



**XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA
Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016**

**HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE “MINORÍA”: EL
TRATAMIENTO DE LAS “MINORÍAS ATÍPICAS” EN LA JURISPRUDENCIA
ARGENTINA**

Autor: Germán Álvarez. Universidad Nacional de Córdoba – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Mail de contacto: germanalvarezarg@gmail.com

Comisión N° 7) Derechos Humanos, discriminaciones y conflictos sociales.

Resumen

Históricamente, el derecho a la igualdad ha sido uno de los primeros derechos humanos en ser reconocido como tal, siendo su importancia prácticamente indiscutida. No existe un consenso similar, sin embargo, con respecto a qué características han de tenerse en cuenta para hablar de discriminación con respecto a un grupo minoritario. En un principio, se parte de una definición más bien estrecha, según la cual sólo es considerado minoría aquel conjunto de personas con conciencia de pertenecer a un determinado grupo y de hallarse en una posición desventajosa, por lo que se toma en cuenta sobre todo la discriminación por razones políticas, étnicas y religiosas.

Con el paso de los años, el concepto se flexibiliza, y comienza a hablarse de discriminación hacia grupos más difíciles de clasificar y que por eso mismo no siempre tienen conciencia de grupo, como ser las minorías de género o los discapacitados.

Como expondremos, la tendencia continúa siendo favorable a la ampliación del concepto de minoría. Analizaremos cómo la jurisprudencia de nuestro país comienza a tener en cuenta el trato discriminatorio hacia lo que podríamos denominar minorías “atípicas”, que



pese a no reconocerse como un colectivo se encuentran en una posición desventajosa con respecto al resto de la población; y cómo empieza a dejar de lado los encasillamientos, centrándose en la conducta discriminatoria más allá de la entidad de las diferencias que la provocan.

Palabras clave: minorías – minorías atípicas – discriminación – constitución – Corte Suprema de Justicia de la Nación

Abstract

Towards redefining the concept of “minority”: Treatment of “Atypical Minorities” in Argentine Case Law

Historically, the right to equality has been one of the foremost human rights to be recognized as such and its importance has virtually been unchallenged. However, there is no similar consensus regarding what discrimination against a minority group involves. A rather narrow definition is generally the starting point: a minority is a group of persons aware of being disadvantaged. This is the reason why discrimination on the grounds of political ideas, ethnicity and religion are mainly taken into account.

Over the years, the concept has changed and has also included discrimination against groups that are not easy to classify and that often lack group consciousness. These are, for example, gender minorities or people with disabilities.

As we shall consider, there is an ongoing tendency towards extending the concept of “minority”. We will analyze the way our country’s case law has started considering discrimination against “atypical minorities” (those persons that lack group consciousness but are all at a disadvantage with respect to others) and how it has gradually left



pigeonholing aside, focusing on discriminatory behaviour and not on the differences that cause such discrimination.

Key words: minorities – atypical minorities – discrimination – Constitution – Nation’s Supreme Court of Justice

...contrariamente a una opinión difundida, el carácter judío no provoca el antisemitismo sino que, a la inversa, es el antisemita quien crea al judío. El fenómeno primero es el antisemitismo, estructura social regresiva y concepción del mundo prelógica.

JEAN-PAUL SARTRE¹

1. Introducción

El derecho a la igualdad fue uno de los primeros derechos humanos en ser reconocido como tal. Tanto la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirman en su primer artículo la igualdad de derechos de todos los hombres. La Declaración Universal de Derechos Humanos hará lo mismo en 1948, y múltiples tratados internacionales seguirán sus pasos, resaltando la igualdad de todos los hombres como uno de los derechos de mayor importancia.

De este derecho a la igualdad se deriva la prohibición de discriminar, es decir, de dar trato de inferioridad a una persona o colectividad². A los grupos de personas que por

¹ Sartre, Jean-Paul, *Reflexiones sobre la cuestión judía*, Ediciones Sur, Buenos Aires, 1948, pág 133.

² Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.



alguna razón son percibidas por el resto de la sociedad como inferiores y que por lo tanto resultan habitualmente víctimas de discriminación nos referimos habitualmente como minorías.

