

4395-D-2013

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

Capítulo Único

Disposiciones genera- les

Artículo 1º.- Objeto. La pre- sente 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 2º.- 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 competen- cia exclusiva local. Se invita a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Ai- res a adherir a estas últimas.

Artículo 3º.- Definición. Se consideran discriminatorios aquellos actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitraria- mente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internaciona- les de Derechos Humanos o en normas complementarias o concordantes, a perso- nas, grupos de personas o asociaciones, bajo pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convic- ciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situa- ción familiar, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapa- cidad, condición de salud, perfil genético, situación socioeconómica, condición so- cial, origen social, hábitos personales, sociales o culturales, lugar de residencia, si- tuación penal, antecedentes penales y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente.

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.

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 discriminación en las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de pretextos discriminatorios, también se considerarán como conductas discriminatorias conforme la presente ley. Asimismo, serán consideradas discriminatorias 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 su salud psicológica y a la autodeterminación de las personas bajo cualquier pretexto discriminatorio.

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.

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.

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. Tales conductas serán pasibles de ser reprochadas tanto a título personal de la persona que las realiza, como de quien haya impartido las órdenes o directivas para su realización.

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

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.

Artículo 4º.- Aplicación e interpretación. Principio "pro persona". En la aplicación e interpretación de esta ley y de las normas complementarias y concordantes a la misma deberá prevalecer aquella aplicación e interpretación que mejor y más favorablemente proteja los derechos y la dignidad de la persona afectada por presuntas conductas discriminatorias.

El mismo principio debe aplicarse ante la posible concurrencia de normas locales, nacionales e internacionales, cualquiera sea la relación jerárquica entre ellas; siempre prevalecerá/n en su aplicación aquella/s que contenga/n protecciones mejores o más favorables para la persona afectada por conductas discriminatorias.

En todo caso se deberá acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más

res-tringida cuando se trate de establecer restricciones temporales o permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

TÍTULO II

Capítulo I

Acciones judiciales y/o administrativas

Artículo 5º.- 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 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 6º.- Legitimación penal. Los organismos públicos y personas físicas y jurídicas mencionados en el artículo anterior se encuentran legitimados 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 artículo 71 del Código Penal.

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 de la norma, 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 artículo 5º, en carácter de *amicus curiae*, consultores/as técnicos/as, peritos u otras formas que disponga el tribunal.

Artículo 7º.- Particulares. Presunción. Inversión de la carga probatoria. 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 3º, 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 denun- ciada. En tales casos, corresponderá a la parte demandada o accionada la aporta- ción de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la con- ducta, su legitimidad, proporcionalidad y el carácter no discriminatorio de la misma. Salvo legislación en contrario, la parte actora deberá probar los hechos alegados más allá de la presunción establecida en el presente artículo sobre el carácter dis- criminatorio de los mismos.

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

Artículo 8º.- Actos públicos. Las disposiciones normativas dictadas por autoridad pública, que establecieran un trato diferencial en función de los pretextos enumerados en el art. 3º, se presumen ilegítimas. 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 ante- rior;
- c) la imposibilidad de alcanzar el mis- mo 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 con- tributiva 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.

Artículo 9º.- Intimación al cese. Acreditado indiciariamente el acto de discriminación, el/la juez/a o la autori- dad 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 tam- bién las medidas tendientes a evitar la reiteración de dichos actos por parte del/de la demandado/a, denunciado/a y/o accionado/a.

Capítulo II

Sentencia

Artículo 10.- Reparación. Presunción y autonomía del daño moral. Sin perjuicio de cualquier otra indem- nización o sanción que pueda corresponder, se presume cierto -salvo prueba en contrario- el daño moral ocasionado por la conducta u omisión discriminato- ria.

Para la acreditación y consecuente re- paración del daño moral, no es requisito necesario la acreditación concurrente de otros daños y perjuicios ocasionados.

Artículo 11.- Reparación del daño colectivo. Cuando por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar, el tribunal entienda que exista una afectación social a un grupo vulnerado, la sentencia por actos u omisiones discriminatorias debe contener medidas de reparación del daño colectivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones o sanciones que correspondan; 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 que de un modo u otro hayan intervenido en el proceso o sean citadas por el/la juez/a a tal fin.

Artículo 12.- Sensibilización, capacitación y concientización. La condena por discriminación, tanto en procesos individuales como colectivos, deberá contener medidas de sensibilización, capacitación y concientización al/a la 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.

Artículo 13.- Agravantes. Las indemnizaciones, penalidades o sanciones impuestas por actos u omisiones discriminatorias, serán agravadas, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas complementarias y concordantes, por los siguientes motivos:

- 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.

TÍTULO III

Capítulo Primero

Prevención de actos discriminatorios

Artículo 14.- 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.

Artículo 15.- Acciones y políticas públicas específicas. El Poder Ejecutivo Nacional, los de las Provincias, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los de los Municipios deben:

- a) realizar campañas de difusión masiva en medios gráficos y audiovisuales sobre discriminación y diversidad;

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 consuetudinarias 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 Segundo

Difusión

Artículo 16.- 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 17.- Sanción. Se impondrá multa de dos (2) a quince (15) sueldos básicos de la categoría inicial de la administración pública nacional al/a 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 art. 16 de esta ley y/o en los arts. 29 -inc. 4- 30 y 32 de la ley 26.370.

