

DISCRIMINACIÓN Y ANCIANIDAD. REFLEXIONES FILOSÓFICAS EN TORNO AL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO.

por María Isolina Dabove (*)

Resumen	Palabras clave
Desde 1988, en el Derecho Argentino se encuentra vigente una ley nacional destinada a sancionar la ejecución de actos discriminatorios. Sin embargo, entre las condiciones de aplicación no se halla contemplada la "vejez" como causal sancionadora. El trabajo pretende mostrar cómo este vacío normativo constituye un claro síntoma del "edadismo". Nuevo fenómeno discriminatorio que se desarrolla en relación a las personas de edad, por el sólo hecho de ser viejas.	Discriminación – derecho- ancianidad – vulnerabilidad jurídica
	Sumario
	Introducción. I- Discriminación y Derecho: un encuentro ambivalente. II- Ancianidad: causal jurídica de discriminación. Conclusiones.

Mientras, a consecuencia de las leyes y de las costumbres, exista una condenación social, creando artificialmente, en plena civilización, infiernos, y complicando con una humana fatalidad el destino, que es divino;

mientras no se resuelvan los tres problemas del siglo: la degradación del hombre por el proletariado, la decadencia de la mujer por el hambre, la atrofia del niño por las tinieblas;

en tanto que en ciertas regiones sea posible la asfixia social;

en otros términos y bajo un punto de vista más dilatado todavía, mientras haya sobre la tierra ignorancia y miseria,

los "libros -en este caso, un pequeño textos- de la naturaleza del presente, podrán no ser inútiles..."¹

INTRODUCCIÓN

1- A partir de 1988 se encuentra vigente en el Derecho Argentino una ley nacional, destinada a sancionar la ejecución de Actos Discriminatorios. Se trata de la **Ley 23.592**, modificada por la **24.782**. Es muy breve en su articulación, apenas cuenta con 4 o 5 apartados y su contenido principal puede verse sintetizado en el **1º**. Allí se señala que:

*Art. 1: Quien **arbitrariamente** impida, obstruya, restrinja o de algún modo **menoscabe el pleno ejercicio** sobre bases **igualitarias** de los **derechos y garantías fundamentales** reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del*

(*) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la UNR. 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.

(**) Recibido el 4 de mayo de 2006. Publicado el 4 de agosto de 2006..

¹ V. HUGO, Víctor; *Los miserables*, trad. H.G. Simon, pról. M. Vargas Llosa, Bs. As., Suma de Letras Argentina, 2005, pág. 19.

damnificado, a **dejar sin** efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a **reparar el daño moral y material** ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por **motivos** tales como **raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos**.

2- Ahora bien, una lectura rápida de este texto podría llevarnos a creer que estamos ante una serie de preceptos normativos claros y plausibles desde el punto de vista valorativo. Sentimientos de empatía parecen despertar de su contenido y una fuerte creencia en su razonabilidad nos impulsa a mostrar una masiva adhesión a esta fuente del Derecho. Sin embargo, una mirada más atenta de esta ley nos advierte lo contrario: que nos hallamos de nuevo frente a postulados que presentan una textura lingüística franca y tentadoramente "abierta" para el debate interpretativo².

3- Así, del afán comprensivo de este texto, aparecen preguntas tales como: qué significa el término "discriminación". Qué entenderemos por "arbitrariedad". ¿Cuándo se ejercen los derechos "de manera plena y sobre bases igualitarias" y cuándo no? ¿qué es, pues, la "igualdad" y la plenitud, para el Derecho? ¿A quiénes está dirigido el texto legal: a las personas físicas, únicamente, a las jurídicas, al Estado tal vez; a todos juntos? ¿Cuál es el alcance de la reparación? ¿Cómo se define el daño moral? ¿Y el material...?

4- Pero, si además de todo ello, observamos aún otras dos cuestiones. Primero, que el legislador en esta ley no tuvo en cuenta a la "edad" como causal de discriminación. Olvido llamativo, si recordamos que situaciones de este tipo son padecidas con frecuencia por las personas en el mercado de trabajo, por el sólo hecho de haber cumplido 45 o más años, o bien, por ser ancianos³. En tanto que, en segundo lugar, advertimos que la Convención Constituyente del **94** – es decir, tiempo después- incorporó a la "ancianidad" como móvil legitimador del desarrollo de medidas de acción afirmativa o de "discriminación" –esta vez llamada- inversa, en su art. 75 inc. 23. Nos daríamos cuenta entonces **con entusiasmo**, que **urge** realizar un estudio sistemático en la materia, que nos permita comprender **su complejidad**, dado que el mismo sistema parece mantener un tratamiento inconsistente en esta materia.

