

EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION EN LOS DICTAMENES, DISPOSICIONES Y RECOMENDACIONES GENERALES DEL INADI ENTRE 2005 Y 2010

Dr. Pablo O Rosales¹

I.- ¿Qué es el INADI? Introducción al concepto de Discriminación y al procedimiento administrativo²:

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) es un organismo descentralizado que fue creado mediante la Ley N° 24.515 en el año 1995 y comenzó sus tareas en el año 1997. Desde el mes de marzo de 2005, por Decreto Presidencial N° 184, se ubicó en la órbita del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación (actualmente Ministerio de Justicia y derechos Humanos por decreto 1993/2010). Debe velar por los principios de la ley N° 23.592 de Actos Discriminatorios, y se le ha encomendado la coordinación de la ejecución de las propuestas del Documento denominado “Hacia un plan nacional contra la discriminación – la discriminación en Argentina. Diagnóstico y propuestas”, adoptado mediante el Decreto N° 1086/05.

La estructura organizativa de primer nivel del INADI (Organismo y sus cuatro direcciones) se aprobó mediante el decreto 231/2008. La Dirección de Asesoramiento y Asistencia a personas en situación de Discriminación conforma la estructura organizativa del INADI por el decreto mencionado tiene a su cargo la recepción y tramitación administrativa de denuncias, y la emisión de dictámenes sobre las mismas. Dicha dirección se compone, en forma general, de un área de atención directa y un área de legales y se encarga de la recepción y proceso de las denuncias y consultas recibidas en el organismo.

Las acciones del INADI están dirigidas a todas aquellas personas cuyos derechos se ven afectados al ser discriminadas por la puesta en marcha de prejuicios sociales derivados de la nacionalidad, opiniones políticas, creencias religiosas, género o identidad sexual, discapacidad o enfermedad, edad, aspecto físico, entre otros. Sus funciones se orientan a garantizar un trato igualitario. Desde el Área de Asistencia y asesoramiento a Personas en Situación de Discriminación se reciben denuncias por la presunta violación a la Ley Nacional N°. 23.592, normas complementarias y concordantes, ampliándose también a aquellos casos que constituyen discriminación y que no surgen expresamente de la ley 23.592, aunque está sea la ley marco general aplicable en la doctrina de todos los casos (Ej.: trata de personas, discapacidad, etc)

¹ Abogado, Magíster en Sistemas de Salud y Seguridad Social, Ex Director de Asistencia y Asesoramiento a personas en situación de discriminación del INADI, Director del programa de Posgrado de Actualización y Profundización en Discapacidad, salud mental y envejecimiento de la Universidad de Buenos Aires (UBA), integrante del Comité CEDDIS de la Convención Interamericana de discapacidad de la OEA, Ex Subgerente de Servicios al Beneficiario de la Superintendencia de Servicios de Salud, Titular de Derecho Civil I de la carrera de abogacía en la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo.

² La página web del INADI es www.inadi.gob.ar de donde puede encontrarse información sobre el organismo. Lamentablemente la página fue hackeada en el 2010 y perdió mucha de la información que tenía hasta 2009.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Siguiendo lo normado por el artículo 1 de la ley 23.592, por “discriminación” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción motivada en una característica innata o adquirida de la/s persona/s cuyo basamento es un prejuicio, y que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

La Ley N° 23.592 recoge la prohibición de discriminación establecida en una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos que, a partir de la última reforma constitucional, tienen jerarquía constitucional o suprallegal (Art. 75, inc. 22 Constitución Nacional).

Sin embargo, la ley 23.592 no determinó a la discriminación como un delito autónomo sino como agravante de otro delito. Otro problema ha sido en la práctica la dificultad que presenta la prueba de un acto discriminatorio, que queda a cargo exclusivo del denunciante, lo que redundó en el tiempo prolongado que la ley necesitó para consolidarse en la doctrina y en la jurisprudencia. Muchos años pasaron, digamos más de una década, sin que la ley 23.592 apareciera aplicada judicialmente, salvo ocasionalmente. También debe afirmarse que es en los últimos 10 años donde se consolidó rápidamente, una cultura social y judicial de la discriminación en el sentido de valorar a la ley como fuente de sentencias judiciales y notas de doctrina donde se la aplica efectivamente. Tiempo también en el cual maduró una conceptualización más sólida del acto discriminatorio, de la mano del crecimiento de las discusiones sociales y judiciales sobre instituciones como el mobbing, el fortalecimiento de los grupos de mujeres en las discusiones de género y de diversidad sexual a los que se suman los derechos sexuales y reproductivos y, recientemente la lucha por la obtención de una ley de matrimonio igualitario, todo ello impensable hace 20 años. Todo ello tanto en el ámbito judicial como en el administrativo. Sobre este último tratará esta nota.

Algunos instrumentos internacionales, brindan su propia definición de “discriminación”, entre otros. la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual establece en su artículo 2º que:

“Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

Antes de dicha convención, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280) incluyó en el 2000 otra definición de discriminación en razón de 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*

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

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..." (artículo 2 a) y b) de la misma.

El INADI, como Organismo descentralizado del Poder ejecutivo nacional, en el ámbito de la competencia legalmente asignada, debe velar por la realización efectiva del derecho a no ser discriminado, reconocido expresamente por tratados internacionales de jerarquía constitucional.

En cuanto a las restantes disposiciones de la Ley 23.592, en su artículo 3 se incluyen delitos vinculados a la participación en una organización o realización de propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma; Así también se reprime a quienes alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. Tales tipos penales establecen una sanción de prisión de un mes a tres años de prisión.

En virtud del Decreto N° 1086/05 en su artículo 2, el INADI es el Organismo encargado de la coordinación de la ejecución de las propuestas del Documento titulado "Plan Nacional contra la Discriminación".

Las denuncias en el INADI pueden tramitar por resolución rápida de conflictos, y si esta no es posible, se iniciará el trámite como denuncia. En este caso, las actuaciones pasarán a un proceso de instrucción y finalmente, terminan con un dictamen. Las denuncias se tienen que realizar personalmente en la sede del INADI de la Ciudad de Buenos Aires (Moreno 750, 1er piso) o en cualquiera de las delegaciones provinciales del INADI con el objetivo de recibir asesoramiento jurídico (los datos de las delegaciones pueden consultarse en www.inadi.gob.ar). El horario de atención del Área de Atención al Público de la sede central del INADI es de lunes a viernes de 9 a 18 horas.

Las tareas que lleva adelante el área de Resolución Rápida de Conflictos (RRC), que depende de la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación de Discriminación son:

- Contención
- Orientación
- Gestión de buenos oficios
- Derivación

Las situaciones que se presentan en Resolución Rápida de Conflictos son generalmente recibidas desde el área de Atención al Público personalmente o enviadas desde el Centro de Llamadas del 0800.

Por lo general, las situaciones que resuelve el área de RRC constituyen el límite entre lo que puede enmarcarse como discriminación según la Ley 23.592, y las que no se encuadran en la letra estricta de la ley,

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

pero a las que el INADI -como organismo de derechos humanos- brinda una respuesta de todas formas. Por ello es que se trata -en general- de situaciones delicadas que no encuentran solución en ningún otro organismo del Estado, y que implican una situación de vulnerabilidad de las personas que se presentan solicitando asistencia.

La intervención específica de esta área en lo que respecta a los casos que le son derivados, se refieren a una gestión orientada a acelerar el proceso de cese de la situación de discriminación o vulnerabilidad. Cuando ello no es posible, el caso se convierte en denuncia, se forma expediente y finaliza en un Dictamen o en un Informe Técnico, según el caso.

La denuncia podrá ser desestimada mediante resolución que así lo determine, si la misma no encuadra dentro de los parámetros de la ley 23.592 o no constituye acto discriminatorio.

Los dictámenes, consisten en decisiones que se emiten en virtud de los elementos probatorios incorporados en la instrucción y conforme la legislación vigente aplicable al caso, en los que el INADI vuelca su opinión concluyendo si en el caso planteado se configuró o no un acto, conducta u omisión discriminatoria violatoria de la Ley 23.592, leyes concordantes y complementarias.

El proceso de instrucción consiste en la investigación de hechos o conductas concretas denunciadas ante el organismo como potencialmente discriminatorias. El fin de la instrucción es recabar la mayor cantidad de información disponible que permita posteriormente fundar un dictamen de opinión. El trámite se inicia con una denuncia efectuada de oficio o a pedido de parte interesada, sea esta una persona física o jurídica, pública o privada, y dirigido contra actos, hechos u omisiones discriminatorias que fueren cometidos tanto por particulares como por el Estado. El denunciante debe aportar toda la documentación y demás evidencia (como ofrecer testigos, que es habitual) que pudiera acreditar los hechos o conductas denunciadas, ello, sin perjuicio de los otros medios de prueba que los/as instructores dispongan en la causa.

Con respecto a la naturaleza jurídica de los dictámenes y disposiciones del INADI, la Procuración del Tesoro de la Nación, asesoría jurídica de más alto rango de la Presidencia de la Nación y de los funcionarios de la Administración Pública Nacional, en oportunidad de pronunciarse sobre esta actividad desarrollada por el INADI ha dicho que es un organismo que reviste “el carácter de organismo consultivo y de asesoramiento” (Título II – Pfo. 1º - Dictamen Nº 41/04 - 248:188) y que “dado ese carácter es que (...) la actividad del Instituto a la que nos estamos refiriendo concluye con un dictamen (...) sobre la base de una investigación efectuada y acorde con el interés legítimo de quien formula la consulta o la denuncia (...) dichos pronunciamientos no revisten el carácter de actos administrativos en tanto no afectan de modo directo e inmediato la esfera de los involucrados (Título II – Punto 2 – Pfos. 1º y 2º - Dictamen Nº 41/04 - 248:188 del 2/2/2004 suscripto por el procurador del tesoro de la Nación Dr. Horacio Daniel Rosatti). En dictámenes mas recientes en el marco de elevaciones de recursos jerárquicos se ha mantenido el mismo criterio considerando además irrecurribles los dictámenes del INADI por no constituir actos administrativos (Dictamen 2088/10 de fecha 03/5/2010 en expediente Nro. 3.176/07 INADI; Dictamen 2086/10 de fecha 3/5/2010 en expediente 5.649/07 INADI; Dictamen 2087/10 de fecha 3/5/10 en expediente 6.918/07 INADI;

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En resumen, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que los dictámenes y disposiciones que el INADI dicte como consecuencia de la conclusión de las denuncias por discriminación tramitadas bajo el procedimiento regulado por este reglamento revestirán el carácter de opinión técnico-consultiva y que estos meros pronunciamientos tendrán una función de asesoramiento especializado con el único propósito de tender a formar la voluntad de los entes administrativos y judiciales.

Por su parte, el Decreto N° 722/96, establece: "Artículo 3° A partir de la entrada en vigencia del presente decreto, cualquier disposición que instituya procedimientos administrativos especiales deberá contener expresa fundamentación de la necesidad jurídica imprescindible de apartarse de los procedimientos establecidos por la Ley Nacional de Procedimientos administrativos N° 19.549 y por el REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS aprobado por Decreto N°1759/72".

Entonces, la Procuración ha dicho que la prescripción normativa antes citada se funda en: (considerando primero) *"Que la función esencial que dentro del Estado caracteriza a la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL es la (...) "función administrativa"; (considerando segundo) "Que dicha función requiere de la emisión de actos administrativos, cuya preparación consiste en un procedimiento administrativo, que conlleva la regulación de las respectivas formas que han de cumplirse con tal objeto"; y (considerando tercero) "Que, en este sentido, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha puesto de resalto que la función del procedimiento administrativo es la defensa de los intereses jurídicamente protegidos de los particulares (...)"*.

Como se deriva de los considerandos anteriores, y en atención a las particularidades características del procedimiento de las denuncias en el INADI, entendemos que existe la necesidad de apartarse de las normas que conforman el Régimen General de Procedimientos Administrativos debido a que estas guardan una relación instrumental con la emisión de un acto administrativo; es decir, un pronunciamiento de la Administración Pública Nacional destinado a producir efectos jurídicos inmediatos y directos en la esfera de derechos del administrado, a diferencia de los dictámenes del INADI que solo poseen carácter consultivo o de asesoramiento. Este efecto sin embargo no es menor, ya que muchos dictámenes del INADI, o las recomendaciones generales y los Amicus Curiae con los que el INADI o los beneficiarios han acompañado muchos reclamos judiciales, han sido receptados positivamente por los Jueces debido a la *expertise* que el INADI tiene en su campo del conocimiento. Sin embargo, la aplicación de la ley 19.549, en nuestra opinión, excede la relación y equilibrio entre una denuncia por discriminación y su objetivo y un proceso adecuado para dar satisfacción en tiempo oportuno a la misma, perjudicando al administrado, ya que el procedimiento del INADI se complejiza enormemente, teniendo en cuenta los objetivos que plantea la Procuración del Tesoro, con la aplicación amplia de la ley 19.549 en perjuicio del denunciante.

Partiendo de postulados tan disímiles, se desprenden serios inconvenientes de la aplicación de la Ley Nacional N° 19.549 y su decreto reglamentario para el desarrollo de una instrucción administrativa con las

características singulares que posee el trámite realizado por el INADI; a saber: a) demoras por el traslado de las presentaciones efectuadas por las partes en el plazo de ley (incluso las notificaciones formales que la ley establece), b) imposibilidad de producir determinados medios probatorios (por ejemplo, pericias), c) inviabilidad de articulación de las vías recursivas en razón de las opiniones citadas, entre otras.

Es nuestra opinión que tales incompatibilidades conllevan a que el trámite a desarrollarse ante el INADI, de ajustarse al régimen general de procedimientos administrativos, pierda la flexibilidad y agilidad necesaria para que los dictámenes que en consecuencia se dicten sirvan como antecedentes de eventuales planteos que los damnificados hagan frente a órganos jurisdiccionales tanto administrativos como judiciales. Para conseguir dicho objetivo, el INADI requiere dotarse de un procedimiento administrativo especial basado en los principios de informalidad, economía y celeridad, accesibilidad, gratuidad, imparcialidad, pronunciamiento obligatorio y publicidad de los actos conclusivos.

Un procedimiento propio y adecuado no significa que todo lo que no esté explicitado en el procedimiento que se pudiera aprobar y en tanto no resulte incompatible con este, resultará de aplicación la Ley Nacional N° 19.549 y su Decreto reglamentario y supletoria y analógicamente el Decreto N° 467/1999. En conclusión, creemos que el INADI debe continuar la iniciativa comenzada en 2009 y continuada y suspendida en 2010 de confeccionar un reglamento propio de procedimiento de expedientes de denuncias a fin de solucionar la confusión que se produce en los denunciantes (particularmente sus letrados) y en las delegaciones del interior del país, con la aplicación parcializada de la ley 19.549 y de ella, particularmente, los esquemas recursivos administrativos, ya que como se indicó, la Procuración del Tesoro ha entendido que dichos dictámenes y decisiones son irrecurribles, aunque solicitó al Organismo la elevación de los recursos eventualmente interpuestos, para su revisión. Esta situación genera en los administrados un conflicto que consideramos que debe solucionarse en algún momento a fin de darles a las expresiones de este organismo de Derechos Humanos el reconocimiento que merece.

Otra de las formas de expresión del INADI son los llamados "Informes Técnicos", que se producen en el marco de un pedido de opinión concreta efectuado ante el INADI por un particular, un órgano judicial u otro ente estatal o privado, y se encuentran contemplados en el artículo 4 incs. a) e i) de la ley 24.515. En estos casos, el INADI interviene exclusivamente como órgano consultivo, emitiendo opinión fundada en los elementos aportados por quien realiza la consulta y en las normas aplicables en materia de discriminación.

Finalmente, la determinación de una conducta discriminatoria consiste en la reunión de tres factores:

- 1.- Un hecho, es decir la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, sea una acción u omisión, que constituye la diferencia de trato;
- 2.- un motivo determinante de dicha diferencia; y

3.- el resultado objetivo de tal diferencia, o sea, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.

Estos tres elementos, que aparecen reunidos en todos los dictámenes del INADI, constituyen la expresión resumida de lo normado por la ley 23.592 y del proceso para llegar al propio dictamen.

II.- CASUÍSTICA DE LOS CASOS SELECCIONADOS DEL INADI POR TEMAS DESDE 2005 A 2010

La profusa actividad jurídica del INADI a lo largo de los últimos años, ha sido no solo amplia, sino que ha también sirvió de sustento a muchas acciones judiciales (ya sea acompañando el dictamen del INADI a las acciones judiciales, o por la presentación del INADI como *amicus curiae* casos que han adquirido relevancia social o a través de las Recomendaciones Generales que hasta el año 2009 el INADI vino realizando sobre temas de especial interés sobre el que mas adelante dedicaremos varios párrafos).

Lamentablemente esta interesante actividad no ha sido sistematizada y publicada debidamente a fin que los argentinos puedan conocer la doctrina de este organismo. Este es uno de los objetivos que nos proponemos con esta publicación esperando que sea de interés y utilidad de todos los habitantes de la nación que sean víctimas de actos de discriminación. También esperamos que conociendo la misma, puedan modificarse incluso conductas y decisiones sociales y políticas entre quienes son denunciados por actos de discriminación, haciendo de nuestro país un mejor lugar para el reconocimiento y la inclusión de la diversidad social y humana. Este trabajo ya fue comenzado por el Decreto 1086/2005 llamado "Plan Nacional contra la Discriminación" suscripto en su momento por el presidente Néstor Kirchner.

El plan nacional constituyo un inusual análisis de los problemas políticos en la temática incluyendo propuestas de solución de los mismos. Este programa es desde entonces la base de trabajo del INADI, pero además ha servido para que muchos de los problemas mencionados sean tratados o resueltos por el Congreso Nacional o el Poder ejecutivo a lo largo de estos años. Ejemplo de ello es la adhesión del Estado Nacional al protocolo facultativo de la CEDAW, La ley de violencia contra la mujer y la propia adhesión a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros.

Para finalizar, queremos agradecer el trabajo de todos/as los/las profesionales del derecho, de las ciencias sociales, y de todas las áreas, sobre todo las áreas del INADI que acompañados por las organizaciones sociales y las autoridades del organismo supieron a lo largo de todos estos años encontrarle la forma a la lucha contra la discriminación. A ellos/as les pertenece el trabajo que en esta extensa nota trataremos de recopilar y sistematizar. He tenido la suerte de asumir en este último año 2010 la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en situación de discriminación que me ha permitido conocer a fondo y

profundizar este trabajo de tantos años que enriqueció el bagaje que mi propia experiencia me entregó en mis últimos 22 años como abogado³.

La metodología será la siguiente: luego de esta introducción general, se abordará la casuística de mayor interés dividida por temas a fin de facilitar al lector su abordaje. El marco es administrativo, aunque se citen fuentes judiciales, ya que consideramos que es el que mayormente se desconoce. En este punto hay que tener en cuenta que el INADI es uno de los dos organismos similares (el otro es la CONAPRED de México) que tienen como objetivo principal a lucha contra la discriminación en toda Latinoamérica, por lo que consideramos de gran interés conocer su producción jurídico-política. A ello nos abocamos a continuación.

III.- Discriminación en el ámbito del trabajo o en el ámbito de trabajo:

En materia de empleo y ocupación el INADI ha seguido el concepto que del acto discriminatorio realiza la Ley N° 23.592, además de los lineamientos que la Organización Internacional del Trabajo expuso en su Estudio General sobre "Igualdad en el empleo y la ocupación" de 1988.

El INADI a la hora de resolver una denuncia de discriminación en el empleo analizará la existencia de los tres elementos reseñados anteriormente.

Ante la dificultad probatoria que presentan muchas veces los casos de discriminación en el empleo, ya que usualmente los elementos de prueba se encuentran en mayor medida en poder de la parte a quien se dirige la denuncia, requiere un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

En base a ello, el INADI sostiene que ante un reclamo por discriminación en el empleo el/la trabajador/a tiene, fundamentalmente, la carga de demostrar, al menos indiciariamente, que existe un acto de discriminación, lesivo de sus derechos y frente a ello, el/la empleador/a asumirá la carga de demostrar su inexistencia, eliminando toda sospecha de que su obrar ocultó la lesión de un derecho fundamental del/la trabajador/a.

En resumen, se exige la prueba a quien está en mejores condiciones de aportarla y, en caso de no hacerlo, tal omisión es considerada al momento de emitir opinión.

Discriminación por actividad gremial:

Libertad sindical:

Desde el INADI se ha entendido en sus dictámenes, en base a los instrumentos internacionales de protección y doctrina autorizada, a la libertad sindical como el derecho de los/as trabajadores/as y de los/as

³ La primera parte de este trabajo personal salió a la luz en el Numero especial "Discriminación" de Abeledo Perrot (28/07/2010) donde se abordaron algunos de los temas del trabajo del INADI, que aca no se incluyen por razones de espacio.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

empleadores/as, para asociarse y desarrollar sin interferencias las actividades necesarias para la promoción y defensa de sus intereses colectivos profesionales.

Este derecho supone expresiones individuales de los trabajadores y de los empleadores, y expresiones colectivas, propias de las organizaciones que aquellos constituyan como una de las manifestaciones de su libertad sindical individual. Estas dos dimensiones deben garantizarse simultáneamente, puesto que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.

Mientras que la expresión individual de la libertad sindical engloba, en su fase positiva, el derecho tanto de los/as trabajadores/as como de los/as empleadores/as de constituir asociaciones sindicales, afiliarse a las asociaciones ya existentes, permanecer en la afiliación, desarrollar activismo sindical y el de no ser discriminado/a por ello; en su faz negativa, incluye, entre otros, el derecho de no afiliarse o desafiliarse a las asociaciones sindicales existentes.

A su vez, la expresión colectiva del derecho a la libertad sindical supone, en tanto, el derecho de las organizaciones de empleadores/as y de las de trabajadores/as a crear organizaciones de grado superior, nacionales o internacionales, de afiliarse, no afiliarse o desafiliarse de ellas, y a desarrollar sus actividades sindicales de gestión interna y externa sin interferencias o injerencias de sujetos públicos o privados. Particularmente la autonomía sindical implica el derecho al autogobierno, lo que comprende las actividades de gestión interna y de acción externa. La libertad sindical "colectiva", se proyecta al exterior de la organización y se expresa en actividades sindicales de reivindicación, negociación, concertación y participación que son las que, finalmente, legitiman el recurso a los medios de presión", como por ejemplo, el derecho de huelga.

Casuística:

Dictamen Nº 063/03 "Balaguer, Catalina c/ Pepsico de Argentina S.R.L.

La denunciante, quien se desempeñaba como operaria para la denunciada, fue despedida, junto con otras trabajadoras, por un supuesto "bajo desempeño laboral". La denunciante se presentó ante el INADI manifestando que su despido se motivó en su activa participación sindical, y además, por ser la esposa del delegado gremial de la empresa.

Al resolver el caso el INADI entendió que la denunciante fue objeto de una actitud discriminatoria motivada en que ella era esposa del delegado gremial que había reclamado por la reincorporación de las trabajadoras despedidas.

Entre otras consideraciones el INADI entendió:

"...habiendo afirmado la denunciada que la única motivación del acto ha sido una cuestión de reorganización empresarial con motivo de la grave crisis económica actual, debió aportar a este instituto los elementos de juicio que pudieran acreditar, aunque sea someramente esos extremos pretendidamente exculpatorios."

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

“De tal suerte que habiendo afirmado que se trata de una empresa que da trabajo a más de 600 familias (...), no resulta verosímil que sólo despidiendo a 6 de ellas, (dos de las cuales eran esposas de delegados) se pueda paliar la situación de crisis que atraviesa la empresa.”

Dictamen N° 225/06 “Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina S.R.L.:

Un grupo de trabajadores, entre los cuales se encontraba el denunciante, visitaron el Sindicato del Personal de Industria Química y Petroquímica, acordando comenzar una campaña de afiliación dentro de la empresa donde trabajaban. Una vez afiliados los trabajadores decidieron llamar a elecciones encontrándose el denunciante dentro de la nómina de delegados propuestos.

El mismo día en que le fue notificada a la empresa la certificación de candidatos por parte del sindicato, ésta última resolvió despedir al denunciante, quien pese a ello resultó electo delegado en los comicios sindicales.

El INADI, al resolver, entendió:

“existe vinculación entre la actividad gremial realizada por el denunciante y su despido posterior. Del análisis de los elementos probatorios aportados surge que el despido dispuesto (...) es consecuencia de la actividad llevada a cabo por [el denunciante] como principal propulsor de las afiliaciones necesarias para obtener representación sindical (...) Que la empresa (...) con manifiesta arbitrariedad abusó de su posición de empleador, perjudicando al denunciante, lesionando, restringiendo, amenazando y menoscabando sus derechos al trabajo y a la dignidad[,] [p]aradigmas fundamentales de una sociedad democrática, sin autoritarismos, discriminaciones ni persecuciones.”

Dictamen N° 049/09 “Gorbacz, Leandro y otros c/ Hilandería Fueguina S.A.

Un grupo de trabajadores textiles, considerándose no representados por parte de la asociación con personería gremial, decidieron conformar un sindicato dentro del ámbito de la empresa donde desempeñaban sus tareas. Una vez organizados realizaron distintas actividades sindicales en el marco de un reclamo por mejoras en las condiciones de trabajo. La empresa empleadora, como respuesta a tales medidas, aplicó sanciones a éstos trabajadores, quienes al mantenerse en su reclamo, fueron despedidos bajo una supuesta “justa causa”.

El INADI, al resolver la denuncia por discriminación que presentaron los trabajadores despedidos, encontró responsable a la empresa por considerar:

“En el presente caso se vio conculcado el derecho de libertad sindical de los trabajadores agrupados en el [nuevo sindicato] cuya actividad gremial motivó las sanciones y despidos dispuestos por la empresa denunciada. Las justificaciones esgrimidas por esta última no han desvirtuado las imputaciones discriminatorias en su contra, ya que como se observa, de las constancias obrantes en estas actuaciones, todas sus acciones se han dirigido a la afectación directa de los derechos fundamentales de sus trabajadores.”

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En los tres casos mencionados la actividad sindical de los/as denunciantes fue reprimida por sanciones y/o despidos. Tales medidas fueron utilizadas tanto para amedrentar a su destinatario directo como al resto de los/as trabajadores/as. La negativa de tareas, la persecución, las amenazas y hasta denuncias penales fueron utilizadas en estos casos como parte de una práctica antisindical de parte de las empresas y personas denunciadas.

Los tres casos fueron objeto de reclamos judiciales en los cuales se ordenó la reinstalación de los/as trabajadores/es despedidos/as. El caso paradigmático en materia de anulación de despidos por discriminación fue "BALAGUER", que fue el primer antecedente en el que se resolvió, mediante sentencia judicial, la reinstalación de la trabajadora en su puesto de trabajo, con fundamento en la ley antidiscriminatoria y se condenó a la empresa a pagar los salarios caídos hasta su efectiva reincorporación. Dicho antecedente fue presentado por el Estado Argentino ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como un claro ejemplo de jurisprudencia contra la discriminación en el marco de la presentación del Informe 19-20, de conformidad con el artículo 9º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Por su parte, en el caso "ARECCO" se encuentra pendiente de resolución el recurso extraordinario Federal presentado por la empresa denunciada ante la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda, y declaró la nulidad del despido dispuesto por la empresa, condenándola a reinstalar al denunciante.

Finalmente, en el caso de los trabajadores de la empresa textil "HILANDERIA FUEGUINA S.A.", en sede judicial también se resolvió favorablemente, ordenando la reinstalación de los veintitrés despedidos pero, a pesar de ello, la empresa se ha negado sistemáticamente a cumplir las medias judiciales, encontrándose pendiente de resolución definitiva.

Sobre este punto es dable recordar que recientemente la CSJN⁴ aplicó por primera vez la ley 23.592 en una causa laboral por despido discriminatorio, dejando firme la sentencia que ordenaba la reincorporación del actor y la reparación económica del acto discriminatorio en términos de dicha ley. El Alto Tribunal recoge así las razones de la aplicación de la ley 23.592 en el ámbito laboral privado en el sentido indicado: "6º) *Que este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 3.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones, además de la que será expresada en el considerando siguiente. Primeramente, nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. Seguidamente, "la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como 'santuarios de infracciones': se reprueba en todos los casos" (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes, cit., voto del juez García Ramírez, párr. 20). En tercer lugar, revista una circunstancia que hace a la norma por demás apropiada y necesaria en dicho ámbito. En efecto, la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes el trabajador, está*

⁴ In re: "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo. (Acción de amparo- Despido sin expresión de causa", Fallo A. 1023. XLIII. Del 7/12/2010.

constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A., Fallos: 332:2043, 2054). Ello explica que dignidad y trabajo se relacionen en términos "naturalmente entrañables" (Madorrán, Fallos: 330:1989, 2004), tal como, con claridad, lo destaca el art. 14 bis de la Constitución Nacional —"las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor"— y lo reitera el art. 7° del PIDESC, así como ya lo habían hecho, entre otros antecedentes, los arts. XIV y 23.3 de las recordadas Declaración Americana y Universal de 1948, y la Declaración de los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (1944, Declaración de Filadelfia), que asienta los principios que deben inspirar la política de sus Miembros: "todos los seres humanos [...] tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (II, a). Ello explica, al unísono, que garantizar la no discriminación configura para el Estado una "obligación fundamental mínima" y de cumplimiento "inmediato", cuya inobservancia, por acción u omisión, lo haría incurrir en un acto ilícito internacional"

Posteriormente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos⁵ recogerá esta misma doctrina, consolidando el nuevo criterio judicial en la provincia más grande del país en estos términos: "*Lo importante del despido discriminatorio en el régimen de la ley 23.592 y en los Tratados Internacionales constitucionalizados, es que la discriminación debe cesar y la única forma de lograrlo es la de reponer al trabajador en su puesto de trabajo...el acto discriminatorio está prohibido por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 16) y por la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044, C.C.), produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056 C.C.), motivo por el cual es obvio que el perjuicio, debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.)...*" (v. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", tomo II, segunda edición actualizada, pág. 1738/1739)."

Mobbing discriminatorio:

Para definir que se entiende por mobbing laboral discriminatorio, tomaremos la opinión del Ministerio de Trabajo que establece en su Resolución 5/2007 entendiéndose por tal "*... toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a un trabajador o trabajadora, sea como amenaza o acción consumada. La misma incluye violencia de género, acoso psicológico, moral y sexual en el trabajo, y puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo cargo o inferiores*" (Artículo 2). Esta es la interpretación que adoptó el INADI en sus dictámenes sobre este temática.

La problemática de la violencia en el lugar de trabajo ha sido tema de discusión en distintos ámbitos. La OIT se ha encargado de abordar el tema conceptualizándola como "toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma."

⁵ Causa N°L. 97804 – "Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina s/ amparo" – SCBA – 22/12/2010

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El acoso moral o psicológico, conocido también con el anglicismo “mobbing”, configura una especie dentro del género de “violencia en el ámbito del trabajo”, este fenómeno ha sido conceptualizado de diferentes maneras siendo conteste la doctrina en enmarcarlo dentro de un supuesto de violencia laboral.

Los casos de violencia laboral, en todas sus variantes, traídos a conocimiento del INADI, al igual que los restantes supuestos de discriminación, deben reunir los tres elementos constitutivos del acto discriminatorio para poder ser considerados como tales. Es decir una diferencia de trato, una motivación y un resultado. Es por ello, que al determinarse la existencia de esos tres elementos el caso será enmarcado en un supuesto de discriminación traducido en actos de acoso moral o psicológico (“mobbing”). En este tema en particular corresponde recordar que en un viejo dictamen el INADI se adelantó a la justicia laboral en la consideración de la condena a este acto discriminatorio que luego fuera tomada por el ámbito judicial en base al dictamen mencionado.

Casuística:

Dictamen N° 138/04 “Leicker Mario José c/ Consejo General de Educación de la Provincia de Entre Ríos”

El denunciante, quien se desempeñaba como rector en un establecimiento de la órbita de la denunciada, fue separado de su cargo luego de varias medidas, como un modo de persecución ideológica basado en su “perfil netamente crítico y alternativo”, el cual se tradujo en rotulaciones tales como “comunista, izquierdista y marxista”.

El INADI al resolver su caso determinó la existencia de una conducta discriminatoria asentada en un caso de “desviación de poder”, motivado en “un fuerte sentido ideológico como contenido pedagógico de la gestión académico-docente del denunciante”.

Dictamen N° 125/10 “Márquez Marta Liliana y otros c/ Municipalidad de San Fernando

En el caso un grupo de trabajadores que se desempeñaban como empleados contratados para la municipalidad denunciada comenzaron a recibir el hostigamiento de sus superiores. Como medida de represalia a una supuesta actividad sindical fueron excluidos de una beca de estudio otorgada por el Estado Nacional, pero gestionada por las autoridades municipales, finalizando con el despido de una de las trabajadoras. El INADI al resolver la denuncia entendió que a pesar de encontrarse acreditados dos de los elementos del acto discriminatorio, no pudo acreditarse la posible motivación de los hechos denunciados.

