios.

3) *El sentido actual:*

Hoy, la vulnerabilidad es entendida en términos de la existencia, de la condición vital para la libertad. Se hace referencia, por ello, a las personas frágiles, en atención a su raza, condición política, social, sexual, al género, a su salud, o la edad, entre otras, como ya vimos.

Sea ello como fuere, lo cierto es que hoy, más que en otra época de la historia, este tipo de fragilidad parece derivarse de conflictos valorativos relevantes, generados por el choque de la **justicia**, la **verdad** y la **utilidad**, que la postmodernidad y globalización exigen para sí. Es esta problemática, precisamente, la que interviene de manera conflictiva sobre la persona,

¹² V. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 ed., Madrid-Buenos Aires, Espasa, 2005, Tomo II.

afectando tanto el campo de su **identidad** como su sentido de **pertenencia** a un grupo¹³.

El plano de la **identidad** abarca, a nuestro juicio, aquel conjunto de características específicas de la persona, que constituyen su concepto de dignidad. Así, por ejemplo, la discriminación afecta el espacio de libertad, la idea de autonomía, su historia individual, sus creencias, preferencias. En suma, altera todo aquello que le permite desarrollar proyectos y vivir en plenitud. El sentido de **pertenencia**, a su vez, incluye el abanico de creencias, reglas morales y éticas, que acercan a las personas entre sí, en el plano de la convivencia, la tolerancia y la igualdad¹⁴.

La identidad y la pertenencia son dos componentes, generalmente representados en los catálogos de derechos humanos y personalísimos. Por ello, cuando estos elementos son afectados, se desencadenan situaciones jurídicas altamente dramáticas para la persona victimizada por la discriminación. En este sentido, entonces, no resulta exagerado afirmar que la discriminación es el nuevo nombre de la “miseria”, el eufemismo que utilizamos en el siglo XXI, para hablar de las nuevas formas de **opresión y condena social**¹⁵.

En suma, la vulnerabilidad de las personas es la consecuencia lógica del fenómeno de la discriminación. Está en los operadores jurídicos plantearse afrontar o no este problema. El principio de igualdad y no discriminación, receptado en los artículos 16 y 75, inc.23 de la CN, constituye un excelente punto de partida por la riqueza que esgrimen sus sentidos. Veamos en qué consiste ahora esta problemática.

¹³ V. **DABOVE, M. I.**; *Discriminación... cit.*; págs. 160 y ss.

¹⁴ V. **WALZER, M.**; *op. cit.*; págs. 23 y ss.; **GOLDSCHMIDT, W.**; *op. cit.*; págs. 403 y ss.

¹⁵ V. **DABOVE, M. I.**; *Discriminación... cit.*; págs. 162 y ss.

II) ¿Cuáles son los sentidos y despliegues de la igualdad?

La problemática de la igualdad se desarrolla sobre la base de dos presupuestos jurídicos clave. El primero es el **Estado Constitucional de Derecho**. El segundo, el **Proceso de Constitucionalización del Derecho Privado**.

El Estado Constitucional de Derecho es un nuevo paradigma de Estado y de Derecho que se desarrolla en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Para comprender el origen de este modelo de Estado, resulta conveniente efectuar una lectura del cuál era la situación del Derecho y su comprensión por los operadores jurídicos a principios del Siglo XIX. En esta época el centro del sistema jurídico estaba ocupado por el Código Civil. Si se permite la expresión, el *sol del Sistema Jurídico*, alrededor del cual giraba todos los elementos del Derecho, estaba representado por el Código Civil. Y el modelo de interpretación de las normas del código civil era la exégesis, que como es sabido, constituía un modelo positivista legalista. La máxima imperante en esa época era *Dura lex sed lex*¹⁶.

Hoy, ese modelo positivista legalista del Derecho interno ha llegado a su fin. Las razones para que esto ocurra son muchas. Una de ellas es sin duda el considerable aumento de las leyes especiales, que ha dado lugar mediante la derogación de capítulos enteros del Código Civil, al denominado *proceso de descodificación*. **LORENZETTI** ha puesto de manifiesto esta crisis en estos términos: *...ya superamos las treinta y seis mil leyes; el ciudadano las*

