EXPTE. D- 4167 /20 - 21

H.C. DE DIPUTADOS
FOLIO
1
PBA. BS. AS.

Honorable Cámara de Diputados
Provincia de Buenos Aires

PROYECTO DE LEY

EL SENADO Y LA HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES SANCIONAN CON FUERZA DE

L E Y CONTRA ACTOS DISCRIMINATORIOS

TITULO I

Objeto y Definiciones

Artículo 1°.- Objeto:

a) garantizar y promover la plena vigencia del principio de igualdad y no discriminación, con vistas a asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de todas las personas y grupos de personas.

b) prevenir la discriminación en todas sus formas, a través de la implementación y el desarrollo de políticas públicas inclusivas y acciones afirmativas que promuevan la igualdad de oportunidades y fomenten el respeto a la diversidad y a la dignidad inherente de cada ser humano.

c) sancionar y reparar los actos discriminatorios, garantizando el acceso a la justicia y generando condiciones aptas para erradicar la discriminación, la xenofobia y el racismo.

Las disposiciones de la presente Ley son de orden público.

Artículo 2°.- A los efectos de esta Ley, el término "discriminación" incluye, en particular:

a) Discriminación de jure: toda distinción normativa que excluya, restrinja o menoscabe el goce o el ejercicio igualitario de los derechos. La discriminación de jure puede manifestarse directa o indirectamente:

i) Se entenderá como directa cuando el pretexto discriminatorio es invocado explícitamente como motivo de distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

ii) Se entenderá como indirecta: cuando el factor de distinción invocado es aparentemente neutro, pero el efecto es el de excluir, restringir o menoscabar de manera irrazonable a un grupo o colectivo, sin que exista una justificación objetiva en relación con la cuestión decidida.

b) Discriminación de facto: toda exclusión, restricción o menoscabo de hecho en el goce o en el ejercicio igualitario de los derechos sin que el criterio de distinción sea mencionado explícitamente.

FOLIO 2

Artículo. 3°.- Se consideran discriminatorios:

a) Los hechos, actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las leyes nacionales y provinciales , dictadas en su consecuencia, en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes y en las normas concordantes, a personas o grupos de personas; bajo pretexto de: etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, características genéticas, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, y/o de cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente.

b) Toda acción u omisión que, a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, y/o mensajes que transmitan y/o reproduzcan dominación, desigualdad y/o discriminación en las relaciones sociales, naturalice o propicie la exclusión o segregación.

c) Las 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.

En todos los casos debe entenderse que la discriminación en función de los pretextos mencionados en el inciso a) es el resultado de relaciones asimétricas y tratos inequitativos relacionados a determinados factores y contextos históricos, geográficos y sociales. En cualquier caso, no incide en la evaluación del carácter discriminatorio de una conducta que el pretexto que la haya determinado coincida o no con características de la persona afectada.

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.

Artículo 4°.- Las acciones afirmativas que el Estado desarrolla para promover la igualdad de condiciones de grupos víctima de discriminación, en ningún caso se consideran discriminatorias.

No se consideran discriminatorias las opiniones políticas y/o científicas y/o académicas que versen sobre ideología o religión por el solo hecho de someter determinados dogmas a debate.

H.C. DE DIPUTADOS FOLIO 3 PCIA. BS. AS.

Artículo 5°.- 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 las personas afectadas por presuntas conductas discriminatorias. Igual principio se aplicará ante la concurrencia de normas de igual o distinto rango que prevean diferentes niveles de protección contra la discriminación.

TITULO II

Acciones judiciales y/o administrativas

Artículo 6°.- La persona o grupo de personas que se considere/n discriminada/s pueden requerir por vía judicial o administrativa, según corresponda, el cese del acto discriminatorio y/o la obtención del resarcimiento de los daños que el hecho, acto u omisión le ocasiona y/o la condena en caso de cometerse algún delito tipificado por el Código Penal.