“Por todo lo expuesto, se debe subrayar que no se ha podido acreditar en los presentes actuados el supuesto prejuicio discriminatorio que motivara los actos de la parte denunciada. Razón por la cual dichos actos no se los puede tildar de discriminatorios en virtud de no haberse acreditado la existencia de uno de los elementos constitutivos del acto a reprochar, es decir su motivación.”

IV.- Discriminación por Diversidad Sexual y por Género:

IV.-1) Discriminación por Diversidad Sexual:

Discriminación en el acto de donación de sangre:

La Comunidad Homosexual Argentina denuncia por discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género y la condición de personas en situación de prostitución al Ministerio de Salud de la Nación a razón de la resolución N° 865/06 que reglamenta la Ley Nacional N° 22.990 sobre regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos. Dicha resolución ministerial incluye las inhabilitaciones para la donación de sangre de personas que se hayan expuesto a situaciones de riesgo dentro de los últimos 12 meses. El punto H.19.2.C. determina aquellas prácticas sexuales de riesgo: “intercambio de dinero y/o drogas por sexo”; “relaciones sexuales de hombre con otro hombre”; “para la mujer: relaciones sexuales con un hombre que a su vez haya tenido sexo con otro hombre”; “relaciones sexuales fuera de su pareja (...)”

El dictamen Nro. 338-06 MFN Nro. 1267 del 13/12/2006 consideró que el apartado H.19.2.C. resulta ser discriminatorio por las siguientes razones:

- Se dirige la inhabilitación a ciertos grupos de personas claramente enumerados (grupos de riesgo) y no hace hincapié respecto a situaciones de riesgo aunque paradójicamente se utiliza dicha expresión.
- Se desconoce el principio de no discriminación estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo y/o minoría.
- Las inhabilitaciones predispuestas no son objetivas y razonables toda vez que se puede salvaguardar la salud pública por medio de restricciones a la donación de sangre basadas en la utilización real del criterio de conductas o situaciones de riesgo lo cual permitiría eliminar de la normativa toda referencia discriminatoria.
- La discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género constituyen una práctica violatoria de los derechos humanos de las personas, en tanto se basa en una serie de prejuicios abarcados bajo el concepto de “homofobia” por el cual se producen ciertas asociaciones a priori entre identidades sexo-genéricas (gays, travestis, lesbianas, etc.) y prácticas y conductas sexuales de riesgo.
- Se trata de un cuestionario que vulnera la privacidad de las personas respecto a sus relaciones sexuales.
- El cuestionario se limita a la idea de una única moral sexual que no contempla las relaciones ocasionales u otros tipos de prácticas sexuales responsables y consentidas que se pueden dar en el marco de una pareja estable o fuera de ésta.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Un segundo caso, mas reciente⁶, donde también surge la prohibición de donar sangre a ciertos grupos, la decisión resulta de similar naturaleza. El denunciante del caso informa que se presentó en la Fundación Hematológica denunciada a fin de donar sangre para la suegra de su hermana y que habiendo informado su condición sexual de persona homosexual, le negó la posibilidad de donar sangre.

La parte denunciada al hacer su descargo argumenta que el denunciante fue rechazado para la donación de sangre a razón de su respuesta afirmativa al interrogante “¿Ha tenido relaciones sexuales con alguien de su mismo sexo?”; y en observancia con la Res. 865/2006 del Ministerio de Salud en sus Normas Técnicas, Capítulo H. Proceso de Hemodonación; luego, confirma que “los hechos concernientes al objeto de la denuncia (rechazo de donación de hombre por haber informado haber tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo), no son controvertidos.

El referido examen interrogatorio/ formulario de autoexclusión o anamnesis, transcribe tales consideraciones a modo de preguntas para ser respondidas, por los/as potenciales donantes, en sentido afirmativo o negativo (Sí-No); “si es hombre: ¿Ha tenido contacto sexual con otros hombres?”.

La utilización del formulario de autoexclusión o anamnesis es una práctica habitual en casi todo el mundo. Coexisten dos modelos destacadamente disímiles de implementación del mismo: a) Uno de los modelos a emplear, es considerado el más restrictivo con los mal llamados “grupos de riesgo”, tal es el caso de Estados Unidos, y se caracteriza por intentar determinar si el/la donante pertenece a alguno de los mencionados grupos; b) el otro modelo se maneja con restricciones que tienen que ver con “situaciones de riesgo”, como es el caso de España, donde incluso se han derogado las limitaciones basadas en la orientación sexual del/la donante.

En el caso de Argentina, si bien en todo momento se utiliza la expresión “situaciones de riesgo”, lo cierto es que la descripción que realiza el punto “H.19.2.C” de la resolución citada sobre las situaciones que se consideran riesgosas, lejos de referirse exclusivamente a las conductas, dirige la inhabilitación a ciertos grupos de personas claramente enumerados.

El INADI sostiene que la expresión “grupos de riesgo” es en sí misma discriminatoria acompañando la decisión de la Organización Panamericana de la Salud sobre el punto, basado en el concepto de responsabilidad individual que modificó sustancialmente el viejo concepto de “grupo de riesgo” que mantiene, hoy inconstitucionalmente, la propia ley 23.798 (Ley de SIDA) y que ya fuera ampliamente superado, aunque se mantiene como estereotipo negativo en el ámbito de la salud. Esta normativa ha sido declarada por el INADI discriminatoria en el Dictamen N° 338/06, al resolver la denuncia MFN N° 1267, posición ésta que fue reconfirmada con fecha 30/12/2007 al resolver la denuncia N° 01975/07.

⁶ Dictamen ME N° 02026/07 N° 137 del 30-06-08

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El INADI ha opinado que corresponde adoptar una postura estricta acerca de las clasificaciones adoptadas en el marco de la Ley Nacional N° 22.990 y la Resolución N° 865/2006. Se ha identificado este planteo con las llamadas "categorías sospechosas". El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales que integra el Bloque de Constitucionalidad Federal (conf. art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) 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"*. A partir de lo allí preceptuado y del debido control de convencionalidad que debe existir en un Estado Constitucional de Derecho puede interpretarse que –en principio- cuando el goce de derechos se encuentra supeditado a la existencia de una clasificación por alguno de los motivos reseñados en la norma internacional, nos encontramos con una diferenciación en apariencia inconstitucional. La doctrina y la jurisprudencia han calificado dichas clasificaciones como "categorías sospechosas".

En el caso "R. A., D. c/Estado Nacional"⁷ del 4/9/2007, la CSJN sostuvo que *"Ante la existencia de una categoría sospechosa de discriminación, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), deberá estar guiado por un escrutinio estricto, que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto, los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y con respecto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada"*⁸.

Posteriormente, en el precedente Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 del 12/08/2008, el Máximo Tribunal manifestó (tomándolo del dictamen de la Procuración): *"Cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el 'origen nacional' corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar"*. Desde este modelo de abordaje tomó el INADI su postura jurídica sobre este tema-

Pensión para parejas de personas del mismo sexo (caso Adaro⁹):

Sobre este tema hubo varias denuncias, de las cuales elegimos las mas relevantes.

En la primera, el denunciante manifestó haber convivido en pareja con otro varón, durante aproximadamente 25 años, en forma pública e ininterrumpida, hasta el fallecimiento de éste. Ambos se encontraban unidos civilmente en la localidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con motivo del

⁷ Fallos 330:3853

⁸ Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay en el fallo citado en la nota anterior.

⁹ Dictamen ME N° 2646/08 INADI

fallecimiento de su pareja, el denunciante inició ante la ANSES el trámite para obtener el beneficio de pensión respectivo. Como ha sido de público conocimiento en los medios, mediante una resolución administrativa el citado organismo previsional desestimó la solicitud de pensión por el carácter homosexual de la pareja toda vez que los/as convivientes del mismo sexo no se encontraban incluidos/as en la legislación vigente en la materia (Ley 24.241, art. 53, incs. c] y d]). El dictamen entendió que la resolución de la ANSES era discriminatoria en los términos de la Ley 23.592 y normas concordantes y complementarias, fundamentando su opinión sobre los siguientes argumentos:

- La mayoría de los instrumentos internacionales mencionados (al igual que la Ley 23.592) prohíben especialmente la distinción de trato cuando la misma obedece a motivos tales como “raza”, “religión”, “nacionalidad”, “ideología”, “opinión política o gremial”, “sexo”, “posición económica”, “condición social” o “caracteres físicos” (como ya se explicó).
- Aunque la orientación sexual no aparece expresamente formulada entre los motivos de discriminación especialmente prohibidos en la ley 23.592 (recordemos que la ley tiene mas de 20 años) su exégesis inclusiva actual es indubitable.
- Se citó la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso “Toonen c. Australia”, Comunicación N° 488/1992, dictamen aprobado el 4/04/1994. Allí se sostuvo que la prohibición de discriminación en virtud del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. El Comité observó que se debe estimar que “la referencia al “sexo”, que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 del Pacto, incluye la inclinación sexual”.
- La interpretación de ley aplicable al caso –por ser una ley previsional- debe efectuarse siguiendo las pautas de hermenéutica establecidas en la materia (CSJN, Fallos: 266:19; 272:219; 302:342; 305:773 y 2126, y 306:1801, entre otros).

En este punto debe tenerse en cuenta la vigencia de los “Principios sobre la Aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, llamados Principios de Yogyakarta. Aquí es aplicable el principio nro. 24 establece que *“Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”* que se complementa con el principio nro. 13 que afirma que *“Todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”*.

En el mismo sentido que este dictamen, se dictaron otros, entre ellos el Dictamen Nro. 042/07 ME Nro. 2766/06 (en donde se consideró que la denegación al derecho a pensión del denunciante en virtud de su pareja homosexual dispuesto por la Caja de Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires es discriminatoria) y el Dictamen en expediente ME 4655/07 Nro. 069 del 31/3/2008 contra OSECAC, donde se declaro discriminatorio la negativa de la obra social a admitir la afiliación de la pareja del mismo sexo.

Personería jurídica de la Asociación de Swingers¹⁰:

En esta denuncia el INADI decidió realizar un informe técnico¹¹ donde entendió que la denegación a la personería jurídica de la Asociación Argentina de Swingers por parte de la Inspección General de Justicia constituyó una práctica discriminatoria en los términos del artículo 1º de la Ley N° 23.592, por los siguientes argumentos:

- Las prácticas swingers inauguran un nuevo esquema en las relaciones socio-sexuales, concretamente dentro de las prácticas sexuales, en el marco de los principios de la libertad sexual y la libre disposición del propio cuerpo. Dichas prácticas son demostrativas de que la lógica binaria varón/mujer no configura en absoluto el modo que tiene la naturaleza en constituir a los cuerpos, identidades, deseos y prácticas sexuales. En concreto demuestran que la monogamia, institucionalizada al amparo de la ley heterosexual resulta más una construcción moral que un acto esencialmente natural. Si bien este argumento puede ser opinable para mucho/as, es en este sentido que se expresó el dictamen que se relata.
- El hecho de que las prácticas swingers no resulten para el imaginario socio jurídico muy frecuentes, ni visibles en el campo social, no implica considerar a las mismas como desviaciones a la normal manera que tienen las personas de relacionarse desde la sexualidad y negar, por tanto, su existencia. Es un mito considerar que las prácticas e identidades swingers sólo consisten en el intercambio de parejas y que por ello, resulta un hecho contranatural y profano a las virtudes instituidas por la monogamia.
- Los derechos sexuales de las personas swingers se traducen en: derecho a la libertad (inherente de cada persona); derecho a la autonomía; derecho a la igualdad real; derecho a la integridad corporal y a la salud; derecho a la libertad de movimiento y asociación; derecho a escoger a la pareja sexual; derecho a la disposición del propio cuerpo; derecho a ejercer en las mejores condiciones posibles la sexualidad autoconsentida y elegida.

¹⁰ El intercambio de pareja o swinging (en inglés “balancearse”, “hamacarse”, “columpiarse” o “mecerse”), también referido como estilo de vida de intercambio de pareja o simplemente lifestyle, “el estilo de vida” (aunque este término se emplea asimismo por las personas de BDSM), incluye un amplio rango de actividades sexuales realizadas entre parejas heterosexuales en un mismo local privado o inmueble particular (en inglés swingers en castellano el término aceptado para Parejas Swingers, es Parejas Liberales)

¹¹ En estos casos, el INADI interviene exclusivamente como órgano consultivo, emitiendo opinión fundada en los elementos aportados por quien realiza la consulta y en las normas aplicables en materia de discriminación. El informe se efectúa a partir de las pruebas aportadas por quien consulta. Es por ello que no requiere de un proceso de instrucción. El informe técnico de este caso fue emitido en el expediente ME 971/09.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- La Declaración Universal de los Derechos Sexuales¹² entiende que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Entre los derechos sexuales que la Declaración expone, deben de remarcar los siguientes: A) Derecho a la libre asociación sexual; B) Derecho a la expresión sexual emocional; C) Derecho a la equidad sexual; E) Derecho a la libertad sexual.
- Tener personería jurídica provee de un status jurídico determinado dentro del concierto institucional. En consecuencia, le permite ejercer un rol social asociativo que redundará en concretos beneficios, muchos de los cuales, no pueden acceder aquellas que carecen de la misma.
- El dictamen cita el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de La Nación en el caso CSJN, 21/11/2006, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti, Transexual c. Estado Nacional", 7/2/2007, JA, 2007-I-29 donde la Corte afirma que "el "bien común" no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere "común" excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc."
- En consecuencia, considera discriminatoria la denegatoria de la personería jurídica solicitada.

La personería de la Asociación de Swingers había sido denegada por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires¹³ en el año 2003.

Insultos discriminatorios sexuales:

El informe técnico realizado por el INADI ante esta denuncia (Expte. ME Nro. 8084/08) consideró como discriminatorio el acto realizado por una editorial en una publicación en la cual se tildó a una pareja homosexual como "dos putos" y "degenerados", además del empleo de expresiones afines tales como "lupanar", "apología

¹² Aquí el dictamen hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Sexuales o Declaración de Valencia del XIII Congreso Mundial de Sexología de 1997 celebrado en València (España) tomando el primer párrafo de la misma donde se lee: "La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad es construida a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurarnos que los seres humanos de las sociedades desarrollen una sexualidad saludable, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades de todas las maneras."

¹³ R. 355243 - "Asociación Argentina de Swingers c/ Inspección General de Justicia (I.G.J) C 1702477 s/contencioso administrativo" - CNCIV - SALA A - 17/03/2003.

del vicio nefando” y que “no pueden alcanzarla [la felicidad] ni merecerla los que hacen del pecado su encarnadura y su proselitismo”.

El informe técnico citado sostuvo su conclusión sobre la base de las siguientes argumentaciones:

- Las opiniones en general se encuentran protegidas por la libertad de expresión consagrada en los artículos 14, 19 y 32 de la Constitución Nacional, y reconocida por una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que actualmente tienen jerarquía constitucional en nuestro medio.
- El Estado puede imponer restricciones frente a manifestaciones o piezas discursivas repugnantes a la prohibición de discriminación, en atención a la necesidad de asegurar la vigencia de otros derechos que está igualmente obligado a garantizar.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las manifestaciones vertidas en ejercicio del derecho de expresarse pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores. Dichas restricciones serán absolutamente necesarias cuando se trata de garantizar la vigencia de la prohibición de discriminación, expresada en forma autónoma y subordinada en instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional.
- El Plan Nacional contra la Discriminación alude a los modos de “normalización” de la identidad sexual y a los efectos que de ella se derivan, con lo que las orientaciones sexuales e identidades de género que no responden a dicha “normalización” se constituyen en un grupo en situación de vulnerabilidad, usualmente víctimas de exclusión y discriminación.
- Constituye decisión administrativa del INADI que los insultos que traducen prejuicios discriminatorios son alcanzados por la prohibición de la ley 23.592. Según la posición de del INADI en numerosos dictámenes, el insulto es un acto, una acción y no un mero enunciado de ideas, expresión de opiniones o transmisión de contenidos. Ciertos insultos constituyen actos discriminatorios en tanto reproducen la estructura de funcionamiento de la discriminación, la naturalizan y perpetúan hasta convertirse en su forma básica más extendida.

IV.2) Discriminación por Género:

Previo a avanzar sobre esta rubro, conviene ilustrar que entendemos por “Género”.

La sexualidad humana es un proceso de construcción gradual que integra elementos biológicos, sociológicos, culturales, éticos, religiosos o espirituales, mediante el cual cada persona incorpora y elabora un conjunto de pautas, expectativas, conocimientos, creencias, valores, normas y actitudes que regulan el ejercicio de dicha sexualidad. Bajo el sustantivo GÉNERO se agrupan todos los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la feminidad/masculinidad, reservándose SEXO para los componentes biológicos y anatómicos.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Siguiendo el trabajo de la Dra. Nilda Galina, decimos que “género” es uno de los términos de reciente introducción en el lenguaje mediático y político, tal vez el concepto más penetrante que exportó la Sexología al análisis de la cultura. Sitúa la organización sociocultural de la diferencia sexual como eje decisivo en la organización política y económica de nuestro mundo.

Los cuestionamientos de la visión androcéntrica, biologista y esencialista (que se instituyó en los comienzos de la modernidad) se produjeron en el fragor los movimientos políticos de empoderamiento de las mujeres, y de los movimientos LGTTB, porque ambos estaban excluidos por las mismas concepciones. En el mundo académico comenzaron a revisarse las concepciones de todas las ciencias sociales, en cuya elaboración había prevalecido la concepción patriarcal. Con las nuevas visiones se fue formando lo que conocemos como la perspectiva de género. Hoy día, resulta imposible prescindir de este enfoque para abordar temas como la violencia doméstica, las violaciones, la alta tasa de divorcios, la maternidad adolescente, el abuso sexual, la prostitución, el aborto clandestino, el acoso sexual, la discapacidad, etc. para nombrar algunos de los problemas que son de nuestra competencia. Ya vimos este punto cuando citamos los principios de Yokyakarta.

Entonces, entendemos el género como el conjunto de características culturales o de valores atribuidos a una persona según su sexo. El género dice que ser hombre o mujer está determinado no sólo por la asignación biológica (de sexo), sino por valores que se crean y reproducen a través de la cultura, y que dictan socialmente lo que es o debe de ser “lo femenino” o “lo masculino” en una sociedad determinada.

El concepto de género hace pié en el sexo, pero es muchísimo más abarcativo, ya que se refiere básicamente al análisis de las relaciones de poder. Engloba todo lo que la organización patriarcal demarcó como propio de lo masculino/femenino, ya sea en el mundo del trabajo, la política, la economía o la subjetividad.

El género es un elemento constitutivo de todas las relaciones sociales que distinguen a los sexos, o lo que los representa y simboliza y esté esencialmente vinculado al poder, por el cual cada género adquiere en sí, para sí y para el otro, sentido y referencia. En suma, el género es la suma de valores, actitudes, papeles, prácticas o características culturales basadas en el sexo. El género, tal como ha existido de manera histórica, transculturalmente, y en las sociedades contemporáneas, refleja y perpetúa las relaciones particulares de poder entre el hombre y la mujer. Abordemos con estas aclaraciones previas la casuística del INADI.

Casuística:

Discriminación a una persona transexual en el trabajo:

Los hechos que dieron lugar al dictamen 322-06 INADI son los siguientes: Una persona transexual denunció a su empleadora, una empresa multinacional, por discriminación en ocasión a su identidad de género. La denunciante refirió que la empresa realizó actos escalonados de índole discriminatorios hasta llegar al despido sobre la base de su transexualidad. El dictamen consideró discriminatorio los hechos cometidos en perjuicio de la denunciante y de haber alterado las condiciones de igualdad de oportunidades y/o trato, derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, por las siguientes razones:

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- Se demostró que el despido ocurrido fue motivado por los cambios físicos ocurridos sobre la denunciante cuando estos fueron notorios.
- Las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género figuran entre los grupos humanos discriminados por la sociedad, a los cuales se les reserva etiquetas negativas y epítetos peyorativos y ofensivos.
- El principio según el cual las discriminaciones basadas en el cambio de sexo del/a trabajador/a deben prohibirse por las mismas razón que las discriminaciones basadas en la presencia de una persona a un sexo determinado, con las que están estrechamente relacionadas, no se aplica a la diferencia de trato basadas en la orientación sexual de una persona. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sala V – 1998/03/26 – Odette Nikou Petridi Anónimos Kapnemporiki c. Athanasia Simou y otros – La Ley. 1999 – E. 665).

En otro caso posterior¹⁴ el Correo Oficial de la República Argentina S.A. solicitó al INADI la emisión de un informe técnico para conocer la opinión del instituto en relación a respetar la identidad de género de una de sus empleadas trans y permitirle la utilización de las dependencias destinadas al género femenino.

El informe técnico sostuvo:

- Las identidades de género y sexuales se abordan y surgen de una compleja red de experiencias particulares y colectivas en las que se entrecruzan diferentes elementos simbólicos, prácticas sexuales, sociales y creencias, que le dan sentido a los/as sujetos, en la que el mundo exterior no deja de constituirse en otro elemento de singular importancia, al momento de entroncar la puesta en ejercicio de la identidad elegida.
- La homosexualidad, la identidad lésbica, la heterosexualidad o la bisexualidad constituyen formas particulares que participan del contenido uniforme de lo que se ha denominado identidad sexual, mientras que la transexualidad, transgeneridad y la identidad travesti, enunciado todo ello, por lo general, bajo el rótulo de lo trans, refieren en términos de identidad de género.
- El derecho al respeto y reconocimiento de la identidad personal, disposición del propio cuerpo, es propia de los derechos personalísimos al igual que el derecho al nombre, a un domicilio, etc. Es un derecho que le pertenece a la persona, como sujeto de los mismos, en cualquier estado republicano de sostenimiento constitucional.
- La identidad travesti, dice el dictamen, es una manifestación genérica tal como puede ser la categoría “mujer” u “hombre”, que gran parte de nuestra sociedad no logra identificar ni aceptar, una sociedad adiestrada sexualmente a modelos binarios, y que a duras penas puede tolerar un vínculo homosexual.

¹⁴ Informe técnico en expediente ME N° 5554/09

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- El derecho a la identidad personal es un constructo intrincado, pero aún así es posible advertir que el mismo se estructura en torno a la peculiaridad ontológica del ser humano, es decir, su propia existencia y percepción de sí mismo.
- La negación de una identidad, cualquiera que ella sea –étnica, religiosa-, resulta ser una práctica social discriminatoria en los términos de la ley 23.592.
- El derecho al nombre autopercibido (es decir con el del género que se identifica la persona a sí misma) integra la identidad de ella/el, de manera que todos y cada uno de los elementos que integran el derecho a la identidad hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este conglomerado se proyecta al mundo social, al mundo exterior, y hace posible que las demás personas conozcan a sus pares en su mismidad.
- En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existen diversas normativas que convocan al respeto a la autodeterminación sobre el propio cuerpo y la identidad autopercibida de las personas. Así, el Art. 11 de la Constitución de la Ciudad garantiza que todas las personas tengan idéntica dignidad y sean iguales ante la ley.
- La ley 2687 que instituye el día 17 de Mayo como el "Día de Lucha Contra la Discriminación por Orientación Sexual o Identidad de Género" y el Código Contravencional prescribe en su Art. 65 que "Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o cuatrocientos (\$ 400) a dos mil (\$ 2.000) pesos de multa. Acción dependiente de instancia privada."
- La Legislatura de la Ciudad sancionó la ley N° 3062, cuyo objeto trata de materializar el derecho a ser diferente. En este sentido, dicha ley estipula en su Art. 2 que deberá respetarse la identidad de género adoptada por travestis y transexuales que utilicen un nombre distinto al consignado en su documento de identidad, y a su sólo requerimiento, el nombre adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión administrativa tanto en la Legislatura de la C.A.B.A. como en las dependencias de la Administración Pública Central local, entes descentralizados, entidades autárquicas, Empresas y Sociedades del Estado y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tenga participación.
- La 38 Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó por consenso la resolución "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género", AG /RES-2435(XXXVIII-O/08), presentada por la delegación de Brasil. La resolución, que reconoce la grave situación de violaciones a derechos humanos que enfrentan las personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, coloca al Sistema Regional Americano como el segundo, después del europeo, en reconocer la importancia de manifestar un claro compromiso político por parte de los Estados miembros y de asumir la realidad de la exposición a violaciones de derechos humanos resistida por las personas LGBTTTI.
- Se concluyó que la agente tiene el derecho a que la llamen en proporción al género con que se autoidentifica.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En otros casos similares, por ejemplo, se consideró discriminatorio el actuar de un local bailable por no haber admitido el ingreso al mismo a dos chicas travestis en virtud de sus identidades de género (Dictámenes en expedientes 110/07 y 111/07) o en el caso en que la denunciante refiere haber sido discriminada por ser una persona travesti, que se inscribió en un gimnasio y que, habiendo pagando la cuota mensual correspondiente, concurre a la primera clase sin ningún inconveniente y luego, cuando retoma las clases la dueña del local le dice que no puede aceptarla en el gimnasio porque ella es travesti, el gimnasio era exclusivamente de mujeres y las personas que concurren al gimnasio les incomoda su presencia (Dictamen Nro. 104 de fecha 19/5/2008 en expediente ME 5539/07).

En este segundo caso la defensa opuesta por la denunciada es el llamado “derecho de admisión”. Sobre este tema podemos decir que no existe reconocimiento normativo a este supuesto derecho de admisión. “E derecho de admisión” esgrimido por la parte denunciada, no existe como tal; toda vez que, en nuestro sistema jurídico vigente, no halla reglamentación normativa alguna que permita legitimarlo. En cualquier caso, tal “derecho de admisión”, más allá de cualquier reglamentación que pudiera o no preexistir, debe ser ejercido en forma razonable. El *Corpus Iuris* de Derechos Humanos se asienta sobre la base de un “principio de admisión universal”, a partir del cual todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos.

Por las razones postuladas anteriormente, debe señalarse que existen restricciones no consentidas en relación directa con la dignidad humana, partiendo de la prohibición del abuso o ejercicio antisocial de un derecho. El abuso de derecho supone un uso excesivo de parte de su titular, normalmente con daños para otras personas.

El INADI consideró, en el caso, que el ejercicio libre de la autonomía privada, mal llamado “derecho de admisión y/o permanencia”, encuentra su limitación en la prohibición constitucional de discriminar negativamente constituyendo así un abuso del derecho.

En otro caso, donde se emitió un informe técnico¹⁵, la Coalición Argentina contra la Trata y Tráfico de Personas y por Mujeres Trabajando denunció por discriminación por género a los Sres. Eduardo Gauna “Pocho La Pantera” y Rolando Graña en virtud de manifestaciones que el citado músico confesó haber sido “Fiolo” en la década del 80, que “regenteaba” un grupo de mujeres, las que le hacían ganar mucho dinero. Añaden que el cantante “manifestó que manejaba “plazas” muy importantes, explicando el significado de Plaza, y que los demás fiolos le tenían bronca por las buenas plazas que tenía y porque él era el que mejor trataba a las mujeres que “regenteaba”. También aseguró que entre “dones” (pares) se compraban y vendían mujeres.

El informe técnico no consideró la existencia de un acto discriminatorio, pero sostuvo entre sus argumentos que:

¹⁵ Informe técnico en expediente ME 2780/09

- Que la trata de personas es un delito contra la libertad de las personas y es considerada como la Esclavitud del Siglo XXI y, también, un delito de lesa humanidad; involucra la captación, reclutamiento, traslado y explotación de personas, sin que puedan -o crean que puedan- escapar. La República Argentina ha ratificado la Convención sobre la esclavitud; la Convención suplementaria contra la esclavitud; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; la Convención Internacional de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional y su Protocolo Para Prevenir, Reprimir Y Sancionar La Trata De Personas, Especialmente Mujeres Y Niños (Ley 25.632/2002).
- El proxenetismo consiste en la promoción, facilitación o explotación del ejercicio de la prostitución de personas. En nuestro país (a diferencia de las legislaciones de otros países), el tipo penal exige que haya mediado "engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción" (Artículos 126 y 127, Código Penal argentino) , en caso de personas mayores de dieciocho años. El artículo 125 bis del Código Penal sanciona, en todos los casos, la promoción y facilitación de la prostitución que involucra a personas menores de dieciocho años.
- A los efectos del encuadramiento de las expresiones cuestionadas en el art. 1 de la ley 23.592, resulta necesaria la constatación de la exclusión o, al menos un menoscabo en ejercicio de derechos, en relación con determinados motivos o categorías (cuya enumeración no es taxativa en el artículo 1 de la ley).
- La Ley Nacional de Violencia contra las Mujeres Nro 26.485 recepta expresamente el tipo de violencia simbólica y la modalidad mediática.
- En el abordaje de la cuestión se advierte una abierta trivialización de los hechos discutidos, al tiempo en que se "cosifica" a las mujeres en situación de prostitución.
- La República Argentina se comprometió a actuar de conformidad con la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ("CEDAW"), sometiéndose a la jurisdicción de la Convención según la reciente adhesión al Protocolo Facultativo. Es dable recordar que dicho instrumento internacional goza, además de su valor vinculante como tratado internacional, de jerarquía constitucional merced a lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional del año 1994.

En un caso de un conocido corto publicitario de una marca de desodorantes, se emitió un informe técnico¹⁶ que dictaminó como discriminatorio el contenido de la campaña promocionada por la empresa Unilever de Argentina S.A. para su producto AXE denominada "Cazadores por Instinto" en la que se simula un juego donde el usuario debe darle garrotazos a la mayor cantidad de mujeres.

El informe explicó con los siguientes argumentos la relación entre las formas de discriminación y la violencia hacia las mujeres:

¹⁶ Informe técnico en expediente ME 2620/09 Campaña de desodorante AXE

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- Uno de los principales deberes asumidos por el Estado Argentino respecto de la eliminación de la discriminación de la mujer establece que: “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...) e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que los tratados que ostentan jerarquía constitucional lo hacen en las "condiciones de su vigencia" (art. 75, inc.22 C.N.), lo cual significa que gozan de esta suprema jerarquía conforme su efectiva vigencia en el derecho internacional, que es el ordenamiento jurídico que los rige.
- Para la adecuada interpretación los instrumentos internacionales –y las obligaciones asumidas en consecuencia- corresponde recurrir al órgano de contralor de la CEDAW –el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer-.
- El mencionado Comité -en su Recomendación General 19- sostuvo que: *“La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”* (Recomendación general 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84, 1994). Agregó el Comité, *“Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”*.
- El Estado Argentino es, además, signatario de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para” (que dio origen legislativo a la ley de violencia citada), cuyo artículo 8º establece como compromiso de los Estados, adoptar, en forma progresiva, medidas específicas para (...) b. modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerbaban la violencia contra la mujer; (...) g. alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer”.

- La ley Nº 26.485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, ha definido la violencia contra las mujeres como “...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja respecto al varón.
- En el informe técnico debió analizarse si la posibilidad de reconocer el carácter discriminatorio de una expresión discursiva, implica desconocer el derecho a la libertad de expresión del emisor de la misma, o por el contrario, se trataría de una medida que el Estado puede válidamente adoptar en resguardo del principio de no discriminación.
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “...el [aludido] derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles pues, si bien en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 308:789 y 310:508)” (CSJN, Fallos 315:632, considerando 4º).
- Debido al importante rol socializador que cumple el discurso publicitario, es conveniente advertir a los/as responsables de la creación y difusión de este tipo de mensajes, sobre la necesidad de promover la comunicación basada en valores positivos que colaboren con la convivencia respetuosa de los diferentes grupos y sectores que componen la sociedad , puesto que la producción, circulación y naturalización de contenidos estereotipantes tiende a vehiculizar y perpetuar conductas discriminatorias.
- La ideología de estos avisos contribuye a reforzar relaciones de género asimétricas, basadas en un modelo estructurado jerárquicamente. Los medios de comunicación son formadores de opinión; instalan ideas que influyen en el pensamiento, las creencias y las costumbres de la sociedad. Son transmisores de conocimiento para la población, en general, y para los niños y niñas en particular, con lo cual cargarlos de mensajes erróneos y estereotipados contribuye a crear ideas negativas, sectarias y prejuiciosas que afectan, en estos casos, la dignidad de las mujeres y son violatorias de sus derechos (Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión del INADI en el Informe sobre publicidades sexistas).

V.- Discriminación por grupo etario:

Entendemos por “discriminación etaria”, la relacionada con la edad de los grupos victimizados, sean estos niños, niñas, adolescentes o adultos mayores, es decir, cuando el componente discriminatorio está relacionado con la edad de la víctima. La mayor cantidad de denuncias recibidas en el INADI en este rubro ha sido por personas a las que se las habría excluido de derechos por superar la edad considerada como límite

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

máximo. A Julio de 2010, el 4% del total de las denuncias recibidas eran por esta forma de discriminación, sin perjuicio que siempre es difícil aislar una única causal en los casos, que muchas veces tiene dos o masa componentes discriminatorios..