5- A los fines de este trabajo, nada más que **dos** serán los interrogantes sobre los cuales les propongo que pensemos: ¿qué significados son atribuibles a la palabra **discriminación**, en el ámbito del Derecho Argentino? Y ¿por qué la **ancianidad** podría ser

² V. HART, H.A.L.; *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 (trad. castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963).

³ A los fines jurídicos, consideramos anciana, a la persona que ya ha entrado en la edad jubilatoria. Al respecto puede verse: DABOVE, M.I.; *Los derechos de los ancianos*, Bs.As. – Madrid, Ciudad Argentina, 2002, Primera Parte, Cap. II, págs. 79 y ss.

considerada una "causal de discriminación" en todas las áreas del mundo jurídico?

I- DISCRIMINACIÓN Y DERECHO: UN ENCUENTRO AMBIVALENTE

6- En la tradición lingüística filosófica occidental, el término discriminación no parece haber tenido un lugar de preferencia. Una cuestión que resulta sorprendente al respecto es, precisamente, la constatación de la inexistencia de este concepto en este marco. Ello sucede por ejemplo, en el clásico *Diccionario de Filosofía* del profesor **José FERRATER MORA**, al no incluirla en su vastísimo repertorio. Sin embargo, el autor sí hace alusión a palabras semejantes, tales como *distinción, diferencia o división*⁴. De manera que sólo por su intermedio podrían detectarse referencias indirectas a la discriminación, que bien pueden aplicársele por analogía. Veamos.

7- 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, tanto como observar con claridad cada elemento y las relaciones que mantienen entre sí. Con las nociones de "*diferencia*" y "*división*" sucede algo parecido. Se oponen a la de unidad, pero a la vez, no pueden entenderse sin ella. Al tiempo que ambas, además, denotan "especificidad". Mucho ha sido lo escrito sobre el tema por Platón, Aristóteles y la Escolástica. No entraremos en detalle⁵. Sin embargo, aún cabe subrayar que el *Diccionario de nuestra Lengua Castellana* indica en sentido coincidente que *discriminar* es: *separar, distinguir, diferenciar*.

8- 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: una acción intelectual –una función racional o un proceso de razonamiento- destinado a separar, distinguir o diferenciar, los elementos constitutivos de cualquier ente, del cual pueda predicarse su unidad e identidad. De modo que, a su vez, de esta aseveración se infieren incluso otras dos: si la discriminación es una operación lógica, **sus resultados son: o bien enunciativos; o bien, valorativos**. Si son enunciativas, la discriminación no llevará implícita connotación axiológica alguna, tal como ocurre en el campo de las ciencias formales (la matemática, física, geometría, etc.-). Pero, si los efectos son valorativamente relevantes, entonces la discriminación se torna una actividad ambivalente. **Será o bien disvaliosa (discriminación negativa); o bien, valiosa (discriminación positiva –o inversa)**. Es esta última posibilidad

⁴ V. FERRATER MORA, J.; *Diccionario de Filosofía*, dir. Josep Maria Terricabras, Barcelona, Ariel, Tomo I, págs. 922 y ss.

⁵ V. FERRATER MORA, J.; *op. cit.*, págs. 923 y ss.

interpretativa de la discriminación la que nos interesa analizar ahora, puesto que es ella la que ingresa sin más, a la esfera del Derecho.

9- 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. Entre las **décadas del 40 y del 50**, numerosos **movimientos políticos** se originarán en Occidente, tendientes a luchar contra los estragos de la desigualdad social. Ya se trate de casos motivados por razones de raza, género o enfermedad; tanto como en virtud de preferencias sexuales, políticas e ideológicas, o por la edad (niñez y ancianidad). Particular importancia cobraron estos hechos sobre todo en dos países: en la Alemania nazi –responsable del exterminio masivo de judíos- y, en la "blanca" Norteamérica –racista ontológica, hasta Martin Luther King y la bomba Atómica.