¹⁶ Según explica **PRIETO SANCHIS, Luis**, *La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas*, en **BETEGON CARRILLO, Jerónimo, GASCON ABELLAN, Marina, DE PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, PRIETO SANCHIS, Luis**, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, pág. 335; *...el derecho privado del siglo XIX, había sido concebido como un sistema cerrado, con pretensión de plenitud y coherencia. Se confiaba en su completitud, y por ende, en su capacidad para otorgar la "única solución correcta" para todos los casos. Prueba de la confianza depositada en estos caracteres, era que el juez fue representado como la "boca muda de la ley", pero al mismo tiempo, tenía prohibido negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso. Como se advierte, este contexto teórico legitimaba la "ilusión" de los juristas de la época, de que el método lógico-subsumitivo y deductivo, bastaba para aplicar las leyes a los casos concretos.* En igual sentido, **LORENZETTI, Ricardo Luis**, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, pág. 218; señala que: *el Código del S. XIX es una regla estatal que dispuso unas bases axiomáticas cerradas, de modo que la tarea del intérprete sólo era aplicarlas. Esa función cumplió la escuela de la exégesis...*

desconoce; el Código pierde abarcabilidad, la legislación especial es derogatoria de los principios generales codificados. Es difícil establecer un orden, y más aún mantener principios axiomáticos¹⁷.

El quiebre del viejo modelo ha conducido a un nuevo orden, al cual puede atribuirse dos caracteres fundamentales: por un lado, el lugar central del sistema jurídico que antes ocupaba el Código Civil, ahora lo detenta la Constitución Nacional. La Ley Suprema se ubica en la cúspide del Derecho, y desde esa altura irradia todo el sistema jurídico¹⁸. Y el segundo, es el mayor protagonismo que adquieren los jueces en el nuevo modelo de Derecho¹⁹. Es en este nuevo contexto, donde surge el *Estado Constitucional de Derecho* y también, el proceso de *constitucionalización del derecho privado*.

El **Estado Constitucional de Derecho**, puede definirse como un paradigma jurídico que implica en primer lugar, el predominio de la Constitución sobre la voluntad libre del Legislativo (es decir, el legislador sometido a la Constitución). En segundo lugar, la preeminencia y la vigencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social. En tercer lugar, la instauración de un sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes. Y, por último, el mayor protagonismo que asumen los jueces²⁰.

¹⁷ V. **LORENZETTI, R.L.**, *Las normas fundamentales... cit*, pág. 13.

¹⁸ V. **LORENZETTI, R. L.**, *ob. cit*, pág. 202; ...*la Constitución es una fuente que ejerce una influencia tanto directa, a través de normas operativas, como indirecta, modificando el "espíritu informador del Derecho, y cambiando los principios generales. Por esta razón, el Derecho Privado actual adopta una permanente "perspectiva constitucional" en distintos niveles. Al respecto, también puede verse: RIVERA, Julio César, El Derecho Privado Constitucional, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 7, "Derecho Privado en la reforma constitucional", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994, págs. 27-52.*

¹⁹ V. **NICOLAU, Noemí, CHAUSOVSKY, Gabriel**, *La función de la judicatura en el Derecho privado según el Proyecto de reformas al Código Civil*, en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", N° 29/30, págs. 51 y ss. Desde la Teoría del Derecho, ha dicho **PRIETO SANCHIS, L.**; *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pág. 3: *La preeminencia de la Constitución sobre la ley, el desplazamiento de las reglas por los principios y la voluntad de brindar plena tutela a los derechos fundamentales tiene una consecuencia relevante que no cabe ocultar: (...) los jueces, si es que no se convierten en los nuevos señores del Derecho, al menos sí pasan a ocupar esferas de decisión antes encomendadas al legislador o, en general, a los órganos de naturaleza política.*

²⁰ La Constitución que rige en el Estado Constitucional de Derecho, tiene atribuido caracteres y asume ciertos roles, que no necesariamente están presentes en las leyes supremas de los Estados de Derecho del S. XIX. Puede verse al respecto, **PRIETO SANCHIS, L.**, *Ley, principios, ... cit.*, pág. 32

Con la noción de **constitucionalización del derecho privado**, en cambio se refiere al ingreso en los textos de las constituciones más modernas tales como las de Italia, Alemana, Francia y Argentina, de materias que hasta ese momento se consideraban propias y exclusivas del Código Civil. Así, en la Constitución española de 1978, aparecen reglas relativas a los derechos de la personalidad tales como la intimidad, la imagen, el honor, el nombre. La reforma a la Constitución argentina de 1994 incorpora nuevas materias de derecho privado, tal como el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42) y, el instituto del hábeas data (art. 43, 1º párr. de la CN)²¹.