Si bien el avance científico ha logrado con éxito la prolongación de la vida humana, esto ha traído como consecuencia fáctica, fundamentalmente para la franja etaria de adultos mayores, el surgimiento de nuevos problemas sociales, que conllevan en muchos ocasiones situaciones de discriminación. Nuestra sociedad, valora muchas veces, a sus integrantes por la capacidad de producir o de acumular riqueza material, asociándose, en muchos casos, contrariamente a las consideraciones que se tienen acerca de las personas jóvenes, a la enfermedad, la incapacidad y la improductividad.

Asimismo, en relación al acceso al trabajo, *“La edad se ha convertido el principal elemento de discriminación para el acceso laboral de las personas en nuestro país. En los avisos de solicitud de personal habitualmente se indican topes de edad que excluyen a personas mayores de 35 años. Las diferencias, cada vez más agudas, entre ricos y pobres se proyectan con más fuerza sobre las personas de la tercera edad - carentes de recursos, excluidas por la sociedad y sin políticas públicas adecuadas por parte del gobierno nacional y los gobiernos provinciales -, agudizando los niveles de marginación y discriminación hacia los adultos mayores de los sectores más pobres.”*¹⁷

El INADI se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el requisito “edad” para el acceso a becas, empleos u otros beneficios.¹⁸ También a través de la Recomendación General Nº 6 sobre Discriminación en la Oferta de Empleos. Permítanme una palabras previas sobre un tema que hoy esta muy debatido y pone en juego la situación de nuestros/as adultos/as mayores en cuanto beneficiarios del sistema de salud.

¿Cuál es la situación actual de los adultos mayores en los sistemas de seguridad social y salud?¹⁹

Definamos primero algunos conceptos relacionados con este colectivo. Una de las palabras más conocidas es "viejo/a" que se define de la siguiente manera de acuerdo con el diccionario terminológico de ciencias médicas: edad senil, senectud, período de la vida humana, cuyo comienzo se fija comúnmente a los sesenta años, caracterizado por la declinación de todas las facultades.-

Séneca (1990), tenía una opinión más equilibrada de la vejez, describiéndola como la edad avanzada llena de satisfacciones, señalando que la verdadera vejez no se relaciona con los años y sí con la sabiduría. Ortiz (2003) menciona que la vejez es un concepto ambiguo, que es el último estadio en el proceso vital de un individuo, este concepto define a un grupo de edad o generación que comprende a un segmento de los individuos más ancianos de una población.-

¹⁷ Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación – Anexo de Decreto 1086/2005, pag.61

¹⁸ Ver Dictámenes INADI en denuncias MFN 1168, ME 3451/09, ME 01412/07 y MFN 01301/2007, entre otras.

¹⁹ Tomado de: Rosales, Pablo Oscar: “Los aumentos de la cuota de medicina prepaga en forma unilateral en razón de la edad y el proyecto de ley de medicina prepaga: los adultos mayores nuevamente desprotegidos” , EL DIAL 26/11/2010, Suplemento especial “MEDICINA PREPAGA: Incremento en el precio de las cuotas (con particular referencia a los asociados de edad avanzada)”

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En abril de 1994 la Organización Panamericana de la Salud, filial de la Organización Mundial de la Salud, decidió emplear el término "adulto mayor" para las personas mayores de 65 o más años de edad. Esta edad ha sido tradicionalmente usada para definir el comienzo de la vejez en estudios demográficos y gerontológicos, principalmente porque en muchos países es utilizada por los sistemas de pensiones para empezar a otorgar beneficios (es el caso de los varones en nuestro país).

Otros conceptos útiles están relacionados con el proceso de envejecer, podemos esbozar una definición diciendo que "Se entiende por envejecimiento individual el proceso que se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, que conlleva cambios biológicos, fisiológicos y psico-sociales de variadas consecuencias. El envejecimiento individual se haya inscrito en el ciclo vital de las personas y, por tanto, está determinado por los contextos en que el individuo se ha desarrollado, sus estrategias de respuesta y adaptabilidad y los resultados de dichas estrategias". Y en términos de salud, "Por envejecimiento saludable se entenderá aquel donde factores extrínsecos del envejecimiento compensan los factores intrínsecos, evitando o disminuyendo la pérdida funcional. En este sentido implica un bajo riesgo de sufrir enfermedades o adquirir una discapacidad causada por enfermedad, un alto rendimiento de las funciones físicas y mentales y un compromiso activo con la vida".-

El Comité del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1995) preparó la Observación General Nro. 6 en que indica: "*Los Estados Parte en el Pacto deben prestar atención especial a la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*".

El Protocolo de San Salvador, de aplicación obligatoria, en su Artículo 17 referido a "Protección de los Ancianos" establece como obligación de los Estados firmantes:

"a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

c. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos"

En este punto, y a fin de conocer al colectivo de las personas mayores, podemos hacer un análisis de las cuestiones y riesgos que más impactan en el mismo.-

Por ejemplo:

- Pobreza: Carencia de ingresos suficientes
- Marginación: Falta de acceso a ámbitos de acción sociales y económicos.-
- Invisibilización: Inexistencia en la agenda de desarrollo.-

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- Discriminación: Imagen estereotipada y negativa.-
- Fragilización: Carencia de recursos adecuados para fortalecer la autonomía.

Actualmente, el 80% de la población mundial no tiene cobertura de seguridad social, y se prevé que, de no haber un cambio en este sentido, unos 1.200 millones de personas mayores pueden enfrentar inseguridad de ingresos para el 2050. En este marco social, Cumbre de Presidentes del MERCOSUR (2008) emitido en Salvador de Bahía, en ocasión de la XXXVI Reunión del Consejo del Mercado Común, en el punto 7 especifica que, *"acuerdan promover en el marco de las naciones unidas, la convocatoria a una convención internacional de los derechos de las personas de edad, con el objetivo de dotar a los mismos, de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, que estandarice sus derechos, y que establezca los mecanismos y el órgano para hacerlos exigibles, toda vez que se trata de un sector vulnerable de la población, que es objeto de prácticas y tratamiento discriminatorio".-*

Aún en este marco jurídico la situación de los adultos mayores o personas de edad dista mucho de ser óptima. En palabras de la Mgter. Angélica Touceda: *"En la red pública sanitaria los niños son atendidos a nivel hospitalario por los servicios de Pediatría, o, en su defecto, directamente por los pediatras en los centros de salud, por tener esta población características particulares que la diferencian como grupo etario prestacional, razón por la cual necesita de una atención específica. En cambio, no sucede lo mismo con las personas ancianas (sujetos de derecho mayores de 65 años). En el caso de nuestros adultos mayores, que también poseen características particulares que los diferencian como grupo etario prestacional, son atendidos por médicos clínicos como si fueran personas de mediana edad. Entonces nos preguntamos: ¿no dar a los ancianos las prestaciones específicas que necesitan no es sinónimo de discriminación?"²⁰* En este punto la autora reflexiona sobre el tema de los adultos mayores en el sistema de salud y su proyección en nuestro país: *"En el mundo el grupo de personas mayores de 65 años crece cada vez más con respecto al total de la población, y la Argentina no escapa a dicha tendencia (INDEC, 2001). En nuestro país, a pesar de ser un país con tendencia al envejecimiento poblacional (tercero en América Latina, luego de Cuba y Chile), el subsector público del sistema sanitario sigue anclado en políticas para el binomio madre-hijo como si fuera, demográficamente hablando, ante un predominio de población joven. Por otro lado, también debemos hacer mención de que no nos estamos preparando para el envejecimiento poblacional que se avecina a corto plazo, ni siquiera con medidas simples, como ser en la formación de grado, en donde tenemos (con justa razón) materias básicas como Pediatría, pero nada de geriatría, y menos aún de gerontología".-*

Los proyectos de ley de medicina prepaga, en los últimos 10 años y el que hoy se está discutiendo en el Senado de la Nación, y que se votó parcialmente a duras penas a fines de 2010, quedando para el 2011 la concreción final de la media sanción restante en Cámara de Diputados, se concentran en discutir cómo "salvar al sistema de salud privado", sin dedicar reflexión alguna respecto a que el sistema de salud debe cuidar de la

²⁰ Touceda, Angélica "La invisibilidad de la vejez en la salud pública argentina", Numero especial "Discriminación", Lexis N° 0003/015049, SJA 28/7/2010.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

población y no a si mismo solamente. Los puntos que se controvierten del proyecto apuntan a maximizar los beneficios económicos minimizando las coberturas de la población más vulnerable para salvar al sistema. Touceda asume esta disyuntiva cuando afirma que *"La calidad de vida de los adultos mayores es responsabilidad de aquellas personas relacionadas con las áreas de salud, de seguridad social y todas aquellas vinculadas a las decisiones socio-económicas. Si bien la mayoría de los adultos mayores gozan de buena salud, son independientes y muchos de ellos ayudan a sus familias, es cierto que con la edad aumenta la incidencia y la prevalencia de enfermedades crónicas y de ciertas situaciones de dependencia que generan mayor utilización de recursos socio-sanitarios"*.- En este punto aparece muy fuerte la discriminación por grupo erario, por ejemplo, en el sistema de salud. En Julio de 2010 el 11% de las denuncias tiene que ver con salud, pero además, el 22% con discapacidad, el 4% con aspectos físicos todos posiblemente relacionados entre sí.

Nosotros agregaríamos la exclusión mucho antes de la edad jubilatoria de las personas de edad del mercado laboral, con la consecuente reducción abrupta de sus ingresos. En este punto notemos que actualmente la expectativa de vida en la mayoría de los países de occidente supera en al menos 20 años a la edad jubilatoria, significando esto que los adultos mayores viven todo ese tiempo excluidos del sistema productivo, pareciendo un contrasentido que el sistema de salud les exija justo en este momento, mayores costos de coberturas de salud, justo cuando más las necesitan. Porcentuales de aumento que por otra parte van entre el 20% al 60% en los casos más extremos. Estos aumentos exorbitantes más que equiparación de costos, deben verse como formas de expulsión del sistema privado de salud de aquellos que, por su edad, mas lo necesitan, independientemente de cuantos años llevan aportando al sistema y en este punto, como formas abiertas o mas solapadas de discriminación relacionada con la edad.

También no todos los adultos mayores envejecen de la misma manera, lo que explica la variabilidad individual. Algunas características particulares de esta población hacen que sea necesario un abordaje asistencial diferente al del modelo tradicional. Perdonen la comparación, pero incluso en la reducción de los costos de los seguros de automóviles se premia con la reducción de la prima a los conductores mas eficientes. Sin embargo, en este punto el sistema de salud privado aumenta la cuota independientemente de la historia médica personal, la cantidad de tiempo afiliado u otras variables relevantes. Es evidente que la propiedad sigue siendo el principal derecho protegido en nuestro derecho constitucional.

Luego de esta introducción nos adentraremos en la casuística de esta forma de discriminación algo mas oculta y difícil de probar , pero decididamente discriminatoria.

Con fecha 04/05/2009 el Sr. D.G. presenta al INADI una denuncia contra el Ministerio de Educación de la Nación²¹ en donde el denunciante refiere que es privado de su derecho a acceder a una beca por parte del Ministerio de Educación de la Nación, en razón de su edad. Explica el denunciante que el Reglamento General del Programa Nacional de Becas Universitarias (PNBU), en su art. 12, inc. 1, establece que los/as aspirantes a

²¹ Denuncia M.E. N° 3451/09

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

ser beneficiarios/as del PNBÚ deberán cumplir con una serie de requisitos, entre ellos, "Ser menores de 30 años". El INADI consideró que limitar el acceso a las becas ofrecidas en razón de la edad constituye un acto discriminatorio, en los términos del artículo 1º de la Ley Nº 23592, y de acuerdo a la demás jurisprudencia local e internacional de derechos humanos.

En otra ocasión, se presentó oportunamente un reclamo²² ante el INADI contra el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). El denunciante manifestaba que se desempeñaba como docente auxiliar de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa y que por medio de un correo electrónico había tomado conocimiento de una convocatoria de becas especiales del CONICET para Universidades Nacionales en zonas de vacancia geográfica. Además, que dentro de los requisitos para acceder a las becas mencionadas se encontraba una limitación etaria para la respectiva postulación. Dicha cláusula limitativa consistía en que los/as candidatos/as propuestos/as no debían superar los treinta años de edad al 31/12/06. El denunciante, debido a que tenía 37 años de edad, se vio imposibilitado de postularse para tales becas, circunstancia que fue también considerada discriminatoria por este organismo.

El dictamen estableció que la conducta de negar la inserción del denunciante en su sistema de becas, restringe seriamente el derecho del mismo de "aprender" (Art. 14 CN), y de formarse técnicamente para el ejercicio de su profesión actual o futura. El aprendizaje de determinada ciencia, arte o industria tiene íntima relación con el ejercicio actual o posterior de determinada profesión; con lo cual restringiéndose el derecho constitucional de aprender se restringiría, al menos de forma indirecta, el derecho constitucional de toda persona a trabajar y ejercer industria lícita conforme su idoneidad. Es deber del Estado garantizar el acceso sin distinciones arbitrarias ni discriminatorias, a todas aquellas personas que pretendan instruirse educativamente en cada uno de los grados que deseen y/o tengan las posibilidades reales de acceder. Es decir, en sentido contrario, que cualquier restricción al acceso a la educación debe ser fundada en criterios legítimos, objetivos y razonables, y nunca vulnerando principios íntimamente relacionados a la dignidad humana como ser el principio de NO discriminación.

Así, en la opinión del INADI, el CONICET en sus decisiones, normas y/o reglamentos no debe contemplar ninguna diferenciación etaria para con los/as postulantes al acceso a becas, concursos, carreras, puestos laborales, etc. Cualquier comportamiento distinto considera este Instituto que se encuentra en franca contradicción con el art. 24, inc. H, de la ley 25.164. Por se consideró que la conducta denunciada por el mencionado, se encuadraba en los términos de la ley 23.592, normas concordantes y complementarias. Y se recomendó, asimismo, al CONICET que modifique la normativa interna que establece el mencionado límite etario.

En otra denuncia incoada por ante este organismo²³, efectuada por una licenciada en Química y Geóloga, en contra de la Agencia nacional de Promoción Científica y Tecnológica de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica del Ministerio de Educación de la Nación, denuncia la misma que

²² Denuncia ME Nº 1412/07

²³ Denuncia MFN 1168.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

considera discriminatorio que la agencia denunciada establezca un límite de 35 años de edad para solicitar una beca. En el caso no surgía de la exposición de la denunciada una explicación razonable de los motivos por los cuales la agencia justifica la mencionada limitación en razón de la edad. La denunciada únicamente se limitaba a sostener que la normativa que la rige así lo dispone, sin aclarar los motivos de este límite, con lo que se evidencia la falta de argumentos y la arbitrariedad de la disposición, máxime cuando se restringe el derecho de la denunciante a acceder a una mejor preparación en su profesión (doctorado) y se quebranta la garantía de igualdad ante la ley.

En otra presentación por discriminación contra la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁴, el presentante denuncia que considera discriminatorio que la Secretaría de Cultura del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires haya establecido un límite de 35 años de edad para participar en el “Concurso Nueva Dramaturgia “Germán Rozenmacher””. Como escritor de obras teatrales el denunciante se sintió discriminado absurdamente al ver cercenada la posibilidad de presentarme en dicho concurso. En dicha ocasión, la denunciada interpuso su defensa manifestando que se había querido promocionar a jóvenes autores, lo que explicaría el límite etario establecido. Agregó oportunamente también que la exigencia del requisito de una edad determinada no constituiría una “actitud discriminatoria”, toda vez que se encontraría justificada por el objetivo en mira al proponer el certamen que se trata. Y que entender lo contrario implicaría la imposibilidad de establecer bases y condiciones para cualquier tipo de competencia o concurso. Este organismo también consideró dicha restricción.

Para expedirse en relación a si un hecho o conducta denunciado es discriminatorio en este rubro debemos señalar que nuestra Constitución Nacional consagra el derecho a la igualdad, en sus artículos 16²⁵ y 75, incs. 22 y 23. Es precisamente el artículo 75, inc. 22 el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad²⁶.

A su vez, el art. 1 de la Ley N° 23.592²⁷ contiene una previsión que establece que su contenido no es más que una derivación de lo prescripto por los instrumentos internacionales ut supra mencionados y que, en

²⁴ Denuncia ME N° 1301/07.

²⁵ C.N. Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

²⁶ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 2; Declaración Universal de DD HH, Art. 1; Convención Americana sobre DD HH, Art. 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 2, 3 y 7; Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 1; Convención sobre los Derechos del Niño, Arts. 2 y 30)

²⁷ Sancionada el 03/08/1988, promulgada el 23/08/1988 y publicada en Boletín Oficial el 05/09/1988

función de la propia letra y finalidad de dicho artículo, puede observarse que no intenta realizar una enumeración taxativa de los motivos de distinción que implican discriminación²⁸.

Asimismo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece como prejuicio discriminatorio a aquellas conductas que excluyan a alguna persona tomando como basamento la edad de la misma²⁹.

Además, otras normativas nacionales e internacionales prevén prohibiciones relacionadas con actos o hechos de discriminación³⁰.

Debe tenerse presente que, por aplicación del principio “pro homine”, a los efectos de la interpretación de un tratado se debe tener en cuenta toda norma pertinente de Derecho Internacional sobre la misma materia a tales efectos, lo que extiende la interpretación de los tratados mencionados y amplía los principios expuestos en materia de discriminación.

Adentrándonos en la jurisprudencia que ha servido de fundamentos para muchos de estos dictámenes, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió oportunamente en los autos “Briceño, Adela L. v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires”, con fecha 19 de febrero de 2002, en relación con la limitación al acceso a la carrera docente fundada en la edad, que era *“manifiestamente inconstitucional”* dado que *“una limitación así, que no puede ser vencida siquiera con la acreditación de la aptitud profesional y la idoneidad para el cargo, es francamente discriminatoria y contradice abiertamente el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley. (...) considero que una disposición limitativa sólo por razones de edad configura una distinción de trato ofensiva a su dignidad humana”*.³¹

²⁸ Art. 1 ley 23.592: “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, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

²⁹ CCABA - ART 11.- Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

³⁰ Ver la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su articulado que “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza color, orígenes étnicos o sociales, características genéricas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 21). Así también, la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU³⁰, establece en su punto 29 que “la edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos...”, entre otros.

³¹ (voto del Dr. Negri, al cual adhirieron los Dres. Pettigiani y De Lázzari)

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En el artículo *“El límite de edad para ejercer la docencia en la provincia y el plazo de caducidad en la acción de amparo bonaerense.”*³², se señala que *“El problema no radica en la esencia misma de los fundamentos que justifican el establecimiento de límites temporales al ejercicio de la docencia, sino en que la ley se ha valido de tales extremos para excluir de la carrera docente a un grupo de sujetos y no a otro, aun encontrándose en las mismas condiciones que aquél. Ello es así, en virtud de que no se permite el acceso a la titularidad a quienes superen el tope erario establecido por la ley, pero no se fija límite alguno de permanencia en la actividad. En este aspecto, toda restricción para el ejercicio normal de los derechos basada en cuestiones de sexo, raza, edad, religión, nacionalidad, política, constituirían "categorías sospechosas". En esta línea argumental se inscribe la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo art. 51 celebra la inclusión de las disposiciones (arts. 12 y 13) del Tratado de Amsterdam que permiten la lucha contra cualquier discriminación basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, el origen étnico, la edad, la religión o las convicciones, o la orientación sexual.”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 12/11/2002, en el caso *“Franco, Blanca T. C/ Provincia de Buenos Aires”*³³, resolvió que *“En efecto, el Art. 32 inc. 1 decreto ley 9020/1978, que dispone una suerte de presunción iuris et de iure de quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional”*.

En otro fallo del año 2006 tocó resolver a la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en los autos *“Ríos, Graciela E. v. Dirección General de Cultura y Educación de la provincia de Buenos Aires”*³⁴, con respecto a la presentación de una egresada de la carrera de Servicio Social (año 1974) no podía obtener su título dado que el organismo encargado de clasificarla le comunicó la imposibilidad de continuar con sus tareas por encontrarse excedida de edad. Ante esta situación, la afectada petitionó que se declarara la inconstitucionalidad de la normativa (Régimen para el Personal de la Administración Pública, ley 10.430, y el Estatuto del Docente, ley 10.579) que imponía como requisito de admisibilidad a la función pública un máximo de cincuenta años de edad.

En la Unión Europea se tuvo que suprimir el límite de edad que había fijado para las becas de prácticas de empresas, como consecuencia de la decisión del Defensor del Pueblo Europeo en la queja 2107/2002PB (BB), motivada por la denuncia de un estudiante danés, quien había denunciado en diciembre de 2002 ante el Defensor del Pueblo Europeo (Nikiforos Diamandouros) su imposibilidad de acceder a las becas de prácticas laborales en la Comisión Europea por haber superado el límite de edad. El Defensor del Pueblo se centró en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha considerado que un trato desigual es discriminatorio

³² publicado por los Dres. Gustavo Spacarotel y Laura Martínez Pass como comentario del fallo anteriormente referido (JA 2003-II-426).

³³ (Fallos 325:2968)

³⁴ (LNBA 2006-9-1072)

si no es justificado por factores objetivos³⁵. Debido a ello, la oficina de Nikiforos Diamandouros recomendó en julio de 2004 a la Comisión Europea que suprimiera el tope de edad en sus programas de prácticas. Decisión que posteriormente, a partir del 1º de marzo de 2005, adoptó la Unión Europea.

El INADI presentó en su momento la Recomendación General Nº 6 contra la Discriminación en la Oferta de Empleos³⁶. En la misma se realizan propuestas con la finalidad de que en los avisos en los que se solicitan postulantes a puestos de trabajo, no se requieran requisitos en los cuales se configuren prejuicios de tipo discriminatorios. En particular, en relación a los prejuicios discriminatorios en razón de la edad, se propone: I. Que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social perseverare en sus políticas públicas orientadas a que, en el ámbito del trabajo, así como en la contratación de recursos humanos, se respeten los derechos humanos y la dignidad de los/las trabajadores/as, sin exigirse otros requisitos que no sean la aptitud, habilidad o conocimientos para desempeñar una tarea o función. II. Que los/as empleadores/as, áreas de recursos humanos, empresas, agencias de colocación de personal, consultoras u otras entidades que sirvan de intermediarias en las ofertas de empleo, no incorporen en las ofertas de empleo requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato. (...) V. Que no se incluyan en las búsquedas de empleo límites de edad, evitando también la utilización de referencias tales como "joven y dinámico" o "persona madura", que indirectamente sugieran que la convocatoria se dirige a cierto grupo etario. (...) XI. Que los formularios de solicitud de empleo, sean estos en soporte papel o páginas web, no incluyan preguntas referidas a la nacionalidad, edad, sexo, estado civil, estatus familiar, enfermedades, domicilio, o cualquier otra pregunta o consideración que no esté objetiva y razonablemente relacionada con el trabajo que se ofrece o los requerimientos del puesto de trabajo. (...) XIII. Que en aquellos casos en que se entienda que, por las particulares condiciones del trabajo ofrecido, se requiere que los/las candidatos/as presenten alguna de las características aquí sospechadas de discriminatorias, las razones sean aclaradas en el aviso de empleo y/o justificadas ante la autoridad competente. XVII. Que el Congreso de la Nación Argentina, sancione una ley que contemple una figura que prohíba, de manera específica, la discriminación en la oferta de empleos.

VI.- Discriminación en razón de salud:

El INADI ha recibido en los últimos años muchas denuncias sobre denegación de prestaciones de salud, sobre todo de obras sociales y empresas de medicina prepaga. A Julio de 2010, estas denuncias constituían el 11% del total, pero si les sumamos las de discapacidad (por lejos las mas abundantes en los últimos años) muchas de ellas relacionadas con prestaciones de salud (aunque la mayoría han sido recibidas por incumplimiento en el transporte) que sumaron 22 %, podríamos afirmar que este rubro salud tiene su peso propio. Sin embargo, muchas de ellas no constituían realmente denuncias por discriminación en razón de salud en términos de la ley 23.592, ya no se ha probado que la denegatoria de una prestación de salud haya tenido génesis en un acto discriminatorio, es decir, con intención de discriminar. En este caso, muchas fueron

³⁵ (caso C-171/88, Rinner-Kühn -1989- ECR 2743, párr. 12)

³⁶ <http://www.inadi.gob.ar/centro-de-documentacion/recomendaciones-generales/>

derivadas con o sin dictamen final a la Superintendencia de Servicios de Salud cuando no surgía claramente el componente discriminatorio, lo que no implicaba que la degenatoria de una prestación no fuera arbitraria o contraria a la ley vigente.

El INADI ha dictaminado en materia de Salud, entre otros aspectos, sobre los incumplimientos de las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga, las obras sociales y mutuales en los casos de personas que requieren tratamientos integrales, costosos o prolongados; así como las preexistencias, plazos de carencias o las negativas de acceso a un cambio de plan dentro de la entidad u organización de salud en una población con las necesidades mencionadas. Asimismo, el Instituto se ha expedido con respecto a la inobservancia de los establecimientos educativos con respecto a su obligación de arbitrar los mecanismos necesarios para la integración de los/as niños/as y que fueran discriminados por motivos de salud, así como la admisión o la renovación de la matrícula.

Igualmente, el Instituto ha dictaminado en el ámbito laboral en denuncias formuladas en aquellos casos en que no se contempló la solicitud de tareas livianas por parte de los/as trabajadores/as que las requerían de acuerdo a su estado de salud.

Así, en materia de preexistencias el Instituto ha sostenido en el Dictamen N° 047/09 *“que existe un interés económico concreto por parte de la entidad denunciada al dejar sin cobertura al denunciante, dada su obligación de cobertura integral, precedentemente planteada, cuando se trata de una persona que vive con V.I.H.”*. La entidad de medicina prepaga denunciada había dado de baja al denunciante por entender que éste habría omitido informar su estado de salud y si bien el Instituto observó que no había quedado acreditado en dichas actuaciones que el denunciante presentara síntomas con anterioridad a su ingreso, se expidió en los siguientes términos *“aún en los casos en los cuales no exista una relación jurídica previa entre las partes, las personas que viven o se encuentran con el riesgo de vivir con una patología no deben ser excluidas al solicitar su ingreso a las empresas o entidades que brindan servicios de medicina prepaga, a las obras sociales (cuando brindan su cobertura a través de un sistema de adhesión) o a las mutuales. Así, este Instituto entiende que encuadra en un acto discriminatorio que las entidades mencionadas seleccionen “a la población que ingresa entre aquellos/as con menores probabilidades de requerir prestaciones costosas”, dado que dicha práctica “indudablemente lleva a una discriminación” contra quienes tienen más probabilidades de requerirlas”*.³⁷

Las citas textuales corresponden a lo señalado por el INADI en la Recomendación General contra la Discriminación en el Ámbito de la Salud del 29 de agosto de 2008 (RG N° 5/ 2008)³⁸. En igual sentido se expidió

³⁷ Agradezco en la reseña el trabajo que la Dra. Roxana Otero viene haciendo en el INADI en temáticas de salud desde hace varios años, quién además redactó la extensa Recomendación general en salud que mas adelante se reseña.

³⁸ Desde 2007, el INADI comenzó a elaborar recomendaciones generales sobre graves temas de discriminación reiterados y que en función de ello cobran relevancia nacional. Por medio de estos informes se recomiendan medidas de acción tendientes a erradicar las situaciones de discriminación. Los mismos se encuentran en la

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

el Instituto en materia de preexistencias (con respecto a personas que por su estado de salud requerían determinadas prestaciones) en los Dictámenes N° 214/08, 089/09, 159/09, 179/09 y 223/09.

Un antecedente a la postura anteriormente expuesta, con anterioridad a la citada recomendación, surge del Dictamen N° 202/08, caso en que se trataba el ingreso de una persona que vive con una discapacidad a una obra social que brinda su cobertura a través de un sistema de adhesión, en el que este Instituto había considerado discriminatoria “la selección a la población que ingresa entre aquellos con menores posibilidades de requerir prestaciones costosas”. El INADI abordó muy pocas veces dictámenes sobre la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, pese a que esta vigente desde 2008. Pero el suscripto como Director de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación de Discapacidad del INADI en 2010, elaboró y suscribió varios dictámenes con aplicación directa de la CIDPCD, que veremos en el acápite referido a discapacidad durante el año 2010.

Otro antecedente había sido el Dictamen N° 147/07 en el que el Instituto había considerado que es una “práctica discriminatoria rescindir el contrato y dejar sin cobertura” al denunciante y a su grupo familiar, cuando la empresa entendió que el padre no había informado que el niño vivía con hipoacusia bilateral. En este caso, surgía además que el padre había informado el estado de salud de su hijo según lo conocía y este Instituto indicó por ende que *“no se le puede exigir el saber de un profesional médico (al solicitante del ingreso a la entidad de salud), por existir una asimetría en los conocimientos que tiene habitualmente el declarante y un profesional de la salud”*.

Otro dictamen ejemplificativo de la doctrina que desarrolló el INADI en materia de preexistencias en aquellos casos de personas que viven con discapacidad, es el Dictamen N° 159/09. En este caso, la denunciante vive con una discapacidad auditiva y había denunciado la negativa a permitir su ingreso a dos entidades de salud distintas (una entidad de medicina prepaga y una obra social que contrataba a sus afiliados bajo el sistema de adhesión). El instituto sostuvo con relación a las obligaciones de cobertura médica en estos casos que *“Corresponde señalar que las entidades que prestan servicios de medicina prepaga están obligadas a cumplir con la totalidad de las prestaciones requeridas para las personas que viven con discapacidad, conforme surge de las Leyes 24754, 23661, en su art. 28, y la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad)”*, haciendo referencia a la jurisprudencia aplicable con relación a la obligación de cobertura integral en los casos de personas que viven con una discapacidad, “Cartier, María Amelia c/ Sistema de Protección Médica S.A. División TIM s/ daños y perjuicios” (8 de junio de 2005), Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala “H” y

página Web del organismo. La mayoría de las recomendaciones generales se elaboraron en el organismo en la gestión de María José Lubertino entre 2007 y 2009, y hasta la fecha son las siguientes: Recomendación N° 1: Discriminación ambiental por desmonte; Recomendación N° 2: Atención Sanitaria de Abortos Legales y Tratamiento Post-aborto; Recomendación N° 3: Contra la discriminación a consumidores/as de drogas prohibidas; Recomendación N° 4: Discriminación en Materia de Privación de Derechos a los Pueblos Indígenas y sus Integrantes; Recomendación N° 5: Contra la Discriminación en el Ámbito de la Salud; Recomendación N° 6: Contra la Discriminación en la Oferta de Empleos.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

“Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y Otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”³⁹ (28 de agosto de 2007), Corte Suprema de Justicia de la Nación. Concluyó este Instituto que el hecho de “denegarle el ingreso a la Sra. N. Z.(...) y dicha determinación, cuando se observa que la denunciante vive con una discapacidad y las denunciadas no han dado ningún otro motivo que funde la exclusión, encuadra en una situación de discriminación”.

En un sentido similar, en el Dictamen N° 223/09, el INADI se expidió con relación a una persona que había requerido la continuidad ante la entidad de salud denunciada, dado que ésta la había dado la baja al momento de solicitar la cobertura de un tratamiento para su dependencia respecto a las drogas prohibidas, por entender que el denunciante había omitido información. Posteriormente, la parte denunciada reconoció en su descargo que “lo reincorporó (...) cumpliendo la manda judicial (...)”. El denunciante planteó además incumplimientos en su cobertura de salud. Este instituto entendió que “la decisión de la denunciada de darle de baja oportunamente al denunciante, después de conocer su dependencia respecto a drogas prohibidas, así como la cobertura parcial y la modalidad de reembolso del tratamiento que éste abona a la Fundación (...), cuando se observa que el denunciante vive con la mencionada dependencia, encuadra en una situación de discriminación” e hizo referencia a las obligaciones de las entidades de medicina prepaga expuestas en la RG N° 5/ 2008), en los puntos 1.6.1, 1.6.5 y 1.9.9.

En cuanto a los plazos de carencias, en el dictamen precedentemente mencionado el INADI señaló que “(...) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/Compañía Euromédica de Salud S.A. s/amparo” (S.C.U. N° 30, L.XLII), interpretando la ley 24.754, que las “empresas deben cubrir como mínimo determinadas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales y que veda la posibilidad de incluir en los reglamentos, períodos de carencia o exclusiones de enfermedades preexistentes en aquellos tratamientos que necesariamente deben asegurar a sus afiliados” (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, hecho suyo por la Corte Suprema). Este criterio es compartido por el Instituto y sostenido en la recomendación general del INADI del 29 de agosto de 2008 (1.12 - RG N° 5/ 2008)”⁴⁰.