10- Por ello, y en concordancia con estos movimientos, el mundo de postguerra fue capaz de dar lugar a un fenómeno jurídico importante para nuestro tema: el **proceso de especificación de los derechos humanos**. Cadena de sucesos que, como sabemos, se desarrolló en el marco de la consolidación del Derecho Internacional sustentado por la ONU. Al respecto dice el profesor **Norberto BOBBIO**, que este proceso normativo permitió introducir una rica variedad de catálogos jurídicos 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, **afectados en su identidad** (o especificidad compartida o uniforme). Fruto de este proceso son los textos referidos a los derechos de los prisioneros de guerra, de las mujeres, los enfermos, discapacitados, niños, minorías sexuales, étnicas o religiosas, y a los ancianos, entre otros⁶.

11- 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**⁷. Razón por la cual, cabe suponer que con la incorporación de la discriminación, el mundo jurídico ¡se ha vuelto heracliteano! Parece transformado en un eterno devenir, en un río jurídico siempre cambiante, sorprendente y pluriforme. Es entonces desde este escenario histórico y cultural sobre el cual nos asentaremos ahora, para acercarnos a la problemática de la discriminación, a la luz de la **Teoría General del Derecho**. Utilizaré para ello, el enfoque tridimensional⁸.

⁶ V. BOBBIO, N.; *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991; DABOVE, M.I.; *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002.

⁷ V. WALZER, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁸ Respecto a la teoría tridimensional del Derecho que nos sirve de referencia puede verse: V. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6^o ed., 5^o reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI; Miguel Angel; *Panorama tridimensional de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad*, en "Boletín del Centro de

12- En el mundo jurídico, la discriminación constituye sin dudas un **fenómeno complejo**, de **carácter relativo**. Entre sus múltiples componentes, hallamos elementos lógicos, sociológicos y valorativos. Así, la discriminación puede ser entendida como un proceso lógico de distinción o diferenciación, cuya puesta en práctica genera siempre acciones autoritarias –repartos autoritarios-, formalizadores de relaciones jurídicas desiguales. **Es, en suma, una distinción autoritaria, constitutiva de relaciones jurídicas desiguales, -valiosas o disvaliosas- –pero nunca, en Derecho, serán neutras o indiferentes al valor.**

13- De esta definición cabe aún realizar algunas otras precisiones, sociológicas, valorativas y normativas. Desde el **punto de vista sociológico**, la discriminación NO ES un acto de violencia pura y simple. Resulta más bien el resultado de acciones autoritarias. De manera que en toda discriminación jurídica nos hallaremos frente a **relaciones de poder**. No obstante hay que señalar, que estas adquieren únicamente **carácter ordenancista**, ya que el vínculo discriminatorio que es establece entre las partes está basado en el cumplimiento de mandatos tipo o “estereotipados”. Ahora, si para el cumplimiento de este mandato se necesita del ejercicio de una fuerza física directa, la acción discriminatoria se tornaría lisa y llanamente en situación de violencia (materia propia de otro encuadre legal).

14- Por otra parte, al ser ésta una acción que se origina en una operación mental, las **razones** de la misma adquieren importancia vital. Cada acto de discriminación se construye sobre la base de ciertas *presunciones* (o móviles). Se esgrime en virtud de *argumentaciones* o justificaciones alegadas individuales y se sostiene en el tiempo gracias a las *razones sociales*.⁹ Así, pues, aunque parezca contradictorio, el análisis ius-sociológico nos muestra que la discriminación requiere de “actos “razonados”, o “razonables”, para su configuración. Claro está que, a la luz de los criterios de justicia, o de verdad, o de utilidad, observaremos que estas “razones” son prejuicios y estereotipos. Pero, que tienen la virtualidad de provocar **consecuencias –negativas o positivas-, en la esfera de la identidad del beneficiario** del acto discriminador-. Sobre ello volveremos en breve.

15- La discriminación requiere, asimismo, de ciertos **criterios de ordenación social que sean masivamente compartidos**. Un hecho aislado, sólo nos alerta acerca de los riesgos de desarrollo de este fenómeno (¡¡¡no hace verano!!!). Por ello, es muy probable que detrás de cada acto discriminador se encuentre agazapado algún tipo

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.