Los montos mínimo y máximo se aumentarán al doble en ocasión de la comprobación de un segundo incumplimiento.

En caso de un tercer incumplimiento los montos mínimo y máximo se aumentarán al triple de los del primer párrafo y se procederá además a la clausura del local hasta tanto se acredite el cumplimiento de las normas mencionadas.

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 18.- Difusión por medios gráficos y audiovisuales. El Estado Nacional, debe promover y financiar la difusión en medios gráficos y audiovisuales de los principios y derechos reconocidos en la presente ley, y de los procedimientos previstos para la denuncia de actos discriminatorios, garantizando el alcance nacional y dirigido a todos los sectores de la sociedad.

Las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios tienen igual obligación, debiendo poner énfasis en las problemáticas de discriminación locales, sin excluir otras situaciones, pretextos y formas de discriminación.

Artículo 19.- Difusión en el ámbito educativo. Las máximas autoridades educativas de cada jurisdicción, deben arbitrar 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 abarcativa de las situaciones particulares de todos los grupos socialmente vulnerados.

Artículo 20.- Difusión en la administración pública. Las autoridades máximas de la administración pública en los tres poderes y en cada nivel de gobierno deben arbitrar 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

Capítulo Único

Discriminación en espectáculos deportivos

Artículo 21.- Prevención y sanción de expresiones discriminatorias en espectáculos deportivos. Incorporarse 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

"Art. 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, perfil genético, 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.

"Art. 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.

"Art. 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.

"Art. 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

Capítulo Único

Modificaciones al Código Penal

Artículo 22.- Agravantes genéricos. Incorpórase al Título V del Libro Primero del Código Penal como art. 41 sexies el siguiente texto:

"Art. 41 sexies.- Elévese 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, perfil genético, 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 23.- Acción pública en calumnias e injurias discriminatorias. Sustitúyese el inc. 1, del art. 73, del Código Penal por el siguiente texto:

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

Artículo 24.- Acción pública en violación de secretos con intención discriminatoria. Sustitúyese el inc. 2, del art. 73, del Código Penal por el siguiente texto:

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

Artículo 25.- Modificación al art. 80, inc. 4, del Código Penal. Sustitúyese 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, perfil genético, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal o antecedentes penales".

Artículo 26.- Delitos contra el honor y la dignidad. Sustitúyese el nombre del Título II del Libro Segundo del Código Penal, por "Delitos contra el Honor y la Dignidad".

Artículo 27.- Injurias colectivas. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como Art. 110 bis el siguiente texto:

"Art. 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 deshonrarse, desacreditare o afectare la dignidad de las personas de un grupo vulnerado, 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 28.- Violación de secretos con intención discriminatoria. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como art. 117 ter el siguiente texto:

"Art. 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, perfil genético, 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 29.- Incitación a la discriminación. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 quater el siguiente texto:

"Art. 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 30.- Propaganda discriminatoria. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 quinquies el siguiente texto:

"Art. 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 31.- Denegación de servicios públicos. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 sexies el siguiente texto:

"Art. 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 32.- Denegación de servicios particulares. Incorpórase al Título II del Libro Segundo del Código Penal como artículo 117 septies, el siguiente texto:

"Art. 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 33.- Modificación a la Ley de Habeas Data. Sustitúyese 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, perfil genético, 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 VI

Capítulo Único

Disposiciones complementarias

Artículo 34.- Modificación a la reglamentación de la Ley de Espectáculos Públicos. Modifícase la reglamentación del art. 29, inc. 4, de la Ley 26.370, obrante en el Anexo I del Decreto 1824/2009, que queda redactada del siguiente modo:

"En el interior del local, a no más de UN (1) metro de distancia del lugar en que se realiza el control de admisión, se colocará una cartelera, debidamente iluminada y en tipografía con caracteres mayúsculos de fácil lectura, que indicará por orden alfabético el apellido y nombre de todos los/as controladores/as. En el caso de tratarse de un trabajador de una prestadora de servicios, se colocará además, la razón social de la misma en la parte superior de la cartelera".

Artículo 35.- Ubicación de carteles informativos. Los carteles informativos previstos en los arts. 29 -inc. 4-, 30 y 32 de la Ley 26.730 deben ubicarse en un lugar donde sean claramente visibles y previos al control de admisión.

Artículo 36.- Accesibilidad para personas ciegas o de baja visión y hablantes de lenguas locales o regionales. Los carteles informativos previstos en el art. 16 de esta ley y en los arts. 29 -inc. 4-, 30 y 32 de la Ley 26.730 deben presentarse en una tipografía y condiciones lumínicas que maximicen las posibilidades de lectura a personas con baja visión. También deberán colocarse en sistema Braille, en una ubicación de fácil acceso, previa al control de admisión.

En función de los idiomas regionales o locales de normal uso en cada territorio, las autoridades locales deben arbitrar las medidas para colocar también la transcripción de los carteles en los idiomas que corresponda, con particular énfasis en las lenguas de pueblos originarios y de migrantes.

