

Senado de la Nación
Secretaría Parlamentaria
Dirección General de Publicaciones

(S-1552/16)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS - MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL - ABROGACIÓN DE LA LEY 23.592 Y SUS MODIFICATORIAS

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES Capítulo Único

Artículo 1.- Objeto. La presente Ley tiene por objeto promover la igualdad en la diversidad, erradicar prejuicios y estereotipos estigmatizantes y prevenir, sancionar y eliminar todas las formas de discriminación.

Artículo 2.- Definición. Se consideran discriminatorios:

- a) Aquellos actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos o en normas complementarias o concordantes, a personas, grupos de personas o asociaciones, bajo pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos personales, sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal, antecedentes penales y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente;
- b) Toda acción u omisión que a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores, íconos o signos transmita y/o reproduzca dominación, desigualdad y/o discriminación en

las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de pretextos discriminatorios;

c) Aquellas conductas que tiendan a causar daño emocional o disminución de la autoestima, perjudicar y/o perturbar el pleno desarrollo personal y/o identitario, degradar, estigmatizar o cualquier otra conducta que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación de las personas bajo cualquier pretexto discriminatorio.

Las consideraciones de la presente Ley y la protección por ella brindada, deben entenderse como dirigidas a la protección de los derechos de los grupos socialmente vulnerados, en un contexto sociopolítico determinado por una relación asimétrica de poder determinante de tal vulneración.

El carácter discriminatorio de los actos u omisiones mencionados en este artículo es independiente de que la persona que cometa la conducta, la perciba o no como discriminatoria. Tampoco incidirá en la evaluación del carácter discriminatorio de la conducta que el pretexto que la determinó coincida o no con características de la persona afectada.

Artículo 3.- Actos discriminatorios por orden o encargo. Las conductas discriminatorias serán pasibles de ser reprochadas tanto a título personal de la persona que las realiza, como de quien haya impartido órdenes o directivas para su realización. Ninguna persona podrá valerse de razones de obediencia u órdenes recibidas, para la realización y/o justificación de conductas manifiestamente ilegítimas y reprochadas por esta ley como discriminatorias.

Toda sanción disciplinaria o cualquier otro tipo de represalia dispuesta en una situación asimétrica de poder, en contra de la/s persona/s que se haya/n opuesto a realizar cualquier práctica considerada discriminatoria por esta Ley, o que haya/n participado en un procedimiento administrativo o judicial, sea en carácter de parte, testigo o denunciante contra tales actos u omisiones prohibidas, será considerada como discriminatoria para con dicha/s persona/s.

Artículo 4.- Acciones positivas y opiniones políticas. Las medidas de acción positiva en ningún caso son consideradas discriminatorias, y se debe propiciar la inclusión normativa de las mismas y el cumplimiento de las existentes.

Las opiniones políticas que versen sobre ideología y religión, no serán consideradas discriminatorias por el mero hecho de someter determinados dogmas a debate.

Artículo 5.- Aplicación e interpretación. Principio "pro persona". En caso de duda sobre la aplicación de una norma o un conjunto de normas prevalecerá la más favorable a la protección de los derechos y la dignidad de la/s persona/s afectada/s por presuntas conductas discriminatorias.

Si la duda recayese en la interpretación o alcance de una norma, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces/as o encargados/as de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable a la/s persona/s presuntamente discriminada/s.

TÍTULO II PROCEDIMIENTO CONTRA ACCIONES DISCRIMINATORIAS

Capítulo I Legitimación y presunciones

Artículo 6.- Legitimación civil y administrativa. Se encuentran legitimados/as para interponer acciones judiciales y/o administrativas por conductas u omisiones discriminatorias, la persona o grupo de personas afectadas por las mismas, el/la Defensor/a del Pueblo de la Nación y los/as Defensores/as del Pueblo de cada una de las jurisdicciones locales, el Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y el Racismo (INADI), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la Defensoría del Público de los Servicios de Comunicación Audiovisual y los máximos organismos con competencia en la materia de cada una de las jurisdicciones, así como las organizaciones y asociaciones que propendan a la defensa de los derechos humanos, la eliminación de toda forma de discriminación o la promoción de los derechos de las personas discriminadas .

Para el inicio de las acciones judiciales derivadas de la presente Ley, no es necesario el agotamiento de la vía administrativa.

Artículo 7.- Legitimación penal. Los organismos públicos y personas físicas y jurídicas mencionados en el artículo anterior se encuentran legitimados/as para instar la acción penal en causas por los delitos tipificados en materia de discriminación, con excepción de aquellas acciones que dependan de instancia privada y de las acciones privadas conforme el art. 71 del Código Penal.

Sin embargo, si por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar la afectación causada por los hechos denunciados trascendiera la esfera individual y resultara lesiva de intereses colectivos, los organismos y las organizaciones mencionadas en el artículo anterior podrán instar la acción penal aun contra los delitos definidos como de instancia privada o como acciones privadas conforme el art. 71 del Código Penal. En tal

caso, será responsabilidad del Ministerio Público Fiscal impulsar el proceso y los/as accionantes y funcionarios/as intervinientes deben arbitrar las medidas y recaudos pertinentes para preservar la privacidad de la/s persona/s a quien/es habría correspondido instar la acción penal de no ser por la aplicación de este párrafo.

A su vez, las organizaciones y asociaciones que propendan a la defensa de los derechos humanos podrán presentarse en carácter de querellantes. También podrán hacerlo los organismos públicos mencionados en el artículo 5º, en los casos que permita la Ley.

En todos los casos, primará una interpretación amplia, tendiente a permitir la participación como querellantes de tales personas físicas y jurídicas.

Se permitirá siempre la participación de las personas físicas y jurídicas enumeradas en el art. 5º, en carácter de *amicus curiae*, consultores/as técnicos/as, peritos u otras formas que disponga el tribunal.

Artículo 8.- Presunción del carácter discriminatorio. En aquellos procesos administrativos y/o judiciales en que se haya denunciado una conducta que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías, en los términos del artículo 2º, se presume, salvo prueba en contrario, el carácter discriminatorio de la conducta denunciada. Salvo legislación en contrario, la parte actora deberá probar los hechos denunciados más allá de la presunción establecida en el presente artículo sobre el carácter discriminatorio de los mismos. En tales casos, corresponderá a la parte demandada o accionada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta, su legitimidad, proporcionalidad y el carácter no discriminatorio de la misma.

Las presunciones y la inversión de la carga probatoria establecidas en este artículo, no rigen en los procesos contravencionales o penales.

Artículo 9.- Actos públicos. Presunción del carácter discriminatorio. En aquellos procesos administrativos y/o judiciales en los que se haya cuestionado una disposición dictada por autoridad pública por impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías, en los términos del artículo 2º, se presume, salvo prueba en contrario, el carácter discriminatorio de la conducta denunciada. Dicha presunción conlleva la inversión de la carga de la prueba, la cual sólo puede ser desvirtuada acreditando la razonabilidad de la disposición mediante la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a) la existencia de un interés público legítimo y preponderante;
- b) la relación directa y proporcionalidad entre los medios utilizados y la satisfacción del interés mencionado en el inciso anterior;
- c) la imposibilidad de alcanzar el mismo fin mediante alternativas menos lesivas.

Ante la intervención judicial, el trato diferencial y la eventual concurrencia de las condiciones mencionadas deben ser sometidas a un escrutinio judicial estricto.

Las disposiciones de política económica que impliquen distinciones basadas en el nivel de ingresos, riqueza, capacidad contributiva u otras categorías de carácter económico, que tengan por objeto y/o efecto una redistribución progresiva del ingreso o la riqueza, se consideran medidas de acción positiva.

Capítulo II Sentencia

Artículo 10.- Acciones judiciales y administrativas. Reparación. La persona o grupo de personas que se considere/n afectadas por la comisión de un acto discriminatorio puede/n requerir por vía judicial o administrativa, según corresponda, el cese del acto discriminatorio y/o la obtención del resarcimiento de los daños que el hecho, acto u omisión le ocasiona y/o la condena en caso de cometerse algún delito tipificado por el Código Penal.

Artículo 11.- Intimación al cese. Acreditado indiciariamente el acto de discriminación, el/la juez/a o la autoridad administrativa competente debe intimar al/a la responsable a dejarlo sin efecto o a cesar en su realización, según el caso. Cuando corresponda, debe arbitrar también las medidas tendientes a garantizar el acatamiento de la intimación y a evitar la reiteración de dichos actos por parte del/de la demandado/a, denunciado/a y/o accionado/a.

Artículo 12.- Presunción y autonomía del daño moral. Sin perjuicio de cualquier otra indemnización o sanción que pueda corresponder, se presume cierto -salvo prueba en contrario- el daño moral ocasionado por la conducta u omisión discriminatoria.

Para la acreditación y consecuente reparación del daño moral, no es necesario acreditar que concurren otros daños y perjuicios ocasionados por el acto denunciado.

Artículo 13.- Reparación del daño colectivo. Cuando por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar, el tribunal entienda que existe una afectación

social a un grupo de personas, conforme lo establecido en el artículo 2º de la presente Ley, sin perjuicio de otras indemnizaciones o sanciones que correspondan, la sentencia por actos u omisiones discriminatorias debe contener medidas de reparación del daño colectivo, entre ellas:

- a) financiamiento y/o participación en campañas públicas de sensibilización y concientización sobre los efectos negativos de la discriminación;
- b) financiamiento y/o participación en programas de capacitación e información sobre derechos humanos, derecho a la igualdad y no discriminación;
- c) financiamiento y/o participación en la implementación de medidas a favor del grupo discriminado;
- d) financiamiento de asociaciones civiles cuyo objeto sea velar por los derechos del grupo discriminado;
- e) emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado.

En todos los casos, a los efectos de determinar dichas medidas y su cuantía, el/la juez/a debe tener en cuenta la gravedad y trascendencia de la conducta u omisión discriminatoria y debe procurar siempre que la comisión del acto discriminatorio o la omisión no resulte más beneficiosa al/a la infractor/a que el cumplimiento de la/s medida/s dispuesta/s. También se tendrán en cuenta las propuestas de las organizaciones promotoras de los derechos del grupo afectado hayan intervenido en el proceso o sean citadas por el/la juez/a a tal fin.

Artículo 14.- Sensibilización, capacitación y concientización. La condena por discriminación, tanto en procesos individuales como colectivos, deberá contener medidas de sensibilización, capacitación y concientización a la persona responsable del acto discriminatorio, que podrán consistir en:

- a) asistencia a cursos sobre derechos humanos y discriminación;
- b) realización de tareas comunitarias, por el tiempo que determine la sentencia, vinculadas a los hechos por los que se lo/a condena, tareas que podrán ser realizadas en asociaciones que tengan por objeto la defensa de los derechos del grupo discriminado, con el consentimiento de las mismas;
- c) cualquier otra medida que el/la juez/a considere adecuada en función de los objetivos y principios de esta Ley.

El juez podrá remitir su decisión a la autoridad de aplicación a efectos de asegurar una adecuada implementación de las medidas correspondientes.