La autoridad de aplicación debe establecer un mecanismo eficaz de recepción de denuncias y de asesoramiento legal sobre los procesos a seguir en caso de ser víctima de discriminación. Asimismo, podrá actuar de oficio y presentar denuncias administrativas y judiciales en caso de conocer situaciones de discriminación, con consentimiento del o los afectados o aun sin su consentimiento cuando las circunstancias del caso lo justifiquen.

Artículo. 7°.- La/s persona/s que cometa/n un hecho, acto u omisión tendiente, o cuyo resultado, implique la discriminación a una persona o grupo de personas, será/n obligada/as judicial o administrativamente, a pedido del/los afectado/s o de cualquier otra persona u organismo legitimado/a para presentar la denuncia, a dejarlo sin efecto o a cesar en su realización.

En el caso de comprobarse el hecho, acto u omisión discriminatoria, la autoridad judicial o administrativa, deberá adoptar medidas tendientes a prevenir la futura realización o garantizar la no repetición de los mismos.

La autoridad de aplicación de la presente Ley, tomando debida cuenta de los casos resueltos, podrá formular y recomendar a las autoridades correspondientes medidas generales de prevención y no repetición de los actos discriminatorios denunciados.

Procedimiento

Artículo 8°.- Acción de Amparo. Las acciones que deriven de la aplicación de la presente Ley, tramitarán según el procedimiento previsto en la Ley 16.986, en concordancia con el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 38 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y con arreglo a las disposiciones específicas que emergen de la presente Ley.

H.C. DE DIPUTADOS FOLIO 4 PCIA. DE BS. AS.

El fuero en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires será competente para conocer en caso de denuncias por discriminación contra hechos, actos u omisiones de autoridades del Estado provincial y contra establecimientos privados sometidos al poder de policía del mismo.

Las acciones civiles y/o denuncias penales que correspondieran a las víctimas y/o damnificados/as del hecho o acto discriminatorio, tramitarán de conformidad a lo dispuesto por las normas generales correspondientes.

Artículo. 9°.- La promoción y tramitación de las denuncias administrativas que correspondieran por aplicación de la presente Ley, se regirá por el Decreto-Ley 7647/70, normas de procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires, sus complementarias y modificatorias, decretos y toda otra regulación dictada y vigente en la materia.

Artículo 10°.- 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 Provincia de Buenos Aires; el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, así como las asociaciones civiles 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.

Artículo 11°.- 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 o sean acciones privadas conforme el artículo 71 del Código Penal.

Las Asociaciones Civiles que propendan a la defensa de los derechos humanos podrán presentarse en carácter de querellantes, o actuar con el carácter de amigos del Tribunal, según el caso.

A todo evento, primará una interpretación amplia de la norma, tendiente a permitir la participación como querellantes de tales personas físicas y jurídicas.

Artículo 12°.- Carga dinámica de la prueba. En los procesos promovidos por aplicación de la presente Ley, en los que se controvierte la existencia de hecho, acto u omisión discriminatoria, resultará suficiente para la parte que afirma dicho motivo la acreditación de hechos que, evaluados inicialmente, resulten idóneos para inducir su existencia; en ese caso corresponderá a la parte demandada a quien se reprocha el hecho, acto u omisión, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

Las presunciones establecidas en este artículo no rigen en materia penal ni contravencional.

FOLIO 5

Artículo 13°.- En los procesos judiciales o administrativos en los que se tramiten presuntos casos de discriminación, las autoridades respectivas, de oficio o a pedido de parte, podrán solicitar un informe de la autoridad de aplicación a efectos de que ésta se expida sobre la existencia o no de un acto discriminatorio.

TITULO III

Sentencia

Artículo 14°.- Cuando por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar, el tribunal considere que existe 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.

La reparación del daño deberá incluir una o varias de las siguientes medidas, teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del acto o hecho discriminatorio:

a) Campañas públicas de sensibilización y concientización sobre los efectos negativos de la discriminación.

b) Programas internos de capacitación e información sobre los derechos humanos y el derecho a la igualdad y la no discriminación.

c) Implementación de medidas internas de acción positiva a favor del grupo discriminado.

d) Emisión y difusión de disculpas públicas al grupo discriminado.

e) Cualquier otra medida adecuada a la reparación de los daños.