Artículo 37.- Independencia de las sanciones. Las sanciones establecidas en esta ley se consideran independientes de las que pudieran corresponder en base a otras disposiciones normativas complementarias y concordantes, sean establecidas por cualquier organismo o institución pública o privada.

Artículo 38.- Cláusula derogatoria. Derógase la Ley 23.592 con sus modificatorias, Ley 24.782 y Ley 25.608.

Artículo 39.- Referencia a normas derogadas. Las referencias a la Ley 23.592 contenidas en la Ley 25.031 deben entenderse como referidas a esta ley.

Artículo 40.- 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 art. 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 art. 117 Quinquies del Código Penal, así como la eventual transferencia de competencias en relación a otros delitos tipificados por esta ley.

Artículo 41.- Normativa local sobre difusión. Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios deben, en un plazo de sesenta (60) días de promulgada esta ley, para arbitrar los recaudos necesarios para la adecuación a lo establecido en el art. 16.

Artículo 42.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

Para comenzar quería dejar constancia que este proyecto de tanta importancia que he presentado lleva condensado el trabajo de mucho tiempo de una gran militante y colega, compañera María Rachid y de su equipo de trabajo en conjunto con este despacho.

Este proyecto, propone la sanción de una nueva Ley sobre PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS, que sustituya a la Ley 23.592, a fin de lograr una mayor y mejor efectividad en su aplicación, que incorpore mecanismos tales como, entre otros, la inclusión de categorías no contempladas en la norma actual y de sujetos legitimados/as para actuar, la inversión de la carga de la prueba, 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 dos oportunidades los proyectos impulsados por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) 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 hicieran 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 de Buenos Aires, ex Vicepresidenta del INADI, Secretaria General de la Mesa Nacional por la Igualdad y ex Presidenta 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); Esteban Paulón, Presidente de la FALGBT; Patricia Gomes, Vicepresidenta de la Sociedad de Socorros Mutuos "Unión Cabover-deana"; 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 (AACA); el Dr. Mariano Fusero, ex Coordinador del Centro de Denuncias del INADI; la Dra. Analía Mas, ex Directora del Área Jurídica del INADI; la Dra. Flavia Massenzio, abogada del Área de Derechos de Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - con adscripción vigente al Despacho de la Diputada Maria Rachid en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - y Secretaria de Asuntos Jurídicos de la FALGBT; el Lic. Alejandro Nasif Salum, 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 agrupaciones han tenido un trato cotidiano con la actual Ley Nº 23.592, asesorando y asistiendo a personas en situación de discriminación, conociendo tanto las virtudes como 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 Nº 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 establece 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".

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 "Giroldi".

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).

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.

A continuación, explicamos algunos de los puntos centrales de este proyecto.

Ampliación de los pretextos discriminatorios

El presente proyecto propone la ampliación de los pretextos previstos en el artículo 1º de la actual Ley Nº 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 Nº 23.592 de pretextos tales como la "orientación sexual" o la "identidad de género o su expresión", aún cuando la Observación General Nº 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, Nº 26.618, y el 9 de mayo de 2012 se sancionó la Ley de Identidad de Género, Nº 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 pre-textos 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 González, José). (El destacado es nuestro.)

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". (Los destacados son nuestros.)

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". (Los destacados son nuestros.)

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 le 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", Nº 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 Nº 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, Nº 26.618 (15/07/2010), y la Ley de Identidad de Género, Nº 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: "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 Nº 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 Nº 20 del Consejo Económico y Social de la ONU -ap. 28- expresa: "En la Observación general Nº 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.

Perfil Genético:

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 Nº 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.

Aún así, consideramos necesario explicar 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 inversa". 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) . (El destacado es nuestro.)

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, el presente proyecto propicia superar la superposición normativa, y en parte contradictoria, entre lo establecido por el artículo 4º de la Ley 23.592, el artículo 29, inc. 4º, de la Ley Nº 26.370 y el De-

creto 1824/2009 -reglamentario de la Ley Nº 26.370-, tanto con respecto a la información que deben contener, como en relación a la penalidad en casos de incumplimiento.

En tal sentido, se propone que en el cartel informativo 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.

Al efecto mencionado, se propone además modificar la reglamentación del artículo 29, inc. 4º, de la Ley 26.370.

Asimismo, se actualizan los montos de las multas previstas para los casos de incumplimiento, a la vez que se los extiende al incumplimiento de exhibición de otras leyendas previstas por la Ley 26.370.

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 querrelar 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 entromete 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, perfil genético 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 enuncia- ción.

Finalmente, creemos que todo lo ex- puesto determina la necesidad imperiosa de actualizar la legislación nacional en ma- teria 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 nece- sitándose actualmente una nueva ley flexible, amplia y apta para enfrentar los cam- bios 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 deba- tes ocurridos en torno al mencionado expediente N° 0254-D-2009, satisface las ne- cesidades actuales en la materia.

Por todos los motivos aquí expuestos, es que solicitamos la aprobación del presente Proyecto de Ley (7) .