Artículo 15.- Actos gravemente discriminatorios. A los efectos de la determinación de las indemnizaciones, penalidades o sanciones

impuestas por actos u omisiones discriminatorias, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas complementarias y concordantes, el juez podrá tener en consideración las siguientes circunstancias:

- a) la reiteración de conductas u omisiones contrarias a la presente Ley;
- b) la afectación a un grupo de personas;
- c) que la infracción sea cometida por funcionario/a o empleado/a público/a en el ejercicio de sus funciones;
- d) la negativa a poner fin a la práctica discriminatoria habiéndose intimado a ello por cualquier medio;
- e) el eventual beneficio económico obtenido mediante la conducta u omisión discriminatoria;
- f) que la conducta u omisión discriminatoria haya sido cometida aprovechando una situación asimétrica de poder;
- g) que la conducta u omisión se cometa en el contexto de una situación de violencia o acoso laboral;
- h) que el hecho sea cometido contra un niño, una niña o un/a adolescente;
- i) que la conducta u omisión se dé en el contexto de una situación de acoso en el ámbito escolar;
- j) que el acto u omisión se cometa abusando de la función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario;
- k) que la acción u omisión sea cometida por un grupo de personas cuando esto resultara en una situación de mayor indefensión relativa de la/s persona/s afectada/s o aumentara en cualquier modo la afectación de derechos ocasionada;
- l) que la acción u omisión sea cometida por un grupo de personas conformado como organización con el fin de realizar actos discriminatorios contra una persona o grupo de personas en particular.

TÍTULO III POLÍTICAS PÚBLICAS

Capítulo I Prevención de actos discriminatorios

Artículo 16.- Prevención de la discriminación. El Estado en todos sus poderes y niveles de gobierno debe arbitrar los medios necesarios y desarrollar políticas públicas orientadas a la prevención de la discriminación y a formar e informar a la ciudadanía sobre las consecuencias negativas de la discriminación sobre el conjunto de la sociedad y sobre cada grupo vulnerado en particular, en pos de una sociedad más igualitaria en la diversidad.

Constituyen aspectos prioritarios de aplicación de la política pública de igualdad y no discriminación el acceso igualitario y la erradicación de

la discriminación en los servicios de salud, educación y sociales; el acceso, permanencia y condiciones de empleo; el acceso a establecimientos privados de acceso público, incluyendo espectáculos deportivos y artísticos, con especial énfasis en aquellas personas o grupos susceptibles de experimentar situaciones de discriminación cruzada o múltiple.

Artículo 17.- Acciones y políticas públicas específicas. El Poder Ejecutivo Nacional, de las Provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios deben:

- a) realizar campañas de difusión masiva en medios gráficos y audiovisuales sobre los derechos reconocidos en la presente Ley y los procedimientos previstos para la denuncia de los actos discriminatorios, garantizando el alcance nacional y dirigido a todos los sectores de la sociedad;
- b) implementar medidas de promoción de los derechos de los grupos históricamente discriminados y vulnerados, de prevención de los actos de discriminación y de seguimiento de todo lo relativo a la aplicación de esta Ley, preferentemente a través de áreas de gobierno creadas específicamente a dichos fines;
- c) revisar todas las disposiciones normativas y prácticas establecidas a fin de identificar aquellas que puedan resultar discriminatorias conforme los principios establecidos en la presente ley, y modificarlas o proponer las modificaciones necesarias, según las competencias.

Capítulo II

Difusión de la normativa de protección contra la discriminación

Artículo 18.- Cartel informativo. Se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso de todos los lugares de acceso público, en forma clara y visible, un cartel con la siguiente leyenda:

"PROHIBIDO DISCRIMINAR

Ud. tiene el derecho a ser tratado/a en condiciones de igualdad con el resto de las personas que ingresan a este lugar. Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede realizar la denuncia ante la autoridad administrativa, policial y/o judicial, quienes tienen la obligación de tomarla. Ud. tiene derecho a recibir asesoramiento y asistencia gratuita en las siguientes oficinas públicas:".

A continuación de la leyenda mencionada se deben exhibir los datos de contacto telefónico, domicilio y correo electrónico de la Defensoría del Pueblo de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, el Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo (INADI), y todo otro organismo que la reglamentación establezca. Las autoridades provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y

municipales, por vía reglamentaria, deben agregar a este listado los organismos públicos locales que sean competentes en cada caso.

El cartel señalado debe tener una dimensión como mínimo de cuarenta (40) centímetros de ancho por cincuenta (50) centímetros de alto, y estar dispuesto verticalmente en un lugar visible previo al control de ingreso al lugar. En los establecimientos en los que suela hacerse un control de ingreso en las inmediaciones de la entrada, por fuera del propio recinto, se sumará la obligación de exhibir otro cartel con igual contenido y dimensiones en un lugar visible previo a donde efectivamente se realice dicho control.

Se prohíbe el agregado o la exhibición por separado de cualquier otra leyenda que contradiga lo establecido en este artículo o las disposiciones y principios de la presente ley. En particular, se prohíbe cualquier mención al derecho de admisión y permanencia que sugiera el carácter ilimitado e irrestricto de tal derecho.

Todo cartel que mencione el derecho a la admisión y/o permanencia, debe ir siempre acompañado del texto completo del art. 4º de la ley 26.370 en caracteres de tamaño y tipografía similares.

Artículo 19.- Sanción. El/la propietario/a, organizador/a y/o persona física o jurídica responsable del lugar de acceso público que incumpla total o parcialmente con lo dispuesto en el artículo precedente serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso, sin perjuicio de otras sanciones que las autoridades nacionales y/o locales pudieran establecer:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa de dos (2) a quince (15) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional. Los montos mínimo y máximo se aumentarán al doble en ocasión de la comprobación de un segundo incumplimiento;
- c) Clausura del establecimiento por un plazo de hasta treinta (30) días;
- d) Clausura definitiva del establecimiento.

En todos los casos, la autoridad local competente en materia de habilitaciones será la encargada de cobrar la multa y de determinar su monto preciso, teniendo en cuenta la facturación promedio del local y, en particular, teniendo en cuenta el beneficio de un potencial incumplimiento, así como la eventual existencia de denuncias por discriminación que se hayan realizado sobre el lugar ante los órganos competentes para su recepción.

Los órganos nacionales y locales que lleven registros de denuncias por discriminación tendrán el deber de informar sobre la existencia de las mismas ante el requerimiento de las autoridades que así lo soliciten para dar cumplimiento de la graduación dispuesta en el párrafo precedente.

Artículo 20.- Difusión en el ámbito educativo. El Ministerio de Educación en el marco del Consejo Federal de Educación arbitrará los medios para incorporar en la educación de gestión estatal y privada, como contenido específico en el programa oficial de educación, el conocimiento de los principios establecidos en la presente Ley y de los procedimientos de denuncia previstos ante actos u omisiones discriminatorias. La problemática de la discriminación debe ser incluida con carácter transversal y debe abarcar las situaciones particulares de todos los grupos socialmente vulnerados.

Para la implementación de las políticas establecidas en este artículo se fomentará la participación de las organizaciones orientadas a proteger y promover el ejercicio de los derechos de las personas víctimas de discriminación.

Artículo 21.- Difusión en el ámbito público. Las autoridades máximas de todos los poderes y niveles de gobierno, considerando los lineamientos establecidos por la autoridad de aplicación, arbitrarán los medios para capacitar a funcionarios/as y empleados/as públicos/as en los principios de la presente Ley y en los procedimientos previstos para la denuncia de actos discriminatorios.

TÍTULO IV DISCRIMINACIÓN EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

Capítulo Único

Artículo 22.- Prevención y sanción de expresiones discriminatorias en espectáculos deportivos. Incorpórase a continuación del art. 52 de la Ley 23.184, con sus modificatorias, como "Capítulo VIII", el siguiente texto:

"Capítulo VIII

Prevención y sanción de expresiones discriminatorias en espectáculos deportivos

Artículo 52 Bis.- Si durante el desarrollo de un espectáculo deportivo tuvieran lugar cánticos, insultos o cualquier tipo de expresiones discriminatorias o que agraven a un grupo específico en función de etnia, color de piel, nacionalidad, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas, filosóficas, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género y/o

su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal, antecedentes penales o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, temporal o permanente, la autoridad que ejerza de árbitro o quien fuera competente procederá a la inmediata interrupción del certamen.

La competencia sólo podrá ser restablecida si hubiese cesado la conducta que originó la interrupción. En caso contrario o si esto no sucediera en un tiempo prudencial, se deberá proceder a la suspensión definitiva del espectáculo.

También se procederá a la suspensión definitiva del espectáculo cuando habiéndose interrumpido previamente por las conductas mencionadas en el primer párrafo, estas se reiteraran.

Los/as propietarios/as de los establecimientos donde tenga lugar el certamen tienen la obligación de difundir al inicio del mismo por medios sonoros o audiovisuales, lo establecido en el primer párrafo. Igual obligación tendrán en caso de producirse la interrupción del certamen por dichos motivos. También pesa sobre los/as mismos/as la obligación de impedir el ingreso de carteles, banderas o cualquier otro material que contenga expresiones discriminatorias.

En todos los casos, inmediatamente después de la conclusión de la competencia en donde se hayan producido conductas discriminatorias, las autoridades de la disciplina deportiva en cuestión, junto a el/la/os/as competidor/a/s y/o clubes que participen, deberán emitir un comunicado público de desagravio a la/s persona/s y/o grupo/s agraviado/s."

"Artículo 52 Ter.- El certamen suspendido definitivamente por los motivos enunciados en el art. 52 Bis -segundo y tercer párrafo- sólo podrá completarse en una fecha posterior -si las autoridades deportivas competentes decidieran que se complete- sin la presencia de público y cumplido lo establecido en el último párrafo del artículo 52 bis."

"Artículo 52 Quater.- Cuando la autoridad que ejerza de árbitro o quien fuera competente para proceder a la interrupción y/o suspensión mencionada en el art. 52 Bis, habiendo escuchado o habiendo recibido notificación verbal de las conductas reprochadas en ese artículo, omitiera cumplir con lo allí dispuesto, será sancionado/a con multa de dos (2) a quince (15) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional.

Cuando los/as propietarios/as del establecimiento deportivo incumplieran algunas o todas las obligaciones establecidas en el art. 52 Bis, cuarto párrafo, serán sancionados/as con multa de cinco (5) a veinte (20) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional."

"Artículo 52 Quinquies.- Las conductas mencionadas en el primer párrafo del art. 52 Bis serán reprimidas con la pena prevista en el art. 110 Bis del Código Penal y prohibición de seis (6) meses a dos (2) años de concurrir a espectáculos deportivos."

TÍTULO V DISCRIMINACION EN EL EMPLEO

Capítulo Único

Artículo 23.- Modificación - Prohibición de discriminación. Modifícase el Artículo 17 de la ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, que quedará redactado de la siguiente forma:

"Artículo 17.- Prohibición de discriminación – Efectos. Se prohíbe cualquier acto u omisión que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, la igualdad real de oportunidades o de trato de un trabajador/a, por motivo o pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, perfil genético, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos personales, sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal, antecedentes penales y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente.