Este concepto de minorías no es tan preciso, por lo que no siempre resulta fácil establecer si un determinado grupo de personas puede ser calificado o no de minoría. Dicha distinción no es menor, ya que la aplicación de todos los tratados y leyes que protegen a las minorías dependerá de la definición que se le dé al término, lo que significa que para multiplicidad de personas el goce de sus derechos quedará supeditado al hecho de que se las considere o no como parte de una minoría. En otras palabras, de la mayor o menor amplitud que se le dé al término dependerá la mayor o menor cantidad de derechos que se les reconozcan a las personas.

El objetivo de este trabajo será justamente el de analizar con mayor precisión este concepto. Mencionaremos en primer lugar las perspectivas sobre el término que da la sociología, para luego observar las distintas definiciones que la teoría y la práctica jurídica han propuesto a lo largo del tiempo. Finalmente, intentaremos dilucidar cuáles son las perspectivas a futuro con respecto a la evolución de dicho concepto.

2. El concepto sociológico de minoría

El sociólogo Éric Fassin define a la minoría como una categoría social naturalizada por la discriminación. Es decir, es el grupo de personas que sufre discriminación.

La minoría está, entonces, constituida únicamente por una relación de poder, y no por alguna característica propia del grupo. Es irrelevante, pese a lo que podría inducir a pensar la palabra, el número de personas que conforman la minoría: no está definida por el número, sino por la dominación que la minimiza. Los vínculos naturales y culturales que unan a sus miembros tampoco son significativos: el único vínculo que importa es la



experiencia de la discriminación³. Tal como Sartre expresa gráficamente en la cita que da comienzo a este trabajo, “es el antisemita el que crea al judío”. A este concepto de minorías que tiene únicamente en cuenta el hecho de ser víctima de discriminación denominaremos definición *sociológica*.

Como veremos a continuación, el concepto de minoría que se aplicó en el ámbito jurídico es notablemente distinto de este concepto sociológico. Comenzó siendo un concepto muy estrecho, que hacía referencia a multiplicidad de características naturales y culturales, y con el trascurso de los años fue dejando de lado estos requisitos y comenzó a centrarse en la experiencia de la discriminación, aproximándose cada vez más al concepto sociológico.

3. El concepto clásico de minoría

El derecho interno de nuestro país no hacía referencia a las minorías. La Argentina, sin embargo, firmó múltiples tratados internacionales de derechos humanos que trataban entre otras temáticas los derechos de las minorías. Debemos pues, remitirnos al derecho internacional para comprender la situación de las minorías en el derecho argentino antes de la reforma de la Constitución Nacional de 1994.

En 1979 Francesco Capotorti, en el marco del trabajo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la ONU, propuso la siguiente definición de minoría:

“Un grupo numericamente inferior al resto de la población de un Estado, en una posición no dominante, cuyos miembros, siendo nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de aquellas del resto

³ Fassin, Éric, en AAVV, *El Atlas de las minorías. Étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales...* Le monde diplomatique, Capital intelectual, Fundación Mondiplo, Buenos Aires, 2013.



de la población y muestran, aunque sea sólo implícitamente, un sentido de solidaridad dirigido a preservar su cultura, tradiciones, religión o idioma.⁴

Esta definición, a la que podemos denominar *clásica*, concuerda en general con la que daba la doctrina mayoritaria de la época. En ella podemos distinguir una doble dimensión objetiva y subjetiva. Desde un punto de vista objetivo, un grupo para ser considerado minoritario debe cumplir con cuatro requisitos: ser numéricamente inferior al resto de la población del Estado; encontrarse en una posición no dominante; que sus miembros sean nacionales del Estado; y poseer características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieran de las del resto de la población. Desde un punto de vista subjetivo, debe tener un sentido de solidaridad, llamado más comúnmente de pertenencia al grupo, que lo lleve a querer preservar estas características diferentes⁵.

Como vemos, se trata de una definición de minoría más bien estrecha, completamente alejada de la que da la sociología. El requisito de inferioridad numérica impediría, por ejemplo, considerar a la población negra de Sudáfrica y Namibia durante el *apartheid* como una minoría, dado que era cuatro veces superior a la población blanca del lugar. La necesidad de ser nacional del país del Estado del que se trata no nos permitiría considerar minoría a los refugiados sirios en Europa o a los bolivianos radicados en la Argentina. Circunscribir las características que diferencian a la minoría únicamente a las étnicas, religiosas o lingüísticas evitaría que pudiéramos hablar de minorías de género.

Asimismo, requerir un sentido de solidaridad al grupo minoritario para ser considerado como tal significa limitar el concepto únicamente a las comunidades⁶, dejando de lado a conjuntos de personas que pese a compartir determinadas características carecen de unidad como grupo, como sería por ejemplo el caso de los enfermos de SIDA.