⁹ Al respecto puede verse: GOLDSCHMIDT; W.; *op. cit.*, págs. 57 y ss.; PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS TYTECA, L.; *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989;, págs. 122 y ss.; DABOVE, M.I.; *Los derechos... cit.*, págs. 443 y ss.

de planificación junto a costumbres, reputadas ejemplares por la sociedad. Es muy difícil sustentar la existencia de discriminación, reitero, sin contar con acciones precedentes más o menos ordenadas, en la materia.

16- En la esfera valorativa, tres criterios aparecen contrapuestos con el desarrollo de actos de discriminación: los derivados de la idea **justicia**, de **verdad** y **utilidad**. Y son los tres los que intervienen de manera conflictiva en el campo de la **identidad de la persona receptora** de la discriminación y en su sentido de **pertenencia** a un grupo. El plano de la **identidad** abarca, a mi juicio, aquel conjunto de características específicas de la persona que éste considera valiosas, porque constituyen su concepto de dignidad. Así, por ejemplo, el espacio de libertad, la idea de autonomía, su historia individual, sus creencias, preferencias, etc., que le permiten 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 igualdad.

17- Ambos conceptos generalmente se ven representados en todos los catálogos derechos humanos y personalísimos. Por ello, cuando estos elementos se ven comprometidos en sentido negativo, se suelen desencadenar situaciones jurídicas altamente dramáticas para la persona victimizada con la discriminación. En este sentido, entonces, no creo que resulte 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**.

18- No obstante, recordemos además que la discriminación constituye un fenómeno ambivalente. Así, si tomamos como referencia el criterio formal de justicia de **ARISTÓTELES** veremos entonces, que la discriminación será valiosa, cuando la desigualdad sea proporcional a las desigualdades que sustenten las personas vinculadas. Mas se tornará disvaliosa, cuando la desigualdad se mantenga entre sujetos calificados como semejantes entre sí¹⁰. La posición social, jurídica, cultural, de las personas, por ejemplo, nos indicarán cuándo dos personas son iguales o disímiles entre sí.

19- El plano normativo también es propicio para analizar el carácter dual de la discriminación. En la **legislación** que analizamos en el inicio de esta exposición puede advertirse el carácter disvalioso o negativo del fenómeno estudiado. El término "arbitrariedad", utilizado en el art. 1º constituye un indicador nítido de esta significación. Sin embargo en nuestro propio sistema normativo, contamos asimismo con preceptos que nos muestran lo contrario. El

¹⁰ V. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 5º ed., trad. y ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, libro V; DABOVE, M.I.; *op. cit.*, Capítulo I. Justo es dar lo igual a lo que es igual, y lo desigual a lo desigual.

art. 75 inc. 23 de la CN, atribuye a la discriminación, un sentido positivo, permitiendo la ejecución de distinciones autoritarias (políticas, en su mayoría) a favor de algunos grupos humanos vulnerables o desfavorecidos. Tal es el caso de los niños, enfermos, mujeres, discapacitados y ancianos.

20- Por ello, llegados a esta instancia conviene recordar aún, que la discriminación es además, un **conflicto de igualdad**, que daña –según vimos-, la identidad de los sujetos más frágiles de la comunidad jurídica, poniendo en juego el contenido del art. 16 de la CN¹¹.

II- ANCIANIDAD: CAUSAL JURÍDICA DE DISCRIMINACIÓN

21- Tres problemas recurrentes padecen los ancianos, que los coloca en el papel de "sujetos tentadores" de acciones autoritarias de discriminación. La **vulnerabilidad física, la pobreza y el aislamiento**. Estos factores, sumados al incremento poblacional de ancianos, han contribuido al desarrollo del "**edadismo**"¹². Nuevo fenómeno discriminatorio, causado por la portación de mayor edad. En el Derecho Argentino, como ya observamos con anterioridad, no hallamos antidotos eficaces para lograr su erradicación. Es por ello que, a mi parecer, la situación jurídica del anciano se torna aún más débil que para el resto de los sujetos de derecho. En suma, su condición es, pues, de compleja fragilidad, que se despliega tanto en el plano psicofísico, como en su consideración histórica y cultural.