El empleador/a, agencias de publicidad, consultoras de recursos humanos o cualquier persona física o jurídica intermediaria que incurra en discriminación deberá, a pedido del/de la trabajador/a damnificado/a o de la autoridad administrativa o judicial competente, dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, reponer la situación al momento anterior a producirse el acto discriminatorio, y reparar el daño moral y material ocasionado.

En aquellos procesos en que se haya denunciado una conducta en los términos del presente artículo y que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la pertenencia a un grupo socialmente vulnerado, se presume, salvo prueba en contrario, el carácter discriminatorio de la conducta denunciada. En tales casos, corresponderá a la parte

demandada o accionada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta, su legitimidad, proporcionalidad y el carácter no discriminatorio de la misma. Salvo norma en contrario, la parte actora deberá probar los hechos alegados más allá de la presunción establecida en el presente artículo sobre el carácter discriminatorio de los mismos.”

Artículo 24.- Modificación- Igualdad de trato. Modifícase el Artículo 81 de la ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, que quedará redactada de la siguiente forma:

“Artículo 81.- Igualdad de trato. El empleador debe dispensar a todos/as los/as trabajadores/as igual trato en identidad de situaciones. Se considerará arbitrario el trato desigual si, actuando el/la empleador/a con las facultades que le están conferidas por esta ley, hiciere diferenciaciones negativas que no respondan a causa justificada en la idoneidad.

Corresponderá al empleador acreditar la objetividad, razonabilidad, legitimidad y proporcionalidad del trato diferente.

La exigencia de igualdad de trato no podrá afectar las condiciones más favorables que tenga reconocidas el trabajador, provenientes del contrato de trabajo que lo vincula al empleador, o cualquier acción que implique una medida de acción afirmativa.”

Artículo 25.- Incorporación- Indemnización por discriminación: Incorporase como Artículo 245 bis de la ley N° 20.744, Ley de Contrato de Trabajo, el siguiente texto:

“Artículo 245 bis.- Indemnización por discriminación. Opción de reincorporación. En caso de incumplimiento de alguna de las prohibiciones previstas en los artículos 17 y 81, el/la empleador/a abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245.

En caso de despido por discriminación, el/la empleador/a estará obligado a reincorporar al/a la trabajador/a, a pedido de éste/a, o al pago de la indemnización prevista en el párrafo anterior.

En caso de que el empleado/a haga opción por la reincorporación, el/la empleador/a deberá abonar los salarios caídos y el pago del interés capitalizable a favor del trabajador, más todas las cargas y contribuciones no realizadas durante el período que haya durado el distracto laboral y una indemnización equivalente al 50% del salario bruto no percibido en dicho lapso, la cual se sumará a tales conceptos.”

TÍTULO VI MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL

Capítulo Único

Artículo 26.- Agravantes genéricos. Incorpórase al Título V del Libro Primero del Código Penal como art. 41 sexies el siguiente texto:

"Art. 41 sexies.- Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por este Código o leyes complementarias, cuando sea cometido por persecución u odio bajo pretexto de etnia, color de piel, nacionalidad, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal o antecedentes penales.

En ningún caso se podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

Artículo 27.- Acción pública en calumnias e injurias discriminatorias. Sustitúyase el inciso 1, del art. 73, del Código Penal por el siguiente texto:

"1. Calumnias e injurias, salvo en el caso del art. 110 bis;"

Artículo 28.- Acción pública en violación de secretos con intención discriminatoria. Sustitúyase el inc. 2, del art. 73, del Código Penal por el siguiente texto:

"2. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 117 ter, 154 y 157;"

Artículo 29.- Modificación al art. 80, inc. 4, del Código Penal. Sustitúyase el inc. 4º del art. 80 del Código Penal por el siguiente texto:

"4º Por placer, codicia, racismo, odio religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, etnia, nacionalidad, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad

lingüística, convicciones filosóficas, ideología, opinión política o gremial, edad, estado civil, situación familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal o antecedentes penales".

Artículo 30.- Delitos contra el honor y la dignidad. Sustitúyase el nombre del Título II del Libro Segundo del Código Penal, por "Delitos contra el Honor y la Dignidad".

Artículo 31.- Injurias colectivas. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como Art. 110 bis el siguiente texto:

"Artículo 110 bis.- Será reprimido con multa de dos (2) a quince (15) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional el que intencionalmente deshonrare, desacreditare o afectare la dignidad de las personas de un grupo en particular, sin determinación de persona física concreta, en relación a ciertas características reales o imaginarias que identifican a sus miembros por los pretextos enunciados en el artículo 41 sexies".

Artículo 32.- Violación de secretos con intención discriminatoria. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como art. 117 ter el siguiente texto:

"Artículo 117 ter.- Será reprimido con la pena de prisión de un (1) año a tres (3) años el que sin estar habilitado por ley, difunda, proporcione a un tercero y/o publique datos sensibles de carácter personal que no sean públicos y que revelen convicciones religiosas, filosóficas o morales, ideología, afiliación sindical, condición de salud, características genéticas, discapacidad, origen étnico, situación familiar, situación socioeconómica, hábitos sexuales u otros de carácter privado, identidad de género o su expresión, orientación sexual, origen social, o antecedentes penales.

La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando la víctima sea menor de dieciocho (18) años o incapaz.

Cuando el autor o responsable del ilícito sea cualquier persona que por su empleo o profesión tenga acceso preferencial a dichos datos sensibles, se le aplicará la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de tales funciones por el doble del tiempo de la condena. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo de la condena."

Artículo 33.- Incitación a la discriminación. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 quater el siguiente texto:

"Artículo 117 quater.- Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien por cualquier medio aliente o incite a la persecución, el odio o la discriminación contra una persona o grupo de personas por los pretextos enunciados en el artículo 41 sexies."

Artículo 34.- Propaganda discriminatoria. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 quinquies el siguiente texto:

"Artículo 117 quinquies.- Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien realice propaganda o la financie en forma pública u oculta, basada en ideas o teorías de superioridad o inferioridad de un grupo de personas, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación por los pretextos enunciados en el artículo 41 sexies."

Artículo 35.- Denegación de servicios públicos. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 sexies el siguiente texto:

"Artículo 117 sexies.- Será reprimido con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dos (2) a quince (15) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional e inhabilitación especial para ejercer su actividad por el tiempo de uno a tres años, el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación o beneficio al que tenga derecho a acceder en condiciones de igualdad o en base a acciones positivas, por los pretextos enunciados en el art. 41 sexies.

Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros, por alguno de los pretextos enunciados en el art. 41 sexies.

El funcionario público o empleado público que cometa alguno de los hechos previstos en este artículo, será reprimido con las mismas penas y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos (2) a cuatro (4) años."

Artículo 36.- Denegación de servicios particulares. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 septies, el siguiente texto:

"Artículo 117 septies.- El que en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial deniegue por los motivos enunciados en el artículo 41 sexies a una persona una prestación a la que tenga derecho a acceder

en condiciones de igualdad, será reprimido con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno (1) a cuatro (4) años."

Artículo 37.- Modificación a la Ley de Habeas Data. Sustitúyase la definición de "datos sensibles" obrante en el art. 2º de la Ley 25.326 por el siguiente texto:

"Datos sensibles: Datos personales que revelan convicciones religiosas, filosóficas, morales, ideología, afiliación sindical, condición de salud, características genéticas, discapacidad, origen étnico, situación familiar, situación socioeconómica, hábitos sexuales u otros de carácter privado, identidad de género o su expresión, orientación sexual, origen social, o antecedentes penales."

TÍTULO VII MODIFICACIONES A LA LEY DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Capítulo Único

Artículo 38.- Ubicación de carteles informativos. Modifícase el inciso 4º del artículo 29 de la Ley 26.370, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Exhibir obligatoriamente una cartelera en lugar visible y previo al control de admisión, con la nómina del personal asignado a la seguridad y, en su caso, la prestadora contratada."

Artículo 39.- Ubicación de carteles informativos. Modifícase el artículo 30 de la Ley 26.370, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Exhibir las causales de admisión y permanencia que se fijan en su propio establecimiento, donde deben incluir el valor de la entrada o consumición obligatoria si correspondiere. Las mismas deben estar en forma escrita, fácilmente legible, previo al control de admisión y en lugar visible en cada ingreso de público o taquilla de venta de localidades de los referidos lugares de entretenimientos."

Artículo 40.- Ubicación de carteles informativos. Modifícase el artículo 32 de la Ley 26.370, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"Colocar en cada ingreso de público o taquilla de venta de localidades de los referidos lugares de entretenimientos, en forma escrita y fácilmente legible, en lugar visible y previo al control de admisión, las prohibiciones y los impedimentos enunciados en los artículos 10 y 11 respectivamente."

TÍTULO VIII

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Capítulo Único

Artículo 41.- Autoridad de Aplicación. El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación de la presente Ley, la que tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

- a) establecer un mecanismo eficaz de recepción de denuncias y de asesoramiento legal sobre los procesos a seguir para víctimas de discriminación;
- b) actuar de oficio y presentar denuncias administrativas y judiciales en caso de conocer situaciones de discriminación, con consentimiento del/la/los/as afectado/a/s, o aun sin su consentimiento cuando las circunstancias del caso lo justifiquen;
- c) formular y recomendar a las autoridades correspondientes, en consulta con las organizaciones y asociaciones que propendan a la defensa de los derechos humanos, la eliminación de toda forma de discriminación o la promoción de los derechos de las personas discriminadas, medidas generales de prevención y no repetición de los actos discriminatorios denunciados;
- d) Desarrollar medidas y acciones para evitar la repetición de los actos discriminatorios.

Artículo 42.- Accesibilidad para personas con discapacidad y hablantes de lenguas locales o regionales. Los carteles informativos previstos en la presente Ley y todo otro de similar naturaleza deberán ser accesibles para personas con discapacidad, ciegas o de baja visión y redactados en función de los idiomas locales o regionales de uso en cada territorio.

Artículo 43.- Cláusula derogatoria. Derógase la Ley 23.592 y sus modificatorias.

Artículo 44.- Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el plazo de noventa (90) días de promulgada esta Ley, el Poder Ejecutivo Nacional convocará al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para acordar la eventual sustitución de la referencia al artículo 3º de la Ley 23.592 que obra en el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Ley 26.357- por el artículo 117 Quinquies del Código Penal, así como la eventual transferencia de competencias en relación a otros delitos tipificados por esta Ley.

Artículo 45.- Alcance. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la

Nación, con excepción de aquellas que sean de competencia exclusiva local. Se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a estas últimas.

Artículo 46.- Cumplimiento local sobre difusión. Plazo. Efectuada la adhesión a la presente Ley, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben, en un plazo de sesenta (60) días, arbitrar los recaudos necesarios para la adecuación a lo establecido en el artículo 17.