Hemos adelantado que una de las características del Estado Constitucional de Derecho está representada por la importancia creciente que adquiere la actividad de los jueces en el nuevo modelo. Ello se debe a que en el mismo momento en que se incorporan materias de Derecho Privado en la Constitución, los especiales caracteres de la Constitución se trasladen y difundan en el Derecho Privado. Podría decirse que existe un diálogo y un proceso recíproco de exportación e importación de caracteres entre la Constitución y el Código Civil. Ello, por supuesto, hace que se confundan cada vez más los límites entre la Constitución y el Derecho Privado²². Pero también, lleva a que los operadores jurídicos en su conjunto, incrementen los requerimientos para que el juez iusprivatista formule una lectura constitucional de las cuestiones de derecho privado que se le plantean. Una de las influencias que recibe el Derecho Privado desde la Constitución es el modelo de principios y su consecuente método de aplicación: el *juicio de ponderación*, razonabilidad, o proporcionalidad (art. 28 de la CN)²³.

²¹ V. **IRTI, Natalio**, *La edad de la descodificación*, trad Luis Rojo Ajura, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 63. En igual sentido, desde la dogmática constitucional ha dicho **ZAGREBELSKY, Gustavo**, *El Derecho dúctil*, trad de M. Gascón, con epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, pág. 40; ... *la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación*.

²² V. **ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín**, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1991; **GARCIA TORRES, Jesús, JIMENEZ-BLANCO, Antonio**, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986.

²³ V. **ARIZA, Ariel**, *Emergencia y sistema de Derecho Privado*, en suplemento JA Lexis Nexis, del 23-4-2003, pág. 1-58.

Con lo dicho hasta aquí, sabemos que el centro del Sistema Jurídico lo ocupa la Constitución Nacional y no el Código Civil. Así como también vemos que la Constitución contiene, en particular, principios constitucionales. Pero, ¿qué significa jurídicamente principios constitucionales? Esta consideración resulta importante, a fin de distinguirlos de los principios generales del derecho contenidos en el Código Civil.

Según **Robert ALEXY**, los principios son **mandatos de optimización**, que exigen su cumplimiento en la mayor medida posible. Por ello, los principios –a diferencia de las reglas- operan como normas elásticas que pueden aplicarse en distinto grado, según las exigencias de los casos concretos sometidos a juzgamiento²⁴. Por otro lado, respecto de su contenido, los principios constitucionales receptan los derechos humanos, que adquieren así el rango de derechos fundamentales.

En suma, el Estado constitucional de Derecho manda que los principios constitucionales, o derechos fundamentales, se apliquen en la mayor medida posible; o, lo que es igual, que tengan la mayor expansión posible. Salvo que se pruebe la necesidad concreta de que su expansión deba limitarse por una razón de orden público, moral, o derivado de las exigencias igualmente fundamentales de un derecho constitucional contradictorio. Así por ejemplo, en un Estado que sea verdaderamente constitucional, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad *en la mayor medida posible*. Y los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona, debe estar justificada en una razón válida y razonable. Caso contrario, el límite impuesto por el Estado deviene inconstitucional.

²⁴ V. **ALEXY, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 82-87; **PRIETO SANCHIS, L.**, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 53; **PRIETO SANCHIS, L.**, *Ley, principios... cit.*, pág. 52; **BERNAL PULIDO, Carlos**, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 75 y ss.

Desde esta óptica, como se advierte, es posible inferir que la libertad y la igualdad están justificadas *per se*. Es decir, no requieren esfuerzo argumentativo alguno de parte de los operadores jurídicos, para acreditar la razonabilidad de la libertad e igualdad. En cambio, para que los límites que pretendan imponérseles sean legítimos, deben ser justificados mediante argumentos razonables. En caso contrario, son límites arbitrarios.

Ahora bien, para la doctrina de los derechos fundamentales, el derecho “*general*” de igualdad, junto con el derecho general de libertad y dignidad de la persona, son los derechos fundamentales más relevantes en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho. Los derechos de igualdad y libertad, pueden catalogarse como derechos “estructurantes” del ordenamiento jurídico; y en particular, del Derecho tal como se concibe a partir de la modernidad²⁵. Ellos son los cimientos del nuevo edificio jurídico.

