

MODIFICACIÓN DE LA ANTIDISCRIMINATORIA: ANÁLISIS JURÍDICO*

“El proyecto expone características autoritarias, que tenderán a una caza de brujas, a limitar la libertad de expresión, cuando no a favorecer el abuso de las minorías”

Nora Ginzburg, ex.diputada de la Nación

Como hemos informado el 11 de agosto la Cámara de Diputados dio -por unanimidad-media sanción al proyecto que modificaría la Ley N° 23.592, conocida como “Ley Antidiscriminatoria”.

La modificación entraña: una nueva forma –difusa y arbitraria- de denunciar y probar que un acto es o no discriminatorio, la incorporación ilimitada de causales de discriminación –entre ellas “género, identidad de género o su expresión, y orientación sexual”- y la modificación del Código Penal para sancionar a los presuntos “discriminadores”.

De este cóctel surge que alguien **podría ir preso por la mera defensa del orden natural**. Hemos dado desde el año 2003 muchos ejemplos al respecto. Sobre la modificación de la Antidiscriminatoria se pueden ver, entre otros, Notivida n°: 193, 195, 328, 329, 364, 390, 392, 417,445, 497, 508, 557, 561, 563, 601, 610, 617, 623, 703 y 728.

Hoy ponemos a disposición de nuestros suscriptores un análisis jurídico del proyecto de ley que modificaría la ley antidiscriminatoria y el Código Penal, elaborado para este boletín por el Dr. Ricardo Bach de Chazal.

Señala el prestigioso jurista que *“no todo acto discriminatorio es de suyo injusto, ni necesariamente reprobable por el ordenamiento jurídico (.). Una solución como la propiciada por el proyecto podría llevar a tabla rasa, entre otros, el regular ejercicio de los derechos de la libertad de pensamiento y expresión, de enseñar y aprender, de educar a los hijos conforme a las propias pautas morales y religiosas”*.

Destaca además Bach de Chazal que el proyecto:

Legitima la actuación de diversos actores: personas afectadas, el Defensor del Pueblo, el INADI, organismos de derechos humanos, etc y exime de agotar la vía administrativa.

Invierte la carga de la prueba -vale decir, corre por cuenta del acusado probar que no discriminó- y apunta al respecto que esto atenta contra el principio general del derecho que afirma que pesa sobre quien alega un hecho la carga de probarlo y contra la presunción de inocencia del acusado plasmada en normas de raigambre constitucional.

Torna subjetiva la acusación al no ser expresamente enumeradas todas las causales de discriminación.

Inserta la ideología de género: *“categoría deletérea que, como reconocen los propios autores de la iniciativa, no se basa en la naturaleza de las cosas (las cuestiones biológicas, que postulan abandonar), sino en una extravagante ‘concepción social de la temática’, carente de todo fundamento científico”*.

Concluye, entre otras cosas, que -de sancionarse- *“nos hallaríamos ante la posibilidad de persecución a quienes, en ejercicio de sus derechos fundamentales cuestionaran las prácticas homosexuales, bisexuales, pedófilas o cualquier otra aberración cubierta por esos eufemismos. Lo mismo ocurriría para quienes afirmaran la posibilidad de tratamiento y recuperación de quienes padecen esas ‘inclinaciones’ o con quienes objetaran que las mismas sean presentadas en la educación de sus hijos como modelos posibles”*.

A continuación el análisis completo:

APOSTILLAS AL PROYECTO DE LEY
QUE INTENTA MODIFICAR LA LEY 23.592
–SOBRE ACTOS DISCRIMINATORIOS– Y EL CODIGO PENAL

Por Ricardo Bach de Chazal

Los ejes de la iniciativa radican en: a) el abandono de la exigencia de arbitrariedad que la legislación vigente establece para considerar la ilicitud de un acto discriminatorio, reemplazando dicha noción por una, más que dudosa, calificación por el resultado; b) legitimación para acciones judiciales y dispensa del agotamiento de la vía administrativa; c) adopción del criterio de “clasificación sospechosa” e inversión de la carga probatoria; d) la enumeración no taxativa de nuevas categorías; d) adopción subrepticia de la ideología de género y e) la ampliación del ámbito de las consecuencias de las conductas consideradas discriminatorias.

a) Abandono de la exigencia de arbitrariedad del acto discriminatorio.

De acuerdo al artículo 1° de la Ley 23.592 vigente, el ordenamiento jurídico busca sancionar a quien *“arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional ...”*.