⁴ Citado en AAVV, *El Atlas de las minorías. Étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales....* Le monde diplomatique, Capital intelectual, Fundación Mondiplo, Buenos Aires, 2013.

⁵ El Diccionario de la Real Academia Española se hace eco de esta definición, describiendo a la minoría en su tercera acepción como “en materia internacional, parte de la población de un Estado que difiere de la mayoría de la misma población por la raza, la lengua o la religión”.

⁶ En el sentido sociológico del término tal como lo usa Tönnies, refiriéndose al conjunto de personas unidos por los vínculos de la sangre, la vecindad, y la cooperación.



El derecho internacional sigue por lo general esta definición de *minoría*. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se refiere a “*minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*”; la Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas trata, ya desde su título, de “la existencia y la identidad *nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística* de las minorías”; y la Convención sobre los Derechos del Niño habla de “*minorías étnicas, religiosas o lingüísticas* o personas de origen indígena⁷”.

En consecuencia, si bien la idea de asegurar la igualdad de todos los hombres está presente en el espíritu de la ordenación internacional, la estrechez de los conceptos que se utilizan impide que se le garantice el derecho a la igualdad a multiplicidad de personas en situación de inferioridad.

4. El concepto amplio de minoría

A partir de la Segunda Guerra Mundial, comienza a expandirse por Europa el neoconstitucionalismo. Este movimiento busca fortalecer la importancia de la Constitución en el derecho de los Estados, y dentro de ésta particularmente los derechos humanos, que pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento jurídico del Estado y extienden también su influjo a las relaciones privadas⁸.

Una de las consecuencias que tiene esta revalorización de los derechos humanos es que comienza a aplicarse un concepto más extenso de minoría, que permite aplicar el derecho a la igualdad a una mayor cantidad de personas que quedaban excluidas por la rígida definición clásica. Esta definición, a la que podemos denominar definición *amplia*, no está expresamente especificada en ningún texto doctrinario, pero puede deducirse de la

⁷ Expresión que implica, interesantemente, que las personas de origen indígena no son consideradas una minoría para dicha Convención. Aquí se puede observar claramente lo acotado de la definición clásica de minoría: debido al predominio de la población indígena en múltiples Estados, no puede ser considerada una minoría por no encontrarse en situación de inferioridad numérica, pese a cumplir con los restantes requisitos.

⁸ Santiago, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XXXV (2008)



práctica legislativa y jurídica. Consiste básicamente en dejar de lado la circunscripción de las diferencias que caracterizan a las minorías a únicamente étnicas, religiosas o lingüísticas, aceptando también que otras diferencias con respecto a la mayoría pueden caracterizar a una población como minoritaria. Se flexibilizan también aunque sin ignorarse del todo los requisitos de inferioridad numérica, nacionalidad y sentido de pertenencia, poniéndose el énfasis en la posición no dominante con respecto al resto de la población.

La reforma de la Constitución Nacional de nuestro país que tuvo lugar en 1994 responde a las ideas del movimiento neoconstitucionalista⁹. A partir de la misma, los tratados internacionales de derechos humanos pasan a tener ahora jerarquía constitucional¹⁰. Entre ellos se incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 2° reza:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Vemos como las distinciones que menciona la Declaración como intrascendentes para el derecho van mucho más allá de las simples “étnicas, religiosas y lingüísticas” de la definición *clásica*¹¹.

En consonancia con el nuevo espíritu de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país comienza a apelar cada vez más a los derechos humanos en sus resoluciones, y al hacerlo, aplica este concepto *amplio* de minoría que mencionamos.

⁹ Santiago, Alfonso, op. cit.

¹⁰ La ubicación exacta de los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico está discutida. Para un análisis del tema, cfr. Rosetti, Andrés, “Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en la Argentina”, en Bazán, Víctor (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo I*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 331 a 352

¹¹ Es digna de mención la referencia al final de dicho artículo a “cualquier otra condición”, que responde a una definición amplísima de minoría, que no tiene en cuenta cuales son las diferencias entre la minoría y la mayoría para calificar a la primera como tal.