Así, el derecho general de libertad, da sentido a una extensa variedad de derechos fundamentales específicos, como el de libertad de culto, de prensa, información, de ejercer industria lícita, del derecho de intimidad, derechos personalísimos, conforme a los arts. 14, 17 y 19 de la CN. De igual modo, el derecho general de igualdad, es basamento de los derechos a no sufrir discriminación por motivos de raza, género, origen (arts. 16 y 75 incs. 22 y 23 CN); y es fuente de los derechos reconocidos por el art. 42 de la CN, a los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Esta última disposición en particular es relevante dado que otorga apoyatura constitucional a las normas establecidas en defensa del **sujeto débil** –o **vulnerable**–, en las relaciones de consumo.

En nuestra Constitución Nacional, el art. 16 recepta el principio de *igualdad ante la ley o igualdad formal*. Pero, si bien éste es el primer sentido de igualdad en la evolución histórica, sabemos que no es el único. También se habla de *igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley, y de igualdad de oportunidades*²⁶. Analicemos ahora más detenidamente, todos estos

²⁵ V. ALEXY, R., *Teoría...*, cit, págs. 525-526.

²⁶ V. DABOVE, M. I., *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

alcances del principio de igualdad, en el marco de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

La **igualdad formal o igualdad ante la ley** –art 16, CN-, es el primer sentido de la igualdad que logra consolidarse en la evolución histórica, derivado de la revolución francesa. Esta igualdad formal es la que tuvo en cuenta Velez Sarsfield para construir la noción de sujeto de derecho en el Código Civil. La noción formal de igualdad parte de una concepción abstracta del hombre. En ella no hay preocupación alguna respecto de las desigualdades físicas, psíquicas, culturales o económicas de los individuos. Este escenario ha llevado a considerar a todas las personas dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer la actividad conforme a su voluntad. Es la época de la organización de la economía y de la sociedad según la ideología liberal, en la cual se afirma la noción de Estado Gendarme²⁷.

Con el advenimiento de la cuestión social, en la segunda mitad del siglo XIX, la noción de igualdad formal comenzó a resultar un instrumento jurídico insuficiente. Es la época en que la sociedad demanda del legislador **igualdad de oportunidades**. Es decir, la promoción de concretas *desigualdades de iure* para lograr una mayor *igualdad de hecho*. Frente a este panorama, el Estado gendarme se vio obligado a abandonar la defensa negativa de las libertades civiles; procurando, en cambio, una participación más activa en la organización de las relaciones sociales y económicas. Nacen así, los derechos sociales y el Estado Social de Derecho. Nuestra Constitución recepta este proceso en el art. 14 bis. Pero será recién en el año 1994, cuando se incluyan las medidas de acción afirmativa o discriminación inversa (art. 75 inc. 23), que han dado lugar de manera expresa a la igualdad de oportunidades. En el ámbito del Derecho

²⁷ Al respecto puede verse: **LAPORTA, Francisco J.**, *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, en "Sistema", 67, julio de 1985, pág 3; del mismo autor, *Problemas de la igualdad*, en "El concepto de igualdad", Amelia Valcárcel (comp.), Madrid, Pablo Iglesias edit, 1994, pág. 65; **RUIZ MIGUEL, Alfonso**, *Concepto y concepciones de la igualdad*, en V. Zapatero (ed.), "Horizontes de la Filosofía del Derecho", Homenaje a Luis García San Miguel, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, Vol. I, pág. 679.

Privado, por su parte, este sentido de la igualdad es el fundamento de las normas imperativas en defensa del sujeto débil²⁸.

La vertiente de la **igualdad en la ley**, por su parte, es un sentido de la igualdad dirigido a la administración y a los jueces para que realicen diferenciaciones jurídicas con razonabilidad y proporción. Su origen doctrinario y jurisprudencial se halla en el principio del *judicial review* norteamericano²⁹. El último despliegue del principio estudiado es la **igualdad en la aplicación de la ley**. Con él se enuncia el criterio básico y elemental de justicia según el cual los jueces deben otorgar **igual tratamiento judicial a los casos iguales**³⁰. Los tres sentidos primeros de la igualdad cuentan con amplia aceptación por parte de la Doctrina argentina. Sin embargo, el último sentido de igualdad sólo tiene en nuestro Derecho, un desarrollo incipiente³¹

III) ¿De qué manera el principio de igualdad y no discriminación contribuye a fortalecer la condición jurídica de los grupos vulnerables, en los Actos de Autoprotección?