22- En otra oportunidad, escribía que la ancianidad constituye una de las mayores preguntas que el ser humano puede llegar a formularse acerca de sí mismo y de sus circunstancias. Y, continúo aún pensándolo. Significa ni más ni menos que preguntarse, desde el presente, acerca del final de la vida, con toda la carga de un pasado que ya es mayoritario. Significa interrogarse acerca del tiempo que podemos llegar a vivir, en último término. Significa, en suma, proyectar el cierre en base a un balance de conclusión vital.

23- También decía que preguntarse sobre la vejez puede, incluso, llegar a ser más difícil que interrogarse respecto de la propia muerte. Porque, llegar a viejo significa, además, aprender a convivir con la muerte. Aprender a convivir *forzosamente* con ella, puesto que se trata de "habitar" el final sabiendo que lo es, sin ningún tipo de fuga posible. Significa, en definitiva, aprender a asumir plenamente el último riesgo vital, el de esta vida terrena, única posible. Por ello, sigo sosteniendo que la ancianidad es una pregunta exigente: requiere materialmente una respuesta para seguir sosteniéndose. La muerte, en

¹¹ V. DABOVE, M. I.; *op. cit.*; págs. 45 y ss.

¹² V. SAGRERA, Martín; *El edadismo. Contra "jóvenes" y "viejos". La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992; CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Notas para una comprensión dialógica de la discriminación*, en "Bioética y Bioderecho", N° 1, 1996, págs. 35 y ss.; VV.AA, *Discrimination: the limits of Law*, ed. por Bob Hepple y Erika M. Szyszczak, London, Mansell, 1992

cambio, parece ser un dilema infinito, para cada persona tanto como para la humanidad. Es la apertura total al misterio de la existencia. Es, quizás por ello, o sólo pregunta o sólo respuesta¹³.

24- Al Derecho le interesa muy especialmente el desafío "discriminatorio" que la vejez plantea puesto que, en gran medida, a él le corresponde encontrar una respuesta. A él le corresponde establecer normativamente las condiciones sociales y valorativas que deben ser respetadas en relación con los ancianos. A él le cabe *reconocer* al viejo en tanto sujeto. Y a él le cabe *situar al anciano* en un espacio y en un tiempo comunitarios, fortaleciendo su posición frente al gobernante, frente a los demás ciudadanos, frente a lo demás y aún frente a sí mismo¹⁴.

25- En el Derecho actual el lugar de los ancianos aparece bastante desdibujado, sobre todo, por el profundo y contradictorio silencio en el que están inmersos. Se dice, por ejemplo, que las personas -en general- cuentan con un importante caudal de derechos que todos los Estados democráticos deben garantizar si quieren ser tales, puesto que son básicos. Se habla de derechos humanos civiles y políticos; de derechos económicos, sociales y culturales; de derechos relativos al medio ambiente, a la paz y al desarrollo; y hasta de derechos de las generaciones futuras.

26- Pero, de otro, ocurre también que todos los días se nos informa impávidamente acerca de la muerte de ancianos en espera de una plaza para ingresar en algún geriátrico. Se nos informa acerca de situaciones de abandono a las que los exponen sus propios familiares o algunos profesionales de la salud. O bien, simplemente, tenemos la "suerte" de ser testigos cotidianos de sus magros salarios, de los abusos y maltratos que reciben las personas mayores en la calle, en sus casas, en su ciudad, y hasta en las instituciones que supuestamente deberían proteger su posición. Por desgracia, en todas ellas aparecen situaciones favorables para la discriminación negativa.

27- Ahora bien, es importante que observemos que estas contradicciones no son fruto de la falta de garantías eficaces o de planteos económicos únicamente. Estas contradicciones aparecen también invadiendo lo cotidiano por cuestiones jurídicas de fondo. A mi parecer, el principal problema que se presenta en este sentido parte de una tensión cultural, provocada fundamentalmente por la progresiva desintegración de la idea de **comunidad** en la consciencia de la vida postmoderna¹⁵.

¹³Al respecto puede verse: NAGEL, Thomas; *La muerte en cuestión. Ensayos sobre la vida humana*, trad. Carlos Valdés, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, págs. 19 y ss.

¹⁴ V. GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción... cit.*, págs. 446 y ss.; *Justicia y Verdad*, Bs. As., La Ley, 1978.