Así, en el caso “Portillo”¹², la Corte considera como minoría a un objetor de conciencia:

La libertad civil asentada por la Constitución se extiende a todos los seres humanos por su simple condición de tales, y no por la pertenencia a determinados grupos o por su profesión de fe respecto de ideales que puedan considerarse mayoritarios. La democracia, desde esta perspectiva, no es sólo una forma de organización del poder, sino un orden social destinado a la realización de la plena personalidad del ser humano. De otro modo, no se habrían establecido derechos individuales para limitar anticipadamente la acción legislativa; por el contrario, se hubiera prescripto al legislador la promoción del bienestar de la mayoría de la población, sin tener en consideración a las minorías.

En el caso ALITT¹³, habla de minorías sexuales:

El "bien común" no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares (...) ...no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales...

Aunque sin usar expresamente el término *minoría*, en el caso Mignone¹⁴ la Corte se refiere al derecho a la igualdad de los presos; en el caso González de Delgado¹⁵, al de las mujeres; en el caso Asociación Benghalensis¹⁶, al de los enfermos de SIDA; y en el caso

¹² Fallos 312:496 (1989)

¹³ Fallos 329:5266 (2006)

¹⁴ Fallos 325:524 (2002)

¹⁵ Fallos 323:2659 (2000)

¹⁶ Fallos 323:1339 (2000)



Sejean¹⁷, al de los divorciados; con lo que demuestra con claridad que toma una definición amplia del concepto.

5. Hacia un concepto amplísimo de minoría

Creemos que el proceso de ampliación del concepto de minoría no se detiene aquí. Inspirada por los principios del neoconstitucionalismo, la jurisprudencia argentina va dando paso poco a poco a la aplicación de una definición *amplísima* de minoría, coincidente con la definición sociológica del término, que dejaría de lado los requisitos de inferioridad numérica, nacionalidad y sentimiento de pertenencia, y se abstraería totalmente de la entidad de las diferencias que separan al grupo minoritario del resto de la población, quedando como único requisito para ser considerado una minoría la posición no dominante del grupo y la discriminación que por lo tanto está expuesta a sufrir.

De este modo, vemos como en ciertos fallos los tribunales de nuestro país han tratado casos de discriminación hacia grupos que únicamente podrían ser considerados como minorías dentro de esta definición amplísima que proponemos. A estos grupos los podríamos denominar *minorías atípicas*, por no estar mencionados específicamente por ninguna legislación¹⁸. En consecuencia, a la hora de resolver, los tribunales se ven obligados a aplicar disposiciones legislativas de carácter más general.

Así en el fallo Arenzón¹⁹, la Corte ordenó la matriculación del actor en el Instituto Nacional Superior de Profesorado doctor Joaquín V. González, pese a que el mismo no contaba con la estatura mínima de 1,60 m. exigido por una resolución ministerial. Sostuvo:

la resolución (...) comporta una reglamentación manifiestamente irrazonable de los derechos de enseñar y aprender (si es que no excediese la potestad acordada al

¹⁷ Fallos 308:2310 (1986)

¹⁸ A excepción de la mencionada alusión a *otras condiciones* de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹⁹ Fallos 306:400 (1984)



Poder Ejecutivo por él art. 86, inc. 2º; Constitución Nacional, aspecto sobre el que no media agravio), afecta la dignidad de las personas que inicualemente discrimina, y, por lo mismo, conculca las garantías consagradas en los arts. 14, 16, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema reconoce aquí la existencia de la discriminación en contra de las personas de baja estatura, y la encuadra como violatoria del derecho a la igualdad del art. 14 de nuestra Constitución.

En el caso *Irusta*²⁰, en el año 2014, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tuvo ocasión de tratar el planteo de un policía que aducía que su paso a retiro había sido discriminatorio, al haber sido motivado por el sobrepeso del actor. Si bien dicho Tribunal consideró que el paso a retiro había estado fundado en razones de servicio y no en la obesidad del actor, admitió que si ese hubiera sido el caso ello hubiera implicado la violación de derechos y garantías constitucionales, aunque sin especificar cuales.

En el caso “*Ferrero Petri Gisela Carolina c/ Fullrapid S.A. y otros p/ Daños y Perjuicios*”, la actora denunció haber sido despedida de su trabajo debido a su fealdad, luego de haber perdido todo su cabello por un tratamiento oncológico, quedando calva y sin cejas ni pestañas. Si bien la causa no tiene todavía sentencia definitiva, en el año 2015, la Primera Cámara del Trabajo de Mendoza hizo lugar a medidas cautelares considerando verosímil la pretensión de la actora²¹. Encuadró el caso dentro de la violencia contra las mujeres, considerando aplicable la Ley Nacional de Violencia contra la Mujer.