Artículo 47.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Juan M. Abal Medina.- Sigrid E. Kunath.-Silvina M. García Larraburu. -

FUNDAMENTOS

Señora Presidente

El presente proyecto tiene por objeto reproducir la propuesta de la Federación Argentina LGBT y la Mesa Nacional por la Igualdad, presentada por la compañera María Rachid como peticiones de particulares en el año 2013 y 2015 y que tramitara bajo los números de expediente 12/13 y 4/15 respectivamente.

Así mismo, incorporamos a la iniciativa las modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, que propusieran las mismas organizaciones y tramitaran bajo el expediente número 33/15.

En el mismo sentido, la Compañera, en su labor como legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires MC impulsó un proyecto en el mismo sentido, logrando la aprobación de la Ley contra la Discriminación N° 5261.

La presente iniciativa, propone la sanción de una nueva Ley sobre PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS, que sustituya a la Ley 23.592, con el objetivo de lograr una norma más abarcativa y con mecanismos más efectivos de prevención, reparación y sanción de actos discriminatorios. En particular, se propone la incorporación de mecanismos tales como -entre otros- la inclusión de pretextos discriminatorios no contemplados en la norma actual, la ampliación de la legitimación a determinados organismos y organizaciones para accionar contra actos discriminatorios, una definición más amplia de acto discriminatorio más coherente con los recientes avances internacionales, la inversión de la carga de la prueba del carácter discriminatorio de los actos denunciados, la presunción y autonomía del daño moral e importantes cambios en la legislación penal. Las modificaciones propuestas se consideran necesarias a fin de promover la garantía constitucional de la igualdad

desde la perspectiva de la diversidad, y prevenir y sancionar las conductas y actos discriminatorios.

En los últimos años se presentaron varios proyectos de Ley que proponían la modificación de la Ley 23.592, de actos discriminatorios. En varias oportunidades los proyectos impulsados por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y la Mesa Nacional por la Igualdad obtuvieron despacho de comisiones en la Cámara de Diputados de la Nación, e incluso uno de ellos (Exp N° 0254-D-2009, firmado por la diputada Marcela Rodríguez y otros/as y promovido por la FALGBT) tuvo media sanción por unanimidad en esa Cámara. Precisamente, el proyecto que aquí presentamos retoma las ideas principales de aquél, teniendo en cuenta algunos planteos surgidos durante su tratamiento y los aportes que en dicha ocasión hicieron organismos públicos -como el INADI- y organizaciones de la Sociedad Civil -entre ellas la FALGBT y la Mesa Nacional por la Igualdad-, planteando una legislación integral y moderna que reemplace a la vigente hasta la fecha.

Cabe destacar que en la elaboración de este proyecto participó un nutrido grupo de personas con amplia experiencia, tanto jurídica como de militancia social en materia de discriminación y Derechos Humanos. Entre ellas, la Dip. María Rachid, Legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires MC, ex Vicepresidenta del INADI, ex Secretaria General de la Mesa Nacional por la Igualdad y Secretaria General de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT); Marcela Romero, Presidenta de la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina (ATTTA) y de la FALGBT; Esteban Paulón, Vicepresidente de la FALGBT; Patricia Gomes, Vicepresidenta de la Sociedad de Socorros Mutuos "Unión Caboverdeana"; Lidia Pérez, Coordinadora del Área de Personas Liberadas y Prisionizadas del Frente Nacional por la Igualdad del Movimiento Evita; Claudia Castrosín Verdú, ex Presidenta de "La Fulana" y vicepresidenta de la FALGBT; la Comisión Directiva de la Agrupación de Agricultores Cannábicos de Argentina (AACAA); el Dr. Mariano Fusero, ex Coordinador del Centro de Denuncias del INADI; la Dra. Analía Mas, Secretaria de Género y Laicismo de la FALGBT y ex Directora del Área Jurídica del INADI; la Dra. Flavia Massenzio, Coordinadora de la Defensoría LGBT de la Ciudad de Buenos Aires, ex abogada del Área de Derechos de Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Secretaria de Asuntos Jurídicos de la FALGBT; el Lic. Alejandro Nasif Salum, Director General de la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Secretario de Relaciones Internacionales de la FALGBT y miembro de la Coalición Argentina por un Estado Laico (CAEL); entre otros/as. Todas estas personas y organizaciones han tenido un trato cotidiano con la actual Ley N° 23.592, asesorando y asistiendo a

personas afectadas por actos discriminatorios, por lo que conocen de cerca tanto las virtudes como las falencias de dicha Ley y la necesidad de una reforma inmediata que brinde mayor protección a las personas y grupos vulnerados.

A partir de la recuperación de la democracia en el año 1983, nuestro país ratificó instrumentos internacionales de Derechos Humanos que incluían los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación, siendo ésta una clara manifestación pública a la comunidad internacional sobre el compromiso del Estado de respetar los Derechos Humanos. Es en este marco que el Congreso Nacional sancionó en el año 1988 la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592, la cual, si bien resultó novedosa y necesaria en ese contexto histórico, continuaba ligada a un concepto constitucional de igualdad formal.

La reforma constitucional del año 1994 implicó un cambio cualitativo sustancial del ideal igualitario en tanto incorpora a su texto, explícitamente, el concepto de igualdad de oportunidades y de trato y habilita las acciones positivas o afirmativas, abrazando así el concepto de igualdad real. La reforma constitucional dotó de instrumentos legales a nuestra sociedad a fin de neutralizar en unos casos y rectificar en otros conductas discriminatorias que implicaron la marginación y la exclusión de distintos colectivos. En tal sentido, nuestra Carta Magna otorgó jerarquía constitucional a las convenciones internacionales de Derechos Humanos y habilitó la acción de amparo, individual y colectiva, contra las conductas discriminatorias.

Ante los cambios trascendentes que incorporó la reforma constitucional de 1994 y los numerosos avances producidos en la doctrina y jurisprudencia con respecto a los principios de igualdad y no discriminación, tanto en el ámbito nacional como internacional, resulta necesario adaptar la ley antidiscriminatoria a los cambios expuestos.

En ese sentido, la Constitución Nacional establece en su artículo 16 la garantía de igualdad ante la Ley, la que también se encuentra protegida en los distintos tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

Estos instrumentos internacionales introducen en forma expresa el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminar y la obligación imperativa de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación:

El artículo 2 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna".

En el mismo sentido, el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y en su artículo 24 dispone que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la ley".

En tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Preámbulo estipula: "que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"; en su artículo 2º afirma que: "Toda persona tiene 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". Y en su artículo 7º dispone que: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2º estatuye que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2º afirma que: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; en tanto que su artículo 26 dispone que: "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas

protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por último, cabe mencionar por su abordaje específico de la problemática de la discriminación y el racismo y por incorporar una serie de obligaciones de acción para los estados que van en línea con las propuestas de este proyecto a la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia y a la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, dos tratados aprobados por la Asamblea General de la OEA en 2013 y entre cuyos primeros firmantes se encuentra nuestro país, si bien el proceso de ratificación no está aún concluido.

Cabe destacar que la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito local no significa solamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también implica la incorporación de los principios del derecho internacional de derechos humanos en relación con el pleno goce y ejercicio de los mismos y sus criterios de aplicación. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Ekmekdjian" y "Girolodi".

De ello se deriva que la jurisprudencia de la Corte Interamericana deba servir de guía para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. art. 75 CN, y 62 y 64 CADH, y art. 2 de la Ley 23.054). En tal sentido, en los considerandos del último de los fallos citados, la Corte Suprema manifestó: "... Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (Art. 75 inc. 22 par. 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (...) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción-, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que de lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional".

Por estos motivos, resulta relevante citar la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa ocasión, la Corte Interamericana sostuvo que: "El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con ella".

De lo expuesto surge que el Estado Argentino tiene la obligación de adecuar su legislación interna a los compromisos asumidos por la suscripción de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el ámbito local, la Corte Suprema de Justicia de la Nación históricamente ha determinado que "la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social" (Fallos 105:273; 117:229; 153:67, entre otros).

Además, el antecedente normativo más importante en la materia en los últimos años lo constituye sin dudas el documento titulado "Hacia un plan nacional contra la discriminación - La discriminación en argentina. Diagnóstico y propuestas", un informe elaborado junto a organizaciones defensoras de los derechos de grupos históricamente vulnerados, que fue aprobado por el Decreto 1086/2005 del Presidente Néstor Kirchner y que constituye una guía para la elaboración de políticas públicas en materia de igualdad y no discriminación.

Cabe mencionar que la definición de "acto discriminatorio" que proponemos en este proyecto -si bien por cuestiones de técnica legislativa no es idéntica a la que el mencionado informe da de "práctica social discriminatoria" (téngase presente que se trata fundamentalmente de un documento de diagnóstico de situación y propuesta de políticas públicas)- conserva en esencia lo establecido en el Plan Nacional contra la Discriminación:

"Como primera cuestión cabe definir que entendemos como práctica social discriminatoria a cualesquiera de las siguientes acciones:

- a) crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean éstas positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas;
- b) hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir y/o marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo;
- c) establecer cualquier distinción legal, económica, laboral, de libertad de movimiento o acceso a determinados ámbitos o en la prestación de servicios sanitarios y/o educativos a un miembro de un grupo humano del tipo que fuere, con el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o libertades fundamentales.

Como segunda cuestión, cabe aclarar que las prácticas sociales discriminatorias no se explican por ninguna característica que posea la víctima de dichas prácticas, sino por las características del grupo social, sociedad o Estado que lleva a cabo el proceso discriminatorio.

Por tanto, los análisis de las prácticas sociales discriminatorias que se desarrollarán no centran su mirada en los grupos discriminados sino en las problemáticas que producen que determinados grupos sociales se inclinen a ejercer prácticas sociales discriminatorias, en la convicción de que el problema lo tiene aquel que discrimina y no aquel que es discriminado y, por tanto, que es el que discrimina (o la sociedad que lo hace) quien debe modificar su conducta.

En tal sentido, y atendiendo al concepto de igualdad real de oportunidades y al principio de no discriminación receptado por nuestra Constitución a través de la reforma de 1994, y a la situación de vulnerabilidad que históricamente sufrieron varios sectores de la sociedad, cabe señalar que resulta irrelevante la intención del/la autor/a de determinado acto o conducta a los efectos de considerarla discriminatoria y de su correspondiente sanción."

Habiendo dado un panorama amplio de los antecedentes nacionales e internacionales que fundan la necesidad de realizar una reforma integral de la normativa antidiscriminatoria, a continuación, explicamos algunos de los puntos centrales de este proyecto.

Ampliación de la enumeración de pretextos discriminatorios

El presente Proyecto propone la ampliación de los pretextos previstos en el artículo 1º de la actual Ley N° 23.592.

Cabe considerar que resulta necesaria dicha ampliación atento a que existen numerosos grupos socialmente vulnerados y sistemáticamente

discriminados, que actualmente no se encuentran enunciados en la ley de actos discriminatorios. Asimismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén pretextos que no son contemplados en esta Ley. A pesar de que la enumeración establecida en el Art. 1º de la actual Ley, no sea taxativo, creemos que la inclusión de nuevos pretextos tiene un alto poder simbólico, político y educativo, mediante el cual prevenir actos u omisiones discriminatorias por tales pretextos enunciados en la norma.

