

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA TOTAL DE LA SEÑORA DIPUTADA GINZBURG. MODIFICACIONES A LA LEY 23.592 –ACTOS DISCRIMINATORIOS– Y AL CODIGO PENAL

Señor presidente:

Por la presente vengo a fundamentar la disidencia total con el proyecto del expediente 254-D.-09 en función de los siguientes argumentos.

Sostengo que la ley 23.592 ha tenido un buen funcionamiento y, en todo caso, lo único que tal vez restaría es, luego de un estudio concienzudo, incorporarle categorías faltantes.

Por el contrario, el proyecto presentado expone características autoritarias, que tenderán a una caza de brujas, a limitar la libertad de expresión, cuando no a favorecer el abuso de las minorías. En los países democráticos gobiernan las mayorías con respeto a las minorías, pero existe también una obligación de éstas de no agraviar a las mayorías, como tantas veces se advierte, más en los últimos tiempos.

A mi criterio, pertenecer a ciertos grupos o atravesar algunas situaciones que, por determinadas particularidades, les crean escenarios desventajosos, no significan que esos grupos puedan abusarse, asumiendo muchas veces, inclusive actitudes de superioridad que los llevan lisa y llanamente a ofender a otros conglomerados. En estos supuestos pareciera que todo les está permitido, y ello es inadmisibile.

Cierto es que en la vida real se dan contextos de desigualdad, y ellos son recogidos muchas veces por la legislación positiva para tratar de buscar un equilibrio. Así, el “in dubio pro reo” en el ámbito penal, el “in dubio pro operario”, en el laboral, o la ley de cupos, en la vida política, entre otros, son ejemplo de ello.

Pero esto no supone que tengan derechos por sobre los demás, hasta el punto de colocar a los últimos en condiciones prácticamente de indefensión.

Y ello mucho más cuando lo que puede estar en juego es la libertad de pensamiento y expresión, de antigua raigambre constitucional.

En primer término, me resulta muy peligroso que las causales de discriminación no se hayan consignado taxativamente. Cualquier estado de susceptibilidad, que en verdad no haya sido provocado por una real discriminación dará lugar a una denuncia. Florecerán los litigios y cualquier duda hará pensar en una discriminación.

La igualdad real supone que en similares circunstancias se puedan llevar a cabo los mismos actos. En tal sentido un joven de 18 años podría sentirse discriminado por no poder ser presidente de la nación, cuando un hombre de 50 sí lo puede. De estos ejemplos hay muchos, y esto sí es verdaderamente excesivo e imprudente.

La consideración de la discriminación, salvo casos palmariamente indubitables, es algo muy subjetivo. Preocupa que en los fundamentos de este proyecto se afirme que el mismo será de aplicación cuando “aunque no se tenga la intención de discriminar el resultado sea irrazonable”. La discriminación sólo puede configurarse con algún tipo de dolo. Y, además, ¿quién va a resolver si el resultado es o no irrazonable? Por lo demás, esta aseveración es sumamente incierta, vaga y confusa, ya que no sabemos si se refiere a una situación fáctica concreta o al estado anímico del supuesto discriminado, lo que conlleva a vulnerar el derecho de defensa del acusado. Es muy absolutista porque se presta a cualquier derivación, amén de ser sumamente incierto. Esto tiende a pretender un pensamiento único.

La inversión de la carga de la prueba en todos los supuestos apunta contra el principio general del derecho que afirma que pesa sobre quien alega un hecho la carga de probarlo. Solamente se conoce un caso en nuestra legislación de inversión de carga de la prueba, que es el artículo 268 del Código Penal relativo al enriquecimiento de los funcionarios públicos, precisamente por el sentimiento de alguna superioridad que parecerían provocar

sobre el resto de las personas y por la delicada función que les ha sido encomendada al servicio del bien común, que no permite, sensatamente, situarlos en igualdad con los demás en relación a este punto.

Pero no es el caso de la discriminación. El proyecto confunde estado de sospecha con inversión de la carga de la prueba. Confunde, también, sostener que toda discriminación es inconstitucional, lo que no es absolutamente cierto en todos los casos, como ya lo indicara, con la forma en que se instrumenta el trámite para llegar a la conclusión que un acto tuvo carácter discriminatorio.

Se traen a colación fallos de la ciudad referidos a la edad para ejercer la docencia, que me parecen muy plausibles. También los hay en relación a la nacionalidad, concretamente en relación a una docente uruguaya, aunque aquí no se los haya citado.

Pero estos casos no tienen nada que ver con el aventurado proyecto que se propone, que como dijimos adolece de graves errores de técnica jurídica al establecer como conductas reprochables acciones que se desconocen. Que, además, establece la discriminación por culpa, y lo que es más grave, invierte la carga de la prueba que terminará sancionando a todos como culpables, pues en la mayoría de los casos esta prueba es de difícil, cuando no imposible, producción. No estamos frente a dinero o bienes que deben justificarse cómo se obtuvieron (caso de los funcionarios públicos), sino simple y usualmente, ante intenciones, prácticamente improbable de demostrar.

En los fundamentos se hace referencia a Dvorkin cuando alude al daño que han producido la diferencias raciales (no es para menos, si tenemos en cuenta los espeluznantes genocidios) y también a la situación de desigualdad que por una cuestión de asimetría en la relación se genera en la esfera laboral (que como ya he dicho ha llevado inclusive a resolver, en la duda, a favor del trabajador), pero no puede comparárselas en todos los casos ligeramente con el resto de las causales, cuando cada una tiene rasgos distintivos y no pueden ser evaluadas en su totalidad del mismo modo. Esto constituye un simplismo alarmante, con consecuencias impredecibles.

Por las razones expuestas, adelanto mi voto por la negativa.

Nora R. Ginzburg.