El INADI ha considerado que el incumplimiento de las obras sociales en las coberturas de salud constituye una práctica discriminatoria en aquellos casos en los que se observó que la parte denunciante vive con una discapacidad y esta pudo o ha sido la acusa de la denegatoria de la cobertura. Así, se expidió en los Dictámenes N° 141/09 y 114/09, teniendo en cuenta la Recomendación General N° 5, anteriormente citada. Un antecedente fue el Dictamen N° 121/07. En el Dictamen N° 114/09 este Instituto se expidió considerando que

³⁹ Sobre este fallo Cambiaso puede consultarse una nota amplia de Rosales, Pablo Oscar: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la discapacidad: obligación de las empresas de medicina prepaga de cumplir con la ley 24901”, SJA 25/6/2008, Lexis N° 0003/013893 ó 0003/013900 ó 0003/013898

⁴⁰ Ibidem.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

existió discriminación por motivos de salud y recomendó además al Instituto de Obra Social denunciado que “modifique la normativa cuestionada, Res. 1733/00, anexo I, dictando una regulación que subsane la afectación a los principios de integralidad, igualdad y universalidad que rigen para la obras sociales conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable”.

Con relación a las negativas de acceso a cambio de planes dentro de la entidad u organización por motivos de salud, este Instituto se ha expedido recientemente en el Dictamen N° 070/10 en los siguientes términos: “ (...)la obra social denunciada ha incurrido en una práctica discriminatoria al seleccionar a una población por motivos mayoritariamente etáreos o de salud (jubilados/as y pensionados/as), entre la que se encuentra la denunciante, sin esgrimir ningún fundamento sobre los motivos de dicha selección, con una fuerte presunción de que el denominado plan Blanco implicaría una menoscabo en las prestaciones de salud, dado que ni siquiera había sido presentada la cartilla del denominado plan Blanco para su monitoreo por el organismo de control correspondiente y cuando en el caso concreto, además, ha quedado acreditado que no se le otorgó a la Sra. L. (...) la cobertura que requería, máxime cuando la denunciante es una paciente de alto riesgo y la falta de cobertura podría agravar su estado de salud (...)”. Esta opinión fue sostenida previamente en los Dictámenes N° 061/07, 120/09 y 243/09.

Nótese que como se indicó anteriormente, el INADI se expide sobre el componente discriminatorio de la denuncia puesta a su consideración y no sobre el hecho de si la prestación o no ha sido correctamente otorgada o denegada en base a las normativas de salud vigente. Ello no empece a que la decisión de INADI también de alguna forma involucra a aquella.

Con respecto a los incumplimientos de los establecimientos educativos con respecto a la integración de los/as niños/as por motivos de salud, este Instituto ha sostenido en el Dictamen N° 032/10, que “existía una obligación por parte del establecimiento educativo denunciado de garantizar el acceso a la educación y éste no puede ampararse en la pretendida ausencia de condiciones de la institución denunciada, sin haber arbitrado los mecanismos necesarios para lograr la integración”, la institución había incurrido en una práctica discriminatoria al denegarle la matrícula a un niño en tratamiento psicológico a raíz de un accidente de tránsito. Similar criterio fue sostenido por este instituto en los Dictámenes N° 051/08, 061/08, 243/08, 270/08, 026/09, 160/09 y 269/09.

En denuncias formuladas en aquellos casos de solicitud de tareas livianas por parte de los/as trabajadores/as que las requerían de acuerdo a su estado de salud, este instituto ha sostenido en el dictamen N° 015/09, que la empresa denunciada “ha incurrido en una práctica discriminatoria al no arbitrar los medios necesarios para que la denunciante pudiera realizar tareas acordes con su estado de salud o, en su defecto, comunicar debidamente la imposibilidad de otorgarlas. Tampoco informó con certeza a este Instituto sobre las posibilidades materiales que tenía de adjudicarle a la denunciante las tareas livianas solicitadas”. La empresa había despedido a la trabajadora y nunca se había expedido debidamente sobre la asignación de tareas adecuadas con el estado de salud de la denunciada. Este Instituto ya se había expedido en similares términos

en el Dictamen N° 210, en el ámbito público, con relación al pedido de una trabajadora, profesional de la salud (Lic. en Kinesiología y Fisioterapia), contratada por el Ministerio de Salud de la Nación, “la denunciante presentaba a esa fecha “escoliosis” y “displasia de caderas” y se recomendaba “evitar esfuerzos y tareas prolongadas de pie”.

VII.- Discriminación por VIH- SIDA:

En pleno siglo XXI confesamos que esperábamos que denuncias por discriminación a personas viviendo con VIH-SIDA serían ya historia. Pasaron más de 20 años desde aquellos lejanos años 80 en que apareció lo que entonces se llamaba la “peste rosa”, la enfermedad de los haitianos, los usuarios de drogas, los homosexuales, etc. Los que como se refirió al hablar de diversidad sexual y género, se los llamó “grupos de riesgo”, y con este camuflaje políticamente correcto, se los responsabilizó de la pandemia. Atacar las conductas privadas en forma de estereotipos negativos fue una experiencia muy dolorosa para las personas involucradas en aquellos 80, y para registrarlo con la maestría de una gran ensayista norteamericana, Susan Sontag, recomendamos leer su celebre ensayo “El SIDA y sus metáforas”⁴¹ donde registra minuciosamente las metáforas guerreras de la lucha contra el SIDA, que en la práctica y por muchos años, implicaron la lucha contra las personas que vivían con VIH. La ignorancia y la discriminación fueron, en esos años acompañados por un gobierno como el de Ronald Regan, casi una especie de Ku Kux Klan para estas personas⁴².

En el presente rubro⁴³ se reseñarán aquellos dictámenes y antecedentes consultivos formulados por el INADI, en lo que atañe a la discriminación de personas que conviven con VIH/SIDA, en función de los criterios adoptados por ese Instituto a lo largo de las distintas denuncias de los últimos años.

La ley 23.798, que por otra parte es de 1990 y no ha tenido modificaciones sustanciales, declara “*de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar la educación de la población*” (artículo 1º).

Asimismo, dicha norma expresa que “*las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso puedan: a) Afectar la dignidad de la persona, b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación; c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación*”

⁴¹ Ampliando otra muy interesante obra de la autora “El cáncer y sus metáforas”, enfermedad que terminó llevándose de este mundo hace muy pocos años.

⁴² Recomendamos leer la excelente crónica periodístico-política de la enfermedad escrita por Randy Shilts “Y la banda siguió tocando...” un clásico que encontramos en las librerías y nos ilustrará sobre esa época y el SIDA.

⁴³ Agradezco en este rubro el trabajo de la Dra. Gabriela Dragún

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Argentina; e) Individualizar a las personas a través de las fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos deberán llevarse en forma codificada”.

A su vez, el **decreto reglamentario** de la ley citada, n° 1244/91, aclara en el artículo 2º inciso c) de su anexo que *“los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus de VIH, o se halle enferma de sida, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo los supuestos de excepción, que la norma detalla.”*.

También debe destacarse que la normativa reglamentaria establece los casos en los que el principio de prohibición de revelar la información cede, pudiéndose entonces revelar la información: *“1) A la persona infectada enferma, o a su representante si se trata de un incapaz, 2) A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de la persona infectada o enferma; 3) A los entes del sistema nacional de sangre (...); 4) Al director de la institución hospitalaria o servicio de hemoterapia, con relación a las personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando sea necesario para dicha asistencia; 5) A los jueces en virtud del auto judicial dictado por el juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia; 6) A los establecimientos mencionados en (...) la ley de adopción, esta información solo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes; 7) Bajo responsabilidad del médico, a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor”*.

La propia normativa nacional remite a la protección de los derechos humanos involucrados en los casos de VIH/SIDA. Así, la reglamentación de la ley 23.798, mediante el decreto 1244/91, establece que para la aplicación de la ley deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por la ley 23054, así como la ley Antidiscriminatoria 23.592, que es de aplicación por el INADI.

Sobre este deber de confidencialidad, que en algunos puntos la práctica médica actual ha flexibilizado, ya que actualmente persisten aún casos de discriminación, en cierta forma la práctica de la norma carece de la rigidez que tiene en su texto, el INADI ha tomado una postura respecto a la confidencialidad de las denuncias de personas en ciertas situaciones.

La Disposición 13/2010, publicada en el BO el 01/03/2010, ha ordenado un instructivo de privacidad y reserva de identidad en los casos que menciona el artículo 1: *“Las personas que denuncien ser víctimas de un acto discriminatorio tendrán derecho a que su identidad se mantenga en reserva cuando así lo soliciten, durante toda actuación realizada por el INADI. La reserva de identidad deberá ser efectuada de oficio por el organismo para los casos que versen sobre las problemáticas de niños, niñas y adolescentes, víctimas de trata de personas, mujeres víctimas de violencia de género y personas que viven con VIH, de acuerdo con el sentido de la normativa imperante en dichas áreas. La Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación*

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

de Discriminación tendrá por función evaluar y poner a consideración de la Presidencia la posibilidad de ampliar la privacidad y reserva de identidad a otros casos y situaciones no enumeradas en el primer párrafo”.

El artículo 2 establece la forma en que se ponen en práctica: *“En los casos mencionados en el artículo anterior se omitirá mencionar el nombre completo del denunciante en la carátula del expediente, las notificaciones en general y del proveído, dictamen o informe técnico que ponga fin a la causa, a los efectos de preservar su identidad, utilizando en cambio las iniciales de su nombre de pila y apellido”.*

Si bien el INADI debe actuar de oficio cuando surge algunos de los casos mencionados en la norma, cualquier denunciante puede solicitar la aplicación de la disposición, lo que le garantizaría privacidad y evitaría la desincentivación para la presentación de denuncia a estos colectivos.

Respecto a las formas de transmisión del virus VIH hasta el momento sólo se han demostrado y documentado tres formas de transmisión del mismo. Una es la sexual (acto sexual), otra la parenteral (donación de sangre u hemoderivados) y la tercera la vertical (de madre a hijo). El VIH/SIDA no se contagia por medio de besos, sudor, lágrimas o abrazos, o por utilizar los mismos asientos o piletas.

A pesar de lo manifestado anteriormente, las denuncias por discriminación a personas viviendo con VIH, tanto el sistema de salud como en el trabajo siguen existiendo.

En un caso (Expte ME 0660/07) el presentante denuncia que, en el año 2003, estando en actividad en el Ejército Argentino, tomó conocimiento de que era portador asintomático de V.I.H/SIDA y que en el sumario que se le realizó, se determinó por Junta Médica que se encontraba apto para todo servicio. Posteriormente, luego de un cuadro de estrés, el Ejército sustanció una nueva información militar en la que se determinó que padecía un 10% de incapacidad laboral, diagnosticando un supuesto “trastorno de adaptabilidad”. Sin embargo, señala que los profesionales médicos/as y psicólogos/as del Hospital Militar Central habrían certificado que él no poseía ninguna patología en evolución desde el punto de vista psicológico. Luego le habrían informado que pasaría a revistar en situación de retiro obligatorio, notificándose el denunciante en disconformidad.

Con fecha 14/11/2007 se emite el Dictamen Nro. 122/07 en el que se hace mención a la ley 23.798 (reglamentada por el decreto n° 1244) y se señala que el régimen legal es contrario a la realización de tests obligatorios y sin consentimiento, de las medidas de cuarentena y de todo tipo de medida represiva y consultiva, salvo aquellas que sean estrictamente necesarias para la prevención.

Asimismo se aclara que llama la atención de la asesoría jurídica que se le haya diagnosticado un “trastorno adaptativo”, sin explicitar en que consiste el mismo y que de él se derive una disminución de sus aptitudes.

Finalmente se citan distintos fallos judiciales - Korematsu vs. United States (del Tribunal Supremo de los Estados Unidos); Repetto y B.R.E v. Policía Federal (ambos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación)- en los cuales se estableció lo que en doctrina se conoce como “categorías sospechosas”- y es en virtud de ello que en el dictamen se concluye que el denunciante, a partir del diagnóstico de que vivía con VIH, pasó a integrar una categoría sospechosa. Se entiende por “categorías sospechosas”, a aquellos criterios que

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

utilizados para distinguir conllevan una presunción de discriminación que vuelven necesario argumentar fuertemente a su favor para lograr mantener su validez. El INADI consideró que los hechos denunciados constituyen una conducta discriminatoria, encuadrable dentro de las previsiones de la ley 23.592, normas complementarias y concordantes.

Dictamen nº 008/08 (MFN 1352), de fecha 30 de enero de 2008:

En otro caso (Expte. MFN 1352) el denunciante denuncia haber sido discriminado en la empresa de construcción en la cual trabajaba, señalando que el encargado de la obra habría indagado en varias oportunidades acerca de su estado de salud y que le daba recomendaciones sobre como cumplir con sus labores. También le insistía en que debía usar doble par de guantes, sin cortes, ni roturas. El denunciante informa que un día el denunciado le preguntó si tenía VIH/SIDA a lo que el denunciante no respondió y que finalmente fue despedido. Alega el denunciante que el despido se fundó en que convive con VIH/ SIDA y que el denunciado lo consideró un riesgo para su salud.

Con fecha 30/01/2008, se emite el dictamen Nro. 008/08 donde se hace un análisis exhaustivo de la normativa aplicable y se aclara que en el ámbito laboral deben tomarse todas las precauciones de higiene que sean necesarias para evitar la expansión de cualquier infección. Y es por ello que se debe tener el suficiente conocimiento, fundamentalmente, de los cuidados y prevenciones que se deben tomar con respecto a la totalidad de las personas que integran determinado ámbito de trabajo, sin distinciones.

En este caso, el INADI encuentra que no se han producido elementos de prueba que acrediten los hechos denunciados, por lo que no puede considerarse su eventual encuadre en una conducta discriminatoria en los términos de la Ley 23.592 (Ver al inicio sobre el procedimiento en el INADI y la necesidad de la prueba de los hechos)

Dictamen nº 047/09 (ME 4202/07), de fecha 31 de marzo de 2009:

En otro caso en el ámbito de salud, el denunciante manifiesta haber sido discriminado por la empresa de medicina prepaga, la cual al tomar conocimiento de una enfermedad que padecía le retiró la cobertura de manera intempestiva negándose a notificarle por escrito. La propia denunciada sostuvo en sede judicial (en su contestación la Demanda de Daños y Perjuicios) que el denunciante "requiere control de serología para HIV, sin sufrir aparentemente enfermedad alguna previa que permita inducir la existencia del Virus".

El dictamen del INADI (Nro. 047/09 del 31/3/2009) cita la Recomendación General en materia de salud de fecha 29 de agosto de 2008- y se concluye que aún en los casos en los cuales no exista una relación jurídica previa entre las partes, las personas que viven o se encuentran con el riesgo de vivir con una patología no deben ser excluidas al solicitar su ingreso a las empresas o entidades que brindan servicios de medicina

prepaga, a las obras sociales (cuando brindan su cobertura a través de un sistema de adhesión) o a las mutuales.

Así, se encuadra en un acto discriminatorio que las entidades mencionadas seleccionen “a la población que ingresa entre aquellos/as con menores probabilidades de requerir prestaciones costosas”, dado que dicha práctica “indudablemente lleva a una discriminación” contra quienes tienen más probabilidades de requerirlas.

Asimismo se señaló que las entidades que prestan servicios de medicina prepaga están obligadas al cumplimiento de la ley 24.455, la cual establece la obligación de las obras sociales de dar cobertura a los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos a todas las personas que viven con VIH/SIDA y a quienes dependen física o psíquicamente del uso de drogas prohibidas. Se concluye que la denunciada ha realizado un acto discriminatorio. En un dictamen posterior (Expte. ME 1554/08, dictamen Nro. 068/08 de fecha 30/4/2009) se arriba a una conclusión similar.

Recomendación General nº 5 contra la discriminación en el ámbito de la salud.

La Recomendación General nº 5 en materia de salud, de fecha 29/08/2008, abarca distintas cuestiones atinentes a la salud, y en lo que respecta a este acápite, se tomarán de la misma los fragmentos que conciernen al VIH/SIDA.

Esta Recomendación, particularmente para VIH/SIDA aclara que la ley 24.455 establece las prestaciones obligatorias para beneficiarios/as de las Obras Sociales recipiendarias del Fondo de Redistribución de la ley 23.661, que vivan con VIH o dependan del uso de drogas prohibidas, y que conforme a la ley 24.754 relativa a prestación de servicios de Medicina Prepaga, éstas también se encuentran obligadas al cumplimiento de la ley 24.455, la cual establece que las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional incluidas en la ley 23.661 (Sistema Nacional del Seguro de Salud) están obligadas a brindarles cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos.

No obstante este reconocimiento de sus derechos, las personas afectadas frecuentemente quedan sometidas a gestiones desgastantes e innecesarias para obtener la asistencia médica requerida en dicho sector (“B., L.E. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires”, Cámara Cont. Admin. y Tribut. de la C.A.B.A., Sala 1º, 27 de agosto de 2004, publicado en J.A. 2005-XIII-759) y conllevan a una revictimización, dada la violencia institucional.

Sobre esta temática y por razones de espacio, omitimos la enorme cantidad de jurisprudencia que existe sobre la misma, ya que es de acceso conocido y ha sido dictada en su mayoría en los años 90, aunque la misma ha ido ampliándose hacia fin de siglo en temáticas como daños y perjuicios en sede laboral, daños por diagnóstico erróneos, contagios de HIV, negativas de cobertura del sistema de salud, etc., que los dictámenes y la Recomendación general del INADI receptan perfectamente.

VIII.- Matrimonio Igualitario:

Aunque esta temática pueda ser incluida dentro de la diversidad sexual o el género, merece un capítulo aparte la lucha que la Federación GLBTT comenzó en 2008/9 y finalizó en el año 2010 con la modificación de varios artículos del Código Civil de la Nación mediante la ley 26.618, particularmente el artículo 172, que incluyó el llamado matrimonio igualitario en estos términos: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”*.

Dos líneas distintas de proyectos se debatieron durante varios meses del año 2010: Uno era el presentado originalmente por la Comunidad Homosexual Argentina, que se fundaba en el concepto de Unión Civil, como en la ciudad de Buenos Aires, aunque con algunas modificaciones. El segundo proyecto, que presentó ya en 2009 acompañado por quién era en ese momento la presidenta del INADI la Dra. María José Lubertino y que sostuvo, debatió mediáticamente y luchó en el Congreso nacional la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT <http://www.lgbt.org.ar/home.php>), en ese momento presidida por la activista María Rachid⁴⁴, era el proyecto de matrimonio Igualitario bajo el slogan de “Los mismos derechos, con los mismos nombres”. Finalmente este fue el proyecto que triunfó en el recinto de la Cámara de Senadores, con una mayoría inesperada incluso para la misma sociedad civil, y se convirtió en la ley 26.618.

Previo al debate en el Congreso y desde el INADI, el equipo jurídico de la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación de Discriminación con el acompañamiento de la sociedad civil, elaboró un informe técnico, donde el INADI tomaba postura contra el proyecto de Unión Civil que los senadores elaboraron como alternativa al tratamiento del proyecto de Ley de sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo, que finalmente se convirtió en el Informe Técnico en el expediente CD-13/10 de fecha 12/7/2010 que se presentó en el Senado de la Nación.⁴⁵

El INADI intervino de oficio para evaluar los términos del Dictamen realizado en la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación, emitido con fecha 06/07/2010 (Exp. CD-13/10), en relación a la potencial omisión de tratamiento del proyecto de ley sobre “Matrimonio Igualitario” (que propone la modificación de artículos del Código Civil respecto a incluir el acceso al matrimonio de parejas conformadas por personas del mismo sexo) y la consideración de tratamiento del proyecto de “Ley de Unión Civil” (que recoge cinco proyectos).

⁴⁴ María Rachid ha sido recientemente designada por la presidencia de la Nación mediante decreto 2040/10 (BO 22/12/2010) como nueva vicepresidenta del INADI por un periodo de cuatro años.

⁴⁵ Este proyecto también fue sostenido por el actual presidente del INADI Don Claudio Morgado.

El Informe Técnico se presentó completo y se realizó del mismo un resumen, cuyo contenido es el siguiente:

Argumentos principales que apoyan el matrimonio de parejas del mismo sexo expuestos en el informe técnico:

A) Derecho a la Igualdad y a la no discriminación: El principio de igualdad, y su contrapartida, el derecho a la no discriminación, se encuentran consagrados tanto en Nuestra Constitución Nacional (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23) como en numerosos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía.

B) La ley no define matrimonio: el derecho de toda persona a contraer matrimonio se encuentra íntegramente reconocido en el Bloque de Constitucionalidad Federal, sin distinción de ninguna clase, tanto para varones como para mujeres. Ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales de igual jerarquía, existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre con una mujer; tampoco se contempla expresa o implícitamente una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo tanto, el reconocimiento normativo es claro, respecto de que no estipula la necesidad de diversidad de sexo para la goce del derecho humano a contraer matrimonio.

C) Derecho a decidir sobre las acciones privadas de las personas: Existe un límite constitucionalmente infranqueable al momento de regular el ejercicio de un derecho y se estructura en torno al principio de autonomía de la persona, consagrada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como al principio de razonabilidad, también de raigambre constitucional.

D) Afectación del derecho a elegir: La exclusión de las parejas conformadas por personas de un mismo sexo de la posibilidad de acceder a la institución civil del matrimonio, que se otorga a las parejas conformadas por personas de distintos sexos, constituye un caso de discriminación prohibido por el estado de derecho constitucional argentino. Las parejas heterosexuales pueden elegir entre formalizar su vínculo o no hacerlo; esto es, optar entre contraer matrimonio o no hacerlo. En cambio, las parejas conformadas por personas de lesbianas, gays, bisexuales o trans, por el hecho de estar integradas por personas de idéntico sexo, solo pueden unirse de hecho; o sea, no pueden elegir porque no tienen opción.

E) Trato discriminatorio: En caso de perdurar el régimen civil vigente respecto al matrimonio, toda pretensión de designar a las uniones de personas del mismo sexo con otro nombre que no sea “matrimonio” –aunque con los mismos derechos y deberes, que no es tampoco el caso de este proyecto de “unión civil”– importaría introducir un inadmisibles trato discriminatorio por parte del legislador.

Observaciones principales al proyecto de “Unión Civil” que presentaba el Senado:

A) El artículo 16.- (...) Inc. 11.- y 12: Institucionaliza una distinción discriminatoria en perjuicio de las personas unidas civilmente, asignándoles un estatus jurídico inferior respecto a las parejas matrimoniales o parejas de

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

hecho heterosexuales en cuanto a los beneficios previsionales y de salud sobre la base de la existencia de un convenio.

El aporte al sistema no depende de convenio de partes, sino que es obligatorio por ley. No puede sujetarse legalmente a convenio de partes alguno según el derecho actual. Actualmente dicho convenio sería ilegal. Los principales perjudicados por esta propuesta serían los niños/as hijos/as de cualquier integrante de la pareja así como la pareja conviviente.

Actualmente el sistema de obras sociales reconoce el derecho de afiliación a parejas del mismo sexo, como convivientes, y el ANSES acepta la afiliación de la pareja del mismo sexo mediante resolución. El proyecto retrocede sobre derechos ya adquiridos contrariando los tratados internacionales y generando responsabilidad legal nacional e internacional del estado Argentino.

B) El artículo 17: Rechaza la co-adopción de hijos/as en el caso de parejas de personas del mismo sexo y no admite los procesos de fecundación in vitro respecto de parejas de personas del mismo sexo, en cualquiera de sus modalidades. Existen en el país miles de familias constituidas por parejas de personas del mismo sexo, muchas de las cuales crían a hijos/as adoptados/as por uno de sus miembros o nacidos/as biológicamente mediante técnicas de reproducción asistida. La falta de reconocimiento legal conlleva a que en el caso de que los padres o madres biológicas o adoptantes fallecieran, los niños y niñas quedan en situación de orfandad ya que los/as otros/as padres o madres no son reconocido/as por la ley, por lo cual la justicia podría entregarlos/as a otro familiar o a una nueva familia, lo cual podría implicar una doble pérdida, tanto la de su pareja como las de sus propios/as hijos/as, a quienes criaron, protegieron y amaron. Ello, también conllevaría a que los/as niños/as puedan perder, al mismo tiempo, a ambos/as padres y madres que los/as criaron. Ello generaría responsabilidad del estado sobre situación de hecho actualmente no prohibidas y por ende, permitidas según la Constitución Nacional.

C) El artículo 24.- La objeción de conciencia propuesta resulta no solo altamente perjudicial, sino lisa y llanamente ilegal, ya que implica una autorización legislativa para incumplir con la ley vigente, lo que resulta contradictorio con los principios federales y por otra parte implica una desvirtuación de la figura de la “objeción de conciencia”. No es posible, además, permitir a los/as objetores/as de conciencia su práctica, en tanto podrían incurrir en una violación a la ley de ética de la función pública, e incluso su conducta podría llegar a constituir el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público. La objeción de conciencia que propone el proyecto constituye una autorización ilegal para que los funcionarios incumplan con la ley.

La conclusión a la que arriba el informe es que la aprobación del texto examinado sobre la propuesta de Unión Civil, en los términos señalados, no resulta compatible con la ley N° 23.592 y las normas de rango constitucional y supranacional enunciadas precedentemente.

La iniciativa del presente proyecto de “Ley de Unión Civil” y el rechazo del proyecto de ley sobre “Matrimonio Igualitario” impide el acceso de parejas de personas del mismo sexo al derecho civil del matrimonio, lo cual resulta palmariamente discriminatorio; asimismo, desconoce la preexistencia de las familias

homoparentales en la realidad social, las cuales no constituyen un nuevo tipo de familia, sino que existen desde siempre, más o menos invisibilizadas socialmente.

Por todo ello, el INADI concluye que, el proyecto de “Ley de Unión Civil” y el rechazo del proyecto de ley sobre “Matrimonio Igualitario” hace incurrir al Estado Argentino en un acto de discriminación formal en virtud de los articulados aquí señalados como contrarios a la Constitución Nacional, el PIDESC y otros tratados de igual jerarquía, la ley 23.592, y normas concordantes y complementarias; que además constituye un incumplimiento de los tratados internacionales suscriptos por el Estado generando la responsabilidad legal del mismo ante el derecho internacional en el marco de la pacífica doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la nación; y se genera una violación continua de un derecho humano, en detrimento de un conjunto de personas únicamente en virtud de su orientación sexual, cuestión que debería ser completamente indiferente en lo atinente al pleno goce de los derechos humanos.

Esta última parte del Informe fué de particular importancia ya que advierte seriamente sobre la responsabilidad legal en que recaería el Estado Argentino incumpliendo con los compromisos internacionales suscriptos a la fecha.

Desde la óptica de la universidad, este enriquecedor debate mediático, jurídico y social que el proyecto de matrimonio igualitario produjo nos permite tomar conciencia de la génesis de muchos de los preconceptos en los que vivimos cotidianamente. Aunque el Código civil no define el concepto de “familia” ni el de “matrimonio”, seguimos enseñando en los claustros de la universidad que familia, hoy en día, es solo la unión heterosexual y que el matrimonio tiene como finalidad única tener hijos y solo entonces aparece el concepto de familia, porque ha sido lo han dicho los autores de toda la vida. Ni siquiera, desde lo jurídico, una unión heterosexual, sin hijos, pareciera no ser familia. Los libros clásicos, salvo honrosas excepciones, con los que se estudia derecho civil, mantienen este esquema, construido desde la doctrina jurídica más conservadora, ajena a la realidad de la vida cotidiana. Preguntarse si el derecho civil de los autores que lo escribieron hace décadas responde a la realidad de hoy (incluso si respondía a la realidad de ayer) en materia de familia, es habilitar la pregunta, que es mucho mas interesante que cerrar las respuestas posibles. Creemos que el debate social que produjo estos cambios al código civil, incluso en aquellos/as que llegaron a la discusión desde la ira o el enojo o el desacuerdo fundado, es tremendamente estimulante para las nuevas generaciones no solo de alumnos/as, sino también de docentes, juristas y colegas. Y es muy bueno para la Universidad. El discurso legal como el médico, son discursos de Verdad y Poder en términos de Michel Foucault. Simplemente cuestionarlo es ponerlo a prueba y ponernos a nosotros a prueba sobre nuestras convicciones. Este es el rol que con toda humildad creemos que la Academia, o sea la Universidad, no debe abandonar jamás.

IX.- Discriminación contra el derecho a la libertad de expresión:

El INADI ha emitido varios dictámenes sobre discriminación contra al derecho a la libertad de expresión. En los últimos años el crecimiento de los blogs o sitios informáticos que se construyen con el objeto de realizar actos discriminatorios (por ejemplo, lo que incitan a agredir o directamente lo hacen a personas de ciertas colectividades o nacionales o los que se construyen para agredir o insultar a una persona en particular) han obligado a repensar el derecho a la libre expresión, en el sentido del conflicto que se suscita entre regular o no regular, justamente una modalidad de expresión como es la web. En estos días el caso Wikileaks ha llevado esta discusión a un terreno nuevo, donde se alzan voces en todos el mundo tanto por la protección de la libertad de expresión aun en casos como los de los secretos de estado y quienes aprovechan esta disyuntiva para intentar regular y controlar un campo de la información que aún no se sujetaba a los canones establecidos.

Debido a la gran cantidad de denuncias que el INADI recibió durante 2010, la primera respuesta a ello fue un documento dirigido a las áreas de atención al público y la línea 0800 en la que se instruía sobre el modo de abordaje de estas denuncias.

Atención de solicitudes de intervención por agresiones en Internet:

Modalidades de agresión en Internet

Las solicitudes de atención por actos de agresión a personas o grupos en Internet se encuadran, a grandes rasgos, en dos modalidades: acoso y discriminación.

Hay discriminación cuando se impide, obstruye, restringe o se menoscaba de algún modo el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución nacional por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

El acoso en Internet o “ciberacoso” se define como el uso de información electrónica y medios de comunicación (correo electrónico, redes sociales, blogs, mensajería instantánea, mensajes de texto, teléfonos móviles, y sitios Web) con fines difamatorios, amenazantes, degradantes o agresivos, para acosar, intimidar, amedrentar o humillar a un individuo o grupo, mediante ataques personales u otros realizados de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado. El Inadi, como decíamos, tiene como objetivo elaborar e implementar políticas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, impulsando y llevando a cabo acciones a tal fin.

El acoso, cuando no se produce mediante procedimientos discriminatorios, no pertenece al área de incumbencia del INADI. Por este motivo, las consultas por discriminación debían ser atendidas por el Instituto, mientras que las consultas por acoso eran derivadas a los organismos pertinentes. Por ejemplo, en los casos en el que el acoso está vinculado con el ambiente de trabajo, la entidad de referencia es la Oficina de Asesoramiento en Violencia Laboral del Ministerio de Trabajo de la Nación.

A su vez, tanto en los casos de acoso como en los de discriminación, las consultas recibidas refieren a actos de distintos grados de gravedad. Por ejemplo, entre las referencias a actos de discriminación se pueden encontrar desde grupos de Facebook u otras presentaciones similares organizados para intentar evitar besos entre dos personajes de ficción, hasta la solicitud, a través de la versión digital de un diario regional, de la instauración de pena de muerte para los homosexuales.

Otro criterio que distingue la modalidad de abordaje de la consulta es el hecho de que o bien sea la misma persona que consulta la agraviada o bien que esa persona pertenezca al grupo agraviado. Dado que la condición de agraviado o de integrante de un grupo agraviado es requisito para la eventual presentación de una denuncia, esta condición se considera al momento dar respuesta a la consulta.

De acuerdo a la gravedad del caso y a la condición o no de agraviada de la persona que realiza la consulta, se puede distinguir entre dos tipos de respuesta:

- Aclaración acerca de las incumbencias y posibilidades de acción del INADI acompañada de recomendaciones generales en relación al tipo de agresión referida, y
- Invitación a concurrir personalmente al INADI para recibir asesoramiento y eventualmente iniciar las acciones que se evalúen pertinentes.

De modo que en la atención a solicitudes por casos de agresión en Internet se distinguen modalidades alternativas de respuesta inmediata, según se trate de casos de acoso o discriminación y la consulta amerite o no una atención personal.

Origen de las agresiones

Del análisis de las demandas de atención recibidas resulta que los casos de agresión se pueden agrupar según su origen en cuatro grandes categorías: agresiones realizadas en Facebook, en redes sociales propiedad de Google, en sitios web registrados en el país y en sitios web registrados en el extranjero.

En cada caso, la modalidad de abordaje recomendada varía si se trata de acoso o discriminación y si es posible o no la identificación de los autores de la agresión, y, en el caso de sitios Web individuales, si es posible o no la identificación de los responsables del sitio.

Más tarde, y debido a la mediatización de muchos de estos casos de discriminación xenofóbica y racista y que se reciben un promedio de 45 denuncias por semana de este tema, el INADI fortalece la respuesta a la sociedad y se anuncia la creación de una "Plataforma por una Internet Libre de Discriminación" (ver www.inadi.gob.ar), una iniciativa que tiene el objetivo de preservar el ámbito de Internet de cualquier tipo de manifestación de violencia discriminatoria que afecte los derechos de grupos, comunidades o personas. Para tal fin, se desarrolló el sitio internet.inadi.gob.ar en el que está disponible toda la información y se explican las modalidades de denuncia. Según se informa dicha plataforma tendrá como objetivo preservar el ámbito de

Internet de cualquier tipo de manifestación de violencia discriminatoria que afecte los derechos de grupos, comunidades o personas y en ella se hace especial referencia a las denuncias y ataques a niños, niñas y adolescentes.