¹⁵ Respecto al concepto de comunidad ver: GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción... cit.*, págs. 444 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Derecho y Política*, Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 103 y ss.; HELLER, Agnes; *Sociología de la vida cotidiana*, 3^o ed., prefacio György Luckács, trad. J.F. Yvars y E. Pérez Nadal, Barcelona, Península,

28- En esta tensión, dos son los factores encontrados que se ponen en juego: la **igualdad** y la **unicidad o identidad**. La **igualdad**, en tanto exigencia de homogeneidad vital¹⁶, necesaria para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente. Y, la **unicidad**, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona¹⁷.

29- Sabemos que, cuando la igualdad y la unicidad funcionan dialógicamente, la comunidad logra sustentar un Estado de Derecho con sentido humanista. Es decir, deja espacio a la consolidación de un sistema democrático que puede ser calificado de **tolerante**. En este marco, nuestra condición humana es respetada como fin en sí, al tiempo que se nos sitúa igualitariamente frente a la ley en atención al grupo humano y cultural del cual formamos parte¹⁸. Estaremos, en definitiva, ante una verdadera sociedad pluralista, *donde lo diverso puede ser solidariamente integrado, haciéndose acreedor de un trato igualitario* justo¹⁹.

30- Sin embargo, ya hemos observado cómo, en la actualidad, la posición jurídica del anciano dista mucho de ser la propia de un régimen humanista. Entre otras razones, porque la condición de los mayores vive atravesada por exigencias iusvalorativas que se han vuelto profundamente autistas. Vive, envuelta en exigencias valorativas que se sitúan de manera tan distante de la realidad, que terminan configurando un ámbito jurídico de actuación poco vinculante, o incluso, hasta perverso, para los ancianos implicados.

31- Esta falta de consciencia del sentido de comunidad hace que los requerimientos de igualdad y unicidad parezcan funcionar sin conexión, como fundamentos jurídicos trazados en paralelo. Por ello, si una sociedad no comprende el alcance de la fraternidad como ideal político-jurídico, difícilmente podrá establecer un Estado de Derecho sensible a la posición desventajosa de los débiles²⁰. Difícilmente podrá promover la instauración de medios de protección que fortalezcan la posición cultural del anciano contra la fragilidad de su naturaleza. Así

1991, págs. 67 y ss.

¹⁶ Entendiendo por *homogeneidad vital*, la calidad de pertenecer a un mismo género, en nuestro caso: a la humanidad. En este sentido puede verse el concepto descriptivo de igualdad propuesto por WILLIAMS, Bernard, *La idea de igualdad*, en "Conceptos morales", comp. Joel Feinberg, trad. José A. Pérez Carballo, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 267 y ss.

¹⁷ V. GOLDSCHMIDT, W.; *op. cit.*, págs. 438 y ss.

¹⁸ Esta integración sólo será posible sobre la base de los valores que cada sociedad comparte. Al respecto ver: HELLER, A.; *Sociología... cit.*, págs. 79 y ss.. Y también ver: GOLDSCHMIDT, W.; *Introducción Filosófica al Derecho... cit.*, págs. 438 y ss.

¹⁹ V. PRIETO SANCHIS, Luis; *Igualdad y minorías*, en "Derechos y Libertades", revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, N° 5, año II, julio - diciembre de 1995, págs. 112 y ss.

²⁰ Acerca de la idea de fraternidad como concepto base, organizador de la comunidad, puede verse el interesante trabajo del profesor DOMENECH, Toni; *... y fraternidad*, en "Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política", N° 7, Madrid, abril de 1993, págs. 49 y ss.

como tampoco será capaz de establecer asociaciones constructivas, que respeten nuestra condición humana de manera finalista²¹.

32- En este sentido, recordemos si no, la importancia que le atribuía **ARISTOTELES** a la *philia* y a la *amistad* como base de la ética social. Con la amistad -observará el estagirita-, devienen la justicia y la concordia, la igualdad y la benevolencia. *La amistad, -dirá también- parece vincular las ciudades;* y de su falta o desviación irremediablemente se derivan las formas corrompidas de gobierno²².