Tomando debida cuenta de las sentencias y resoluciones emitidas por aplicación de la presente Ley, la autoridad de aplicación, en consulta con el o los grupos damnificados, desarrollará medidas y acciones para evitar la repetición de los actos discriminatorios.

Artículo 15°.-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;

c) cualquier otra medida que el/la juez/a considere adecuada en función de los objetivos y principios de esta Ley.

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

FOLIO 6

TITULO IV

Prevención y difusión

Artículo 16°.-La autoridad de aplicación, en coordinación con los poderes del Estado y niveles de gobierno, arbitrará los medios necesarios para desarrollar políticas públicas orientadas a la prevención de la discriminación y a formar e informar a la ciudadanía sobre las consecuencias negativas de la discriminación sobre el conjunto de la sociedad y sobre cada grupo vulnerado en particular, en pos de una sociedad más igualitaria en la diversidad.

Constituyen ámbitos prioritarios de aplicación de la política pública de igualdad y no discriminación el acceso igualitario y la erradicación de la discriminación en los servicios de salud, educación y sociales, establecimientos públicos comerciales y de servicios así como, espectáculos deportivos y artísticos, con especial énfasis en aquellas personas o grupos que son susceptibles de experimentar situaciones de discriminación múltiple.

El Estado de la Provincia de Buenos Aires en todos sus poderes y niveles de gobierno, en coordinación con la autoridad de aplicación, arbitrará los medios necesarios para desarrollar acciones orientadas a formar a la ciudadanía en pos de eliminar prejuicios y obstáculos que impiden el ejercicio pleno de derechos por parte de todos los ciudadanos.

Artículo 17°.- El Poder Ejecutivo articulará las medidas destinadas a la promoción de los principios y derechos reconocidos en la presente ley, y de los procedimientos previstos para la denuncia de actos discriminatorios, dirigido a todos los sectores de la sociedad a través de diferentes medios de comunicación; enfatizando las problemáticas de discriminación local, sin excluir otras situaciones, pretextos y formas de discriminación.

Artículo 18°.- El Poder Ejecutivo en coordinación con la autoridad de aplicación, arbitrará los medios para difundir en la educación de gestión estatal y privada, el conocimiento de los principios establecidos en la presente Ley y de los procedimientos de denuncia previstos ante actos u omisiones discriminatorias.

Artículo 19°.- Difusión en la administración pública. Las autoridades máximas de todos los poderes y niveles de gobierno, considerando los lineamientos que provea la autoridad de aplicación, arbitrarán los medios para capacitar a funcionarios/as y empleados/as públicos/as en los principios de la presente ley, y en los procedimientos previstos para la denuncia de actos discriminatorios.

TITULO V

Disposiciones finales

Artículo 20°.- El Poder Ejecutivo determinará la autoridad de aplicación.

Artículo 21.°– Se establece la obligatoriedad de exhibir en el ingreso a locales bailables, de recreación, salas de espectáculos, bares, restaurantes y oficinas públicas, en forma clara, visible y accesible, un cartel que contendrá una leyenda referida a los principios,

H.C. DE DIPUTADOS
FOLIO
7

derechos y procedimientos o contactos de denuncia de los hechos que sanciona la presente ley. El contenido y formato del mismo será establecido por la Autoridad de Aplicación.

Fiscalizarán el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo y aplicarán las sanciones que consideren adecuadas, las dependencias encargadas de las habilitaciones comerciales y/o públicas de los Municipios.

Artículo 22°.-La Autoridad de Aplicación deberá registrar y sistematizar los hechos y denuncias sobre actos discriminatorios a través de informes anuales que deberá presentar para ser considerado por el Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires y difundido posteriormente a través de los medios correspondientes. Los mismos deberán contener un análisis detallado de la situación sobre la discriminación en el país, mapas de la discriminación y anexos estadísticos.