Casuística:

Volviendo el tema del derecho a la libertad de expresión en general, que surge de la Constitución nacional en los artículos 14, 19 y 32 el INADI emitió en el periodo que se analiza varios dictámenes.

En un caso⁴⁶ la denuncia fue dirigida contra un medio de prensa gráfica y una periodista y a la fuente citada, en razón de una nota periodística que advertía sobre una "logia" de migrantes de origen africano dedicados a la venta de joyas, destacando que se "sospecha con certeza" su carácter de narcotraficantes.

La nota incluía amplias generalizaciones con escuetas referencias a una única fuente de información (un Licenciado en Seguridad) y el uso del tiempo de verbo potencial era insuficiente (con la consecuencia necesaria de la confusión entre aquello que se había probado y aquello que meramente se suponía).

El INADI advirtió sobre un posible trasfondo o repercusión xenófoba de la mención de datos sobre inmigración en relación con la comisión de delitos. La nota titulada "Dealers Africanos" vinculaba estrechamente a las personas afrodescendientes que viven en Argentina con vendedores/as de drogas, generando un prejuicio generalizado sobre las personas afrodescendientes como vendedores/as de estupefacientes, vinculando fotografías de estas personas con manifestaciones notoriamente estigmatizantes. El resultado era claramente la asociación de *todos los/as vendedores/as ambulantes africanos/as* con supuestos/as traficantes de estupefacientes. El tono era peyorativo respecto de algunos elementos de su identidad como la lengua.

El dictamen trabaja sobre la experiencia particular de las personas migrantes en términos de desigualdades y asimetrías en los niveles de desarrollo y la vulneración de derechos (discriminación, marginación y xenofobia en el nuevo contexto donde viven). La nota analizada reconoció que se trataba de migrantes económicos que se dedican a la venta ambulante, muchos de los cuales podían encontrarse en situación de calle.

Se advirtió en el dictamen sobre la creación de estereotipos a través de las manifestaciones estigmatizantes y la incitación al accionar prejuicioso que consiste en identificar a los miembros de una comunidad con la comisión de un delito. Se destacó que estos prejuicios y accionar suelen derivar en afectación de derechos concretos, según se ha relevado el documento titulado "Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación" en el cual se concluyó que entre las formas habituales de discriminación hacia migrantes se encuentra "la creciente sensación de inseguridad [que] afecta negativamente a los migrantes, [quienes] son detenidos de manera arbitraria por la policía, amparándose en [figuras contravencionales], por [...]portación de

⁴⁶ Expediente ME Nrr. 3383/08

rostro". En todos lados se registró un recrudescimiento de los allanamientos y ocupaciones en áreas donde residen los migrantes⁴⁷.

Se destacó la importancia fundamental de abordar con responsabilidad la difusión de noticias, atendiendo particularmente a la posible creación o reproducción de prejuicios que pueden impactar de modo concreto en los derechos fundamentales de las personas, y se aludió puntualmente a normas de ética del periodismo.

El informe alerta sobre la percepción de la opinión pública, así como la autopercepción de grupo. En este sentido, el dictamen cita al Dr. Raul Zaffaroni quien ha señalado la necesidad de ofrecer la posibilidad de que las personas modifiquen su autopercepción: *"Es un tratamiento o terapéutica de la vulnerabilidad. No están en la cárcel todos los que cometen delitos sino los que son vulnerables al poder punitivo. Y la vulnerabilidad al poder punitivo la marca el estereotipo y sobre todo la introyección del estereotipo"*⁴⁸.

Si bien es indubitable la amplia protección que el derecho nacional e internacional otorgan a la libertad de expresión, debe valorarse en la misma medida la prohibición de discriminación, ya que ambos derechos fundamentales pueden entrar en colisión en atención a su necesario carácter relativo. En el informe se recomendó al denunciante que, como miembro del colectivo de personas afrodescendientes, solicitara un espacio de rectificación o respuesta, derecho previsto en el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el entendimiento de que ofrecería una reparación y complementaría, antes que restringir indebidamente, el derecho de libertad de expresión. Así, se entendió que la respuesta establecería, en este caso, el equilibrio alterado entre estos derechos en conflicto, garantizando también el derecho a la información, en la dimensión social del derecho a la libertad de expresión.

Por último, también en el marco del Artículo 4 de la ley N° 24.515, se recomendó al medio de prensa que procurara, en el futuro, acordar a la información publicada un tratamiento y presentación cuidadosos respecto de la posible reproducción o creación de prejuicios discriminatorios.

En otro caso, en el Expte. N° 5661/08 se originó en una consulta formulada al INADI por la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de la ciudad de La Plata, que a través del Consejo Deliberante debía decidir si declaraba de interés municipal un libro denominado "Vida Espiritual Intrauterina"⁴⁹ que dio lugar a un informe.

El análisis del INADI objetó el tratamiento de la mujer que presenta el libro, en tanto éste deslinda roles sexualizados (femenino/masculino), en los términos que siguen: 1° hija; 2° esposa; 3° madre; 4° ayuda idónea para el esposo ("*vaso más frágil*"); 5° educadora coheredera de la gracia de la vida.

El análisis también se detuvo en el tratamiento acordado en la obra a las personas homosexuales, bajo un capítulo denominado "Crisis de la sexualidad" con el título "Desviaciones". Al respecto, plantea el autor de la obra que la homosexualidad no consiste en una enfermedad o desequilibrio hormonal, sino que se la

⁴⁷ Plan Nacional contra la Discriminación, pág. 142.

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio R., "Nuestra Justicia no es rápida nunca", Clarín Jueves 3 de abril de 2008; citado en la Recomendación General n° 3 en materia de discriminación a consumidores/as de drogas prohibidas.

⁴⁹ Graciosi, Héctor, Vida Espiritual Intrauterina. La vida emocionante de un bebé en gestación", 1° Edición – Buenos Aires: Los Elegidos, 2008.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

considera una perversión y se denuncia como pecado, y que en la mayoría de los casos se trata de una posesión demoníaca. En el título denominado “Perspectivas de cambio”, se considera cuáles son las posibilidades de que la “persona afectada” por estos daños pueda modificar conductas tan “aberrantes”.

El informe partió del reconocimiento de que las opiniones en general, religiosas o no, se encuentran protegidas por la libertad de expresión consagrada en los artículos 14, 19 y 32 de la Constitución Nacional y tratados internacionales de jerarquía constitucional. Asimismo, destacó que estas expresiones en particular se encontraban atravesadas por otra libertad fundamental como la libertad religiosa, la cual comprende a las creencias teístas y no teístas.

Ajustándose al objeto de la solicitud que lo originó, el Informe no se pronuncia sobre la legalidad/ilegalidad de las expresiones en sí mismas sino que afirma la inviabilidad de su declaración como obra “de interés” a la luz de la legislación vigente sobre discriminación, la política nacional sobre la materia y de los objetivos que orientan la actividad del INADI.

Respecto de la perspectiva de género, se expuso que la política nacional contra la discriminación –en forma coherente con los compromisos asumidos por la República Argentina en sede internacional- persigue la erradicación de estereotipos que sitúan a la mujer en una situación inferior o “débil”, con un rol reservado a la maternidad o a la esfera doméstica, con el propósito último de lograr la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres y prevenir situaciones de violencia y discriminación contra las mujeres. Respecto de la homosexualidad/identidad de género, se advierte en el informe sobre la homofobia cultural y la invisibilización de estos colectivos; en particular advirtió el informe, con cita al documento titulado “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”, sobre “sofisticados dispositivos de discriminación que tienden a la negación de la existencia de estas orientaciones sexuales e identidades de género, invisibilizando un número importante de situaciones y obligando a las personas a ocultar sus preferencias sexuales para no sufrir graves consecuencias familiares, sociales, económicas, políticas, etc.”.

En el año 2009 se trató otro caso que resultó emblemático en el INADI. En el expediente ME N° 5851/09 que fue iniciado de oficio por el INADI al tomar conocimiento de la existencia de una página de Internet correspondiente al dominio www.historiaverdadera.com.ar, cuyo contenido principal es la reivindicación del régimen nazi instaurado en Alemania durante los años 1933-1945, de la figura de su líder Adolf Hitler y otros/as responsables de dicho régimen; como así también un énfasis negacionista sobre los actos cometidos por los/as mismos/as (holocausto, campos de concentración, cámaras de gas, racismo, etc.); la presencia en sus contenidos de la cruz esvástica y el águila imperial, simbología utilizada y característica del mentado sistema totalitario; etc.

El dictamen entendió que el sitio web hacía expresa y libre ostentación del contenido discriminatorio, xenófobo y racista característico del régimen nacionalsocialista alemán, sin reparo ni pretensión de ocultar su sentido e intencionalidad. Estas expresiones resultan agraviantes desde la perspectiva de los derechos humanos más elementales consagrados en el orden jurídico nacional e internacional.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El dictamen desarrolla en primer término la normativa internacional en la materia, incluido el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el art. 20, inciso 2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 13, inc. 5º de la Convención Americana que comprometen a los Estados signatarios a prohibir legalmente toda actividad que implique apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar.

En este punto la ley 23.592 en artículo 3º establece expresamente que: *“Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”*.

El dictamen consideró que la conducta desplegada por el sitio web bajo análisis, objetiva y subjetivamente configurarían el tipo penal señalado, al hacer libre y discrecionalmente expresa propaganda basada *“en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”*, lo cual tendría el propósito de alentar o iniciar *“a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”*.

El informe analiza la responsabilidad del organismo administrativo Nic.ar como entidad oficial registrante de los dominios “.com.ar” (al menos en ese momento), así como el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto del cual depende el primero, proponiendo que estos resultan competentes para proceder a revocar el dominio del sitio web bajo análisis y tienen el deber de intervenir. De tal forma, cabe afirmar que la CSJN no distingue en función de la sede estatal que debe de llevar adelante las medidas tendientes a *“desalentar y contrarrestar el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso...”*, sino que más bien atribuye dicha responsabilidad y deber al Estado en su conjunto. Por lo cual, cada órgano del Estado, sea éste administrativo o judicial, tiene el deber de velar porque conductas semejantes no sean promovidas, alentadas ni difundidas por quienes pretendan reivindicar y/o reinstaurar políticas y doctrinas basadas en la discriminación y la intolerancia.

El dictamen afirma que *“La invocada competencia de la entidad registradora encuentra sustento normativo en sus “Reglas de Registro” (cf. Resolución Ministerial Nº 2226/2000, publicada en el Boletín Oficial del 29 de agosto de 2000). En particular, la Regla Nº 13 establece expresamente que “El registrante, y/o el solicitante en caso de tratarse de personas distintas, deben declarar bajo juramento que el registro del nombre de dominio solicitado no se realiza con ningún propósito ilegal ni viola ninguna legislación, y que todos los datos suministrados son verdaderos, no habiendo ocultado u omitido ninguna información que NIC Argentina podría haber considerado esencial para su decisión de aceptar la solicitud del nombre de dominio. Asimismo, el registrante, y/o solicitante, se obligan a comunicar inmediatamente a NIC Argentina cualquier modificación de los datos que se produzca. El incumplimiento de la presente regla faculta a NIC Argentina a rechazar la solicitud o proceder a dar inmediata baja al nombre de dominio registrado”*.

X.- Discriminación en razón de discapacidad:

En el año 2001 –con posterioridad al último censo que fuera realizado en nuestro país se llevó a cabo la Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad –ENDI–, la cual se desarrolló en dos etapas⁵⁰: En una primera etapa se incluyó una pregunta cuyo fin era detectar hogares en los que la composición familiar tuviera al menos una persona con discapacidad (PCD). Del análisis de estos datos, surge que en una proporción mayor al veinte por ciento de los hogares encuestados, uno de sus miembros tiene una discapacidad. En una segunda etapa –entre los meses de noviembre de 2002 y el primer semestre de 2003– se realizó un relevamiento en las principales localidades del país. Si bien los resultados son parciales, nos permiten inferir una serie de conclusiones al respecto: el 7% de nuestra población, más de dos millones de personas, tiene una discapacidad.

Respecto al reciente Censo del año 2010, a diferencia de etapas precensales anteriores, en oportunidad de la preparación de la ronda de los Censos 2010, la Revisión 2 del Manual de Principios y Recomendaciones Internacionales para Censos de Población y Viviendas de las Naciones Unidas, incluyó por primera vez específicamente, la medición de la discapacidad en los Censos y Encuestas nacionales como uno de los tópicos prioritarios. Allí se sugiere que la variable para medir la discapacidad en los Censos sea la “condición de discapacidad”. En consecuencia, resultó fundamental elaborar una definición clara y precisa de discapacidad, que permitiera identificar personas con limitación en la actividad. Con el propósito de contar con un punto común de referencia y un vocabulario compartido, se utilizó como marco conceptual la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

Dicho clasificador establece cuatro dominios fundamentales para determinar la condición de discapacidad que pueden ser relevados en un Censo, y que son los apropiados para la comparación internacional: caminar, ver, oír y la dimensión cognitiva. Dice además que “de ser posible y de existir espacio en el cuestionario censal, se sugiere también incluir las dimensiones referidas a la movilidad de los miembros superiores, el cuidado personal y la comunicación. Se descarta la medición del funcionamiento psicológico por la dificultad de captación y por su alto nivel de estigmatización para la población”.

A partir de estos lineamientos, el Grupo de Washington (GW) propone la siguiente batería de preguntas que se utilizaron para el censo mencionado:

1. ¿Tiene dificultad para ver, aún si usa anteojos?
2. ¿Tiene dificultad para oír, aún si usa audífono?
3. ¿Tiene dificultad para caminar o subir escalones?
4. ¿Tiene dificultad para recordar o concentrarse?
5. ¿Tiene dificultad con su cuidado personal, como lavarse o vestirse?

⁵⁰ Fuente Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –INDEC–.

6. Debido a un problema físico, mental o emocional, ¿tiene alguna dificultad para comunicarse, por ejemplo entender lo que otros dicen o hacerse entender por otros?.

Las categorías de respuesta propuestas para cada dominio son: a) No puede realizar esa actividad; b) Sí, bastante dificultad; c) Sí, alguna dificultad; d) No, ninguna dificultad; e) No sabe/ No contesta.⁵¹

Volviendo a la temática de este rubro, habitualmente cuando nos referimos a la palabra “Discriminación”, como se dijo, aparece como primer modo de abordaje legal la ley 23.592.⁵² Esta ley es del año 1988 y define en forma bastante elíptica y descriptiva que constituye acto discriminatorio, pero pese a que han pasado 22 años desde su promulgación, no ha tenido ninguna modificación o actualización posterior. En esa época, al menos en nuestro país, muchos actos discriminatorios basados en, por ejemplo, orientación sexual (la ley nunca la consideró, sino solo el sexo), el género, el mobbing, o el tema que nos ocupa en este acápite, la discapacidad (aunque hoy se utiliza de la ley el eufemismo “caracteres físicos” para este punto), no eran considerados por la doctrina judicial como actos discriminatorios. En estos últimos años varios instrumentos internacionales han generado normas de aplicación a los casos en que la causa de discriminación es la discapacidad.

En el INADI, tanto en el año 2009 como el 2010, la mayor cantidad de llamados telefónicos al 0800 del Instituto han sido por denuncias de discriminación por causa de discapacidad. Las consultas más significativas que se recibieron durante el año 2009 entre correos electrónicos y llamados referidos a temas de discriminación fueron⁵³:

Discapacidad: 1080

Diversidad. Sexual: 284

Salud: 284

Étnico: 284

Etario: 252

Migrantes: 238

En Julio de 2010, las denuncias por discriminación en razón de discapacidad implicaban el 22% del total a las que debemos sumar, por algún punto de contacto, otro 4% se deben a discriminación por aspecto físico. Sin embargo, en todos estos años (hasta 2009) no se logró consenso para actualizar la ley antidiscriminatoria a

⁵¹ Fuente: Primer Informe País de la Convención de Los Derechos de las Personas con Discapacidad correspondiente al año 2010. Puede consultarse integro en: www.conadis.gov.ar

⁵² Para ampliar sobre este tema puede consultarse: Rosales, Pablo Oscar, “Discriminación en razón de la discapacidad: las convenciones internacionales de discapacidad y su aplicación como herramienta interpretativa del derecho interno”. Del Numero especial “Discriminación”, Abeledo Perrot, 28/7/2010.

⁵³ Fuente: Informes de la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en situación de Discriminación del INADI de 2009 y 2010

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

los tiempos actuales ni tampoco el INADI dedicó en este periodo, políticas o programas adecuadas para el tratamiento de casi un 25% de las denuncias recibidas por este rubro.

Argentina es uno de los países de Latinoamérica que mas herramientas legales tiene vigentes (y muchas desde hace treinta años) sobre discapacidad, locales y de derecho internacional (desde 2000 en el ámbito internacional, comenzando por la Convención de la OEA), aunque todavía subsista como en la mayoría de dichos países, una gran discrepancia entre la cantidad de normas legales y su nivel de cumplimiento. Esta es incluso la conclusión del Plan Nacional contra la Discriminación, plasmada por el Decreto 1086/2005.

Uno de los principales problemas en esta temática es la situación de invisibilidad de las personas con discapacidad (PCD) y de sus derechos, pero sin embargo, cuando se trata de actos de discriminación esta invisibilidad se vuelve muy visible. De las denuncias que recibió el INADI, como se dijo, la mayoría de ellas tienen por denunciantes o protagonistas a personas con discapacidad y/o su grupo familiar. Temas como incumplimientos en la entrega de los pasajes gratuitos de ómnibus a PCD y su grupo familiar, denuncias de incumplimiento del cupo laboral, conflictos en las escuelas (principalmente con niños/as con TGD o de rechazo de la integración, negativa a otorgar a PCD seguros de vida o a celebrar contratos de mutuos (personas ciegas), etc. son muy habituales, y muchos de ellos tienen su fuente en la percepción negativa que en algunos casos surge de las PCD como trabajadores, como educandos, como consumidores, etc. Incluso la conceptualización que surge de la exégesis del artículo 12 de la CIDPCD respecto a que las PCD tienen derecho a la asunción de sus propios riesgos, en el marco del nuevo paradigma social de la discapacidad, que se sustenta en el reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad amplia de las PCD. De estas, el INADI tuvo varios dictámenes en el año 2010-

Dos son los principales instrumentos internacionales que Argentina suscribió en los últimos diez años específicamente sobre discapacidad serán, desde este punto de vista, presentados brevemente en esta nota.

En primer lugar, la "Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscripta en Guatemala el 8 de Junio de 1999 y que es receptada en el derecho interno argentino por la ley 25.280 promulgada el 31 de Julio de 2000. Esta primera convención regional del sistema de la O.E.A. en su totalidad, refiere a situaciones de discriminación a PCD, definiéndola en su artículo 1, inciso 2, "a":

"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".⁵⁴

La definición es sustancialmente diferente a la de la Convención Internacional que se verá mas adelante, pero resulta una herramienta complementaria por su amplitud a lo normado por esta. Es menos precisa, pero en los países, como Argentina, que han suscripto ambas convenciones, resultará de utilidad complementar la casuística de la Convención Internacional con la amplitud de la Interamericana para todas aquellas cuestiones no expresamente incluidas en aquella, pero que puedan ser subsumidas por el concepto "discriminación".

El capítulo III⁵⁵ de la Convención Interamericana describe las formas en que los estados partes deberán cumplir con este objetivo, la que no serán desarrolladas en esta nota por razón de espacio, pero además porque muchas de ellas aparecen subsumidas en la CIDPCD.

⁵⁴ En el inciso "b" del mismo artículo define lo que no constituye discriminación por este motivo: "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". Quedan fuera las llamadas acciones o medidas de acción positiva y la controvertida (actualmente) para final del artículo, ya que la misma encuentra un incongruencia con el artículo 12 de la CIDPCD que reconoce siempre la personalidad jurídica y capacidad amplia de la PCD, y que actualmente se encuentra en camino de modificarse o interpretarse por el Comité de la Convención interamericana a la luz del artículo 12 citado..

⁵⁵ ARTICULO III: Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados Parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se constituyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;

c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad, y

d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo.

2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas:

a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles;

b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y

c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El Plan Nacional contra la Discriminación tiene un análisis de la situación de la discriminación de las personas con discapacidad (el plan denomina al colectivo como “Necesidades especiales” como lo define erróneamente la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). El Plan Nacional contra la Discriminación toma a la Convención interamericana como el fundamento principal de derecho internacional sobre discapacidad⁵⁶ y elabora algunas directrices sobre diagnóstico y propuestas para este colectivo. Este plan, que se trabajó desde 2001 en base a las conclusiones de la Conferencia de DURBAN⁵⁷ significó una innovación en cuanto al reconocimiento por parte del Estado respecto del *estado de situación* de la discriminación, incluyó propuestas de trabajo y demostró ser una buena herramienta para la elaboración de posteriores políticas públicas (incluso muchos de sus compromisos, como la ley de violencia contra la mujer y la ratificación del protocolo CEDAW, entre otros, fueron cumplidos). Sin embargo, sobre discapacidad, el Plan resulta poco propositivo (ver paginas 215 y 221 del mismo) ya que enuncia un diagnóstico, pero no define compromisos de tiempos de cumplimiento o de políticas y no resulta innovativo sino mas bien descriptivo de los problemas de la época. Sin perjuicio de ello, es el primer documento emanado del propio Estado nacional que reconoce y describe el problema.

En 2006, Argentina suscribe la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (en adelante CIDPCD) que se incorpora al derecho argentino a través de la ley 26.378 (BO 9 de Junio de 2008). Esta Convención tiene la particularidad de ser la primera de Derechos Humanos de la ONU en el siglo XXI y tiene un artículo central que define la discriminación en razón de discapacidad y varios donde establece casos particulares.

Preguntándonos porque hacia falta una Convención de este tipo, respondemos que las personas con discapacidad todavía son consideradas primordialmente como “objeto” de asistencia o de tratamiento médico (dentro de un modelo medico hegemónico) más que como “titulares” de derechos y de su ejercicio (modelo de construcción social de la discapacidad de la Convención ONU), no solo en nuestro país sino en gran parte de los países de la región. La decisión de añadir un instrumento universal de derechos humanos específico para las personas con discapacidad tuvo su origen en el hecho de que, a pesar de que teóricamente pueden acogerse a todos los derechos humanos a las personas con discapacidad se les siguen negando en la práctica los derechos básicos y libertades fundamentales que la mayor parte de la gente da por sentados. En el fondo, la CIDPCD exige garantizar que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos humanos que todos las demás y puedan llevar una vida como ciudadanos de pleno derecho que les permita contribuir valiosamente a la sociedad si se les conceden las mismas oportunidades que a los demás.

El artículo 2 de la CIDPCD declara que se entiende por «discriminación por motivos de discapacidad» a: *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los*

⁵⁶ Todavía no existía en 2005 la CIDPCD, que recién ingresa en el derecho argentino en 2008.

⁵⁷ Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001. En varios de sus artículos aparece la discapacidad como causa de discriminación.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Pero este no es el único artículo donde la CIDPCD se define supuestos de discriminación en razón de discapacidad. La redacción es similar a la de nuestra ley 23.592, a la del artículo 43 de la C. N. y a la de buena parte de los tratados de derechos humanos incorporados por el Art. 75.

La CIDPCD, por su parte, establece en su artículo 4.1.b) de la Convención que los Estados partes estarán obligados a *"tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad"*. En consecuencia, una de las medidas más importantes que debe tomar el Estado lo antes posible después de que haya pasado a ser parte de la Convención, y preferentemente después de que la haya firmado, es llevar a cabo un examen extenso de la legislación vigente a fin de determinar hasta qué punto es compatible con el tratado. El Estado deberá también determinar las nuevas medidas legislativas y de política que deban tomarse a fin de hacer efectiva la Convención. Asimismo se deben fijar plazos precisos para la ejecución de ese examen y de la reforma legislativa.

Por otra parte, la CIDPCD establece varios casos de actos discriminatorios basados en la situación de discapacidad en su articulado:

- a) La denegación de ajustes razonables (Art. 2)
- b) La no discriminación como uno de los principios de la Convención (Art. 3)
- c) Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (Art. 4 inciso a).
- d) Eliminación de prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (ibídem). Este artículo es interesante en cuanto el Plan nacional contra la Discriminación desarrolla este concepto de "práctica discriminatoria".
- e) Derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 5). Este artículo en particular tiene en su inciso 2 una clara norma general de interpretación: *"Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo."*
- f) Discriminación en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales (Art. 23) y en su respecto a de las mujeres con discapacidad (Art. 22).
- g) Discriminación en la educación de las PCD (Art. 24).
- h) Discriminación en el acceso a la salud, particularmente respecto de los seguros de salud y de vida (Art. 25).
- i) Discriminación en el acceso al empleo (Art. 27) y en la vida política y pública (Art. 29).

En el artículo 16 de la Convención se define un caso de discriminación múltiple, cuando afirma que los Estados se comprometen a proteger a las personas con discapacidad contra la explotación, la violencia y el abuso, haciéndose hincapié en que dicha protección ha de tener en cuenta la discriminación múltiple, es decir la basada en multiplicidad de factores (discapacidad+ edad+género+raza+pobreza+campesina+aborigen).⁵⁸

Todas estas normas nacionales e internacionales enunciadas dictadas con posterioridad a la ley 23.592, describen casos de discriminación, particularmente en razón de discapacidad, que constituyen, en opinión nuestra, nuevas causales de discriminación ampliatorias de aquellas y que deben ser consideradas como complementarias de las establecidas por la ley 23.592. Trataremos por razones de espacio algunos de los artículos de la CIDPCD que consideramos que podrían ser de mayor interés.

La CIDPCD menciona en varios de sus artículos la protección y promoción de los derechos personalísimos de las PCD y respecto de los que nos interesan, el derecho a la igualdad y a la no discriminación son abordados en los artículos 3 y 19 de la misma, pero también incorporados en otros artículos como vimos antes.

La temática de la discriminación en razón de discapacidad también es abordada en el inciso e) y f) del artículo 25 que incorpora, en forma expresa y en el sentido aún mas amplio que el resuelto por la CSJN en el caso "Cambiaso", la obligación del sistema privado de seguros de salud de no realizar discriminación alguna respecto a las coberturas de salud: "*(Los Estados) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable*". Esto significa que la CIDPCD prohíbe toda discriminación a las PCD por razón de su discapacidad respecto de las coberturas de: a) Seguros de vida y b) seguros de salud (en esta definición incluimos a los contratos de medicina prepaga y de medicina privada en general).

La CIDPCD prohíbe expresamente ("*prohibirán la discriminación contra personas con discapacidad*") toda discriminación en este tipo de contrataciones relacionadas con la discapacidad. Es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina no solo en el fallo "Cambiaso" citado ha declarado la obligación de las empresas de medicina prepaga por la ley 24.901 (ley nacional de discapacidad), sino que en un fallo mas reciente incluso⁵⁹ – confirmando un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial –a sostenido que rechaza la inclusión de carencias o de negativas de coberturas de enfermedades preexistentes en contratos de prepagas en estos términos: "*De la interpretación de la ley 24754 se infiere que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir como mínimo determinadas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales; y como consecuencia de ello veda la posibilidad de incluir en los*

⁵⁸ Villaverde, María Silvia: "DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD" numero especial "Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", Abeledo Perrot, coordinación Dr. Pablo O. Rosales.

⁵⁹ U. N°30, L. XLII - "Unión de Usuarios y Consumido res c/ Compañía Euromédica de Salud S.A. s/ amparo" - CSJN - 08/04/2008

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

*reglamentos períodos de carencia o exclusiones de enfermedades preexistentes en aquellos tratamientos que necesariamente deben asegurar a sus afiliados (en tal sentido, Rosales Pablo, "Obligación de cobertura medica de las empresas de medicina prepaga. Programa Médico Obligatorio", J. A. número especial 6199, del 24.11.99; "Garay, Oscar E., "La medicina prepaga", Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2001; Laura Pérez Bustamante "Medidas cautelares, preexistencias y acceso a prestaciones médicas", J. A., Suplemento Derecho Administrativo, 2005 I; Eduardo Luis Gregorini Clusellas "Los servicios de Medicina Prepaga. La extensión contractual y legal de cobertura". Diario La Ley del 28.12.04)."*⁶⁰

Otra herramienta interpretativa importante en el derecho internacional de la discapacidad, aunque sin la exigibilidad de un tratado internacional es la "Declaración de Montreal sobre discapacidad Intelectual"⁶¹ (06 de Octubre de 2004) no que tiene por objeto retomar en todos sus detalles los derechos fundamentales de las personas con alguna discapacidad intelectual, enunciados en convenios y declaraciones internacionales. Busca, más bien, llamar la atención de la comunidad internacional, acerca de la especificidad generada por la discapacidad intelectual, en cuanto al reconocimiento y al ejercicio de los derechos humanos fundamentales de las PCD. Así, la Declaración de Montreal puede resumirse en tres derechos fundamentales: la igualdad, la no discriminación y la autodeterminación. De este modo, más allá de prohibir la discriminación, la Declaración da cuenta del derecho a la igualdad para las personas con discapacidad intelectual, y de los soportes requeridos para garantizar su ejercicio, en pro de una inclusión y de una participación sociales. Estos artículos fueron luego retomados por la ONU para la elaboración de la CIDPCD que los plasmó en el artículo 12 de la misma, entre otros.

Sostiene en su artículo 6 que: *"a) Las personas con discapacidades intelectuales tienen el mismo derecho que las otras personas a tomar decisiones sobre sus propias vidas. Aún las personas que tienen dificultad para hacer elecciones, tomar decisiones y comunicar sus preferencias, pueden tomar decisiones acertadas para mejorar su desarrollo personal, la calidad de sus relaciones con otros y su participación comunitaria. ... las personas con discapacidades intelectuales deben recibir el apoyo necesario para tomar esas*

⁶⁰ Se cita la parte pertinente del fallo de la Sala B de la Cámara Comercial porque la CSJN lo confirma en términos muy similares resultando mas clara la doctrina de este fallo de Cámara a los efectos de esta nota.

⁶¹ Los días 5 y 6 de octubre de 2004, Montreal fue anfitriona de la Conferencia de la Organización panamericana de la salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) de Montreal sobre la discapacidad intelectual, organizada por los Centros de readaptación Lisette-Dupras y del Oeste de Montreal, en colaboración con el Centro colaborador OMS/OPS de Montreal. Esta conferencia, organizada en asociación con la Federación del Quebec de los centros de readaptación en discapacidad intelectual, el Ministerio de Salud y Servicios sociales, así como la Oficina para personas minusválidas del Quebec, permitió a expertos procedentes de las cuatro puntas cardinales del continente, reunirse en Montreal con el fin de discutir acerca de la importancia que se otorga, a escala mundial, a los derechos fundamentales de las personas con alguna discapacidad intelectual. Esta conferencia nace del deseo de incluir la discapacidad intelectual dentro de la agenda internacional, al interrogarse acerca del impacto que pudieran tener los trabajos del Comité *ad hoc* de las Naciones Unidas para las personas afectadas por alguna discapacidad intelectual. La resultante fue la Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual, un instrumento concebido para guiar a organizaciones internacionales, autoridades públicas así como a las sociedades civiles en sus gestiones, y esto, con el fin de garantizar una ciudadanía plena y completa a las personas que presentan alguna discapacidad intelectual. La Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual fue adoptada y firmada el 6 de octubre de 2004 por los 75 participantes, representantes de 17 países, principalmente de América, así como de las principales organizaciones para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad intelectual.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

decisiones, comunicar sus preferencias y que ambas sean respetadas. Las personas con una discapacidad intelectual que tengan dificultades para realizar elecciones y tomar decisiones independientes deben poder beneficiarse de las leyes y políticas que reconozcan y promuevan el apoyo para tomar sus propias decisiones. Los Estados deben ofrecer los servicios y los apoyos necesarios a fin de facilitar que las personas con discapacidad intelectual tomen decisiones sobre cuestiones significativas para sus propias vidas; b) Bajo ninguna circunstancia las personas con discapacidades intelectuales serán consideradas totalmente incompetentes para tomar decisiones en razón de su discapacidad...”.

Casuística:

El INADI tomó intervención con sus informes técnicos particularmente en tres rubros de denuncias de discapacidad: transporte, educación y trabajo, siendo el primer por lejos el mas denunciado. En el año 2010 la Dirección de Asistencia y Asesoramiento a Personas en Situación de Discriminación emite una serie de dictámenes en los que se aborda, principalmente, la aplicación práctica de los normado por el artículo 12 de a CIDPCD aplicada a la seguros y a contratos bancarios.