33- Aunque la fraternidad hoy se haya convertido en la *pariente pobre de la tríada democrático-republicana moderna*, como le gusta decir a **Toni DOMENECH**. Aunque hoy esta palabra suene vacía o parezca ingenua, creo que conviene rescatarla en favor de la integridad de la convivencia. Sin sentido de fraternidad, no puede haber comunicación intergeneracional, ni identidad comunitaria en los pueblos. Como tampoco podrán ser eficaces los consensos culturales que recoja cualquier sistema jurídico²³. Es precisamente a partir de la idea fraternidad, desde donde se puede concretar el valor de la solidaridad. En particular, porque la fraternidad constituye un principio político que funciona a partir de la existencia de un vínculo real común entre las personas que integran una sociedad. En tanto que la solidaridad funciona entonces como valor instrumental, relativo al vínculo creado por ellas.

34- En el Derecho, la carencia de vínculos sociales solidarios genera una peligrosa escisión entre la realidad social por un lado, y los valores y normas consagrados, por otro. A causa de esta grieta creciente, la realidad jurídica "gira en descubierto" como realidad anómica y flotante, librada al juego distorsionador del poder de turno. En este marco, pues, sólo regirá la fuerza de lo fáctico, convertida en única norma de coexistencia. Fuerza que, por cierto, no admitirá críticas, ni ajustes racionales o valorativos, generando, por cierto, situaciones de vulnerabilidad para los ancianos en general²⁴.

²¹ V. CIURO CALDANI, M. A.; *Derecho y Política... cit.*, págs. 103 y ss.

²² De la monarquía, la tiranía; de la aristocracia, la oligarquía; y de la timocracia se pasa a la democracia... Como sabemos, para el filósofo del Liceo, la amistad era el grado más perfecto de relación intersubjetiva, que va más allá de la relación afectiva particular. V. ARISTOTELES, *Ética Nicomaquea*, 15^o ed., trad. Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1996, Libros VIII y IX "De la amistad", págs. 102 y ss. Y ver también: DOMENECH, T.; *op. cit.*, págs. 52 y ss.; CIURO CALDANI, M.A.; *op. cit.*, págs. 125, cuando se refiere a la importancia del amor como base de la convivencia política.

²³ V. DOMENECH, T.; *op. cit.*, págs. 52 y ss.. Y también: HELLER, A.; *Sociología... cit.*, págs. 35 y ss.; CORTINA, Adela; *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*; 2^o ed., Salamanca, Sígueme, 1988, págs. 155 y ss.

²⁴ Acerca de la solidaridad puede verse, básicamente: PECES BARBA, G.; *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución Española*, en "Derecho y Derechos Fundamentales", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 294 y ss.; CORTINA, A.; *op. cit.*, págs. 15 y ss.; GOLDSCHMIDT, W.; *op. cit.*, págs. 90 y ss. Respecto de la posición del anciano en el seno de la comunidad puede verse: SLUTZKY, Leonardo; *Hacia una gerontología comunitaria*, en revista "Geriatría Práctica", Vol. V, N^o 1, 1995, págs. 14 y ss.

35- Así, en este espacio fracturado por la discriminación negativa no resultará extraño que se elaboren soluciones normativas respaldadas sólo por la igualdad, que rayen en el igualitarismo masificador²⁵. O bien que se opte ideológicamente por el respeto a la individualidad con carácter excluyente. Opción ésta que sólo nos conducirá a una fragmentación indebida de nuestra calidad de sujetos y a la más profunda alienación²⁶.

36- El resultado de esta dinámica jurídica no puede ser otro que la discriminación arbitraria de los sujetos que intervienen en el caso a resolver²⁷. Y es por causa de esta discriminación por la que numerosos ancianos quedan situados ilegítimamente en la más profunda indefensión, en el silencio que los "invisibiliza", en la condición incorpórea del que no tiene cabida ni lugar, como veremos con el devenir de este trabajo²⁸.

37- Por este juego perverso de discriminación ilegítima, los mayores cada vez están más expuestos a un doble riesgo. A la prevalencia de soluciones jurídicas igualitaristas, que no suelen considerar a la ancianidad como un dato diferenciador relevante²⁹. Así como también, a las respuestas particularistas que, por atender a una especificidad ciega, terminan estableciendo un "sistema de privilegios o castigos" -según los casos- más que de verdaderos derechos y obligaciones³⁰. Dentro de este escenario, entonces, tan necesario será

²⁵ V. RAZ, Joseph; *Principles of Equality*, en "Mind", vol. LXXXVII, N° 347, July 1978, págs. 322 y ss.; DWORKIN, Ronald; *Ética privada e igualitarismo político*, trad. Antoni Domènech, intr. Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 13 y ss.