Artículo 23°.-Los propietarios/as y/o organizadores de espectáculos masivos deberán emitir y difundir al inicio de los mismos por medios sonoros, gráficos y/o audiovisuales la leyenda referida en el artículo 22° de la presente ley.

Artículo 24°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Diputado
Daniel Lipovetzky
Bloque Juntos por Cambio
H.C. Diputados Provincia Bs. As.

H.C. DE DIPUTADOS PROV. BS. AS. FOLIO 8

Honorable Cámara de Diputados
Provincia de Buenos Aires

FUNDAMENTOS

Este proyecto propone la sanción de una ley sobre actos discriminatorios, a fin de promover la garantía constitucional de la igualdad desde la perspectiva de la diversidad, y luchar de una manera más efectiva contra la discriminación. Para ello se incorporan mecanismos procedimientos ágiles para hacer cesar y reparar los actos discriminatorios, la carga dinámica de la prueba, la difusión por diversos medios de la protección legal contra la discriminación, entre otras cuestiones. Creemos que la sanción de este proyecto le otorgaría a nuestro país una ley de avanzada en la materia.

A partir de la recuperación de la democracia en el año 1983, la Argentina 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 (Ley Nacional 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 promueve las acciones positivas o afirmativas, con lo que abraza el concepto de igualdad real. Así, 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 explícitamente la acción de amparo, individual y colectiva contra las conductas discriminatorias.

La ley que aquí se propone plasma los cambios trascendentes producidos en las últimas décadas en las Constitución Nacional y local 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.

Conforme lo expuesto, la garantía de igualdad se encuentra protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional y por los distintos tratados a los que ésta le otorgó 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, a saber:

- 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».

FOLIO 9

- 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: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, 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». Asimismo, en su artículo 2° afirma: «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 7 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 2° estatuye: «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 2° afirma: «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: «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 nacional 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».

FOLIO 10

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 local 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 la Constitución Nacional, a través de la reforma de 1994, y teniendo en cuenta la discriminación que históricamente sufrieron varios sectores de la sociedad, proponemos una norma que tienda a hacer efectivos los principios de igualdad y no discriminación.

FOLIO 11

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

Pretextos discriminatorios

Como la inmensa mayoría de las normas provinciales, nacionales e internacionales que buscan proteger contra la discriminación, se plantea en este proyecto una enumeración no cerrada de pretextos discriminatorios. La enumeración es, como se observa a simple vista, más amplia que la establecida en la Ley Nacional 23.592. Resulta necesaria dicha ampliación atento a que existen numerosos grupos social e históricamente vulnerados y sistemáticamente discriminados que actualmente no se encuentran contemplados en dichas normas. Asimismo, los sucesivos instrumentos internacionales de derechos humanos van incorporando con el paso de los años un número creciente de pretextos discriminatorios. Y a pesar de que la enumeración no sea taxativa, entendemos que la inclusión de la mayor cantidad posible de pretextos tiene un alto poder simbólico, político y educativo, para prevenir actos u omisiones discriminatorias basadas en aquéllos.

Como se dijo, la enumeración de pretextos efectuada 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 y no se encuentran contemplados en la ley nacional citada son los 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 pretende 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 no mencionar la categoría de «raza» (tal como se encuentra mencionada en el artículo 1° de la Ley Nacional 23.592) 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.

FOLIO 12

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 argumentos pseudocientíficos la superioridad de un colectivo sobre otro/s y así legitimar su dominación a través de la esclavitud, el colonialismo, los genocidios, los etnicidios y el apartheid.

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

Por su parte, el «color de piel» —a pesar de considerarse también como una categorización en desuso— se contempla en el proyecto dado el alto grado de discriminación que padecen las personas que, aún sin pertenecer a un grupo étnico determinado, poseen una tez que 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 pertenencia a una etnia determinada, pero de ninguna manera eso las exime de ser 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 N°20 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

FOLIO 13

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/ Sexo:

La categoría de «género», no se encuentra prevista en la Ley Nacional 23.592. En tanto que la categoría de «sexo» se encuentra prevista en esta última.

Por ello, y por la trascendencia de estas categorías, resulta necesario hacer mención, específicamente, a ambas. El «género» hace referencia a la 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

FOLIO 14

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.