En tal sentido, basta el ejemplo de la ausencia en la Ley N° 23.592 de pretextos tales como la "orientación sexual" o la "identidad de género o su expresión", aun cuando la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) prohíbe expresamente la discriminación en base a tales pretextos; considérese también que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el art. 11, prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual. A su vez, resulta esencial remarcar que el 15 de julio de 2010 se sancionó la Ley de Matrimonio Igualitario, N° 26.618, y el 9 de mayo de 2012 se sancionó la Ley de Identidad de Género, N° 26.743.

Lo expuesto demuestra cabalmente la necesidad imperiosa de incluir nuevas categorías a la Ley Antidiscriminatoria, conforme los compromisos internacionales asumidos. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que cada Estado puede incluir categorías no previstas en los tratados a fin de otorgar protección a grupos que en su contexto social, político y económico particular sufren la vulneración de sus derechos.

La enumeración de pretextos efectuada en la presente no resulta taxativa, es decir, que no se excluyen otros pretextos no mencionados. En este sentido se agrega a la enumeración la cláusula "y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente". Esta cláusula de no taxatividad no significa -como han pretendido algunos/as detractores/as de la norma- que cualquier pretexto imaginable sea sospechoso, sino que el listado admite la posterior incorporación -v. g., por la vía judicial, en un caso específico- de otros pretextos que el paso del tiempo o el reconocimiento o la toma de conciencia social sobre nuevos grupos hagan necesario.

Los pretextos que explícitamente se agregan son las siguientes:

Color de piel, Etnia:

Al respecto, la "Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", en el art. 2.1, dice: "Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las

disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista".

En el mismo sentido, el "Estatuto de Roma" y la "Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio", prevén pretextos similares a los que aquí se pretenden incorporar. En efecto, sus artículos 6 y 2 respectivamente disponen que se entiende por genocidio "cualquiera de los actos que mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso...".

En el presente se propone eliminar la categoría de "raza" e incluir las de "color de piel" y "etnia", puesto que el criterio de clasificar a los seres humanos por presuntas razas ha sido dejado de lado y se considera que la especie humana (*homo sapiens*) está conformada por una única raza, y se distingue -en todo caso- por etnias.

Las teorías raciales se caracterizaron por el predeterminismo biológico y fueron utilizadas para segregar y discriminar a distintos colectivos. Históricamente dichas teorías pretendieron justificar mediante pseudoargumentos científicos la superioridad de un colectivo sobre otro/s y así legitimar su dominación a través de la esclavitud, el colonialismo, los genocidios, los etnicidios y el apartheid.

"Las razas no existen, ni biológicamente ni científicamente. Los hombres, por su origen común, pertenecen al mismo repertorio genético. Las variaciones que podemos constatar no son el resultado de genes diferentes. Si de "razas" se tratara, hay una sola "raza": la humana. (...) Las razas, biogenéticamente, no existen, pero el racismo sí, como ideología" (Marín Gonzáles, José).

Por su parte, el "color de piel" -a pesar de considerarse también como una categorización en desuso- se contempla en la norma dado el alto grado de discriminación que en nuestro país padecen aquellas personas que, aún sin pertenecer a un grupo étnico determinado, su tez denota la mixtura entre diferentes etnias. El insulto y el agravio con que son violentadas tales personas, puede que no se condiga con una real estigmatización respecto de una etnia determinada, sino más bien con una característica real o imaginaria respecto del color de tez de algunas personas que frecuentemente las hace víctimas de discriminación.

Nacimiento, Origen Nacional, Origen Social:

La "Declaración Universal de Derechos Humanos", la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", prevén como violatorias del principio

de igualdad las distinciones basadas en motivos tales como origen nacional o social, razón por la cual también se propicia la incorporación de estos pretextos.

La Observación General Nº20 del Consejo Económico y Social de la ONU (ap. 24) dice al respecto: "El origen nacional se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto. El origen social se refiere a la condición social que hereda una persona, como se examina en mayor profundidad más adelante en el contexto de la discriminación por motivos relacionados con la posición económica, la discriminación basada en la ascendencia como parte de la discriminación por nacimiento y la discriminación por motivos relacionados con la situación económica y social".

En el ap. 26 la Observación antes citada dice: "La discriminación por motivos de nacimiento está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adoptar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación. Por tanto, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias. El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia, especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada. Los Estados partes deben adoptar medidas, por ejemplo, para prevenir, prohibir y eliminar las prácticas discriminatorias dirigidas contra miembros de comunidades basadas en la ascendencia y actuar contra la difusión de ideas de superioridad e inferioridad en función de la ascendencia".

Lengua, Idioma o Variedad Lingüística:

La lengua o idioma es considerada por la "Declaración Universal de Derechos Humanos", la "Convención Americana de Derechos Humanos", el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" como una categoría sospechosa, en tanto se la utilice para efectuar un trato diferencial.

La variedad lingüística, por su parte, hace referencia a las diferencias lingüísticas entre personas que hablan un mismo idioma, ya sean diferencias regionales (dialecto), sociales (sociolecto) o etarias (cronolecto).

Sobre esta categoría la "Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Lingüísticas

y Religiosas", en sus arts. 1 al 4 establecen que: "Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios. (...) Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo, (...) participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública, (...) participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional. (...) Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos. (...) Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley".

Cabe destacar que, atento a lo borroso de los límites entre pretextos como el de idioma, lengua, dialecto, etc., que en general atienden a motivos de índole política o ideológica, debe primar una enumeración amplia y flexible de como la que se propone en este proyecto.

Género:

Se propicia la inclusión del pretexto de "género" a la enumeración, en tanto construcción socio-cultural de los roles femenino y masculino, mientras que el "sexo" hace referencia a la manera en que la sociedad lee las variaciones biológicas de las personas -en particular las variaciones de la genitalidad y otras comúnmente denominadas "caracteres sexuales secundarios"- . El género denota así una construcción patriarcal que les asigna a las mujeres una condición de subordinación que impide una igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, por la que subsisten hasta la fecha discriminación por género, prejuicios sexistas y roles estereotipados.

No resulta inocente el uso de ambos conceptos como sinónimos, ya que el enfoque de género es precisamente el que permite visibilizar y reconocer la existencia de relaciones de jerarquía y desigualdad entre mujeres y varones, expresadas en opresión, injusticia, subordinación y discriminación hacia las mujeres en la organización genérica de las sociedades; relación jerárquica que se concreta en condiciones de vida inferiores de las mujeres en relación a los varones. "Esta acepción del término "género" introduce una variante socio-histórica fundamental en el discurso "esencialista" predominante durante siglos, que ha definido el "sexo" como realidad biológica y física inmutable" (Por Pilar Nieva de la Paz, científica titular del CSIC, cartas al director. El País 1/6/04).

En tal sentido, no solo nuestra Constitución Nacional hace referencia específicamente a las mujeres como un colectivo históricamente vulnerado (art. 75, inc. 23), sino que en la reforma constitucional de 1994 se le otorgó jerarquía constitucional a la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer" (CEDAW). Asimismo, en el año 1995 el Estado Argentino ratificó la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" y ratificó en el año 2006 el Protocolo Facultativo de la CEDAW mediante la Ley 26.171.

El artículo 1º de la CEDAW define a la "discriminación contra la mujer" como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Asimismo, en el artículo 5º se exige a los Estados que eliminen los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en estereotipos y que perpetúen ideas de subordinación e inferioridad en la relación entre varones y mujeres.

La "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", N° 26.485 (promulgada el 1/4/2009), establece en su art. 2º que la misma tiene por objeto: "promover y garantizar: a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia; g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia".

En el caso "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nacional de Córdoba" (Fallos 323:2659, 19/9/2000), el Juez Petracchi expresó: "Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos (...) las categorías fundadas en el sexo no deben crearse para crear o

perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones basadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia".

Identidad de Género y/o su Expresión; Orientación Sexual:

El colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y trans es uno de los grupos históricamente más vulnerados de nuestra sociedad.

Al respecto, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el art. 11, reconoce el derecho a ser diferente y prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual. Asimismo, la Observación General N° 20 del Comité DESC prohíbe expresamente la discriminación en base a tales pretextos.

A su vez, recientemente se han sancionado dos normas fundamentales para el colectivo LGBT: la Ley de Matrimonio Igualitario, N° 26.618 (15/07/2010), y la Ley de Identidad de Género, N° 26.743 (9/05/2012), leyes inclusivas que saldan en gran parte la deuda de la sociedad argentina hacia un colectivo históricamente vulnerado.

En particular, la Ley de Matrimonio Igualitario incluye una cláusula interpretativa que protege de la discriminación a las parejas de dos personas del mismo sexo y a los miembros de sus familias:

"ARTICULO 42. - Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

"Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

"Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo".

De la misma manera, respecto de la identidad y la expresión de género, la Ley 26.743 establece:

"ARTICULO 13. - Aplicación. Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo".

También cabe destacar que la propia jurisprudencia de nuestro país, aún antes de la sanción de dichas normas, entendió que los mencionados pretextos debían considerarse sospechosos:

"Si bien en principio los poderes políticos tienen facultades para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a fin de llevar adelante objetivos legales legítimos - presumiéndose la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello-, en algunos casos el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho. Casos típicos de esta categorización espuria son los de raza y religión y, en épocas más recientes, los de género y discapacidad. En base a la doctrina expuesta, el estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en la orientación sexual se traduce en que tales categorías no deben tener como finalidad crear o perpetuar la estigmatización, el desprecio o la inferioridad legal o social de las personas pertenecientes a minorías sexuales. En todo caso, las clasificaciones fundadas en la orientación sexual deberían ser utilizadas para compensar a tales grupos por las postergaciones sufridas a través de la historia" ("Freyre Alejandro contra GCBA sobre AMPARO" [Art. 14 CCABA], expte. 34292, noviembre de 2009, sentencia de la Dra. Gabriela Seijas).

Edad:

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires prohíbe expresamente la discriminación por "edad" (art. 11).

En tal sentido, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires resolvió en el caso "Salgado, Graciela B. vs. G.C.B.A." que una disposición del Estatuto Docente de la Ciudad era inconstitucional al impedir ingresar o reingresar al sistema educativo a las personas mayores de treinta y cinco años. Tres de los cinco jueces que componían el Tribunal arribaron a esa conclusión mediante la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas.

Amén de la discriminación etaria en el ámbito laboral y académico, cabe señalar que nuestra Constitución Nacional establece en el art.

75, inc. 23, que le corresponde al Congreso promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos que la misma y los tratados internacionales reconocen, citando en particular a los/as adultos/as mayores y a los niños y las niñas.