Resulta interesante analizar ahora, cómo el principio de igualdad, el Estado Constitucional de Derecho y el proceso de constitucionalización del Derecho Privado, contribuyen a fortalecer la condición jurídica de los grupos vulnerables. Así como también es significativo observar la manera en que ellos operan frente a la joven modalidad de los actos de autoprotección y el Registro respectivo, creado en varias circunscripciones del país para estos actos.

²⁸ V. **PRIETO SANCHIS, L.**, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", N° 22, septiembre-diciembre, 1995, pág. 22.

²⁹ V. **MARTINEZ TAPIA, Ramón**, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, pág. 14; **CARRASCO PERERA, Angel**, *El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, en "Revista Española de Derecho Constitucional", año 4, N° 11, mayo-agosto 1984, págs. 39-106.

³⁰ V. **CUETO RUA, Julio César**, *El "Common Law". Su estructura normativa. Su enseñanza*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág 98. También puede verse, **GASCON ABELLAN, M.**, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 15 y ss.

³¹ V. **BARBERO, Daríel Oscar**; *El principio de igualdad y la doctrina del precedente judicial. Bases iusfundamentales del Derecho Privado actual*, Rosario, Nova Tesis, 2008, en prensa.

En distintos congresos, seminarios y jornadas de los últimos años, los escribanos han mostrado ya un marcado interés por el estudio del régimen de Actos de Autoprotección, considerando muy especialmente su alcance y fundamentos. Las conclusiones del Encuentro sobre “Autoprotección, autotutela y registro”, celebrado por el Colegio de Escribanos del Chaco, el 7 de diciembre de 2007, señalan, por ejemplo, que: *...No obstante la falta de previsión expresa en las leyes de fondo, la posibilidad de otorgar actos de autoprotección se fundamenta en el cumplimiento de tratados internacionales, principios constitucionales, en el respeto a los derechos personalísimos protegidos, y en la correcta interpretación del derecho privado interno. Su viabilidad es una cuestión de lógica jurídica, que cuenta con precedentes en fallos jurisprudenciales*³².

Asimismo, prestigiosos notarios de nuestro país han puesto de manifiesto la realidad que viven los grupos vulnerables, que pugna por ser reconocida en una futura legislación específica sobre esta materia. En este sentido son muy ilustrativas las palabras del escribano **Luis LLORENS**: *...cuando comenzamos a estudiar este tema –dice-, nos preguntamos ¿qué es lo que podemos hacer en nuestras escribanías?, y nos encontramos con un ambiente jurídico absolutamente impeditivo. El primer impedimento es quizás el viejo aforismo romano “la ley piensa por el incapaz; ...eso es un disparate; no es así; la ley no piensa por el incapaz. Primero piensa el propio incapaz cuando no lo es; la propia personal en previsión de su falta de discernimiento*³³.

Así pues sobre este escenario, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho nos permite advertir que esta nueva modalidad de los actos de autoprotección no ha nacido al hilo de un mandato legal. No se ha instituido mediante una reforma del código civil, o por medio de una ley especial de la Nación. Ha surgido, precisamente, como un **uso notarial**. Se ha impuesto al hilo de los cambios sociales y de las nuevas necesidades que la realidad impone a los escribanos.

³² V. <http://www.semanaprofesional.com/?nota=10038>, 2 de octubre de 2008.

³³ V. <http://www.cfna.org.ar/cfna/publi/index.php?modulo=noticias&opt=vernoticia&id=363>, 5 de octubre de 2008

Esta realidad puso al descubierto la inexistencia de normas infraconstitucionales expresadas en nuestro Derecho, a partir de las cuales pueda legitimarse la modalidad de los actos de autoprotección. Ello ciertamente, no es casual. El problema de los actos de autoprotección no podía ser intuido, ni avizorado, en los tiempos de la sanción de nuestro Código Civil, articulado bajo los cánones iusfilosóficas del liberalismo clásico. Así como tampoco podía resolverse esta laguna apelando a los criterios clásicos de interpretación jurídica, como ya ha sido reconocido por la jurisprudencia nacional³⁴.