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 1° 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 5° 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» (Ley Nacional 26.485), establece en su art. 2° 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».

FOLIO 15

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.

No obstante ello, tal categoría no se encuentra prevista en la Ley Nacional 23.592. En tanto que la Observación General N° 20 del Comité DESC, prohíbe expresamente la discriminación en base a tales pretextos.

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

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

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

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

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

De la misma manera, respecto de la identidad y la expresión de género, la Ley Nacional 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

FOLIO 16

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:

Tal como ocurre con la categoría anterior, la Ley Nacional 23.592 no prevé la discriminación por «edad». 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

FOLIO 12

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:

Estas categorías, no previstas en la normativa nacional y local citadas, se encuentra contemplada en la Observación General N° 20 del Consejo Económico y Social de la ONU —ap. 31— que 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 en que se desempeñe o se haya desempeñado una persona, 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

FOLIO 18

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».

FOLIO 19

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 excluidas". 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 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, relacionados a decisiones autónomas 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%).

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.

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

Carga dinámica de la prueba

FOLIO 20

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 teniendo en mente la necesidad de proteger a determinados grupos históricamente discriminados, 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». La aplicación de la doctrina de las «categorías sospechosas» implica la necesidad de 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 adhesión a esta doctrina no se limitó solamente a las normas emitidas por el Estado sino también a los actos 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.

En dicho fallo se expresa que: «En el derecho argentino, teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales sobre la igualdad y no discriminación, así como las previstas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cabe concluir en que cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitucional. (...) Como señala Corwin, las leyes inevitablemente crean distinciones acerca del modo de tratar a diferentes personas, de manera que es menester indagar cuáles de ellas son una discriminación intolerable, o clasifican "clases sospechosas" que, si no se justifican suficientemente, originan una "discriminación perversa". La expresión "clase sospechosa" puede caracterizar a un grupo "discreto e insular", que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia tal de tratamiento desigual intencionado, o está relegado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario ("La Constitución de los Estados Unidos y su Significado Actual", ps. 630/1)... Este criterio ha servido para declarar la inconstitucionalidad de aquellas leyes que discriminan entre los sexos sobre bases arcaicas y exageradas generalizaciones respecto de la mujer, o de estereotipos impuestos desde larga data, o sobre la descuidada presunción de que las mujeres son el sexo débil. En todos estos casos hubo un "mayor examen", y no se advirtió la existencia de un importante interés estatal que justificase la distinción (Kiper, C., "Derechos de las minorías ante la discriminación", p.- 132)».

Además, 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

FOLIO 21

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)» . (El destacado es nuestro.)

Por todo lo expuesto, proponemos una carga dinámica de la prueba en los procesos por discriminación. Así las cosas, una vez acreditado prima facie el hecho que se denuncia, y dada la pertenencia de quien demanda a un grupo históricamente discriminado, se presumirá la existencia de un acto discriminatorio, 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 dicha inversión dinámica 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 sientan 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 la 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)».

También la legislación nacional tiene en cuenta esto 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

FOLIO 22

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».

Difusión de las normas que protegen contra la discriminación

Con el objetivo de concientizar a la población no sólo de la problemática de la discriminación en sí, sino de la protección que el Estado brinda contra dichos actos, se establecen normas relacionadas a la difusión por medios gráficos y audiovisuales de los principios de esta ley, así como su difusión en el ámbito educativo y en la administración pública.

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

Diputado
Daniel Lipovetzky
Bloque Juntos por Cambio
H.C. Diputados Provincia Bs. As.

EXPTE. D- 4167 /20 - 21

FOLIO 23

Hago constar que el presente proyecto ha sido remitido desde el correo oficial del Diputado/a autor/a del mismo de acuerdo a lo establecido en Resolución de Presidencia N° 1448/2020.-

CONSTE.-

DIGIGLIO PEDRO GUSTAVO
Director de Mesa de Entradas
Salidas y Archivos
H. C. de DiputadosPcia. Bs. As.