Cabe señalar que la "Convención sobre los Derechos del Niño" establece que: 1. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

Estado Civil, Situación Familiar, Responsabilidad Familiar:

Asimismo, la Observación General N° 20 del Consejo Económico y Social de la ONU -ap. 31 expresa: "El estado civil y la situación familiar pueden establecer distinciones entre individuos por el hecho, entre otras cosas, de estar casados o no, de estar casados en un determinado régimen, de formar parte de una pareja de hecho o tener una relación no reconocida por la ley, de ser divorciados o viudos, de vivir con más parientes que los estrictamente pertenecientes al núcleo familiar o de tener distintos tipos de responsabilidades con hijos y personas a cargo o un cierto número de hijos. La diferencia de trato en el acceso a las prestaciones de la seguridad social en función de si una persona está casada o no debe justificarse con criterios razonables y objetivos. También puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar, o sólo puede hacerlo con el consentimiento del cónyuge o el consentimiento o el aval de un pariente". (Los destacados son nuestros.)

Trabajo u ocupación:

Se propone incluir la presente categoría a fin de promover la igualdad y evitar la discriminación en el acceso a los derechos con pretexto del trabajo u ocupación que se desempeñe o se haya desempeñado, lo cual resultaría a su vez en un menoscabo de derechos constitucionales como el de trabajar, ejercer industria lícita y asociarse con fines útiles (art. 14 CN), entre otros.

Discapacidad:

La "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad", incorporada al derecho interno a través de la Ley 25.280, define en su Art. 1 que: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por: 1. Discapacidad: El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. 2. Discriminación contra las personas con discapacidad: a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación".

En el mismo sentido, se manifiesta la "Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad", que se incorporó al derecho interno a través de la Ley 26.378.

Asimismo, la Observación General N° 20 del Consejo Económico y Social de la ONU -ap. 28- expresa: "En la Observación general N° 5 el Comité definió la discriminación contra las personas con discapacidad como "toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o denegación de ajustes razonables sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales". Debe incluirse en la legislación nacional la denegación de ajustes razonables como un motivo prohibido de discriminación en razón de la discapacidad".

Condición de salud:

Numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos y leyes nacionales promueven el acceso a la salud en condiciones de

igualdad y no discriminación, en especial, con respecto a los grupos vulnerados.

Cabe citar normativa nacional al respecto; entre otras, la Ley 23.798 de Prevención y Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), la Ley 23.753 sobre Prevención de la Diabetes y la Ley 25.404 sobre Medidas de Protección para las Personas que padecen Epilepsia, entre otras.

Características genéticas:

La "Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos" establece en su artículo 61 que "Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad". A su vez, dispone en su artículo 22 que "los Estados intentarán garantizar el respeto de los principios enunciados en la presente Declaración y facilitar su aplicación por cuantas medidas resulten apropiadas".

Lugar de Residencia:

La Observación General N° 20 del Consejo Económico y Social de la ONU -ap. 34- enuncia: "El ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. Por ejemplo, no debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal, ni de ser un desplazado interno o llevar un estilo de vida nómada tradicional. Es preciso erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa".

Situación Penal y Antecedentes Penales:

El Plan Nacional contra la Discriminación -decreto 1086/2005- afirma que "Haber estado preso es un estigma. El entorno social, e, incluso, la familia también discrimina por haber pasado por la experiencia de la cárcel, las personas no pueden contar su experiencia y se sienten "doblemente excluidos". Sufren la expulsión de sus familias y vecinos, pierden un núcleo familiar estable (...) la condición de liberados agrava los problemas laborales. Para los liberados, con condena cumplida, el certificado de antecedentes es el motivo que plantea mayor discriminación, ya que impide el trabajo en relación de dependencia...".

Se incluyen así ambos pretextos, ya que la "situación penal" denota una circunstancia actual de la persona para con el poder punitivo,

mientras que los "antecedentes penales" hacen mención de su pasado.

Hábitos personales, sociales o culturales:

No son infrecuentes las acciones u omisiones discriminatorias que, sin estar directamente relacionadas con ninguno de los demás pretextos enumerados, afectan a grupos de personas o individuos dentro de esos grupos, bajo el pretexto de determinados hábitos de origen social o cultural, o simplemente relacionados a decisiones autónomas de las personas que no afectan a terceros/as.

Tal es el caso, por ejemplo, de quienes consumen con fines recreativos determinadas sustancias legales o ilegales -especialmente en este último caso-, quienes ven restringido el ejercicio de sus derechos por el estigma que pesa sobre ellos/as.

Es cierto que las personas de este grupo muchas veces sufren discriminación por otros pretextos que surgen en función del estereotipo con el que cargan. Por caso, una encuesta realizada por el INADI durante el año 2007 indicó que un 42,9% de las personas encuestadas se manifestó total o parcialmente de acuerdo con la afirmación "la mayoría de los/as drogadictos/as son delincuentes", y en algunas provincias este porcentaje fue ampliamente mayor, como en el caso de Salta (62,3%), Chaco (57,3%) o Jujuy (56,9%). (1)

También podemos mencionar cuestiones relacionadas con la vestimenta u otras manifestaciones estéticas -y muy especialmente el caso de las personas tatuadas o quienes usan piercings u otro tipo de adornos corporales-; a los/as miembros de las denominadas "tribus urbanas" -integradas mayoritariamente por adolescentes-; o la discriminación surgida por hábitos sexuales cuando una persona los manifiesta o los mismos trascienden por algún motivo.

Aun así, consideramos necesario explicitar este pretexto en función de la particular afectación que implica al principio de autonomía garantizado por nuestra constitución, siempre en el mismo espíritu de considerar todos los casos posibles mediante una interpretación "pro persona" que garantice la máxima protección contra la discriminación.

Categorías sospechosas: Inversión de la carga de la prueba

Tal como se manifestó anteriormente, nuestra Constitución Nacional de 1853 contemplaba un principio de igualdad formal, lo cual no impedía explícitamente que el Estado estableciera distinciones arbitrarias a fin de negarle derechos a determinados colectivos. Por ello, atento el principio de igualdad de oportunidades que incorpora la reforma constitucional de 1994 y la necesidad de proteger a

determinados grupos históricamente vulnerados se generó la necesidad de interpretar la garantía de la igualdad con un criterio distinto al de la mera "razonabilidad"; tal criterio es el determinado por la denominada doctrina de las "categorías sospechosas".

Este nuevo criterio importa que ante una distinción que efectúe el Estado, por la cual se les otorga a algunas personas lo que se les niega a otras, y en tanto tal distinción se base en determinadas categorías (tales como, entre otras, la etnia, la religión o el género), dicha distinción será considerada "sospechosa" y se presumirá por ello la invalidez del objetivo fijado por el Estado, debiendo éste demostrar que esa distinción fue causada por "una necesidad imperiosa urgente" que la justifica.

Por lo expuesto, la aplicación de las "categorías sospechosas" implica la inversión de la carga de la prueba y el deber de utilizar un escrutinio judicial estricto sobre la causa justificatoria.

Cabe remarcar que la Corte Suprema de Justicia Argentina adhirió a la teoría de las "categorías sospechosas"; estableciendo en el caso Repetto (Fallos 311:2272) que para justificar el tratamiento desigualitario entre argentinos/as y extranjeros/as el Estado debía demostrar para justificarlo que existió un "interés estatal urgente".

Asimismo, la Jurisprudencia argentina que adhirió a "las categorías sospechosas" no se limitó solamente a las normas emitidas por el Estado sino también a los hechos de los particulares. En el caso "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo" (R.344.879), la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aplicó tal criterio contra una empresa privada por su preferencia, durante años, de contratar empleados varones en una proporción irrazonable, que excedía el marco del derecho discrecional que asiste al empleador en la selección de personal.

El fallo antes citado expresa que: "En el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional. (...) Como señala Corwin, las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas" que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa". La expresión "clase sospechosa" puede caracterizar a un grupo "discreto e insular", que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual

intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario ("La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual", ps. 630/1)... Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un "mayor examen", y no se advirtió la existencia de un importante interés estatal que justificase la distinción (Kiper, C., "Derechos de las minorías ante la discriminación", p.- 132)".

Con respecto a la inversión de la carga de la prueba, resulta oportuno volver a citar el caso "Salgado, Graciela B. vs. GCBA", en el cual el Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró que una disposición del Estatuto Docente de la Ciudad era contraria al artículo 11 de la Constitución local por establecer una limitación etaria. Tres de los cinco jueces hicieron mención de las categorías sospechosas, ya que el Estado no había podido "acreditar que la distinción que efectuaba era estrictamente necesaria para el cumplimiento de un fin legítimo y que no disponía de otro medio menos gravoso" (Juez Ruiz, cons. 4º).

En el mismo fallo "Salgado" el Juez Maier expresó: "El empleo por parte del legislador o del poder reglamentador de calidades referidas a estas clasificaciones (sospechosas) no queda absolutamente vedado: simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma portadora de tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad de las normas, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida, una vez acreditado por quien impugna la norma el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. De este modo, cabe al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a la clasificación cuestionada para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera racionalidad".

A su vez, en el citado caso Freddo, la Sala H manifestó que: "Esta Sala ya resolvió, por mayoría, que "Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento

constitucional (la protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), considero que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe" (ver Kiper, Claudio, "Derechos de las minorías ante la discriminación", 1999, especialmente ps. 129/33 y 238/40). En ese sentido se puede citar también, sólo a mayor abundamiento, que la Civil Rights Act de EE.UU., de 1964, se modificó en 1991, para disponer que en los casos de discriminación la prueba se invierte y el acusado debe demostrar que su conducta no puede ser tachada de tal, dando razones objetivas para sostenerla. En idéntico sentido, en España, la ley de procedimientos laborales de 1990 dispuso en su art. 96 que "en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad" (4/9/2000 - S., J. O. v. Travel Club S.A., voto del Dr. Kiper, JA 2001-II-462, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe)" (2).

Por todo lo expuesto, proponemos que se presuman discriminatorias - y por ello inconstitucionales- aquellas disposiciones emanadas de autoridad pública que establezcan un trato desigualitario hacia un grupo de personas por su pertenencia a alguna de las categorías mencionadas en el artículo 3º. La presunción es iuris tantum y sólo podrá ser desvirtuada acreditando la concurrencia de un interés estatal legítimo preponderante, la proporcionalidad entre los medios y fines de la disposición y justificando que no se dispone de medios menos lesivos para alcanzar dicho fin. A los efectos de esta presunción, se entiende por "disposición" a leyes, reglamentos, estatutos, memos internos, etc.

En el caso de que las disposiciones emanen de particulares, cualquiera fuere su ámbito (laboral, educativo, sanitario, espacios recreativos, etc), se propone que también se invierta la carga de la prueba, y tal presunción podrá desvirtuarse demostrando la razonabilidad y legitimidad de la acción u omisión, según los parámetros mencionados en la jurisprudencia citada más arriba.