Vemos cómo en estos casos, los tribunales tratan la discriminación de las personas de baja estatura, obesas, o feas, que no podrían ser considerados como minorías según la definición *clásica* y de los que tampoco se suele hablar cuando se sigue una definición

²⁰ Accesible desde http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?enc=mEFPCR7tIpjWA+IxPfrJMA== al (último acceso 4/9/16)

²¹ Accesible desde <http://www.infojus.gob.ar/descarga-archivo?guid=uvwnoved-ades-viol-enci-adegeneropdf&name=violenciadegenero.pdf> (último acceso 4/9/16)



amplia. De este modo, responden tácitamente a esta definición *amplísima* que mencionamos.

El fallo que considero que muestra con mayor claridad el concepto amplísimo de minoría es el del caso Apeteco²² del año 2014. Dos jóvenes a los que se les impidió el ingreso al boliche Apeteco de la localidad de Mendoza aduciendo que “no eran clientes”, demandaron al local acusándolo de discriminación. Según ellos, el verdadero motivo por el que se les vedó el ingreso fue el ser “de baja estatura y piel morena”. Al contestar la demanda, la defensa del boliche sostuvo que el motivo por el que no se dejó entrar a los actores fue que el local estaba lleno, negando cualquier tipo de intención discriminatoria. Y, además, insistió en que

el demandante en ningún momento menciona cuál habría sido el motivo por el que cree que habría sido discriminado (si por su raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, etc.,)

En otras palabras, la demandada sostiene que no habría un caso de discriminación porque su accionar no se corresponde con la que llamamos definición *amplia* del concepto de minoría.

Al fallar, el Tribunal de Gestión Judicial Asociada N°1 de Mendoza sostuvo que

la entrada al salón le fue prohibida a los accionantes, mientras que no a los restantes integrantes del grupo de amigos, aunque contradictoriamente la accionada sostiene que dicha prohibición se originó en hallarse colmado el local bailable (...) La negativa a posibilitar el acceso a los actores (...) no haya

²² Accesible desde <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/051/158/000051158.pdf> (último acceso 4/9/16)



fundamento legítimo alguno, en tanto una negativa infundada equivale a una discriminación por exceso.

En ningún momento se refiere al motivo que pudo haber provocado el acto discriminatorio. Con lo que aplica la definición *amplísima* del concepto: más allá de las características que tenga el grupo minoritario discriminado, el sólo hecho de que se le dé un trato diferenciado de manera arbitraria ya permite hablar de discriminación.

6. Conclusión

Con el correr de los años, el derecho ha ido flexibilizando el concepto de minorías que empleaba, pasando de la rígida definición que sólo podía aplicarse a las minorías nacionales para incluir dentro del mismo a cada vez más grupos de personas. Si esta tendencia continúa, el concepto jurídico de minoría terminará siendo equivalente al concepto sociológico, pasando a referirse a cualquier grupo de personas que sufra discriminación. Este proceso es positivo, porque implica ampliar los derechos y las garantías de los seres humanos, otorgándole la protección que las leyes y tratados dispensan a las minorías a un número cada vez mayor de personas.

En este proceso de ampliación de derechos es de vital importancia la actuación de los órganos judiciales, que tiende a adaptarse a las nuevas ideas con mayor facilidad que la legislación. Tal como pudimos observar en este trabajo, mientras algunos tribunales ya aplican una definición *amplísima* de minoría, las leyes y tratados continúan utilizando una definición estrecha. De tal modo, sin ignorar las obligaciones que pesan sobre el legislador, recaerá por sobre todo sobre los jueces la tarea de devolverle su verdadero sentido al derecho humano a la igualdad, dejando atrás las limitaciones arbitrarias que le han sido efectuadas a lo largo de la historia.

Bibliografía



AAVV, *El Atlas de las minorías. Étnicas, nacionales, sociales, lingüísticas, religiosas, sexuales....* Le monde diplomatique, Capital intelectual, Fundación Mondiplo, Buenos Aires, 2013.

Alegre, Marcelo y otro, *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Editorial Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.

Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Espasa Libros, Madrid, 2014.

Santiago, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XXXV (2008), accesible desde <http://www.ancmyp.org.ar/> (último acceso 4/9/16)

Documentos

Fallos. Colección oficial de fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

Fallos de otros tribunales inferiores