Transporte:

La mayoría de las denuncias por discriminación en razón de discapacidad, por lejos, están lideradas por las denuncias de incumplimiento en el derecho al transporte gratuito. Se han presentado denuncias individuales e incluso grupales.

Es una verdad insoslayable que el medio físico debe ser accesible para todos/as. Sobre la discapacidad en particular, las leyes que regulan la materia instauraron un sistema de protección integral, que concede franquicias y estímulos a fin de compensar las desventajas que la discapacidad pudiera traer aparejadas, y una de ellas es el transporte y la circulación por ámbitos urbanos y/ o rurales.

Sobre la omisión en el cumplimiento de la normativa, que en materia de transporte beneficia a las PCD, la actividad del INADI es profusa: el INADI ha señalado en innumerables pronunciamientos, que existe un desajuste notorio entre la normativa y el cumplimiento efectivo por parte –principalmente– de las empresas de transporte automotor de pasajeros.

Al respecto, hemos sostenido que dichas empresas son concesionarias de un servicio público, asumiendo los derechos y deberes que emanan del contrato de concesión, y conservando el Estado el control de la actividad. En este marco se encuentran obligadas, además, por la ley a otorgar el beneficio de gratuidad a las PCD. Asimismo es dable aclarar que, por tal cumplimiento, son beneficiarias de un sistema de medidas

compensatorias en el gasoil impuesto a tal efecto⁶². El derecho al transporte gratuito para la personas con discapacidad y sus acompañantes es un tema extenso para tratar en esta nota, pero si es importante recordar que recientemente⁶³ la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el artículo 4, inciso b) del decreto 118/06 que limita arbitrariamente el derecho que surge de la ley 24.314 y 25.635 en estos términos:

“... el límite que fija el art. 4º inc. b), del decreto 118/06 es irrazonable y no se ajusta al espíritu de la ley que viene a reglamentar. En efecto, el espíritu y la amplitud de criterio que ha guiado al legislador en esta materia, como lo comprueba la sanción de las leyes 24.314 y 25.635, se ve restringida por aquella limitación en cuanto se pretende aplicar a la situación de los actores -familia integrada por cuatro personas con discapacidad para movilizarse que, requieren de acompañantes-, al mismo tiempo que se presenta con frustratoria de los derechos que les confiere la ley a fin de que puedan contar con posibilidades reales de integración. Además, con particular referencia al caso de autos, ese límite constituye un impedimento para el derecho de los actores a participar en igualdad de condiciones y con equiparación de oportunidades junto al resto de la población, que las autoridades deben garantizar tanto porque así lo disponen la legislación interna como los tratados internacionales suscriptos por la Nación.” (Del dictamen de la Procuradora Fiscal, compartido por la mayoría de la CSJN)” y agregó “Aun cuando los actores ya obtuvieron los pasajes que reclamaron para viajar todos juntos en el mismo ómnibus, circunstancia por la cual el Estado Nacional demandado sostiene que la cuestión debatida ha devenido abstracta, existe un interés en que esta Corte se pronuncie, habida cuenta de la posibilidad de repetición de dicha cuestión, lo que justifica una decisión esclarecedora (Fallos: 330:3160, considerando 3º).” (Dres. Lorenzetti, Fayt y Argibay, según sus votos)

Es decir, que la CSJN ha declarado inconstitucional la limitación del uso del derechos al transporte gratuito en las condiciones que la ley lo establece (es decir, sin imponer limitaciones, que dicho sea de paso, en la práctica ni así se han cumplido)

Educación:

La escuela es un dispositivo de reproducción cultural, por lo que su importancia es incalculable para enseñar desde la infancia hábitos y valores imprescindibles de vida en comunidad: respeto por la diversidad y no discriminación, solidaridad, aceptación de las diferencias. Sobre el rol de la escuela, conviene consultar las obras del sociólogo francés Pierre Bourdieu, que describió detalladamente este mecanismo.

En materia educativa, desde el año 1993 en que se sancionó la Ley Federal de Educación, se contemplaron dos tipos de educación: la común y la especial, con un sesgo que diera prioridad a la integración en igualdad de todos los habitantes. La CIDPCD (incluso la ley 24.901) establecen como regla la educación

⁶² Por razones de espacio no se agregan mayores precisiones a los argumentos desarrollados en los dictámenes N° 04/09 y 088/07

⁶³ A. 1021. XLIII. – “A., M. B y otro c/ EN – Mº Planificación - dto. 118/06 (ST) s/amparo ley 16.986.” – CSJN – 01/06/2010

común (pública o privada) por sobre la especial. De hecho hay una clara diferencia entre educación especial en escuelas comunes, de educación especial en escuelas especiales para PCD⁶⁴.

Sin embargo, a pesar de las leyes vigentes, las personas con discapacidad en el transcurso de su ciclo lectivo se encuentran con innumerables dificultades que obstaculizan o tornan prácticamente imposible su acceso a la educación. Pero para morigerar o revertir estas tendencias, son necesarias algunas modificaciones y ajustes: rediseño edilicio; readecuación de los contenidos para incorporar la mayor cantidad de niños con discapacidad a los distintos niveles educativos generales; presencia de maestros integradores en las aulas; acceso a la información y a la comunicación con material escolar adaptado y accesible a todas las discapacidades; cobertura de servicios de atención temprana, sobre todo en las regiones más pobres del país; mayor cantidad y dispersión geográfica de escuelas y sobre todo existencia real de vacantes para PCD.

De este modo, entendemos que la educación es un derecho y una obligación del Estado de garantizarla, y que para ejercerlo en igualdad de posibilidades se debe privilegiar en el proceso de enseñanza aprendizaje, las posibilidades del sujeto de aprender, más que hacer hincapié en sus limitaciones, a fin de facilitar la escolarización común.

En este aserto, el INADI destacó en sus dictámenes dos cuestiones fundamentales: la educación inclusiva en la medida de lo posible, porque dicha integración amortigua los efectos de la segregación estructural de este colectivo, y el compromiso de esa integración por parte de la comunidad educativa en su conjunto, conformada por todos los sujetos involucrados en la escuela: autoridades, docentes, padres y alumnos.⁶⁵

Trabajo:

En una sociedad como la nuestra, con ingentes dificultades a la hora de encontrar empleo, aún lo es más para las PCD, quienes ven obstaculizado su ingreso al sistema laboral, así como su permanencia, condiciones de contratación, ascenso y otros aspectos del empleo.

Si bien la integración laboral de las PCD se ha visto alentada por la sanción de distintas leyes, así como instrumentos de carácter internacional que propenden a alcanzar y garantizar la igualdad plena en el acceso al empleo, si estas disposiciones fueran realmente implementadas y existieran mecanismos de control eficientes, la participación laboral de las personas con discapacidades sería mayor.

En líneas generales, en el INADI las denuncias pueden dividirse mayormente en dos grandes tipos:

1. Cuando el distracto laboral es producto de que la persona ha adquirido una discapacidad posterior a su contratación.⁶⁶

⁶⁴ Sobre este tema puede consultarse Rosales, Pablo Oscar: "Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas". EL DIAL, 17/6/09, Citar: elDial - DC112C

⁶⁵ Ver al respecto, *dictámenes 232/06*.

⁶⁶ Puede decirse que es muy dificultoso, sino imposible, que el empleador reconozca que la persona ha sido desvinculada por su discapacidad. En general, este motivo suele ocultarse mediante los más variados

2. Cuando el Estado no cumple con el cupo del 4% (y del 5% en la Ciudad de Buenos Aires) de incluir en su plantel de trabajadores a PCD, lo cual sucede con frecuencia porque la mayoría de las reparticiones públicas aún no ha implementado esta exigencia.⁶⁷

La igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos en el mercado de trabajo, no sólo reside en la legislación y normativa adecuada, sino en generar las políticas que posibiliten su cumplimiento o sancionen su omisión. La inclusión de la PCD al mundo del trabajo no sólo le permite una vida autónoma, sino que también enriquece a la sociedad en su conjunto con la utilización de todos sus recursos productivos.⁶⁸

La personas con discapacidad como consumidor bancario:

En el expediente ME-1000/10 el Banco Macro S.A. solicitó al INADI que se expida mediante un informe técnico si el requisito estipulado por la entidad financiera respecto de las personas con discapacidad visual de que sean acompañadas por dos testigos para celebrar un contrato de préstamo de dinero constituía acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. Asimismo manifestó que la referida política crediticia persigue la finalidad de tutelar al/la cliente ciego que debe suscribir la documentación en virtud de la cuál asumirá obligaciones de índole patrimonial.

Señaló además que ese banco comercial se encuentra abocado a erradicar de su operatoria cualquier clase de desventaja que obstaculice o inpida a las personas que padecen algún tipo de discapacidad su plena integración y participación en la sociedad en condiciones de igualdad.

En concreto, el Banco exigía a las PCD visual un requisito extra que a los demás clientes para celebrar un contrato de mutuo (préstamo de sumas de dinero) la presencia en el acto de dos testigos que debía proveer la misma persona ya que entendía que si no podía leer lo que firmaba ello lo colocaba en una situación de desventaja respecto de las otras personas.

argumentos, entre los que se destaca: el despido sin causa; desvinculación por agotarse el período de prueba, o alegando reestructuración del sector en que la persona se desempeña, que realmente sólo termina “reestructurando” a la PCD. Asimismo existen otras conductas en que la discriminación aparece encubierta: violencia laboral en todos sus aspectos –exigencias laborales imposibles de cumplir, abuso del ius variandi, maltrato– o simplemente la total indiferencia hacia la persona, la cual ha dejado de ser considerada un “sujeto productivo”.

⁶⁷En un primer momento, la sanción de la ley 22.431 dispuso que el Estado Nacional se encontraba obligado a ocupar PCD en una proporción que no sea inferior al 4% de la totalidad de su personal. La ley 25.689 modificó esta redacción original y elevó el cupo al 5%.

⁶⁸ En nuestro país, la mayoría de las PCD no cuentan con un ingreso regular, salvo las denominadas “pensiones no contributivas por invalidez”, cuyo monto no alcanza a cubrir las necesidades básicas de la canasta familiar. En general, las PCD dependen de estas pensiones o del entorno familiar o social. La CIDPCD establece en su artículo 27 el derecho no solo al trabajo, sino a “ganarse la vida” es decir, un trabajo digno y adecuadamente remunerado. Este no es solo un problema en nuestro país, sino también en toda nuestra región latinoamericana-

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El informe técnico, además de incluir la doctrina ya expuesta respecto al artículo 1 de la ley 23.592, determinó que dicha exigencia constituye un acto discriminatorio en base a las siguientes conclusiones:

- La CIDPCD (receptada por la ley 26.378) establece el concepto de discriminación en razón de discapacidad. La Convención Internacional dice que: “Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. La Convención define a estos ajustes razonables en el mismo artículo 2: “Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.
- La Convención internacional implica un cambio de paradigma de una modelo médico hegemónico, cuya característica es el asistencialismo, a una nuevo paradigma expresado en un modelo de construcción social de la discapacidad que se funda principalmente en el reconocimiento de la personalidad jurídica y capacidad amplia de las personas con discapacidad desarrollado en el artículo 12 de la Convención. Luego de declarar que “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, la Convención avanza sobre la forma de lograr este objetivo: *“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*.
- Esta obligación de salvaguarda (llamémosla de “garantía” en nuestro derecho interno) obliga a la revisión de los actuales cánones de representación de las personas con discapacidad y de las normas sobre insania e inhabilitación del Código Civil (que sigue llamando “insanos” a las personas con discapacidad mental y exige la “declaración de demencia” para que una persona pueda ser representada legalmente).
- La CIDPCD sobre los derechos de las personas con discapacidad constituye una herramienta de interpretación de las normativas del Código civil a la luz del nuevo paradigma. La CIDPCD, al diseñar el modelo de toma de decisiones con apoyo hizo un esfuerzo innovador para reconocer las aspiraciones de todas las personas con discapacidad. La CIDPCD se enrola en su artículo 12 en el derecho de las personas con discapacidad a la asunción de riesgos en todas las actividades de su vida, sustentada en el

reconocimiento de la personalidad jurídica y la capacidad amplia de las PCDs. En el caso en consulta se balancea con la correspondiente responsabilidad de la entidad bancaria sobre el control y acompañamiento en la operación comercial.

- Por un lado, el Texto Ordenado Actualizado de las Normas sobre Depósitos de Ahorro, Pago de Remuneraciones y Especiales, en el punto 4.8 establece la prohibición de cometer actos discriminatorios, indicando que: “Las entidades deberán adoptar los recaudos necesarios a efectos de evitar que se produzcan actos discriminatorios respecto de su clientela que tengan su origen en alguna discapacidad física que presenten las personas, siendo aplicable, cuando corresponda, lo previsto en la legislación de fondo (Arts. 52, 54 y 55 C.C.)”. Por su parte el Art. 12.5. del Texto Ordenado de las Normas sobre Reglamentación de la Cuenta Corriente Bancaria del Banco Central de la República Argentina, expresamente establece que “Las entidades deberán adoptar los recaudos necesarios a efectos de evitar que se produzcan actos discriminatorios respecto de su clientela, que tengan su origen en alguna discapacidad física que presenten las personas, siendo aplicable, cuando corresponda, lo previsto en la legislación de fondo (artículos 52, 54 y 55 del Código Civil).”
- Las personas con discapacidad visual podrían requerir de una medida de accesibilidad o adecuación del medio físico utilizado generalmente para perfeccionar la operatoria (sea en el documento o a través del acto de celebración. (Por ej: la asistencia de una persona de su confianza que pueda leerle el contenido del mismo o la lectura del contrato o la presencia de un escribano del banco). Nótese que esto también sucedería en el caso de una persona que contando con plena capacidad de su sentido de la vista pero que, carente de alfabetización, no pudiera comprender por si misma el contenido del contrato a través de la lectura.

En un caso similar, pero respecto a una persona con discapacidad auditiva puede consultarse el dictamen 047/2008 en expediente ME 00163/07 del 31/3/2007 con la aclaración que en la época de este dictamen aun no estaba vigente la ley 26.378, por lo que no la cita.

La persona con discapacidad como beneficiario de un seguro:

En otro caso, el expediente ME 3285/2008 (caso Fardelli), se emitió en el año 2010 un dictamen sobre el derecho a ser beneficiario de un seguro de responsabilidad civil (una póliza u cubriera el riesgo de “accidentes personales” con las coberturas de “muerte por accidente e incapacidad total y/o parcial permanente”) de un niño con síndrome de down de cinco de edad. Los hechos son los siguientes: el denunciante expresó que la aseguradora Provincia Seguros niega la cobertura de su hijo R. por ser una persona con síndrome de down, y expresó que sólo frente la solicitud enviada por el encargado del grupo scout para que se otorgue a su hijo la misma cobertura que los/as demás niños/as integrantes del grupo, que iban de excursión, “la aseguradora manifestó verbalmente que iba a otorgar una igual cobertura”.

La compañía de seguros manifiesta en su descargo que está imposibilitado de ello, atento a que según las normas de la Superintendencia de Seguros de la Nación, dicha contratación no era posible. El tenor de la cláusula normativa que la denunciada oponía en su defensa es el siguiente: "*PERSONAS NO ASEGURABLES*": "*El seguro no ampara a menores de 14 años, o mayores de 65 años, ni a los sordos, ciegos, miopes con más de diez dioptrías, mutilados, epilépticos, toxicómanos, alienados, o aquellas que, en razón de defectos físicos o enfermedades graves que padezcan o de las secuelas de las que hubieran padecido, constituyan un riesgo de accidente agravado de acuerdo con la Cláusula 15.*"

El dictamen analizó si dicha normativa era constitucional y si se oponía a lo normado por la CIDPC. Estas fueron las conclusiones del dictamen:

- El Estado se comprometió a adoptar las medidas pertinentes para "asegurar que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar" y a "asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a los servicios de quienes participan en la organización de actividades recreativas, turísticas, de esparcimiento y deportivas", con la finalidad de que las personas con discapacidad "puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas" (Art. 30.5 CIDPCD). ... Esto significa que ningún "principio básico del derecho de seguros" tiene jerarquía superior a la ley y en este caso a un tratado internacional (En base a la Convención de Viena y a la jurisprudencia de la CSJN, ej: fallo Verbitsky entre otros)
- La CIDPCD implica un cambio de paradigma de una modelo médico hegemónico, cuya característica es el asistencialismo, a un nuevo paradigma expresado en un modelo de construcción social de la discapacidad que se funda principalmente en el reconocimiento de la personalidad jurídica y capacidad amplia de las personas con discapacidad desarrollada en el artículo 12 de la Convención.
- En este sentido, la cláusula mencionada que no permite asegurar, entre otros, "a los sordos, ciegos, miopes con más de diez dioptrías, mutilados, epilépticos, toxicómanos, alienados, o aquellas que, en razón de defectos físicos o enfermedades graves que padezcan o de las secuelas de las que hubieran padecido", en la presuposición que serían sujetos de la asunción de un riesgo de accidente agravado de acuerdo con la Cláusula 15, resulta arbitraria a la luz de la interpretación de la CIDPCD. En el caso que se analiza no aparece probada ni razonable la presunción de que dos niños/as de la misma edad (5 en el caso de autos) uno con discapacidad (síndrome de down) y otro sin ella, deberían asumir riesgos distintos únicamente fundados en su discapacidad o falta de ella.
- En ambos casos, resulta discriminatoria esta distinción en los términos del artículo 1 de la ley 23.592 y el artículo 2, segundo párrafo de la CIDPCD (Ley 26.378).

XI.- Insultos Discriminatorios en razón de la nacionalidad:

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

En principio, de la doctrina de los dictámenes del INADI sobre insultos, se establece que no siempre que se profieren insultos entre si las partes, constituye acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592. Cuando ello es así, dicho conflicto excede el ámbito de competencia material del Instituto y debe ser evaluado por organismos ajenos al INADI, competentes para intervenir en él y resolverlo, sean estos administrativos o judiciales (por ejemplo, CGP barrial o al Municipio respectivo o un Tribunal).

Cuando el insulto tiene como intencionalidad producir cualquier de los supuestos del artículo 1 de la ley 23.592, entonces el mismo constituye acto discriminatorio. Por ejemplo, cuando un/a alumno/a de un colegio insulta a otro/a refiriéndose constantemente en forma despectiva a la nacionalidad del/ de la mismo/a, su color de tez, su situación económica, se puede vislumbrar que efectivamente el/a alumno/a referido/a insulta a su compañero/a en términos discriminatorios insertos en el marco de regulación de la Ley 23.592, normas complementarias y concordantes. Otro caso, por ejemplo, en que se ha rechazado la denuncia, dos vecinos/as discuten por la medianera que divide ambos hogares y por la basura que se deja en la entrada de los mismos. Frente a dicho escenario de tensión y de discusión constante por no poder arribar a ningún acuerdo, se insultan mutuamente uno/a al/a otro/a con toda clase de insultos, siendo que en un momento hicieron alusión a su nacionalidad y a su aspecto físico (talla grande) respectivamente. En este ejemplo puede verse que los insultos han tenido lugar en el marco de un conflicto vecinal que subyace entre las partes, y que involucra, en mayor medida, otras conductas insusceptibles de calificarse como discriminatorias en los términos de la Ley 23.592, normas concordantes y complementarias.

Por supuesto, las circunstancias de hecho deben ser analizadas en cada caso, y los ejemplos dados son meramente supuestos generales para que el lector tenga una muestra de posibles casos hipotéticos que den una idea del criterio expresado por el INADI en sus dictámenes.

Casuística:

El expediente ME N° 2835/2010 se originó en la denuncia formulada por el padre de una niña con síndrome de down, en relación con las siguientes expresiones de un legislador, difundidas por un medio de prensa escrita: "Nos parece irreal que haya un progresismo mogólico que banque el pago con reservas...".

Se denunció el uso del término "mogólico" como "expresión menoscabante de aquel o aquellos a quienes se dirige". Respecto del tenor de las manifestaciones cuestionadas, se señaló que en agosto de 2008 el INADI había lanzado una campaña bajo la consigna "Las palabras discriminan, no discrimines", cuyo objeto era exhortar al cese del uso de ciertas frases ("Y qué querés, son bolitas..."; "Es un negro villero"; "Dale, mogólica!", etc.), las cuales pueden resultar ofensivas o exteriorizar prejuicios discriminatorios. En este expediente se reiteró la posición institucional respecto de que no en todos los casos y contextos en que se profieren estas expresiones es dable verificar los elementos que configuran un acto discriminatorio en los términos del artículo 1 de la ley 23.592 (y normas concordantes y complementarias).

El dictamen reconoció el lugar privilegiado que ocupa el derecho de libertad de expresión, en particular cuando se trata de la crítica política y el debate de asuntos de interés público. Se tomó nota de este contexto y

del hecho de que la expresión insultante no se dirigía a una persona determinada. En consecuencia, se entendió que no se configuraba un acto ilícito en los términos de la ley N° 23.592, pero que se trataba de una “práctica social discriminatoria” en los términos del documento titulado “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación” aprobado por Decreto N° 1086/05, en tanto su uso crea y/o colabora “en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características innatas o adquiridas”.

Así, se reconoció un agravio a las personas con síndrome de down y sus familiares, y se formuló una enfática recomendación en razón del carácter de legislador del emisor del mensaje y lo gratuito del uso del término en el contexto. Respecto de esta última cuestión, se trazó una distinción con una denuncia anterior planteada por ASDRA (Asociación Síndrome de Down de Argentina) contra una revista por el uso del término “mogólicas”. En dicha oportunidad, podía avizorarse que en la revista denunciada el empleo del término tuviera una vinculación con el mensaje crítico transmitido, reforzando a través de la ironía o el grotesco una idea o posición ideológica, lo cual no sucedía en la denuncia analizada.

El informe recogió la opinión del titular de ASDRA, divulgada también a través del mismo medio gráfico que había difundido las expresiones del legislador: *“La manera en que utilizamos las palabras importa –y mucho– en la construcción del lenguaje, ya que a partir de éste creamos escenarios para relacionarnos con nuestros semejantes. Cuando las palabras, además, encierran un significado peyorativo respecto del que tenían en sus orígenes (en este caso “mogólico”, en relación al síndrome de Down) pueden dañar la dignidad no sólo de las personas a quienes se las dirige, sino, y sobre todo, la de aquellos a quienes hacen referencia de manera despectiva”*⁶⁹. Hoy ASDRA tiene una campaña mediática cuyo slogan es: “Cuando decís “mogólico” no estás insultando... estás discriminando”.

El informe destacó que el INADI repudia enfáticamente el empleo del término “mogólico” y enfatiza la necesidad de una ruptura con el paradigma que identifica diferencia con déficit, falta o negatividad⁷⁰, al tiempo que propone concebir a la discapacidad como una posibilidad de existencia y no como una falta de existencia y se recomendó al mismo medio de prensa que concediera un espacio de rectificación o respuesta al interesado.

En otro expediente, N° **ME 6455-08**, se hizo una denuncia sobre una serie de manifestaciones tales como “puto” o “maricón”, que una pareja vecina del denunciante le habría proferido en un contexto de gran hostilidad. Puntualmente, se acreditó que en una ocasión ingresaron en su domicilio y produjeron una serie de daños mientras pronunciaban estas palabras.

Respecto de éstas, el dictamen sostuvo que se trataba de un acto de discriminación y destacó la intención o finalidad de desprestigio o estigmatización de los términos, mediante una rica cita a Carlos Nino que surge del dictamen: *“La carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado congnotativo,*

⁶⁹ <http://www.pagina12.com.ar/diario/cartas/24-144625-2010-04-26.html>

⁷⁰ Boggino, Norberto y de la Vega, Eduardo, “Diversidad, aprendizaje e integración en contextos escolares. Cómo prevenir y abordar problemas escolares en el aprendizaje y la conducta”; Homo Sapiens Ediciones 2006; Págs. *Ibidem*; pág. 34.

puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia. De este modo, las definiciones que se suelen dar de las palabras con carga emotiva son 'persuasivas', según la terminología de Stenvenson, puesto que están motivadas por el propósito de orientar las emociones, favorables o desfavorables, que provoca en los oyentes el empleo de ciertas palabras, hacia objetos que se quiere encomiar o desprestigiar".

El dictamen también expresó que referirse a una persona como "puto" y/o "maricón" constituye una injerencia en la vida privada; es un concepto estigmatizante y vehiculiza una serie de prejuicios.

Por último, en otro caso, expediente MFN N° 1281, un docente solicitó al INADI que evaluará los términos de un correo electrónico que un alumno le había enviado expresando su descontento con apreciaciones que el docente había realizado en sus clases donde habría realizado comentarios sobre la religión católica apostólica romana con las que el alumno no estaba de acuerdo y las cuales consideró agraviantes, por lo que envió al docente un mensaje en el cual, además de su descontento con dichos comentarios, se refería a la condición de "judío marxista" del docente y se añadía que no tenía "derecho a discriminar a otras religiones, por ende así como ustedes, 'raza pérfida' según Lutero o 'hijos del diablo' según San Juan, denuncian la lucha constante de los nacionalistas de derecha católica yo responderé de la misma manera denunciando su constante apología". En el mismo mensaje, manifestaba que procederá a realizar una denuncia ante el INADI y agregaba que "no sabe cómo lo conozco hebreo".

En el Dictamen se precisó que cuando una persona expresa su opinión sobre una creencia religiosa en forma general no se configura un acto discriminatorio en relación a las personas que profesan la religión en cuestión sino que el todo caso, podría generar desagrado para esa comunidad religiosa.

Sin embargo, se reconoció el carácter agraviante de las expresiones comprendidas en el mensaje de correo electrónico, en los términos en que se explicó al inicio de este acápite. Constatadas las manifestaciones denunciadas y el contexto negativo en que se habían utilizado las palabras "judío" o "hebreo", semánticamente neutras o descriptivas, se entendió que las expresiones eran agraviantes, y que se había configurado un acto discriminatorio en los términos de la Ley N° 23.592.

XII.- Antisemitismo:

Si bien esta temática puede ser introducida en varios casos dentro de la temática de insultos, la presencia actual del antisemitismo en la Argentina y sus importantes raíces históricas, ha hecho que existan muchas denuncias especialmente sobre esta forma de discriminación y que se considere como una modalidad específica.

Son claras manifestaciones de un antisemitismo latente las pintadas antisemitas que han aparecido en diversas ciudades del país, las profanaciones de tumbas de cementerios judíos- menoscabando la entidad de

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

sagrado que poseen para los/as judíos/as-, las páginas Web que instan a considerar a los judíos como asesinos, y también expresiones alarmantes tales como “el supuesto genocidio del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial”, aludiendo a las dudas que rondan entre los grupos antisemitas en cuanto a la existencia de la Shoá (Holocausto- 2º Guerra Mundial). Sumado a los atentados a la AMIA y la Embajada de Israel de la década de los 90.

Señalaremos a continuación algunos dictámenes representativos de esta forma de discriminación y su encuadre dentro de las previsiones normativas de la ley 23.592, que repudia los actos y/o conductas discriminatorias.

Casuística:

Dictamen nº 312/06 (MFN 1166), de fecha 27 de Septiembre de 2006:

La denunciante refiere que empezó a trabajar en una empresa de radiotaxis y que previo a la festividad judía del Día del Perdón (Iom Kipur) habría solicitado a su empleadora que le otorgara un franco de servicio para dicha fecha, pedido al cual la empresa habría accedido. Señala que en la empresa denunciada los feriados son trabajados alternativamente por los empleados, y quien trabaja un día feriado recibe un sueldo extra. Sin embargo, la denunciante expresa que pese a haber trabajado los días 8 y 25 de diciembre de ese año, al cobrar el sueldo correspondiente a dicho mes, advierte que no le habían abonado los feriados antedichos; y cuando consultó con los empleadores le expresan que no le correspondía cobrar por ser de otra religión. Pese a haberles replicado que los días 8 y 25 de diciembre son feriados nacionales, los denunciados insistieron que no les correspondían por ser judía. Luego, al anotarlos de la legislación vigente en la materia, que reconoce el derecho a los días festivos de quienes profesan la religión judía, fue despedida.

El dictamen estableció que las leyes 24.571 y 25.151 resguardan el derecho de los trabajadores que profesan la religión judía, a que los días correspondientes al Año Nuevo Judío y el Día del Perdón sean no laborables, exclusivamente para quienes acrediten pertenecer a ese credo. Y el hecho de establecer una diferencia a la hora de pago de los salarios entre la denunciante, por ser de religión judía, y otros trabajadores que no lo son, implica de hecho una conducta discriminatoria que tiene su fundamento en la religión de la denunciante.

Informe Técnico 002/09 (ME 921/09), de fecha 13 de febrero de 2009:

Los hechos que dan origen a esta denuncia son los siguientes: El obispo Británico Richard Williamson, sostuvo en una entrevista realizada en el programa “All Souls Day” de la televisión sueca, que “las evidencias

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

históricas están inmensamente en contra de que seis millones de judíos murieran asesinados en cámaras de gas como parte de una política de Adolfo Hitler” y que durante el nazismo solamente “dos o tres mil judíos murieron en ese período en campos de concentración, y ninguno de ellos en cámaras de gas”. Luego, cuestionado el Sr. Richard Williamson sobre si sus declaraciones eran de contenido antisemita, el mismo habría contestado que “Si el antisemitismo es malo, entonces está en contra de la verdad. Pero si algo es verdad, no es malo. No importa como lo llamemos siempre que se trate de la verdad histórica”.

Las declaraciones del Obispo Williamson adquirieron público conocimiento –nacional e internacional-; desde que la entrevista por él concedida –pese a haber sido emitida por la televisión Sueca- fueron difundidas a través de diversos medios de comunicación masiva; e incluso, puede verse mediante el acceso público a internet. Por otra parte, dicho Obispo Williamson quedaba al frente del Seminario Nuestra Señora Corredentora en La Reja, partido de Moreno, Provincia de Buenos Aires.

El negacionismo del Holocausto suele dotarse de una apariencia científica con el objetivo de ser tomado en serio. En primer lugar, tiende a afirmar que el Holocausto no es un hecho incontrovertible, sino algo sometido a discusión y debate. Se expresa en forma oral, escrita, visual, o mediante acciones, todas ellas cargadas de estereotipos. Escudados en una metodología historiográfica revisionista -que basa sus principios en polemizar sobre grandes hitos del pasado, desestructurando las explicaciones sobre los mismos y llevándolos a una idea de “mito”- se desarrolla esta corriente negacionista, que intenta invalidar o desconocer los hechos históricos en genocidio del Holocausto (Shoá) . Esta corriente que comienza a tomar cuerpo como argumentación defensiva de los nazis en la posguerra, fue acrecentando su visión buscando construir “evidencias” empíricas para refutar las acusaciones contra el Tercer Reich.

En esencia, el negacionismo intenta construir una “seudoexplicación”, desacreditando los esquemas argumentativos o las evidencias, a través del uso selectivo de hechos, negación o burla de otros, falacias ad ingnoriam -“si no puedo probar no existe”- a contrapartida de suponer otros hechos no probados, o incluso, la misma invención de hechos. Habitualmente, se cuestiona la culpa de los/as alemanes/as por la guerra y la dimensión de los crímenes cometidos por los/as nazis, que son minimizados o banalizados. O por el contrario -no niegan los crímenes, inclusive las cámaras de gas- y aceptan su existencia, pero afirmando que serían apenas secuelas inevitables de los acontecimientos relacionados con la guerra y/o más bien minimizando sus dimensiones.

Las referidas expresiones, suponen una incitación indirecta y/o provocan de modo mediato la discriminación de los/as judío/as. En el caso que nos ocupa, este tipo de expresiones –negacionistas- contienen un mensaje verbal premeditado, transmite un fin ideológico concreto que evoca la experiencia genocida del régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial, las versiones y mitos del antisemitismo más vernáculo y la negación del sistema democrático como facilitador de la convivencia en la diversidad.

El INADI opinó que corresponde legitimar la limitación al discurso antisemita –en sus renovadas formas- ; y que tal restricción deberá estar destinada a la pacífica convivencia en la diversidad de la sociedad argentina.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

El dictamen concluyó:

- A) Repudiar cualquier tipo de expresión negacionistas del Holocausto (Shoá), por violar los Derechos Humanos y quebrar la tranquilidad de espíritu y la pacífica armonía de la convivencia en la sociedad argentina.
- B) Solicitar al Congreso Nacional, al Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires y al Concejo Deliberante de la Ciudad de Moreno declaren “persona no grata” a Richard Williamson.
- C) Sin perjuicio de lo manifestado en el punto anterior, solicitar a la Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior evalúe la posibilidad de expulsión de Richard Williamson de la República Argentina en virtud de las previsiones contempladas en los arts. 61 a 69 de la Ley Nº 25.871.
- D) Someter a debate público un proyecto de ley que sancione penalmente la negación de la existencia del Holocausto (Shoá), el genocidio armenio y el terrorismo de Estado implementado por la última dictadura militar argentina.
- E) Poner el presente informe técnico jurídico en conocimiento del Sr. Richard Williamson, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentina (DAIA) y de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA).