Cabe resaltar que la legislación antidiscriminatoria comparada, recepta la inversión de la carga de la prueba con redacciones semejantes a la aquí propuesta, como ser la normativa de la Unión Europea: "En el ordenamiento jurídico español, como regla general, las personas que denuncian un acto ilegal o demandan a una persona, empresa, institución, etc. tienen la obligación de probar que se ha incumplido la Ley. Sin embargo, en el ámbito de la discriminación, es frecuente que las víctimas de una discriminación se sienten desmotivadas para

acudir a los Tribunales u otras instancias ante la dificultad de probar que se ha sufrido una discriminación. Por esta razón, la legislación anti-discriminatoria de la Unión Europea introdujo un sistema probatorio más favorable hacia las personas que denuncian haber sido víctima de una discriminación. Esto quiere decir que no es la víctima que debe probar que ha habido un acto de discriminación. Todo lo contrario, corresponde a la parte demandada (el presunto agente discriminador) demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (artículos 32 y 40.1 de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)". (3)

También la legislación nacional tiene en cuenta la inversión de la carga probatoria en situaciones específicas de discriminación. Tal es el caso de la Ley 20.744, de Régimen de Contrato de Trabajo, que para el caso de los despidos de mujeres embarazadas establece dicha presunción:

"Art. 178. -Despido por causa del embarazo. Presunción. Se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y 1/2) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley".

También respecto del matrimonio celebrado se establecen presunciones similares:

"Art. 181. -Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados".

Cartel Informativo

Con respecto al cartel informativo que se debe exhibir en los lugares de acceso público, se propone que se haga mención al derecho, frente a cualquier acto discriminatorio, de efectuar la correspondiente denuncia policial y/o judicial y que consten los datos de contacto (teléfono, dirección y correo electrónico) de los organismos competentes. Asimismo, se propone se elimine la obligación de incluir en los carteles informativos el texto del artículo 16 de la Constitución

Nacional (como obliga actualmente la Ley 23.592), en tanto resulta sobreabundante para el fin perseguido por la norma, ya que, más allá del derecho a la igualdad, dicho artículo hace mención a cuestiones ajenas a la no discriminación en la admisión y permanencia en lugares públicos, y la extensión disminuye la probabilidad de que el mensaje sea efectivamente comunicado a las personas interesadas.

Finalmente, se actualizan los montos de las multas previstas para los casos de incumplimiento, sin perjuicio de toda otra sanción que las autoridades pudieran establecer para el caso de incumplimiento de esta norma.

Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo

Es una práctica habitual encontrar en avisos clasificados de periódicos y/o publicados en sitios de internet, ofertas laborales que requieren en los/as postulantes ciertas características relativas, por ejemplo al género, origen nacional, edad, estado civil, situación familiar, situación socioeconómica, lugar de residencia, etc. Dichas prácticas resultan claramente discriminatorias, toda vez que arbitrariamente restringen, impiden o menoscaban el ejercicio del derecho a buscar, obtener y conservar un trabajo digno, con el objetivo de segregar, limitar o excluir a determinadas personas del acceso al trabajo, por pretextos que no guardan relación con la idoneidad conforme lo establece nuestra Constitución Nacional.

Es sabido también, que bajo los pretextos mencionados y muchos otros, se establecen en forma directa o indirecta pautas de determinación de las remuneraciones, otorgamiento de premios o privilegios, ascensos escalafonarios, etc., que plantean una situación de evidente trato desigual más allá de toda razonabilidad y legitimidad. Estas prácticas constituyen verdaderas conductas discriminatorias, que deben estar prohibidas y sancionadas gravemente por afectar el acceso al empleo y la permanencia en el mismo, así como la dignidad de las personas discriminadas. Tolerarlas tiene, además, un costo económico y social muy grande, potenciando y naturalizando tales prácticas en el ejido social.

En este sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) emitió en el año 2009 la Recomendación General nº 6, «Contra la Discriminación en la Oferta de Empleos», en la que insta a empleadores/as, agencias de recursos humanos, etc., a terminar con los requisitos discriminatorios en la oferta de puestos de trabajo. En la misma se expresa que «El empleo, además de ser un medio de generación de ingresos, es un medio de desenvolvimiento de la persona. Así, la exclusión de las oportunidades laborales no sólo restringe la libertad de las personas para poner en

práctica sus potencialidades profesionales, sino que también limita su desarrollo personal».

Dicha Recomendación señala que "En virtud de las denuncias y consultas recibidas, el Instituto efectuó un relevamiento de avisos clasificados publicados por los diarios Clarín, La Nación, y los sitios web www.empleos.clarin.com.ar y www.zonajobs.com.ar. Tal análisis arrojó los siguientes resultados: De un total de 3668 avisos relevados:

- Un 54% de los avisos relevados se dirigen a un género en particular, fuera por la indicación específica del sexo o por estar redactados en género masculino o femenino.

De este 54%, un 73% de los avisos se dirigen al género masculino, ya sea por indicación específica o género en que están redactados mientras que 27% de los avisos se dirige al género femenino.

- Un 22% de los avisos incluyen límites etarios. De estos, un 74% se dirige a personas menores de 40 años, mientras que apenas el 26% admite que los candidatos superen esa edad.

- Un 11% de los avisos no contienen, -o al menos no permiten la identificación- de criterios discriminatorios.

- Un 8 % de los avisos contienen indicaciones sobre la apariencia física o presencia de los/as candidatos/as.

- Un 5% de los avisos indican el lugar de residencia excluyente o preferente de los/as candidatos/as".

El derecho a no ser discriminado/a es un derecho inalienable del ser humano, incorporado en nuestra legislación mediante un marco normativo cuya correcta articulación es fundamental exponer a fin de determinar su alcance en el derecho laboral.

En primer lugar, la Constitución Nacional en el Art. 16 establece el principio formal de igualdad ante la ley.

A su vez, el/la trabajador/a goza de especial protección constitucional a través del Art. 14 bis de la Carta Magna. Dicho artículo le garantiza la protección de las leyes y le asegura su trabajo en condiciones dignas y equitativas.

Por otro lado, el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio genérico de no dañar a otro, el «alterum non laedere». Este principio adquiere suma importancia en el ámbito laboral, junto al principio de no discriminación, ya que el trato discriminatorio implica un daño en la dignidad del ser humano.

Asimismo, cabe señalar también el artículo 20 de la Constitución Nacional, el cual reconoce a las personas migrantes todos los derechos civiles del/la ciudadano/a y el derecho a ejercer su industria, comercio y profesión.

Cabe recordar que los principios constitucionales mencionados, deben conjugarse con los textos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional a nuestra Carta Magna (Art. 75, inc. 22 CN).

Por su parte, La R123 "Recomendación sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares", 1965, establece como Principio General que "1. Las autoridades competentes, con la colaboración de las organizaciones públicas y privadas interesadas, en especial de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y de acuerdo con las posibilidades y necesidades nacionales y locales, deberían: a) llevar a cabo una política adecuada con miras a hacer posible que las mujeres con responsabilidades familiares que trabajan fuera de su hogar puedan ejercer su derecho a hacerlo sin verse expuestas a discriminación y en conformidad tanto con los principios establecidos en el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958, como en otras normas adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo que se refieren a las mujeres; b) alentar, facilitar o asegurar ellas mismas el establecimiento de servicios que permitan a las mujeres cumplir armoniosamente sus varias responsabilidades familiares y profesionales".

El Convenio N° 156 "Sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares", ratificado por Argentina en marzo de 1988 establece que "1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales". Distintos artículos del Convenio ponen en cabeza de los Estados Miembros la obligación de adoptar medidas para la consecución de este fin.

En el mismo sentido, el 9 de diciembre de 1978 entro en vigencia el Convenio N° 143 de la OIT "Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes". En su artículo 10° se establece: "Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio".

Por su parte, La Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR, Río de Janeiro, 10 de Diciembre de 1998, en su artículo 1º, consagra "Derechos individuales. No Discriminación: artículo 1º. Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo y orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo".

Si nos referimos a legislación internacional específica sobre el derecho laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio 111 establece en su Art. 1 lo siguiente: «Artículo 1. 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo».

En el ámbito nacional, un conjunto de normas de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744), establece el principio de no discriminación e igualdad de trato. La mencionada Ley en su Art. 17 prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Asimismo, establece en el Art. 81 el principio general por el cual el/la empleador/a debe dispensar al/a la trabajador/a igualdad de trato en identidad de situaciones.

Es dable destacar, la situación de discriminación por la que atraviesan quienes han cumplido condenas penales (o se encuentran en situación penal de imputación o procesamiento) ha sido reflejada en el “Plan Nacional contra la Discriminación”. Oportunamente, se sostuvo que "haber estado preso/a es un estigma. El entorno social e, incluso, la

familia también discrimina por haber pasado por la experiencia de la cárcel, las personas no pueden contar su experiencia y se sienten doblemente excluidos/as. Sufren la expulsión de sus familias y vecinos/as, pierden su núcleo familiar estable y su condición de liberados/as agrava sus problemas laborales (...) para los/as liberados/as, con condena cumplida, el certificado de antecedentes es el motivo que plantea mayor discriminación, ya que impide el trabajo en relación de dependencia" (el resaltado nos pertenece).

Particularmente preocupante en cuanto a este punto son los resultados obtenidos durante el desarrollo del “Mapa de la Discriminación en la Argentina”. Ante la opción “Yo no emplearía a ninguna persona que haya estado presa”, un 35,6 % de los/as encuestados/as se manifestó total o parcialmente de acuerdo con tal afirmación, mientras que el 14,3% expreso no estar de acuerdo ni en desacuerdo.

La situación de discriminación por la que atraviesan las personas con discapacidad también ha sido reflejada en el “Plan Nacional contra la Discriminación”. Se sostuvo que "las personas con discapacidad sufren con particular especificidad las problemáticas de empleo. Esta realidad es corroborada por la Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad – ENDI, la cual arrojó que apenas el 25% de las personas con discapacidad se encuentran ocupados/as. Estos datos permiten asegurar que, a pesar de que la discapacidad –o ausencia de la misma- no es un criterio especificado en ofertas de empleo, y difícilmente lo sea en entrevistas laborales, es un factor que resulta claramente evaluado en las etapas previas de acceso al empleo y se traduce en una restricción irrazonable al derecho al trabajo de muchas personas".

Por otra parte, cabe resaltar que la enumeración realizada de los pretextos discriminatorios incluidos en el presente proyecto de ley, se establece en base a un análisis de aquellos incluidos en los pactos internacionales y especialmente La Observación General N°20 del Consejo Económico y Social de la ONU.

Por ello resulta imperativo erradicar del acceso al empleo y en el desarrollo de la relación laboral cualquier práctica que resulte discriminatoria, mediante políticas específicas concretas e incluyendo las sanciones pertinentes a quienes incumplan los mandatos legales y constitucionales.

Modificaciones al Código Penal de la Nación

Atento a que los actos y conductas discriminatorias afectan la dignidad u honor de las personas, se propone modificar el nombre del Título II del Libro Segundo del Código Penal por "Delitos contra el Honor y la

Dignidad", bajo el cual se incluyen las figuras penales que se tipifican en este proyecto.

No obstante ello, se establece un agravante genérico para los delitos cometidos por persecución u odio causado por pretextos discriminatorios que se incorpora en el Título V del Libro Primero del Código Penal como artículo 41 sexies, ya que los agravantes y atenuantes genéricos deben ubicarse en la Parte General del Código.