Desde que no todo acto discriminatorio es de suyo injusto, ni necesariamente reprobable por el ordenamiento jurídico, la nota de arbitrariedad exigida por la ley conlleva una doble consideración: de un lado, la concreción de una discriminación irrazonable y objetivamente injusta, es decir, que se traduzca en la objetiva lesión de derechos concretos; de otro, la necesidad de esa lesión objetiva sea acompañada de una subjetividad intencional concreta ordenada a producirla.

El proyecto aprobado en Diputados, elimina la mención de la arbitrariedad y considera actos de discriminación a aquellos *“...que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en una ley, un Tratado y en la Constitución Nacional ...”*.

Para fundar la innovación se aduce en los “fundamentos”, que la garantía constitucional de la igualdad *“...prohíbe la realización de actos u omisiones en los que, aún cuando el autor no tenga la intención de discriminar, el resultado resulte irrazonable...”*, por lo que sus autores expresan de modo dogmático que *“...exigir la intención de discriminar deja sin protección muchísimos actos u omisiones que causan igual o mayor perjuicio a los ciudadanos...”*.

En lo atinente a este t3pico, que prescinde de la subjetividad del autor y se apoya sustancialmente en una supuesta irrazonabilidad del resultado, en la disidencia presentada en el 2009 por la Diputada (mc) Nora Ginzburg se anota acertadamente que *“La discriminaci3n s3lo puede configurarse con alg3n tipo de dolo. Y, adem3s, 3qui3n va a resolver si el resultado es o no irrazonable?. Por lo dem3s, esta aseveraci3n es sumamente incierta, vaga y confusa, ya que no sabemos si se refiere a una situaci3n f3ctica concreta o al estado an3mico del supuesto discriminado, lo que conlleva a vulnerar el derecho de defensa del acusado. Es muy absolutista porque se presta a cualquier derivaci3n, am3n de ser sumamente incierto. Esto tiende a pretender un pensamiento 3nico...”*.

Compartimos esa cr3tica y a3adimos que, a3n cuando es posible que el ordenamiento jur3dico corrija desigualdades objetivamente percibidas como irrazonables o injustas, resulta un verdadero desprop3sito que se castigue a un sujeto o se le imponga una condena de reparaci3n, prescindi3ndose de la intenci3n que hubiere tenido al obrar, as3 como de s3, al hacerlo, ejerci3 regularmente un derecho o libertad que el ordenamiento jur3dico tambi3n a 3l le reconoce, lo que, como sabemos, no puede constituir en il3cito ning3n acto (arg. art3culos 1071 del C3digo Civil[1] y 34, inciso 43 del C3digo Penal[2]).

Una soluci3n como la propiciada por el proyecto podr3a llevar a tabla rasa, entre otros, el regular ejercicio de los derechos de la libertad de pensamiento y expresi3n, de ense3ar y aprender, de educar a los hijos conforme a las propias pautas morales y religiosas y el consecuente e inalienable derecho a supervisar las ense3anzas que, en esas materias se les impartan en los establecimientos educativos de su elecci3n, sean p3blicos o privados (o –si se prefiere- de gesti3n estatal o privada), todo lo cual tiene neta raigambre constitucional y no puede ser avasallado por normas como las que aqu3 comentamos.

b) Legitimaci3n para actuar judicialmente, dispensa de la v3a administrativa

El art3culo 23 del proyecto dispone acordar legitimaci3n para interponer acciones de amparo o iniciar procesos de conocimiento a la persona o grupo de personas afectadas, al Defensor del Pueblo, a los organismos del Estado con competencia espec3fica en cada caso y a las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos humanos, la eliminaci3n de toda forma de discriminaci3n o la promoci3n de los derechos de las personas discriminadas. Con el declarado prop3sito de “evitar da3os irreparables a las personas”, la misma norma faculta a los jueces a disponer de oficio o a pedido de parte las medidas provisorias necesarias para salvaguardar el derecho o garant3a amenazada o conculcada. A su vez, el p3rrafo final del art3culo dispensa de la necesidad de agotar la v3a administrativa para el ejercicio de las acciones judiciales que pudieran derivarse de la ley bajo an3lisis.

c) Clasificaci3n sospechosa e inversi3n de la carga de la prueba.