Dictamen nº 125/09 (ME 2517/07), de fecha 07 de Julio de 2009:

El denunciante afirma que en el desarrollo del encuentro futbolístico se han escuchado cantos antisemitas provenientes de la hinchada del Club Defensores de Belgrano contra los/as de Atlanta. Del video aportado a la causa, surgen claramente los cánticos de tenor antisemita, pese a lo cual el fiscal interviniente debió declarar que no era materialmente posible determinar con certeza que persona en particular entonaba esas canciones. Asimismo las comisiones directivas del Club Atlético Defensores de Belgrano y del Club Atlético Atlanta, dos entidades amigas, manifestaron su repudio frente a cualquier tipo de cántico hostil y discriminatorio.

En el marco de estos hechos narrados, el dictamen resalta la importancia de la observación de las prácticas discriminatorias en los espectáculos deportivos, entendidos como ámbitos en donde se expresan con importante visibilidad las matrices sociales y culturales de la discriminación. Además se recalca que los cánticos de las hinchadas en la cancha -que los medios, en especial radio y televisión dejan filtrar con excesiva permisividad- condensan distintos tipos de discriminaciones, llegando a la “naturalización” de dichos comportamientos.

Asimismo se señala que en el mes de Agosto de 2008 el INADI puso en marcha el Observatorio de la Discriminación en el Fútbol, siendo este un espacio de cooperación interinstitucional conformado por el propio

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

INADI, la Asociación del Fútbol Argentino (AFA), las asociaciones de árbitros, periodistas, estudiantes de periodismo y personas especializadas en el tema, cuyas funciones son el estudio, difusión, análisis, propuesta y seguimiento en materia de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y otras formas de discriminación en el deporte.

Ahora bien, en lo que respecta al caso bajo análisis, se transcribe el artículo 89 del Estatuto de la AFA, el cual prohíbe "...expresamente la discriminación de cualquier país, individuo o grupo de personas por su origen étnico, sexo, lenguaje, religión, política o por cualquier otra razón, la que será punible de acuerdo a las sanciones establecidas en el Artículo 69°...".

El dictamen también recuerda que la discriminación es una contravención contemplada en los términos del Art. 65 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires (lugar en donde se desarrollo el encuentro), lo cual amerita la intervención policial a fin de hacer cesar dicha conducta e identificar a sus autores.

Se recomienda a todos los/as que desempeñan funciones policiales en los encuentros deportivos, que intervengan en cualquier manifestación discriminatoria, xenófoba o racista, conforme sus obligaciones legales a fin de hacer cesar las mismas (conf. art. 1 de la ley 23.592, y art. 65 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires).

Con respecto a las autoridades del Club Defensores de Belgrano se les recomienda enfáticamente que arbitren todas las medidas a su alcance para que los hechos denunciados (o semejantes) no vuelvan a suceder, debido ello a sus responsabilidades como organizadores del espectáculo deportivo y co-responsables de la seguridad de los/as asistentes al mismo. Particularmente que disuadan o desalienten a la hinchada de su Club mediante los altoparlantes del estadio, de manera preventiva o si actos semejantes volvieran lamentablemente a ocurrir (ello conforme al citado Art. 88 del Reglamento de Transgresiones y Penas de la AFA). Esta recomendación se hace extensiva a todos los clubes y asociaciones que participan en tales eventos deportivos.

Dictamen nº 147/09 (ME 0332/07), de fecha 31 de Agosto de 2009:

En este caso, el presentante formuló denuncia ante la Defensoría del Pueblo de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, quien remitió la misma a este Instituto, refiriendo que en la pared de su domicilio particular se habrían realizado pintadas antisemitas en su contra. Se aclara que el denunciante es el Presidente de la comunidad judía de dicha localidad. Señala la preocupación tanto de él como de su familia y de la comunidad judía, dado que si bien aquella era la primera vez en la que pintadas como la mentada aparecían, lo cierto es que en más de una oportunidad, en la Localidad de Río Cuarto, habrían ocurrido hechos de similar tenor, como ser pintadas en el Cementerio Judío. También se habría encontrado una bandera con una clara alusión al régimen nacionalsocialista.

El dictamen establece los términos de la libertad de expresión en el sentido que la materialización de expresiones dirigidas a instituciones o a personas de la colectividad judía y/o cuando se utilizan símbolos religiosos propios de la comunidad judía, conducen a la estigmatización de cada uno de sus miembros. Y en igual sentido, se señala que dichas expresiones plasmadas en “pintadas” no se limitan a ser mensajes visuales anónimos y de escaso contenido informativo, sino poseen un mensaje verbal premeditado que transmite la aberrante experiencia genocida del régimen nazi y la negación del sistema democrático como facilitador de la convivencia en la diversidad.

XIII.- Discriminación en razón de la nacionalidad: El caso de los Migrantes.

Casuística:

Dictamen N° 317-06 MFN N° 1106 (denegación de inscripción en la Universidad)

El caso se inicia por una denuncia por discriminación por nacionalidad contra empleados/as de la Universidad Nacional de Tucumán cuando aquellos refirieron que no estaban autorizados a inscribir a “yanquis”.

El dictamen entendió discriminatoria la conducta desplegada porque se desconocieron los derechos de la Constitución Nacional especialmente el Artículo 20 y la igualdad de condiciones de los derechos civiles de las personas migrantes. Asimismo este dictamen aplicó la teoría de la dinámica del *onus probandi*, en el cual frente a la afirmación de la denunciante de que sufrió una exclusión discriminatoria, a la denunciada no le bastó negar el hecho sino que debió probarlo.

Informe Técnico ME N° 8775/2008 (Asociación de migrantes con delincuente)

El presente informe técnico surge a razón de una presentación realizada por el Presidente de la Comisión de Vivienda de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en virtud de un escrito presentado por un abogado apoderado del Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado (ONABE), en una causa penal de usurpación.

En el escrito en cuestión, cuya autenticidad ha sido comprobada por personal de la Dirección de asistencia y asesoramiento a personas en situación de discriminación en los estrados del Tribunales asocia la categoría “migrante” con la categoría “delincuente”. El informe técnico concluyó que el escrito reprodujo un discurso estereotipante y discriminatorio hacia las personas de bajos recursos, que en virtud de estar también dirigido particularmente a ciudadanos/as extranjeros/as puede ser calificado de xenófobo, y constituye una violación de la ley 23.592, la Constitución Nacional y tratados internacionales de Derechos Humanos.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Los argumentos son:

- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio que los/as trabajadores/as de origen extranjero son a menudo discriminados/as en el mercado de trabajo y se restringe severamente su acceso a la vivienda, servicios sociales y justicia. Más aún, deben soportar evidente hostilidad por parte de la población local. En su forma más benigna, ésta se manifiesta en burlas o insultos. En su forma más nociva, dicha oposición se transforma en estigmatización social: los migrantes muchas veces son injustamente asociados a toda clase de actividades delictuales o bien son tildados de haraganes, abusivos que tratan de sacar provecho de los servicios prodigados por el Estado receptor (Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev. 16 de abril de 2001. Original Español);
- Cabe recordar que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos;
- Los Estados, o sus representantes, deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto;
- Sobre las constantes referencias a la supuesta situación de indocumentados/as o ilegales que realiza el escrito en cuestión, se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos/as y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio.

Dictamen en expediente ME N° 1322/07 (Educación e inmigrantes)

En este caso una persona de nacionalidad cubana, Doctora de Medicina y Especialista en Hematología, con título expedido por el Instituto Superior de Ciencias Médicas de la Habana, República de Cuba, denunció a la Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Medicina debido a que no se cumplió con la “Reglamentación para reválida de Diplomas Extranjeros”.

Si bien el dictamen, en este caso, no determinó la existencia de una práctica discriminatoria sostuvo:

- La reválida nacional pretendida por la denunciante de su título universitario, obtenido en la República de Cuba, se encuentra avalado por el derecho constitucional a trabajar y ejercer industria lícita (Art.14 CN). Ello es así debido a que como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “...obtener el título (es

la) condición primera del ejercicio del derecho a trabajar en la profesión lícita de que se trata..." (CSJN, Agüero, Carlos Antonio v. Universidad Nacional de Córdoba. Fallos 214:139.)

- También se encuentra amparado por el Art. 6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 23.1), que enuncia el "derecho a trabajar", comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, tal como, por otro lado, surge de los trabajos preparatorios del citado Pacto.
- El dictamen propició una diferenciación obligada entre los conceptos de discriminación negativa, arbitrariedad e ilegalidad. Respecto al primero se remite a lo dictaminado por este Instituto en los siguientes términos: el Art. 16 de la Constitución Nacional "exige se trate del mismo modo a quienes se encuentran en igual situación, lo cual implica la prohibición de dar trato de inferioridad a una persona por motivos raciales, religiosos, ideológicos, políticos, sexuales, de caracteres físicos (...) o motivos de cualquier índole. (...) E incluso la Corte Interamericana ha interpretado el concepto de discriminación (...) estableciendo que "...sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable". De esta manera, considera que no habrá discriminación "si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas" (OC 4, del 4/01/84. Considerandos 56 y 57)". (Dictamen INADI N° 005-07). En relación a la arbitrariedad se la puede diferenciar de la ilegalidad, siendo que "La ilegalidad desconoce o aplica erróneamente la regla jurídica que corresponde, mientras que la arbitrariedad es la manifestación abierta y caprichosa sin principios jurídicos." (Según ha dicho la Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, en fecha: 18/07/2006. Partes: "L., M. L. y otros v. Instituto de Obra Médico Asistencial").

XIV.-Discriminación a Pueblos Originarios:

El INADI no ha tenido, a lo largo del periodo que abarca esta nota (2005/2010), muchos casos presentados como denuncia donde el motivo de la misma sea discriminación a pueblos originarios basados principalmente en esta causa. Actualmente se discute en los medios algunos planteos de los pueblos originarios que han tenido recepción mediática, principalmente con motivo del reciente festejo del Bicentenario del país. La mayoría de ellos han sido presentados en forma grupal y referidos generalmente a problemas en la comunidad o en la relación de esta con gobiernos provinciales. Muchos no tienen directa relación con los supuestos de la ley 23.592, aunque si pueden considerarse casos de discriminación en general aunque varios de ellos se han presentado en relación a lo normado por la ley la Ley 26.160 de Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de las Tierras que Tradicionalmente Ocupan las Comunidades Indígenas Originarias. Esta es la primera ley de carácter nacional y de orden público, posterior a la Ley 23.302, que establece una política concreta respecto a la delimitación de las tierras indígenas, otorgándole además un presupuesto para su ejecución.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

La Ley 26.160 suspende la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos que impliquen desalojos o desocupación de tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas, por el plazo de 4 años. Durante los tres primeros años de vigencia, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) deberá realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Las comunidades beneficiarias de la Ley son aquellas cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) u organismos provincial competente o aquellas preexistentes. Es decir todas aquellas comunidades indígenas debieran ser relevadas, no sólo en su existencia cultural, sino también en la ocupación territorial, es decir la ley establece un proceso, que en otros países se conoce como de demarcación territorial. Asimismo crea un Fondo Especial, de 30 millones de pesos (poco menos de 1 millón de dólares), el que estará destinado al relevamiento territorial, a las labores profesionales en causas judiciales y extrajudiciales y a los programas de regularización. Al ser esta Ley de orden público, tiene vigencia en todo el país⁷¹.

Con esta aclaración previa, nos limitamos a resumir los principales casos recibidos y resueltos por el INADI en el periodo indicado. Todos los datos que se mencionan en el resumen de los casos, surgen de dichos expedientes sin perjuicio que a la fecha de publicación de esta nota, los hechos puedan haberse modificado. Por ello, la fecha de corte de los casos es el momento de la emisión de los correspondientes dictámenes finales de cada caso.

Dictamen N° 203/05 en expediente MFN N° 612/05 Caso: “Comunidad Toba Nam Qom de Formosa c/ Policía Provincial de Formosa y Unidad Especial de Asuntos Rurales (UEAR)”.

La Comunidad Indígena “Nam Qom”, surge del asentamiento en el Lote 68 de varias familias indígenas provenientes del interior de las Provincias de Formosa y Chaco. Se trata de un barrio peri-urbano a una distancia de 12 kilómetros de la Capital de Formosa. En el año 1984 la Provincia de Formosa reconoció por Ley N° 426 el derecho indígena a la propiedad comunitaria de la tierra y en el año 1995 hizo efectiva la transferencia de los terrenos del Lote 68 a la Asociación Civil del barrio Nam Qom.

Los hechos son los siguientes: Miembros de la comunidad denunciaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que los días 16 y 17 de agosto de 2002, se llevó a cabo un operativo policial ilegítimo y violento, sin autorización judicial y caracterizado por un especial ensañamiento con la comunidad indígena perteneciente al pueblo Toba. En esa oportunidad, más de cien funcionarios/as policiales ingresaron violentamente a la Comunidad, produciendo detenciones masivas e indiscriminadas en contra los/as miembros de la comunidad. Luego estas personas fueron maltratadas y torturadas en forma particularmente violenta. Estas detenciones y malos tratos estuvieron dirigidas también contra los/as niños/as de la comunidad. Asimismo, muchos domicilios fueron destruidos y allanados, sin orden judicial.

⁷¹ Se agradece el material provisto por la Lic. En antropología Ana María González sobre este primer párrafo.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Los/as miembros de la comunidad denunciaron que los hechos del caso demuestran que la condición de indígenas de las víctimas motivó muchas de las detenciones y fue la causa por la cual sufrieron un trato especialmente violento y hostil por parte de las autoridades del Estado. Los/as policías acusados/as por los distintos delitos, fueron sobreesidos/as.

Con motivo de los hechos relatados, en el año 2005, la Comunidad Indígena Nam Qom, con el patrocinio del Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) y del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una petición contra el Estado Nacional por la violación de diversos derechos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), remitiendo copia al Sr. Relator para los Pueblos Indígenas.

El mismo año, el INADI emitió un dictamen, algo politizado, en el cual sostuvo que:

- “(...) Queda demostrado por los mismos dichos de los denunciados, que la condición de indígenas de las víctimas motivó las detenciones y fue la causa por la cual sufrieron un trato especialmente violento y hostil por parte de las autoridades del Estado, a pesar de la excelente disposición de nuestra Carta Magna, en su artículo 75, inciso 17 que conlleva al reconocimiento de la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y de una serie de derechos entre los que se encuentra el respeto a su identidad, a su propiedad y otros más, así como la pionera ley 426 de la provincia de Formosa. (...) Esta asesoría determina que hubo un ataque violento, con un ensañamiento hacia la comunidad Toba por el mero hecho de su identidad y que este ataque produjo un daño irreparable a la identidad étnica, a pesar de los mecanismos institucionales garantistas establecidos en la provincia. Se violaron las garantías de igualdad ante la ley, el derecho a la propiedad, la libertad ambulatoria, el debido proceso legal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a no ser sometido a torturas ni malos tratos, inhumanos o degradantes, el derecho a la no discriminación”.
- “En el presente caso la condición de indígenas de las víctimas fue el motivo por el cual las fuerzas de seguridad realizaron una detención masiva de los miembros de la comunidad, sin distinguir entre hombres, mujeres, ancianos o niños, sometiéndolos a torturas y vejaciones de todo tipo, tal como prueban las constancias médicas que se adjuntaron, y sin tener identificada persona alguna, en base a una creencia de que el presunto agresor fue un indígena, por el color de piel y por la vestimenta”.
- Luego, se sostuvo que “(...) Desde esta asesoría letrada, partimos de las siguientes premisas para efectuar el presente dictamen: 1º) Que los denunciados actuaron con el ánimo de dañar, de tomar la justicia en sus propias manos, de “dar una lección”, por la muerte de un compañero. Y el agravante de este tipo de comportamiento se encuentra en el hecho de que la policía no sólo es un cuerpo pagado por el erario público sino, que entre sus funciones la primordial es el respeto por la vida de los ciudadanos. Todos los habitantes de este territorio tenemos ese derecho independientemente de nuestra edad, sexo, nacionalidad, religión, opinión política, pertenencia a una etnia, etc. 2º) Que el contexto de violencia en el cual se realizó la pesquisa policial constituye un acto discriminatorio contemplado por el artículo 1º de la ley 23.592. Y que la violencia es una de las consecuencias mas dolorosas para quien padece y dolosas para quien realiza el

acto discriminatorio. 3º) Que la Convención sobre la Eliminación de Toda forma de Discriminación Racial obliga al Estado a velar para que todas las autoridades públicas actúen sin incurrir en actos o prácticas de discriminación racial”.

- “(...) A criterio de esta asesoría legal (dice el dictamen del 2005) los miembros de la Policía Provincial de Formosa y Unidad Especial de Asuntos Rurales (UEAR), junto con las autoridades judiciales encargadas de velar por las garantías del procedimiento, que los días 16 y 17 de agosto del año 2002, penetraron violentamente en la comunidad Nam Qom, han incurrido en una práctica discriminatoria. Por ello, en virtud del artículo 4º, ley 24.515 que regula la actividad de nuestro Instituto, citado ut-supra, resulta menester: 1º) Recomendar a los denunciados que se abstengan de realizar actos discriminatorios y violentos contra la comunidad Toba, respetando el ordenamiento jurídico. 2º) Recomendar al Sr. Ministro de Gobierno, Justicia y Trabajo de la Provincia de Formosa, Don Lorenzo Elvio Borrini, que se deslinden definitivamente responsabilidades y que conste en el legajo de los autores de este atropello copia del presente dictamen. 3º) Recomendar la realización de cursos sobre Derechos Humanos -con hincapié en la no discriminación- a las fuerzas policiales de la Provincia, como paso previo a fin de que estos actos violentos no vuelvan a repetirse en el futuro”.

Dictamen Nº 098-07 en denuncia ME Nº 316/07

Octorina Zamora y Julia Gómez, miembros de la Comunidad Indígena Wichí HONAT LE´LES, solicitaron la intervención del INADI frente a la resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, del 29 de septiembre de 2006, en autos caratulados “Ruiz, José Fabián-Recurso de Casación”, Expte. Nº CJS 28.526/06. La presentación ante el INADI tuvo como marco la supuesta violación y posterior embarazo de una niña wichí de 9 años (E.T.), por parte del conviviente de su madre (J.F.R.).

De la resolución interlocutoria de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, en autos caratulados “C/C R., J.F. -RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. Nº CJS 28.526/06) se extraen los siguientes argumentos que dieron lugar, en opinión de la Corte Salteña, al rechazó de la denuncia.

En los considerandos de la misma, los Dres. Antonio Omar Silisque y Guillermo A. Posadas y la Dra. María Rosa I. Ayala, dijeron: “1) Que a fs. 250/260, la Dra. América Angélica Alemán, ejerciendo la asistencia técnica de J.F.R., interpone recurso de casación contra la resolución de la Sala Tercera de la Cámara de Acusación de fs. 189/192 vta. que no hiciera lugar al recurso de apelación oportunamente deducido contra el auto de procesamiento”; “6) Que, en la presente causa, cuando el juez resolvió procesar a R., ya se había incorporado a las actuaciones el informe pericial antropológico de fs. 145/148. Consiguientemente, dada su particularidad requería un especial abordaje; sin embargo, este elemento de juicio fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su contexto, **tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación**” (Sic) ; “7) Que también se hallaba agregado a la causa un conjunto de manifestaciones de

referentes de la comunidad indígena, en que como denominador común, se aprecia una cierta actitud de perplejidad por la consideración penal de la conducta de R. (...) Estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222 incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbres ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal. claramente indiciarios de un particularismo etno-cultural, no eran sino componentes de una trama de encubrimiento basada en la identidad cultural de los aborígenes”.

Es decir la Corte de Salta subsumió un hecho gravísimo como una denuncia de violación en lo que llamó “Costumbres ancestrales”. En base a ello, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en su mérito, declaró la nulidad del auto de procesamiento, de la resolución y de todos los actos que de ellos dependen.

El INADI consideró en su dictamen lo siguiente:

- Que la resolución de la Corte Salteña resulta discriminatoria hacia las niñas y mujeres wichís de la República Argentina, pues omite aplicar principios fundantes del derecho internacional de los derechos humanos, principalmente, los de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Esta omisión se configura al no aplicar los instrumentos internacionales mencionados en el punto relativo a “normativa aplicable”.
- Con relación a la discriminación de género, la definición de la misma surge de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que define como "discriminación contra la mujer" 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.
- Por otra parte, se hizo hincapié en que nuestro país se comprometió a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometió a: c) *establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;* d) *abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.*
- Además, se afirmó que toda mujer tiene el derecho a una vida libre de violencia, lo que incluye el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación. El dictamen elaborado tuvo en cuenta que la Corte de Justicia de la Provincia de Salta al no aplicar esta normativa, amparándose en una supuesta aplicación del derecho wichí, ha negado los derechos humanos de las mujeres.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

- Respecto a la definición consagrada en el artículo 1 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional), se dijo que la misma incluye la violencia basada en el sexo (Recomendación General N° 19, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), punto 6), es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. A la luz de las mencionadas consideraciones, la Recomendación General N° 19 de la CEDAW recomienda que los Estados Partes (tal es el caso de nuestro país) deben adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo y deben velar por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer, protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. *Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención.* La Recomendación General N° 19⁷² del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) sostiene que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.
- El dictamen hace mención a que la doctrina judicial mencionada convierte a las manifestaciones de los organismos internacionales de derechos humanos –por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o cualquier otro organismo internacional de derechos humanos–, en fuentes de nuestro sistema jurídico a las que debe recurrirse cuando, como es el caso que nos ocupa, se trata de establecer el alcance de un derecho consagrado expresamente en algún instrumento internacional que integra el bloque de constitucionalidad federal. En dicha oportunidad, se sostuvo que “La violencia sexual conlleva el reconocimiento como legítimo de un patrón de dominación, en el que la mujer es situada en una condición de asimetría mientras que el hombre resulta ser quien toma las decisiones, incluso las relativas al ejercicio de la libertad sexual de las mujeres. Este patrón ha sido reproducido y legitimado por la resolución de la mayoría de la Corte de Justicia, en el que se situó a E.T. en una condición de inferioridad y sujeción a los deseos del Sr. R”.
- También se tuvo en cuenta que la Recomendación General N° 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁷³ -que sostiene que no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales o el matrimonio de niños/as- y la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Por otra parte, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos de las/os niñas/os conlleva el pleno ejercicio de su derecho a la igualdad y a la integridad sexual. El Artículo 3 de la Ley N° 26.061 sienta el siguiente principio: *Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.* Esto llevó

⁷² 11º período de sesiones, 1992.

⁷³ 13º período de sesiones, 1994.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

a concluir que, en la dilucidación del conflicto planteado ante los estrados judiciales, debe prevalecer el supremo interés de la niña frente a la posible conculcación de los derechos del Sr. R., en tanto miembro de la comunidad indígena wichí. Finalmente, la aplicación del Art. 119 del Código Penal de la Nación Argentina implica que en el caso que la víctima sea una persona menor de trece años, siempre se considerará que se trata de una de las figuras delictivas contempladas por dicha norma, pues la ley presume que la persona menor de trece años no puede consentir una relación sexual con un/a adulto/a.

- Con relación a la discriminación étnica, el INADI estableció que “La realidad nos indica que estamos frente a un desafío: debemos tratar de desentrañar el significado antropológico y jurídico de las normas de derecho indígena en postulación; también propiciamos impulsar el más adecuado contenido de la ley que deberá hacer compatibles las funciones de justicia de las autoridades indígenas, con el sistema judicial y, principalmente, lograr la plena efectividad de los derechos humanos. Desde este Instituto, propiciamos entender el derecho indígena a partir de la fenomenología de la cultura, desentrañando sus fuentes histórico-jurídicas y sus complejas relaciones con el derecho estatal”.
- A la luz del Artículo 8 del Convenio 169 OIT, teniendo en cuenta que no existe en la Argentina normativa vigente para lograr la interpretación armónica del derecho nacional y los derechos de los pueblos indígenas, es posible extraer las siguientes conclusiones: “En primer lugar, el matrimonio privignático⁷⁴ con personas menores de edad no constituye una costumbre del pueblo wichí. En segundo lugar, las relaciones sexuales entre adultos/as y personas menores de edad conllevan un menoscabo a los derechos humanos de los niños y las niñas. Por último, el Artículo 35 del mencionado Convenio hace expresa mención a que su aplicación no debe menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales. Esto significa una visión integral de los instrumentos internacionales, que amplía el espectro de derechos y garantías de las personas”.
- Se sostuvo en el dictamen que la decisión de la Corte Salteña colabora en la construcción de un estereotipo negativo sobre los pueblos indígenas, pues se construye una imagen del indígena como contrario al respeto de los derechos humanos de las niñas, niños, adolescentes y mujeres en general y que “se excluiría a las niñas indígenas de la protección brindada por la normativa nacional e internacional, por su pertenencia a los siguientes grupos: wichí (indígena), mujer y niña”. Por último, la resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta conllevaría un obstáculo al acceso a la justicia y al derecho a una vida libre de violencia de las mujeres wichís por el sólo hecho de pertenecer a ese grupo.
- A modo de conclusión, el INADI sostuvo que “(...) la Resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta conforma un acto de discriminación en tanto el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional no exime de la aplicación de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación vigente en materia penal al Sr. R. Lo contrario significa una práctica discriminatoria hacia las niñas, adolescentes y mujeres pertenecientes a los pueblos originarios y comunidades indígenas. En el

⁷⁴ Matrimonio privignático sería aquel en que el cónyuge estaría unido tanto con la madre como con la hija.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

marco de las prescripciones descriptas, resulta apropiado hablar de una práctica discriminatoria en lo referente al discurso estereotipado y racista pronunciado por la Corte de Justicia de Salta. Este discurso, bajo la pretendida intención de defender los derechos de los pueblos indígenas, en realidad justifica la visión sexista avalada por la resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta. En consecuencia, por todo lo expuesto, este Instituto considera que E.T. y todas las niñas, adolescentes y mujeres pertenecientes a los pueblos originarios y comunidades indígenas, han sido discriminadas, a través de la resolución de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, por su condición de niñas, mujeres y por su pertenencia a la etnia wichi”.

Dictamen N° 017/10 emitido en Denuncia ME N° 4088/09 “CONFEDERACIÓN INDÍGENA NEUQUINA c/ MUNICIPALIDAD DE VILLA LA ANGOSTURA”

En un caso con grandes similitudes en los hechos al reseñado de la Comunidad Quom de Formosa, los denunciados Elias Marinan y Fidel Colipan, en su carácter de Logko y Werken en representación de la “Confederación Indígena Neuquina” (Confederación Mapuce) y Juan Manuel Salgado, apoderado, en representación de la Comunidad Mapuche Lof Paichil Antreao, denuncian por discriminación racial a la Municipalidad de Villa La Angostura⁷⁵.

Los denunciados arguyen que “El colectivo humano mapuce que hoy es Lof (‘comunidad’) Paichil Antreao, tiene presencia ancestral en la zona de Villa La Angostura, anterior a todo asentamiento ‘blanco’ en esa región y a la ocupación del mismo Estado argentino”. Asimismo, realizan un relato histórico detallado de los hechos que dieron lugar a la concesión de tierras a los jefes de las familias denunciados, allá por el año 1902. Con relación a los trámites tendientes a obtener la personería jurídica, los denunciados informan que en el año 2003 los iniciaron, y que la obtuvieron mediante la Resolución 220/2007 del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).

La Confederación Indígena Neuquina envió al Intendente Municipal una carta documento a fin de que, en su carácter de representante legal de la Municipalidad, pusiera término a los actos de discriminación racial realizados por la Convención Constituyente Municipal en perjuicio del Pueblo Mapuche y específicamente del Lof Paichil Antreao.

Conforme surge de fs. 22/24 el Intendente Municipal de la Ciudad de Villa La Angostura manifestó que la parte denunciante confunde a la Municipalidad de Villa La Angostura con la Convención Estatuyente que ha redactado la Carta Orgánica Municipal, es decir, confunde Poder Constituyente con Poder Constituido. Según el Sr. Intendente, la Municipalidad de Villa La Angostura, al no tener aún firme la sanción de su Carta Orgánica, se rige por la Ley 53 de la Provincia de Neuquén, que regula el funcionamiento de los Municipios. Asimismo,

⁷⁵ Sobre la historia de esta Comunidad de Villa la Angostura y los hechos que dieron lugar a esta denuncia, recomendamos la obra: “Historias de las Familias Mapuche Lof Paichil antrito y Lof Quintriqueo. Mapuche de la margen norte del lago nahuel Huapi”, Ferreira Editor, 3ra edición actualizada abril 2010, escrito por el equipo de Bibliotecas del Sur, Biblioteca Popular Osvaldo Bayer de Villa la Angostura. Se puede conseguir en la Biblioteca del INADI.

reitera que la Convención Estatuyente no reviste el carácter de órgano de la Municipalidad de Villa La Angostura, en tanto es un organismo extrapoder que ejerce funciones constitucionales específicas, ajenas a la intervención del Departamento Ejecutivo o del Honorable Concejo Deliberante. A modo de conclusión, sostiene la falta de legitimación de la Municipalidad de Villa La Angostura para ser denunciada por los actos traídos a conocimiento de esta Asesoría a través de los denunciantes.

Cabe aclarar que sobre este punto, y por las razones muy bien reseñadas en la obra citada en la nota anterior, la Municipalidad de Villa la Angostura ha venido sosteniendo que en la Villa nunca existieron comunidades de pueblos originarios preexistentes, por ende, propiedad originaria de las tierras. Sin perjuicio de ello, hay que adelantar que el concepto de "propiedad individual" que tiene nuestra Constitución Nacional y el Código Civil no existe en el concepto de "propiedad comunitaria" que tiene ancestralmente el pueblo Mapuce.

El INADI sostuvo en su dictamen sobre esta denuncia:

- Que "(...) la Carta Orgánica de Villa La Angostura no debe contrariar el Bloque de Constitucionalidad Federal, en tanto regla de reconocimiento constitucional. La aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27".
- Que el hecho de negar la preexistencia del pueblo mapuche y, en particular, el carácter de pueblo originario de la Comunidad Paichil Antreao, constituye un acto discriminatorio, en los términos del artículo 1º de la Ley Nº 23.592, normas concordantes y complementarias. Esta afirmación está respaldada por bibliografía y documentos que en su debido momento serán citados.
- (...) La Carta Documento suscripta por el Sr. Intendente de Villa La Angostura, constituye un retroceso en materia de derechos de los pueblos indígenas, contrario a la normativa nacional e internacional vigentes en la materia y opuesto totalmente al principio "pro homine".
- El INADI consideró que el desconocimiento del carácter de pueblo originario de la Comunidad Paichil Antreao, así como la negativa a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas en el territorio de Villa La Angostura, constituyen conductas de discriminación racial, encuadrables en el artículo 1º de la Ley Nº 23.592, normas concordantes y complementarias.
- Asimismo, se aconsejó la revisión de la Carta Orgánica de Villa La Angostura a efectos de que sea adecuada a la normativa nacional e internacional vigente con relación a los derechos de los pueblos indígenas. Por último, se solicitó a la Municipalidad de Villa La Angostura que respete, proteja, asegure y promueva los derechos de los pueblos indígenas en general, y de la Comunidad Paichil Antreao, en particular.

XV.- Recomendaciones Generales del INADI hasta 2010:

Desde 2007, el INADI comenzó a elaborar Recomendaciones Generales sobre graves temas de discriminación reiterados y que en función de ello cobran relevancia nacional. Por medio de estos informes se recomiendan medidas de acción tendientes a erradicar las situaciones de discriminación. Las recomendaciones generales se encuentran completas en la página web del INADI. Las mismas se emitieron sobre graves temas de discriminación reiterados y que en función de ello cobran relevancia nacional. Por medio de estos informes se recomiendan medidas de acción tendientes a erradicar las situaciones de discriminación. Hasta la fecha el INADI realizó 6 Recomendaciones Generales.

Cada una de estas recomendaciones fue enviada a las/os gobernadoras/es provinciales, a cada ministra/o o secretaria/o provincial competente en los temas, y a todas/os las/os diputadas/os y senadoras/es nacionales y provinciales.

Durante el año 2010 el INADI no realizó ninguna Recomendación General, aunque la llamada "Plataforma por una Internet Libre de Discriminación" ya comentada en el punto de libertad de expresión reúne algunas características similares a las llamadas Recomendaciones General. Estas son documentos oficiales, suscriptos por la presidencia del INADI, que fueron creadas en la gestión de la Dra. María José Lubertino.

La mayoría de ellas son textos extensos y medulosos donde se analiza jurídicamente el tema de cada una de ellas. Por esta razón, y siendo que las mismas pueden consultarse íntegramente en la pagina web, ofrecemos en los párrafos siguientes un resumen de cada una de ellas indicando la parte resolutive de las mismas.

Resumen de las Recomendaciones Generales del INADI:

RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 001/07: "DISCRIMINACIÓN AMBIENTAL POR DESMONTE" (de fecha 17/05/2007):

Esta Recomendación General tiene por objeto eliminar la situación de discriminación hacia de los pueblos indígenas, de los/as campesinos/as y pobladores/as de zonas aisladas.