También se aclara en el artículo citado que "dicho agravante no se aplicará cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate", a fin de evitar incurrir en el doble agravamiento penal, lo cual es inconstitucional. Como ejemplo de este doble agravante puede citarse el actual artículo 80, inc. 4, del Código Penal (homicidio agravado por "placer, codicia, odio racial o religioso..."), al cual otros tipos penales se remiten -Lesiones (art. 92 CP) y Abuso de Armas (art. 105 CP)-, y el agravamiento contenido en el actual art. 2º de la Ley 23.592 por algunos de los mismos pretextos, circunstancia que resolvemos en nuestro proyecto.

A fin de compatibilizar la enumeración del artículo propuesto como 41 sexies y el art. 80, inc. 4º, se propone la ampliación de los agravantes previstos en este último, en un todo de acuerdo al espíritu de este proyecto, y el agregado de la fórmula citada en el párrafo anterior.

Asimismo, se contempla la figura de las "injurias colectivas discriminatorias". Al establecerse como delito de acción pública, atento al espíritu general de nuestro Código Penal, cualquier persona del grupo afectado, así como las organizaciones de derechos humanos, se encuentran legitimados/as a instar acción penal y querellar contra quien manifestó agresiones discriminatorias genéricas hacia el colectivo, aún cuando no haya individualizado puntualmente a alguno/a de ellos/as.

"Mediante esta figura se pretende sancionar la agresión a la dignidad de ciertos colectivos que se produce cuando, de manera seria, se los insulta o difama en relación a ciertas características (reales o imaginarias) que identifican a sus miembros" (Pablo Slonimski "Derecho Penal Antidiscriminatorio", Ed. Fabián Di Placido. Págs. 77 y ss.).

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que "el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta lesionado cuando se ofende genéricamente a todo un colectivo, cualquiera sea" (Sentencia del 11 de noviembre de 1991, mediante la

cual dicho tribunal otorgó amparo a una persona perteneciente al colectivo judío, Violeta Friedman).

Así también se tipifican penalmente acciones de promoción del odio o la discriminación, tanto las acciones directas, como la propaganda o su financiamiento, retomando en parte y actualizando lo establecido en el actual art. 3º de la Ley 23.592.

Se contempla el delito de denegación de un servicio público o de una actividad profesional o empresarial que se ofrezca a la generalidad de la población, en ocasión de los pretextos discriminatorios contemplados en el artículo propuesto como 41 sexies.

Al respecto, se dijo que "estas figuras alcanzan tanto aquellos supuestos en los cuales se rehúsa a desarrollar determinada actividad a favor de un individuo exclusivamente por razones discriminatorias, como a aquellos supuestos en los cuales, sin que se le niegue la prestación o el servicio de que se trate, la persona se ve perjudicada al recibir un trato distinto, y naturalmente inferior, en razón de las causas mencionadas" (Pablo Slonimski "Derecho Penal Antidiscriminatorio", Ed. Fabián Di Placido).

Entre las legislaciones penales que incluyen estas figuras se encuentran las de Suiza, Holanda, Bélgica, Francia y España.

"Un elemento esencial de esta prohibición viene determinado por el hecho de que, independientemente de la naturaleza pública o privada del sujeto que ofrece la prestación, deba tratarse de un servicio público en el sentido de que la oferta esté dirigida a una generalidad anónima que reúna los requisitos que cada prestación pueda exigir. Aun cuando el desempeño de ciertas actividades no pueda considerarse como prestación de un servicio público, ciertas legislaciones extienden los supuestos de prohibición a dicho ámbito. El fundamento de esta posición viene dado por el hecho de que, por su relevancia social, el trato discriminatorio en el desarrollo de ciertas profesiones y actividades empresariales se considera lesivo de la dignidad de quienes forman parte de las minorías marginadas. (...) Mediante esta regulación se pretenden tutelar el principio de igualdad en el trato en el marco social y público, así como la expectativa de determinados colectivos de poder acceder a los bienes, servicios y actividades destinados al común de la gente en idénticas condiciones" (4) .

A su vez, el proyecto sustituye la definición de "datos sensibles" obrante en el artículo 2º de la Ley 25.326 de "Protección de los Datos Personales" para brindar mayor protección a grupos no contemplados en la norma vigente.

Las normas internacionales con jerarquía constitucional garantizan la protección legal de la honra, la dignidad, la reputación personal, la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia privada. Así lo han establecido la Declaración Americana de Derechos Humanos (artículo V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17).

También la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 16, establece que ningún niño/a será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

Por otra parte, en el año 2003, con la participación del poder judicial, organizaciones de la sociedad civil y académicos de Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, República Dominicana y Uruguay, aprobaron en el marco del Seminario Internet y Sistema Judicial realizado en la ciudad de Heredia (Costa Rica), las denominadas "Reglas de Heredia", que establecen pautas mínimas para la difusión de información judicial en Internet.

En dicho instrumento se señaló que debe protegerse la privacidad e intimidad cuando se traten datos personales referidos a menores o incapaces; asuntos de familia o que revelen origen o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, pertenencia a sindicatos, datos relativos a la salud o a la sexualidad, datos sensibles o de publicación restringida según cada legislación y jurisprudencia nacionales aplicables.

En nuestra legislación civil, el Art. 1.071 bis del Código establece que "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

El artículo 7º de la Ley 25.326 dispone que los datos sensibles sólo pueden ser recolectados cuando medien razones de interés general autorizadas por ley y que podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares. En tanto que en su artículo 10 establece el "Deber de confidencialidad", estableciendo sanciones penales en su artículo 32

mediante la incorporación de los actuales artículos 117 bis y 157 bis al Código Penal (5) .

Puede observarse que las normas citadas no establecen sanción penal para quien revele datos sensibles vulnerando la intimidad y privacidad de las personas. Ello sucede cuando alguien hace difusión de determinada condición personal o característica de otra persona, con la finalidad de perjudicarla, discriminarla o fomentar un prejuicio contra la misma.

Así también, en el articulado del Capítulo III del Código Penal de la Nación, titulado "Violación de Secretos y de la Privacidad", requiere características especiales del sujeto activo del delito de divulgación de secretos (por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte en el art. 156, o funcionario público en el art. 157, por ejemplo), no contemplándose la posibilidad de que cualquier persona que no revista tales cualidades, pueda objetivamente hacer difusión de la condición de otra con la finalidad de perjudicarla.

En mismo sentido, el Decreto 1244/91, reglamentario de la Ley 23.798, de SIDA, en su art. 2 establece que "Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halla enferma de SIDA, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias...", (estableciéndose expresamente las mismas). Aquí también se limita la calidad de sujeto activo a los/as profesionales médicos/as y a quienes tomen conocimiento de tal circunstancia en el ejercicio de su profesión.

Por todo ello, resulta necesario reforzar la tutela de la intimidad y privacidad de las personas, penalizando a quien revele cierta condición o característica de otra persona con fines discriminatorios.

Obviamente, se considera que tal revelación debe ser con la finalidad expuesta anteriormente -crear un perjuicio, discriminar o fomentar un prejuicio-, y además el dato revelado debe revestir el carácter de sensible para la persona afectada, en el sentido de que la misma no haya pretendido que se haga difusión del mismo y/o sólo lo haya conservado en su fuero personal.

La legislación penal española ya citada, agrava las penas respecto de la difusión de "...datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz" (6), no requiriéndose ninguna calidad especial del sujeto activo de tales conductas.

Finalmente, pareciera que no todos los "pretextos prohibidos" contemplados en las normas antidiscriminatorias podrían ser sujeto de tal protección penal de la intimidad, ya que la característica o condición de la persona eventualmente víctima de tales conductas debe revestir el carácter de sensible. Por ello se propone que se limite su protección a aquellos casos contemplados en la mentada Ley 25.326, la cual considera como "datos sensibles" a aquellos personales que revelan origen racial (sic) y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud, características genéticas o hábitos sexuales (cfr. art. 2). Además de ellos, se considera que actualmente deberían agregarse aquellos datos que revelen la identidad de género o su expresión, orientación sexual, origen social, discapacidad y antecedentes penales.

A fin de resguardar la lógica entre la penalización de la difusión de "datos sensibles" y la enumeración de ellos en la Ley de Protección de Datos Personales, se propone la reforma de dicha enunciación.

Finalmente, creemos que todo lo expuesto determina la necesidad imperiosa de actualizar la legislación nacional en materia de actos discriminatorios, tomando en cuenta toda la experiencia adquirida en las más de dos décadas transcurridas desde la sanción de la Ley 23.592, pero necesitándose actualmente una nueva ley flexible, amplia y apta para enfrentar los cambios sociales, políticos y culturales que nos depara el futuro. Entendemos que este proyecto, que toma en cuenta todas estas cuestiones, así como los aportes y debates ocurridos en torno al mencionado expediente N° 0254-D-2009, satisface las necesidades actuales en la materia.

Señora Presidenta, por las razones expuestas es que solicitamos la aprobación del presente Proyecto de Ley (7).

Juan M. Abal Medina.- Sigrid E. Kunath.-

REFERENCIAS Y FUENTES

(1) "Mapa de la discriminación: representaciones, acciones y percepciones acerca de la discriminación". Estudio comparativo realizado en cada una de las provincias mencionadas entre diciembre de 2006 y noviembre de 2007. Encuestas por muestreo +/-400 casos (error muestral: +/-5%, con 95% de confiabilidad). Consultoras: Analogías S.R.L.; CEOP Opinión Pública y Ricardo Rouvier & Asociados. Ver en www.inadi.gov.ar. Citado en Recomendación N° 6 del INADI sobre Discriminación a usuarios/as de drogas prohibidas.

(2) "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo", cit.

(3) Disponible en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, <http://www.igualdadynodiscriminacion.org/tusDerechos/queHacer/inversionCarga.htm>

(4) Pablo Slonimski "Derecho Penal Antidiscriminatorio", Ed. Fabián Di Placido.

(5) ARTICULO 32º - 1. Incorpórase como artículo 117 bis del Código Penal, el siguiente: "1º. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales. 2º. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales. 3º. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona. 4º. Cuando el autor o responsable del ilícito sea

funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena”.

2. Incorpórase como artículo 157 bis del Código Penal el siguiente: "Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que: 1º. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2º. Revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años”.

(6) Cfr. Art. 197, inc. 5, del Código Penal Español.

(7) Se agradece el trabajo del Lic. Alejandro Nasif Salum, la Dra. Analía Mariel Mas, la Dra. Flavia Massenzio y el Dr. Mariano Fusero en la elaboración del presente proyecto de Ley, y los aportes realizados por los/as militantes de la Mesa Nacional por la Igualdad, de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), de "La Fulana", de la Sociedad de Socorros Mutuos "Unión Caboverdeana", de la Asociación de Travestis, Transexuales, Transgénero de Argentina (ATTTA), del Área de Personas Liberadas y Prisionizadas del Frente Nacional por la Igualdad del Movimiento Evita, de la Agrupación de Agricultores Cannábicos Argentinos (AACCA), de la Coalición Argentina por un Estado Laico (CAEL) y del Frente Nacional por la Igualdad del Movimiento Evita.