Mediante el art3culo 33 del proyecto se propicia que una vez acreditado que un determinado acto *“...tenga por objeto o resultado, impedir, obstruir, restringir o menoscabar el ejercicio de alg3n derecho o garant3a, y la pertenencia a alguno de los grupos enumerados en el art3culo 13 o el impacto perjudicial sobre alguno de los mismos, se presume su car3cter discriminatorio y la carga de demostrar que el acto no es discriminatorio recaer3 sobre el demandado...”*, a3adi3ndose que *“...Cuando se cuestione un acto p3blico por implicar un trato discriminatorio en funci3n del color, etnia, religi3n, nacionalidad, g3nero, identidad de g3nero o su expresi3n, orientaci3n*

sexual, caracteres físicos, capacidad psicofísica, o posición económica o condición social, el Estado sólo podrá desvirtuar la presunción acreditando un interés estatal urgente, que los medios utilizados guardan una relación sustancial con el logro de dicho interés, y que no existen otras alternativas menos lesivas para obtener el mismo fin. En los mismos supuestos, cuando el acto cuestionado no sea público, el demandado deberá acreditar un interés legítimo preponderante...”

Para fundamentar este temperamento, los autores del proyecto sostienen, siguiendo a Dworkin, que cualquier distinción que se haga bajo parámetros de pertenencia a las categorías que las normas prevén, constituirían clasificaciones sospechosas, explicitando que “...cuando nos encontramos frente a un grupo que corresponde a una de las categorías previstas en la norma y recibe un trato desigualitario, la diferencia de trato goza de una presunción de arbitrariedad, pues el constituyente así lo ha considerado previamente...”.

En verdad no existe disposición constitucional que permita dar pábulo a este último aserto, existiendo incluso normas constitucionales que podrían pensarse como discriminatorias (v.gr. las que señalan las condiciones exigidas para ser Senador, Diputado, Presidente de la Nación o miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), lo cierto es que, como lo anota la Diputada (mc) Ginzburg en su disidencia “...La inversión de la carga de la prueba en todos los supuestos apunta contra el principio general del derecho que afirma que pesa sobre quien alega un hecho, la carga de probarlo...”, lo cual tiene validez –añadimos nosotros- tanto en el ámbito del derecho civil, como del derecho penal y se relaciona con el principio de inocencia que también se encuentra plasmado en normas de raigambre constitucional y los tratados de derechos humanos que ostentan esa jerarquía desde la reforma de 1994.

d) Ampliación de categorías. Carácter no taxativo.

La Ley N° 23.592 vigente considera particularmente, a los efectos de considerar ilícita a la discriminación y castigar a las conductas en ella inspiradas, que se trate de actos u omisiones “...determinados por motivos tales como de raza, religión nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos...” (artículo 1°, párrafo segundo). En el proyecto que analizamos, en cambio, se dice que “A los efectos de la presente ley se considerarán discriminatorios los actos u omisiones basados en razones de color, etnia, nacionalidad, lengua o idioma, religión, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género o su expresión, orientación sexual, estado civil, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, capacidad psicofísica, condición de salud, perfil genético, posición económica o condición social. La presente enumeración no es taxativa. No son discriminatorias las medidas de acción positiva.” (artículo 1°, párrafos segundo y tercero).

También este aspecto ha sido considerado en su disidencia por la Diputada (mc) Ginzburg, manifestando la ex legisladora que “...resulta muy peligroso que las causales de discriminación no se hayan consignado taxativamente. Cualquier estado de susceptibilidad, que en verdad no haya sido provocado por una real discriminación dará lugar a una denuncia. Florecerán los litigios y cualquier duda hará pensar en una discriminación...”.

e) Inserción de la ideología de género.

En la fundamentación del proyecto se pretende justificar la supresión de la palabra “sexo” que contiene la legislación antidiscriminatoria vigente -que, por otra parte, es la

que consta en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional- y su sustitución por la categoría de género “...en función del avance obtenido tanto en el ámbito internacional como en el relativo al ámbito local con relación a la problemática de género”, añadiéndose que “...la idea de sexo se relaciona mas bien con cuestiones de tipo biológicas, es decir, o bien se es hombre, o bien se es mujer por cuestiones biológicas. En cambio, género contempla una concepción social de la temática toda vez que tiene como base la idea de una construcción social de las nociones de femenino y masculino...”. Por estos motivos los autores concluyen en que resulta “...más adecuado tratar la temática como cuestiones de género y no como un problema de sexo, y en consecuencia, prohibir las distinciones relacionadas a la primera de las categorías..”, proporcionando como ejemplo de lo que pretenden significar, una incompleta mención del artículo 7° del Estatuto de Roma, que califica los delitos allí previstos cuando fueran cometidos en persecución de un grupo o colectividad, entre otros, por motivos “...de género definido en el párrafo 3...”.