Resolución:

- I. Que las situaciones de discriminación ambiental por causa de desmonte sean consideradas un asunto de interés prioritario por parte de los gobiernos locales y provinciales.
- II. Que las tareas de tala y desmonte, con la consecuente deforestación, sean detenidas hasta tanto se realice un reordenamiento forestal en cada una de las provincias.
- III. Que aquellos aprovechamientos que no impliquen desmontes y/o afectación al medio ambiente continúen sus actividades y sean adecuadas al resultado final del ordenamiento una vez concluido.
- IV. La inmediata y urgente sanción del Proyecto de Ley de "Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos" (en la actualidad, con media sanción de la Cámara de Diputados).

V. Que los gobiernos provinciales y locales instrumenten los “Presupuestos Mínimos” con un criterio de razonabilidad, respetando el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y, cuando fuera posible, instrumentando acciones afirmativas con relación a los grupos vulnerabilizados.

RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 002/07: “DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN SANITARIA DE CASOS DE ABORTOS LEGALES Y TRATAMIENTO POSTABORTO” (de fecha 23/05/2007):

La presente Recomendación General tiene por objeto eliminar la/s situación/nes de discriminación hacia las mujeres en la práctica de los abortos legales y la atención post-aborto, tanto en términos de evitar las dilaciones que implica someter innecesariamente los casos a la justicia como en relación a la prevención de la mortalidad de las mujeres a través de la correcta aplicación de la legislación vigente.

Con ese fin, se elaboró una propuesta que se adjuntó a la recomendación general como Anexo 1, la cual sugiere una reglamentación del procedimiento a seguir por los/as profesionales de la salud toda vez que se presente alguno de los casos previstos en el art. 86, incs. 1 y 2 del Código Penal y una mujer solicite la realización de un aborto legal.

Al mismo tiempo, se adjuntó a esta Recomendación General como Anexo 2, el “Protocolo de Atención Postaborto elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación” (En este caso se trata del presentado por el ex ministro de salud Dr. Ginés González García)

El INADI consideró, siguiendo los lineamientos de la propuesta Nº 236 del Plan Nacional contra la Discriminación, que existe una necesidad imperiosa de que la cuestión en torno al aborto no punible sea objeto del correspondiente debate democrático en el Congreso de la Nación, tal como lo viene reclamando desde hace años el movimiento de mujeres, que con ese fin conformó una coalición nacional conocida como Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal integrada por más de cien ONGs de todas las provincias del país.

La problemática del aborto clandestino en nuestro país y las muertes de mujeres que trae como consecuencia requieren un tratamiento urgente que brinde una solución clara e inmediata.

Resolución:

I. Que de manera inmediata los/as profesionales de la salud y los servicios médicos atiendan los casos de abortos legales sin dar intervención a ningún otro organismo.

II. Que de manera inmediata los/as profesionales de la salud y los servicios médicos apliquen en forma adecuada el “Protocolo de Atención Postaborto emitido por el Ministerio de Salud de la Nación”.

III. Al Ministerio de Salud de la Nación y a los Ministerios y/o Secretarías de Salud de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la adopción de un Protocolo para la Atención Sanitaria de Casos de Abortos Legales que garantice el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos de las mujeres en condiciones de

igualdad y sin discriminación, conforme lo dispuesto en el artículo 86, incs. 1 y 2 del Código Penal de la Nación, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en la materia.

IV. A los Ministerios y/o Secretarías de Salud de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la adhesión al Protocolo de Atención Postaborto elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación y el correspondiente monitoreo sobre el cumplimiento de las disposiciones allí contenidas a cargo del Ministerio de Salud de la Nación.

V. Al Congreso de la Nación y a las legislaturas locales, la sanción de normas que contemplen protocolos para la atención sanitaria de los abortos legales y de atención postaborto.

VI. Al Ministerio de Salud de la Nación, a los Ministerios o Secretarías de Salud de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, dar difusión a esta Recomendación General entre los/as profesionales de la salud y las mujeres en general.

RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 003/08: “EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN A CONSUMIDORES/AS DE DROGAS PROHIBIDAS” (de fecha 26/05/2008):

Esta Recomendación General concluye explicando que se pudo observar que los/as consumidores/as de estupefacientes son discriminados/as a través del régimen prohibicionista actual, que obstruye el efectivo ejercicio de sus derechos a la igualdad, a la intimidad, a la salud y al trabajo, en abierta contradicción con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Resolución:

I. Al Honorable Congreso de la Nación:

(i) Que sancione una ley que despenalice la tenencia de estupefacientes para consumo personal por su manifiesta inconstitucionalidad, al violentarse mediante tal criminalización el principio de NO discriminación, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la salud y el derecho al trabajo.

(ii) Que mediando un criterio de razonabilidad, se instrumenten acciones afirmativas con relación a los grupos vulnerados y hasta ahora criminalizados por el consumo de estupefacientes, en relación principalmente al acceso al trabajo y a los sistemas de salud.

(iii) Que estudie las consecuencias de otras normas señaladas en la presente recomendación, mediante las comisiones legislativas correspondientes, y se proceda a la reforma de las mismas.

II. Al Poder Judicial, que mediante el control difuso de constitucionalidad de las normas, las instancias inferiores, de alzada, y Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaren la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley 23.737, de concordar con los motivos expuestos en la presente y mientras dicha norma continúe en vigencia.

III. Al Ministerio de Salud de la Nación y a los Ministerios y/o Secretarías de Salud de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que arbitren los medios a fin de estudiar la posible implementación de una

política de “reducción de los daños” causados por el consumo de drogas prohibidas, como así también la debida asistencia, atención y acercamiento de los/as consumidores/as a los sistemas de salud (Medicinas Prepagas, Obras Sociales y Salud Pública).

IV. A los órganos públicos encargados de hacer cumplir la ley, entre otros al Ministerio Público Fiscal, fuerzas de seguridad y al Poder Judicial de la Nación, que arbitren todos los medios a su alcance a fin de perseguir los delitos de narcotráfico y distribución ilícita de estupefacientes con todo el énfasis y esfuerzo que tal persecución demanda, y castigar a los/as sujetos activos de tales delitos con todo el peso de la ley.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 004/08: “CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR PRIVACIÓN DE DERECHOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS INTEGRANTES” (de fecha 11/08/2008):

Esta Recomendación General expresa que, visto el avance en el derecho de los pueblos originarios, pero también considerando las cuestiones pendientes y con grave preocupación por la situación de discriminación estructural y que si bien ha sido objeto de reparación jurídica con la reforma constitucional de 1994, en la práctica, no se han registrado modificaciones sustantivas en cuanto al reconocimiento de los/as indígenas como ciudadanos/as plenos/as, de los pueblos indígenas como sujetos de derecho preexistentes.

Resolución:

I. A los Estados Provinciales reconocer de inmediato y garantizar efectivamente a los pueblos indígenas la propiedad de sus territorios, entendidos éstos como un concepto que incluye el espacio aéreo, las riquezas existentes en el subsuelo y los recursos naturales que hay en el bosque, los ríos y el suelo. En este sentido, el dominio sobre los recursos naturales se extiende no sólo a los que tradicionalmente han usufructuado, sino también a aquellos que pudieran ser utilizados en el futuro.

Que los Estados Provinciales y el Estado Nacional –en las tierras bajo su jurisdicción- efectivicen la propiedad del territorio indígena. Este reconocimiento deberá ser plasmado en un título único o en aquel instrumento que mejor se adecue a las costumbres de cada comunidad. En este sentido, se propicia la efectiva aplicación de la Ley N° 26.160 y su Decreto Reglamentario 1122/07.

II. Que los entes nacionales y provinciales de aplicación de la Ley N° 26.160 y su Decreto Reglamentario 1122/07, al momento de elaborar censos y estadísticas relativos a los pueblos indígenas, tomen en cuenta la cosmovisión de cada uno de los mencionados pueblos, como rasgo distintivo de los mismos.

III. Que el Poder Ejecutivo de la Nación reglamente a la brevedad la Ley N° 26.331 “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos” garantizando una adecuada participación a los pueblos indígenas víctimas de la discriminación ambiental y que entretanto, en los avances que implementen los gobiernos locales, se de amplia información y participación a los pueblos indígenas.

IV. Que el Congreso Nacional y las Legislaturas Provinciales, al sancionar leyes, tengan especial consideración con los derechos de los pueblos indígenas sin discriminación y el respeto a la diversidad de los mismos en lo

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

que respecta a idiomas, interculturalidad, etnias y cosmovisiones; y en los aspectos cultural, político, territorial, ambiental, laboral, educativo, sanitario, de acceso a la justicia y socioeconómico.

V. Que el Ministerio de Salud de la Nación y los ministerios de salud de las Provincias diseñen planes y acciones concretas, efectivas, mensurables y culturalmente aceptables para reducir la mortalidad infantil y mortalidad materna, la desnutrición, los embarazos adolescentes y la incidencia de enfermedades de transmisión sexual, en el marco del Programa de Salud para Pueblos Indígenas y del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, estimulando la participación activa de las mujeres.

VI. Que el Poder Judicial de la Nación y los Poderes Judiciales Provinciales garanticen el debido proceso, la presencia de traductores/as bilingües interculturales y que armonicen los distintos sistemas de justicia y aplicación del derecho positivo y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en cuestión.

VII. Que el Ministerio de Educación de la Nación y los Ministerios Provinciales, en consulta y colaboración con los pueblos indígenas y los organismos encargados de sus derechos, elaboren programas de educación pública y privada que reconozcan y traten la historia de marginación y asimilación forzada de estos pueblos y su especial relación política y jurídica con el Estado Nacional y los Estados Provinciales.

VIII. Al Congreso de la Nación sancionar una ley para la inmediata restitución a los pueblos indígenas de sus lugares sagrados, garantizando su participación en el proceso (Propuestas Generales N° 15 y 16 del Plan Nacional contra la Discriminación).

IX. Al Estado Nacional y los Estados Provinciales que implementen de manera inmediata –a través de la Secretaría de Cultura de la Nación y de las provincias- los mecanismos necesarios para dar cumplimiento efectivo a la Ley N° 25.517, en sentido de poner a disposición de los pueblos indígenas los restos mortales de aborígenes que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas. Se propone la coordinación de estos mecanismos a través del INAI y el INADI con participación de los pueblos indígenas (Propuesta General N° 51 del Plan Nacional contra la Discriminación).

X. A los organismos del Estado con competencia en la materia (INAI, RENAPER, etc.) que implementen una campaña nacional especial para inscribir y documentar en forma gratuita a todas las personas pertenecientes a los pueblos indígenas en todo el país. Se sugiere que esta campaña sea diseñada entre los mencionados organismos y las organizaciones de los pueblos indígenas de cada provincia con el objetivo de aplicar una metodología acorde con las necesidades y características de cada pueblo en cada región (Propuesta General N° 78 del Plan Nacional contra la Discriminación).

XI. Al INAI, al Consejo Nacional de la Mujer, en articulación con las instancias provinciales correspondientes y con el INADI, garantizando la participación indígena que diseñen conjuntamente un programa de fortalecimiento de las organizaciones de mujeres indígenas y de difusión de los derechos de las mujeres indígenas, orientado a promover su participación en las decisiones de las comunidades y a erradicar la violencia hacia ellas (Propuesta General N° 83 del Plan Nacional contra la Discriminación).

XII. A los Ministerios de la Nación, los Ministerios de las provincias, el Poder Judicial de la Nación y los poderes judiciales provinciales, que promuevan la realización de cursos especiales de aprendizaje de las lenguas de los pueblos originarios para el personal de las escuelas y hospitales (Propuesta General N° 169 del Plan Nacional contra la Discriminación), de las fuerzas de seguridad, de la justicia y de los centros de salud.

XIII. Al INAI y a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, que amplíen los programas destinados a la efectiva difusión de los derechos indígenas en todo el país y en las distintas lenguas indígenas que se hablan en Argentina (Propuesta General N° 215).

XIV. Recomendaciones especiales para Erradicar, Prevenir y Sancionar la Violencia Sexual contra las Mujeres Indígenas. Los Estados deben tomar medidas razonables para prevenir violaciones a los derechos humanos de las mujeres y la discriminación de género que esto implica y, cuando ello ocurra, deben adoptar todas las medidas necesarias a fin de investigarlas, castigar a los/as responsables y brindar el debido apoyo a las víctimas.

Por ello, el INADI recomienda al Estado Nacional y a los Estados Provinciales, a fin de modificar el patrón de impunidad y la falta de acceso a la justicia en los casos de violencia sexual contra mujeres indígenas:

(ii) Que el Estado Nacional y los Estados Provinciales pongan fin a la discriminación basada en la condición de mujer indígena: adopten las medidas efectivas, en consulta con los pueblos indígenas, para combatir los prejuicios y eliminar los estereotipos y la discriminación de los mismos. Las autoridades deberán garantizar la integración plena de una perspectiva de género en todos los programas de acción para hacer frente a la discriminación hacia los/as miembros de los pueblos indígenas, así como la adopción de medidas para abordar las repercusiones de esa discriminación en las mujeres de dichos pueblos.

(iii) Que las autoridades responsables de hacer cumplir la ley en cada jurisdicción establezcan procedimientos efectivos para responder a las denuncias de violencia sexual, a fin de que víctimas, familiares y testigos puedan presentar denuncias sin temor a represalias, con total confianza en que las autoridades se avocarán al caso con total seriedad y que actuarán de forma apropiada e imparcial. Las autoridades responsables de la investigación y el enjuiciamiento deben tener en cuenta las dificultades especiales a las que se enfrentan las mujeres indígenas que son víctimas de presunta violencia sexual para que se tramiten sus casos.

(iv) Que el Estado Nacional y los Estados Provinciales garanticen una actuación policial adecuada y eficaz estableciendo procesos efectivos para responder a las denuncias de violencia sexual, debiendo garantizar que se responda con prontitud a las mismas, que se adopten medidas efectivas para proteger a las víctimas frente a nuevos abusos, y que se emprendan investigaciones exhaustivas.

(v) Que las respectivas jurisdicciones garanticen el acceso a exámenes forenses/médicos/psicológicos de agresión sexual: A todas las mujeres que denuncien, ante un centro de salud o un/a funcionario/a responsable de hacer cumplir la ley, que han sufrido una agresión sexual se les debe ofrecer la posibilidad de someterse a un examen de salud confidencial adecuado y oportuno, sin coste para la superviviente, el que debe practicarse sin demora y a cargo de profesionales de la salud que tengan la capacitación adecuada, de manera de que el examen médico no implique una revictimización. Además, se deberán aplicar los procedimientos adecuados a fin de almacenar y preservar las pruebas de los exámenes forenses, como mínimo, hasta que expire el plazo fijado legalmente para la prescripción de los delitos.

(vi) Que cada jurisdicción garantice una atención médica adecuada, que incluya la garantía de acceso a servicios y suministros de salud sexual y reproductiva. Los centros de salud deberán contar con protocolos, que estén públicamente disponibles y se exhiban en el interior de las instalaciones, para responder a las denuncias

de violencia sexual. Tales protocolos deben exigir al personal que facilite información completa y exhaustiva sobre medidas tales como anticonceptivos de emergencia, pruebas y tratamiento para las infecciones de transmisión sexual y acceso a tales medidas, poniendo énfasis en la necesidad de confidencialidad; teniendo en cuenta las normas sociales y culturales de los pueblos originarios y en los idiomas mayoritariamente hablados en la zona de influencia.

(vii) Que cada jurisdicción garantice el acceso a la justicia y el debido proceso legal. Para tal fin, resulta fundamental establecer y aplicar programas de formación para garantizar que los/as funcionarios/as judiciales se encuentren capacitados/as para tratar casos de violencia sexual, conociendo las pautas socio-culturales de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios. Asimismo, que garantice el acceso de las víctimas de violencia sexual al correspondiente asesoramiento letrado.

(viii) Que el Congreso Nacional y las Legislaturas Provinciales, garanticen que las leyes y los sistemas judiciales federal y provinciales respeten las normas internacionales de derechos humanos en todos los niveles, incluidos los siguientes: la tipificación de los delitos, la investigación firme y la respuesta a las denuncias de violación y otros actos de violencia sexual, el procesamiento de los presuntos autores de delitos de violencia sexual en juicios que se ajusten a las normas internacionales sobre juicios con las debidas garantías, el castigo adecuado de las personas a las que se las declare culpables y la garantía de reparación completa a las sobrevivientes, una reparación que incluya restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

(ix) Que el Estado Nacional y/o los Estados Provinciales inviten a los procedimientos especiales de la ONU pertinentes –en particular el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y a la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias- y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a visitar el país con el fin de examinar las constantes de violencia contra las mujeres indígenas. También deben invitarles a formular recomendaciones detalladas sobre la manera de abordar las cuestiones planteadas.

RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 005/08 “CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD”

(de fecha 29/08/2008):

Que ante el crecimiento de las denuncias sobre actos discriminatorios en el ámbito de salud, el INADI decidió con carácter general emitir este documento.

Resolución:

I.- Que el Congreso Nacional apruebe una regulación de las empresas de medicina prepaga, otorgando las facultades de contralor a un órgano debidamente calificado para ello, en la órbita del Ministerio de Salud de la Nación, a fin de subsanar la falta de control estatal específico de las entidades o empresas que prestan servicios de medicina prepaga, sin perjuicio del control en los aspectos de su incumbencia que realiza la

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Subsecretaría de Defensa del Consumidor, para que esas entidades o empresas cumplan con sus obligaciones, especialmente las que surgen de la normativa que las compele a cumplir con la totalidad de la cobertura médica que requiera una persona que vive con discapacidad, que vive con v.i.h., con trastornos alimentarios o que depende del uso de drogas prohibidas (leyes 23.661, Sistema Nacional del Seguro de Salud; 24.455, sobre prestaciones obligatorias para beneficiarios de las Obras Sociales recipendarias del Fondo de Redistribución de la Ley 23.661 que viven con v.i.h. o dependen del uso de drogas prohibidas; 24.754, relativa a prestación de servicios de Medicina Prepaga; Ley de Trastornos Alimentarios) o necesiten otros tratamientos costosos, urgentes o especiales. De acuerdo a los dos proyectos de ley con estado parlamentario que existen sobre la regulación de las entidades de medicina prepaga, uno firmado por las diputadas Patricia Vaca Narvaja, Adela Rosa Segarra y Diana Conti (Expediente 2703-D-2008) y el otro firmado por los diputados/as Gorbacz, Belous, García Méndez, Benas y Fein (Expediente 2595-D-2008), en cuanto a las prestaciones obligatorias, ambos coinciden en que el piso es el P.M.O., pero el segundo aclara que “queda prohibida la cobertura parcial por motivos de alta complejidad o rangos de edad” (art. 6º, 5º párrafo). Este Instituto adhiere a este criterio, pero considera que además deberían contemplarse específicamente aquellos casos de prácticas costosas o urgentes y las personas que viven con discapacidad (aunque el primer proyecto hace referencia específicamente a la ley 24.901 de cobertura de las prestaciones para las personas que viven con discapacidad) y las otras cuestiones planteadas en el presente párrafo. Con respecto a la edad de las personas que conforman la población de socios que adhieren a las prepagas, este Instituto comparte el criterio que surge del proyecto 2703-D-2008 en cuanto a que “la edad no puede ser tomada como criterio de selección adversa” (art. 12). En materia de autoridad de aplicación de la ley, este Instituto hace suya la posición adoptada por el proyecto 2595-D-2008. Con relación a las preexistencias, este Instituto está de acuerdo con el proyecto de ley con estado parlamentario de regulación de las entidades de medicina prepaga 2595-D-2008 en cuanto a la prohibición de que sean motivo para excluir a las personas que quieran ingresar a este sistema de salud, pero no comparte el criterio que se desprende de este proyecto y del 2703-D-2008 de autorizar el cobro de cuotas más elevadas en esos casos.

II. Que el Congreso de la Nación expresamente establezca en la ley indicada en el punto anterior que las entidades o empresas que prestan servicios de medicina prepaga, además de “cubrir las mismas (...) ‘prestaciones obligatorias’ dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660 (Régimen de las Obras Sociales), 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones”, deberán brindar cobertura médica conforme la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad).

III. Que el Congreso de la Nación sancione una ley que expresamente establezca que las obras sociales cuando actúan en el sistema de adhesión, las mutuales y las entidades o empresas que prestan servicios de medicina prepaga no podrán ejercer en forma alguna del mal llamado “derecho de admisión”, por lo que estarán obligadas a aceptar a toda persona que lo solicite, adoptando las medidas que fueran necesarias para garantizar las prestaciones, dado que la ley deberá prohibir toda forma de carencia o preexistencia.

IV. La aprobación por los distintos poderes del Estado (Nacional, Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) de normas que establezcan expresamente que las obras sociales no adheridas a las leyes

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

23.660 (Régimen de Obras Sociales) y 23.661 (Seguro Nacional de Salud) están obligadas a brindar a sus afiliados/as las mismas prestaciones que aquéllas que adhirieron a dicho régimen.

V. Que la Superintendencia de Servicios de Salud, organismo de control de las Obras Sociales, arbitre los mecanismos necesarios a los efectos de adoptar en el plazo más breve posible medidas de protección efectiva que permitan exigir en forma inmediata a las Obras Sociales el cumplimiento de sus obligaciones e imponer sanciones en el caso de incumplimiento de la cobertura médica que requiera una persona que viva con discapacidad, obesidad o con v.i.h. o sida o necesite otros tratamientos especiales, urgentes o costosos (esto comprende los tratamientos oncológicos, cirugías plásticas para reconstrucciones mamarias, patologías neurológicas, psiquiátricas, tratamientos prolongados, enfermedades raras, con dependencia respecto a las drogas, etc.).

VI. El perfeccionamiento de controles adecuados por parte del Poder Ejecutivo Nacional y la asignación por el Congreso Nacional de un presupuesto acorde con las prestaciones necesarias a fin de garantizar la atención de personas que viven con discapacidad, v.i.h., sida u obesidad, que dependen del uso de drogas prohibidas o que necesitan otros tratamientos costosos, urgentes o especiales por parte del Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados (INSSJP - PAMI) y los prestadores del Programa Federal de Salud (PRO-FE).

VII. Que el Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación de la Ley de Trastornos Alimentarios, tome en forma urgente las medidas necesarias a los efectos de garantizar su implementación, en especial, la incorporación de la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios al P.M.O. (prevista en el artículo 15), así como la realización de campañas de concientización acerca de la prevención y tratamiento de estas enfermedades. Asimismo, que el Poder Ejecutivo Nacional disponga las medidas previstas en el necesarias a fin de dar cumplimiento a los artículos 20 (relativo a la publicidad de los riesgos de las grasas trans) y 21 de dicha ley (dictar las disposiciones de carácter sancionatorio para el caso de su incumplimiento, teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la reiteración de la misma). Igualmente, que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dicten normas de igual naturaleza a las previstas en la Ley de Trastornos Alimentarios, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.

VIII. Que los poderes legislativos y los Ministerios y Secretarías de Salud de la Nación, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales adopten las medidas necesarias para garantizar el acceso de todas las mujeres a todos los derechos sexuales y reproductivos, incluidos la anticoncepción de emergencia, la atención de abortos legales y post aborto, así como los estudios preventivos de las patologías génito mamarias.

IX. Que el Congreso Nacional modifique la Ley Nacional 25.673 (Salud Sexual y Procreación Responsable) a fin de que todos los centros de salud sin excepción estén obligados a prescribir y suministrar métodos anticonceptivos y que no puedan aducir "objeción de conciencia" para no brindar este asesoramiento, más allá de la "objeción de conciencia" individual siempre que se asegure su provisión en el mismo servicio y sin demoras.

X. Que el Estado Argentino ratifique el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco y que los Ministerios de Salud de la Nación y provinciales realicen campañas de concientización de la población sobre los perjuicios ocasionados por el consumo del tabaco.

XI. Que el Ministerio de Salud de la Nación modifique la resolución N° 865/2006 que reglamenta la Ley Nacional N° 22.990, en el punto “H.19.2.C” sobre regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos, para erradicar la discriminación, dado que, como ha sostenido este Instituto en su dictamen N° 338, de fecha 14 de diciembre de 2006, no pueden establecerse “limitaciones basadas en el potencial riesgo, éste nunca debe ser medido por las características personales del/la donante, sino que debe tenerse en cuenta el hecho de haber realizado conductas que –no siendo riesgosas en sí mismas- se han llevado a la práctica en un modo riesgoso, es decir, sin las medidas preventivas que cada caso exige (preservativos, barreras de látex, jeringas descartables, etc.). Realizar juicios de valor sobre la calidad de la sangre de las personas sólo por el hecho de pertenecer a cierta minoría o realizar ciertas actividades es, no sólo un determinismo y una violación al principio de no discriminación, sino que también implica vulnerar sus derechos a la autonomía personal, a la dignidad, el respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y a la protección de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo”. Asimismo, recomienda que el mencionado Ministerio realice las campañas necesarias para concienciar a los profesionales de la salud y la población en general.

XII. A las Facultades de Medicina y los Ministerios de Salud de la Nación y provinciales que tome las medidas necesarias para la concientización acerca de la existencia de las enfermedades raras, tanto entre los/as profesionales de la salud como hacia la población en general para prevenirlas y evitar la discriminación de las personas que viven con ellas.

XIII. A las Facultades de Medicina y a los Ministerios de Salud de la Nación y las Provincias que tomen las medidas necesarias para la concientización de los/as médicos/as ginecólogos/as desde su formación en la carrera de grado para la atención de mujeres lesbianas a los efectos de que les brinden atención adecuada sobre la prevención de las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS), así como el acceso a los servicios de fertilización asistida sin discriminación alguna.

XIV. Que el Congreso de la Nación sancione una ley nacional que permita el acceso de las personas trans, con el debido consentimiento informado, a intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo y al Ministerio de Salud incorporar estas prácticas en el P.M.O.

XV. La aprobación a nivel nacional y provincial de normas que establezcan la obligación general de que los datos referidos a las enfermedades sean registrados con determinadas restricciones de acceso, tanto más severas cuanto mayor estigmatización potencial o posibilidad de discriminación pudiera generar su trascendencia.

RECOMENDACIÓN GENERAL N° 006/09: “DISCRIMINACIÓN EN LA OFERTA DE EMPLEOS” (de fecha 12/02/2009):

Esta recomendación se dicta ante el crecimiento de la discriminación en la oferta de empleos, por razón edad, sexo, etc. Instando a las autoridades a reglamentar la misma conforme lo establecido por la ley 23.592 y normativa relacionada.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

Resolución:

- I. Que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social persevere en sus políticas públicas orientadas a que, en el ámbito del trabajo, así como en la contratación de recursos humanos, se respeten los derechos humanos y la dignidad de los/las trabajadores/as, sin exigirse otros requisitos que no sean la aptitud, habilidad o conocimientos para desempeñar una tarea o función.
- II. Que los/as empleadores/as, áreas de recursos humanos, empresas, agencias de colocación de personal, consultoras u otras entidades que sirvan de intermediarias en las ofertas de empleo, no incorporen en las ofertas de empleo requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.
- III. Que las ofertas de empleo, en particular, no incluyan preferencias en virtud del género, evitando la indicación de que una determinada oferta laboral es sólo para varones o sólo para mujeres, excepto en los casos en que el/la empleador/a convocante manifieste que lo hace como medida de acción positiva tendiente a reparar una situación de desigualdad imperante en su planta de personal, lo que, de ser necesario, deberá ser demostrado ante la autoridad competente.
- IV. Que se utilice lenguaje neutral o de género en la redacción de los avisos de búsqueda de empleo, evitando referencias tales como “empleado”, “técnico”, “secretaria”, que sugieran que la convocatoria se dirige a varones o mujeres exclusivamente. En los casos donde, por las particularidades propias del lenguaje la convocatoria pueda prestarse a confusión, se deberá indicar que la misma esta dirigida a ambos sexos.
- V. Que no se incluyan en las búsquedas de empleo límites de edad, evitando también la utilización de referencias tales como “joven y dinámico” o “persona madura”, que indirectamente sugieran que la convocatoria se dirige a cierto grupo etario.
- VI. Que no se incluyan en las ofertas laborales, por cualquier medio que se realicen, referencias al aspecto físico que deberán tener los/las candidatos/as, entendiéndose como tales, pero no exclusivamente, las referencias que indican “buena presencia”, “muy buena presencia” y las que especifican caracteres físicos que deberán poseer los/as aspirantes.
- VII. Que no se solicite la remisión de una fotografía conjuntamente con el currículum vitae de los/las candidatos/as, y que, por el contrario, se indique la necesidad de que el/la candidata/a se abstenga de remitirla.
- VIII. Que no se habilite la opción de incorporar una fotografía en los buscadores de empleo que existen en internet.
- IX. Que no se incluyan en los avisos de empleo referencias a la nacionalidad u origen de los/las candidatos/as, como así tampoco al lugar de residencia que deben tener. En este último caso el aviso debería limitarse a informar la zona/barrio/ciudad en que el trabajo deberá ser desempeñado.
- X. Que las empresas se abstengan de recurrir a exámenes socioambientales durante el proceso de selección de personal, considerando que los mismos resultan violatorios del derecho a la intimidad de los/as candidatos/as y dan lugar a criterios discriminatorios relacionados con la condición social y lugar de residencia, entre otros.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

XI. Que los formularios de solicitud de empleo, sean estos en soporte papel o páginas web, no incluyan preguntas referidas a la nacionalidad, edad, sexo, estado civil, estatus familiar, enfermedades, domicilio, o cualquier otra pregunta o consideración que no esté objetiva y razonablemente relacionada con el trabajo que se ofrece o los requerimientos del puesto de trabajo.

XII. Que en los procesos de selección de personal se recurra a curriculums que sólo contengan el apellido del/la aspirante, sin nombres. Este tipo de presentación supone además que tampoco se exija foto, edad, dirección, sexo, estado civil u otra identificación. Sólo se debe indicar un número telefónico, casilla electrónica o similar, para efectos de la comunicación durante el proceso de postulación.

XIII. Que en aquellos casos en que se entienda que, por las particulares condiciones del trabajo ofrecido, se requiere que los/las candidatos/as presenten alguna de las características aquí sospechadas de discriminatorias, las razones sean aclaradas en el aviso de empleo y/o justificadas ante la autoridad competente.

XIV. Que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social procure la extensión del "Programa de Formación y Certificación de Competencias Laborales" a otras actividades además de las ya incluidas, fomentando su aceptación entre los/as empleadores/as y promocionando su existencia entre los/as trabajadores/as.

XV. Que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social promueva áreas de acceso al trabajo que permitan la reinserción social de los/as liberados/as que hubieren cumplido su condena y desarrolle una política pública de incentivos a quienes contraten liberados/as para trabajar.

XVI. Que las empresas, agencias de colocación de personal y cualquier otro/a intermediario/a en el proceso de contratación de trabajadores/as expresen su compromiso y adhesión a los principios del programa "Red de Empresas por la Diversidad" de este Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

XVII. Que el Congreso de la Nación Argentina, sancione una ley que contemple una figura que prohíba, de manera específica, la discriminación en la oferta de empleos. A tales efectos, este organismo sugiere la siguiente redacción:

ARTÍCULO 1º.- Las ofertas de empleo no podrán contener requisitos discriminatorios. Se entenderá que un requisito es discriminatorio cuando excede la idoneidad para el puesto e implica una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados pretextos, como la etnia, el género, la orientación sexual y/o identidad de género, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la discapacidad, la edad, estatus familiar y/o marital, o cualquier otra condición social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad real de oportunidades o de trato en el acceso al empleo y a las diversas ocupaciones.

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

ARTÍCULO 2º.- Las ofertas de empleo que impliquen acciones afirmativas, orientadas a promover la igualdad real de oportunidades en el acceso al empleo para un grupo tradicionalmente vulnerable en el ámbito laboral, no se encuentran comprendidas en la prohibición a que hace referencia el artículo 1º de la presente Ley.

ARTÍCULO 3º.- Queda prohibida la realización de exámenes socioambientales en el domicilio de los/as candidatos/as.

ARTÍCULO 4º.- La realización de cualquiera de las conductas prohibidas en los artículos 1º y 3º de la presente ley, dará lugar al pago de una multa de entre \$ 500 (pesos quinientos) y \$5000 (pesos cinco mil) de la que serán solidariamente responsables quien ofrezca el puesto de trabajo -se trate de una persona física o jurídica-, la agencia de publicidad, la consultora o cualquier otro intermediario en las ofertas de empleo incluido el medio de comunicación que publica la oferta.

Pablo Oscar Rosales

ABOGADO

ARTÍCULO 5º.- El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será el organismo encargado de la aplicación de la presente ley.

ARTICULO 6º.- El dinero recaudado por aplicación de la multa a la que se refiere el artículo 4º será destinado a la elaboración de campañas educativas y de difusión, tendientes a la prevención y eliminación de la discriminación en el ámbito laboral, siendo el órgano de elaboración y ejecución de estas campañas el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo en coordinación con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.