²⁶ V. BOBBIO, Norberto; *Igualdad y libertad*, int. Gregorio Peces Barba, trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993, págs. 83 y ss.; PECES BARBA, Gregorio; *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1991, págs. 242 y ss.; DWORKIN, Ronald; *Ética privada e igualitarismo político*, int. Fernando Vallespín, trad. Antoni Domènech, 1993; RAILTON, Peter; *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*; en "Philosophy and public affairs", vol. 13, N° 2, Spring 1984, págs. 134 y ss.

²⁷ V. BOBBIO, N.; *Igualdad y libertad... cit.*, págs. 74 y ss.

²⁸ V. BUCK, Trevor; *Ageism and legal control*; en "Discrimination: the limits of Law", ed. por Bob Hepple y Erika M. Szyszczak, London, Mansell, 1992, págs. 240 y ss.

²⁹ V. PECES BARBA, G.; *Curso de Derechos Fundamentales... cit.*, págs. 247 y ss.; BOBBIO, N.; *Eguaglianza ed Igualitarismo*, en "Revista Internazionale di Filosofia del Diritto", N°3, págs. 330 y ss.

³⁰ Acerca de la problemática de la discriminación desde perspectivas diferentes, puede verse básicamente: RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda; *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 79 y ss.; VV.AA, *Discrimination: the limits of Law*, ed. por Bob Hepple y Erika M. Szyszczak, London, Mansell, 1992; DABOVE, María Isolina y SOTO, Alfredo M.; *Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y a la especificidad*, en "Investigación y Docencia", N° 20, 1992, págs. 111 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Notas para una comprensión dialéctica de la discriminación*, en "Bioética y Bioderecho", N° 1, 1996, págs. 35 y ss.; FERNANDEZ GARCIA, Eusebio; *La dignidad de la persona*, en "Libro de ponencias del Congreso Internacional sobre La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo", Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1996, págs. 59 y ss.; GARCIA AMADO, Juan Antonio; *Igualdad y discriminación*, en "Libro de ponencias... cit.", págs. 21 y ss.; ALVAREZ GARDIOL, Ariel; *La discriminación y la tolerancia*, en "Libro de ponencias... cit.", págs. 55 y ss.; TIETJENS MEYERS, Diana; *Social*

interpretar los postulados de la Ley Antidiscriminación con carácter extensivo, de manera de poder incorporar a su articulado a la "edad", como causal de imputación; como desarrollar políticas de discriminación inversa o positiva. Pues, en este último caso, se trabajará jurídicamente con finalidad preventiva de lo anterior.

CONCLUSIONES

38- A lo largo de este trabajo hemos visto que, la discriminación es un **fenómeno complejo**, propio de este tiempo y de **carácter relativo**. La hemos definido como una operación lógica, de la cual derivan distinciones y acciones, constitutivas de relaciones jurídicas desiguales, -valiosas o disvaliosas. Pero nunca, en Derecho, serán neutras o indiferentes al valor. Hemos visto también que, la discriminación funciona en un marco de relaciones de poder que se ejerce, sin llegar a expresiones de violencia.

39- Dijimos además, que la discriminación afecta de manera ambivalente la esfera de la identidad de la persona y su sentido de pertenencia a una comunidad. Razón por la cual, cuando la discriminación es disvaliosa, estaremos pura y simplemente ante situaciones "miserables de condena social".

40- Los ancianos, constituyen hoy una de los grupos humanos más frágiles en el mundo jurídico. Urge pensar sobre ello y trabajar, en consecuencia.

exclusion, moral reflection and rights, en "Law and Philosophy", vol. 12, N° 2, May 1993, págs. 217 y ss.; BLOCK, Walter; *Discrimination: an interdisciplinary analysis*, en "Journal of Business Ethics", N° 11, 1992, págs. 241 y ss.; BIRKELUND, Gunn Elisabeth; *Stratification and segregation*, en "Acta Sociologica de la Scandinavian Sociological Association", N° 35, 1992, págs. 47 y ss.