En rigor, nada de lo expresado por los autores justifica la adopción de una categoría deletérea que, como reconocen los propios autores de la iniciativa, no se basa en la naturaleza de las cosas (las cuestiones biológicas, que postulan abandonar), sino en una extravagante “concepción social de la temática”, carente de todo fundamento científico que, por su irrealidad, dista de ser aceptada mínimamente y que, por su liviandad, así como puede tomar auge, también puede ser por completo abandonada. Mucho menos justificado nos parece que la adopción de tal criterio, signifique el abandono de la mención del “sexo” que, además de acorde con la naturaleza humana, es la contenida en los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Por otra parte, resulta ostensible lo impertinente de la incompleta cita del artículo 7° del Estatuto de Roma, normativa en cuyo párrafo 3° se dice claramente que: “3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede”; lo cual significa, a pesar de la pretensión de los autores del proyecto, que aún en dicho instrumento internacional, que en nuestro país goza de jerarquía superior a las leyes del Congreso, la esquiva noción de “género” se encuentra vinculada **exclusivamente** a los dos sexos, masculino y femenino.

Concordante con esta inteligencia, la Nación Argentina ha entendido -desde su aparición en algunos foros internacionales- que el término “género” se basa exclusivamente en la identidad sexual biológica y las diferencias naturales del varón y la mujer[3].

Si esto es así, la referencia a la identidad de género o su expresión, no puede sino comprenderse como basada en la identidad sexual anclada en la diferenciación natural existente entre el varón y la mujer.

Del mismo modo, toda referencia a “igualdad de género” únicamente significa que varones y mujeres gozan de la misma condición jurídica y social, poseyendo las mismas posibilidades para ejercer sus derechos humanos y su potencial para contribuir al desarrollo nacional, político, económico, social y cultural, así como a beneficiarse de sus resultados.

De allí también que resulte poco feliz que las expresiones “género, identidad de género o su expresión”, sean acompañadas de una nada inocente referencia a la “orientación sexual”, eufemismo que encubre el ejercicio voluntario de prácticas antinaturales que ostensiblemente contrastan con la tradiciones culturales, morales y religiosas del pueblo

argentino y que nada tienen que ver con una recta noción de los derechos humanos, los que –precisamente- se fundan en la naturaleza humana.

Con la consagración legal de estos conceptos ideológicos (género, identidad de género o su expresión y orientación sexual), combinados con el sistema represivo que se proyecta, se abre un peligroso abanico de posibilidades que harán factible, de prosperar la iniciativa, que se instale una verdadera dictadura que, so pretexto de combatir la discriminación, gozará de herramientas legales para imponer lo inmoral y antinatural como un modelo válido a seguir.

Nótese además que la vaguísima noción de “orientación sexual” no solo parece comprender casos, por así decir, de homosexualidad “monógama”, sino que abarcaría también hipótesis incestuosas, pedófilas, de bisexualidad, de zoofilia y cuantas aberraciones permita la imaginación, ya que, en todos esos supuestos, podría invocarse el eufemismo del que nos ocupamos.

f) Nuevas consecuencias jurídicas para los actos discriminatorios

El proyecto dispone modificar el artículo 4° de la ley 23592, estableciendo que una vez acreditado el acto de discriminación, el juez deberá intimar al responsable a dejarlo sin efecto o cesar en su realización, pudiendo también disponer órdenes tendientes a prevenir la realización de este tipo de actos. También en esta norma se establece una presunción de existencia de daño moral que admite prueba en contrario, la cual es independiente de cualquier otra indemnización que pudiera corresponder al afectado.

Por medio del proyectado artículo 5° se introduce el concepto de “*reparación de daños colectivos*”, para lo cual se indica que la misma deberá contener, teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del acto discriminatorio, así como la importancia del patrimonio del autor del hecho, al menos alguna de las siguientes medidas: “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 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*”.-

En el artículo 6° se establece que en todo tipo de procesos (individuales y colectivos), “*la condena por discriminación deberá contener medidas de sensibilización, capacitación y concientización al responsable del acto discriminatorio, que podrán consistir en: a) La asistencia a cursos de derechos humanos; b) La realización de tareas comunitarias, por el tiempo que determine el juez, vinculadas a los hechos por los que se lo condena, las que podrán ser realizadas en asociaciones que tengan por objeto la defensa de los derechos del grupo discriminado; c) Cualquier otra medida adecuada para la sensibilización del responsable*”.-