Para enfrentar esta realidad, los notarios de hoy han debido apelar a las normas de rango constitucional y a los tratados internacionales. Pero lo hicieron en particular, recurriendo sólo a los clásicos principios de propiedad, privacidad, libertad y a los derechos implícitos (arts 17, 19, y 33 CN). El reclamo notarial de una *relectura constitucional* de los actos de autoprotección es, sin dudas, un gran paso para el proceso de positivación y legitimación de los actos autoprotectorios. Sin embargo cabe advertir también que aún no se ha apelado al **principio de igualdad**, en todos sus despliegues, como otro de los fundamentos de estos Actos. Por ello, llegados a este punto nos preguntamos si el principio de igualdad puede ser expuesto válidamente por los operadores jurídicos como fundamento de este joven instituto. Y, en caso afirmativo, cómo podría argumentarse la aplicación de este principio.

Sin duda alguna, el derecho de las personas de disponer sobre sus intereses personales y patrimoniales para el futuro y frente al caso de una eventual pérdida de discernimiento, halla el fundamento más sólido en el derecho de libertad o privacidad, y el de autonomía de la persona (art 17, 19 CN). No obstante, a nuestro criterio el principio de igualdad tiene mucho que decir a favor de los Actos de Autoprotección. Si recordamos los sentidos de la igualdad enunciados anteriormente, en conexión con los grupos vulnerables podremos ver que:

³⁴ V. HOOFT, Pedro F.; *La bioética y el derecho de familia en las fronteras de la vida. El respeto a la libertad personas y las directivas anticipadas*, en "Revista de Derecho de Familia", Nº 40, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Julio-Agosto de 2008, págs. 77 y ss.

1.- La igualdad es el fundamento básico del Derecho en su conjunto, respecto de todas las personas, genéricamente consideradas (Art. 16 – CN- **igualdad formal ante la ley**). Pero esta concepción clásica de la igualdad resulta hoy insuficiente.

2.- La falta de discernimiento de una persona trae aparejada su inclusión entre los denominados **grupos vulnerables**. El art. 75 inc. 23 de nuestra Constitución impone al Estado la obligación de prestar especial atención sobre estos grupos, a fin de garantizar que estas personas puedan seguir disfrutando de sus derechos, en igualdad de condiciones que las demás. Establece, en suma, el principio de **igualdad de oportunidades**.

3.- **La no diferenciación** entre las distintas condiciones subjetivas de las personas -tal como lo viene haciendo el Código Civil-, conlleva un régimen igualitario formal, que resulta **arbitrario y anacrónico** para la realidad jurídica de este tiempo.

4.- La **consideración integral de la igualdad** exigida por el Estado Constitucional de Derecho, obliga entonces a inferir que: toda persona o grupo vulnerable tiene derecho a solicitar acciones positivas del Estado, tendientes a la sanción de un régimen especial que considere sus particularidades vitales, como razón de diferenciación justa. El régimen de Actos de Autoprotección es, verdaderamente, una de las vías más eficaces para lograrlo

Conclusiones:

En este trabajo intentamos observar la importancia que el **principio iusfundamental de igualdad y no discriminación** tiene, para el reconocimiento de la persona como fin en sí. Como derecho fundamental, este principio es un instrumento de fortalecimiento de los individuos y grupos vulnerables, cuya capacidad de acción y participación se ven debilitadas sistemáticamente por los derroteros de la marginación. Pero es, además, un

concepto jurídico indeterminado, un mandato de optimización –al decir de Alexy-, una pauta general o criterio valorativo, que orienta nuestras conductas hacia alguna meta de justicia, reconocida como válida en un tiempo y en un lugar determinados. El principio de igualdad y no discriminación es también, por ello, un medio, un mecanismo de actuación eficaz, para la realización de un fin político: la construcción de un Régimen jurídico Humanista, que aspire a funcionar con plenitud como “Estado Constitucional de Derecho”.

El régimen jurídico de **Actos de Autoprotección** naciente en Argentina constituye, sin dudas, una excelente plataforma para la consolidación del principio de igualdad y no discriminación y, con él, del Estado Constitucional de Derecho. Ha sido articulada con miras a ofrecer vías eficaces de expresión de la voluntad sobre su vida y patrimonio, a todas las personas que se consideren en riesgo, o en situaciones de vulnerabilidad (igualdad formal ante y en la ley). Ha nacido, en suma, por el reconocimiento explícito y responsable de una nueva realidad, generada sobre todo, por la mayor expectativa de vida, la diversidad y el multiculturalismo (igualdad de oportunidades). Así pues, en concordancia con una consideración integral de la igualdad, cabe esperar que, por su intermedio, toda persona o grupo vulnerable vea satisfecho su derecho a ejercer sus derechos, en atención a sus particularidades vitales, como razón de diferenciación justa.