Mediante el artículo 7° se declara la obligatoriedad de exhibir en el ingreso de todos los lugares de acceso al público, en forma clara y visible, el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional, junto con el artículo 1° ley y la siguiente leyenda: “Frente a cualquier acto discriminatorio, usted puede recurrir a la autoridad policial y/o judicial, quienes tienen la obligación de tomar su denuncia”. El último párrafo también indica que el texto señalado “*tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros (30) de ancho, por cuarenta (40) de alto y estará dispuesto verticalmente*.”

El artículo 8° dispone la incorporación, a continuación del artículo 108 del Código Penal, como Capítulo 7 del Título 1 de los Delitos contra las personas, y como artículos 108 bis, 108 ter, 108 quáter y 108 quinquies los siguientes:

Artículo 108 bis. Elevase 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 motivado en razones de color, etnia, nacionalidad, lengua o idioma, religión, ideología, opinión política o gremial, género, identidad de género o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, responsabilidad familiar, trabajo u ocupación, caracteres físicos, capacidad psicofísica, condición de salud, perfil genético, posición económica o condición social. En ningún caso se podrá exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate.-

Artículo 108 ter. Será reprimido con prisión de un mes a un año el autor de un acto de discriminación que persistiere en su conducta después de haber sido intimado judicialmente a su cese.-

Artículo 108 quáter. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quién realizare propaganda o la financiara en forma pública u oculta, basado 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 motivos enunciados en el artículo 108 bis.

Artículo 108 quinquies. Será reprimido con prisión de un mes a tres años quién por cualquier medio alentare o incitare a la persecución, el odio o la discriminación contra una persona o grupos de personas por los motivos enunciados en el artículo 108 bis.

Como se ve, los artículos 108 bis, 108 quáter y 108 quinquies reproducen, en sustancia, las normas del artículo 3° de la Ley 23.592, con la muy importante diferencia de que los delitos así definidos aparecen vinculados no ya a las pocas categorías de dicha norma que se centraban en las gravísimas cuestiones relativas a la persecución u odio racial, religioso o de nacionalidad, sino que ahora aparecen referidos a todas y cada una de las nuevas y fútiles categorías discriminatorias incorporadas por el proyecto de ley que son reproducidas por el proyectado artículo 108 bis y a cuya reproducción remiten los restantes. En cuanto al proyectado artículo 108 ter incluye como novedad la tipificación de la conducta del autor de un acto de discriminación que persiste en su conducta una vez intimado judicialmente a su cese, castigando también este proceder con pena de un mes a tres años de prisión.

Conclusión

Conjugando la inclusión de las categorías de *género, identidad de género o su expresión y orientación sexual* con las consecuencias jurídicas que el proyecto prevé para los supuestos de discriminación, nos hallaríamos ante la posibilidad de persecución a quienes, en ejercicio de sus derechos fundamentales cuestionaran las prácticas homosexuales, bisexuales, pedófilas o cualquier otra aberración cubierta por esos eufemismos. Lo mismo ocurriría para quienes afirmaran la posibilidad de tratamiento y recuperación de quienes padecen esas “inclinaciones” o con quienes objetaran que las mismas sean presentadas en la educación de sus hijos como modelos posibles. Ni qué decir de la persecución ya iniciada contra los sacerdotes y obispos católicos y referentes de otras creencias que enseñan la moral natural. De esto ya hemos visto antecedentes en distintos lugares del mundo y en nuestro propio país (vid. Notivida 195, 563, Noticias Globales del 09/01/2006).

[1] *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto...”*

[2] *“No son punibles... El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo...”*

[3] Véase, por ejemplo, Asamblea General de las Naciones Unidas, Vigésimo primer período extraordinario de sesiones, Tema 8 del programa, Examen y evaluación generales de la ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo Informe del Comité Especial Plenario, explicación de voto de la República Argentina , documento A/S-21/5, Capítulo III.

* **NOTIVIDA**, Año X, N° 731, 29 de agosto de 2010

Editores: Lic. Mónica del Río y Pbro. Dr. Juan C. Sanahuja

Página web: www.notivida.org

Email: notivida@hotmail.com

Para suscribirse al boletín [ingrese aquí](#)

Citando la fuente y el autor, se autoriza la reproducción total o parcial de los artículos contenidos en cada número del boletín