



COMENTARIOS Y APORTES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

SOBRE LOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEY DE ACTOS DISCRIMINATORIOS (N° 23.592)

Comisión de Derechos Humanos y Garantías

Cámara de Diputados de la Nación

13 de julio de 2016

1. PRESENTACIÓN

En primer lugar, queremos **agradecer la invitación** para que el Ministerio Público Fiscal pueda participar del debate sobre los proyectos de reforma a la ley nº 23.592. Actualizar una ley que ya tiene 30 años de vigencia constituye, a criterio del MPF, una iniciativa muy importante.

En este tiempo fuimos protagonistas de **muchos avances en materia de igualdad y no discriminación**, tanto desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (se sancionaron nuevos tratados, hubo importantes desarrollos jurisprudenciales), como desde el derecho interno, incluida una reforma constitucional. Argentina es un país modelo en materia de reconocimiento legal de derechos humanos. Por ello, **el ordenamiento legal argentino se merece** una nueva ley antidiscriminatoria.

De acuerdo con la Ley Orgánica (ley nº 27.148), el MPF tiene como misión especial “velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte...” (art. 1). Y tiene como uno de los principios funcionales el de bregar por el respeto y garantía de los derechos humanos (art. 9 inc. c). Este mandato atraviesa y guía la mayor parte de las actividades cuyo desenvolvimiento se le encomienda al MPF, tanto en materia penal como no penal.

Por su parte, la **Dirección General de Derechos Humanos (DGDH)**, creada en noviembre de 2015 por Resolución PGN Nº 3468/15, como una dependencia permanente del organismo, está orientada a potenciar las distintas políticas de protección de derechos fundamentales que se impulsan desde el Ministerio Público Fiscal. En particular, colabora con los/as fiscales y las diferentes áreas del Ministerio Público para asegurar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.



Como parte de nuestro trabajo, la Dirección ha elaborado una “**Colección de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos**”. Esta publicación compila, analiza y sistematiza los dictámenes más relevantes elaborados por la Procuradora General y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años (desde el 2012 hasta la fecha), y se actualiza periódicamente, con los nuevos dictámenes que se presenten. En especial, el segundo cuadernillo de la colección está dedicado a la temática del derecho a la igualdad y no discriminación.

Es entonces bajo este mandato legal y reglamentario en el que venimos a exponer la **postura de esta Dirección General de Derechos Humanos del MPF sobre algunos** de los asuntos vinculados con la reforma a la Ley de Actos Discriminatorios. En este sentido, no vamos a referirnos a todos los temas, sino sólo a aquellos que se vinculen estrictamente con el rol del MPF o en los que el MPF ha fijado posición en los dictámenes presentados ante la Corte Suprema.

Una aclaración adicional. Realizaremos comentarios sobre **seis de los siete** proyectos que, según nos informaron, tienen estado parlamentario. Se trata de los proyectos: **1) 2353-D.-16** (T.P. Nº 45), presentado por las diputadas Ana Carla Carrizo y Silvia A. Martínez; **2) 1450-D.-16** (T.P. Nº 26), presentado por los diputados Daniel A. Lipovetzky, Fernando Sánchez, Lucas Incicco, José Luis Patiño y Gisela Scaglia; **3) 1217-D.-16** (T.P. Nº 21), de los diputados María Fernanda Raverta, Marcos Cleri, Juan Manuel Huss, Ana Carolina Gaillard, Máximo Kirchner, Andrés Larroque, Walter Santillan, Nilda Carrizo y Mayra Mendoza; **4) 2447-D.-15** (T.P. Nº 41), de los diputados Carlos Heller (Frente Nuevo Encuentro), Juan Carlos Junio (Frente Nuevo Encuentro), Adela Segarra (Frente para la Victoria PJ) y Araceli Ferreyra (Frente para la Victoria PJ); **5) 1281-D.-15** (T.P. Nº 18), de Diana Conti (Frente para la Victoria – PJ), Gastón Harispe (Frente para la Victoria – PJ), Carlos Raimundi (Frente Nuevo Encuentro), Stella Maris Leverberg (Frente para la Victoria – PJ), Alicia Comelli (MOV POP Neuquino), Remo Carlotto (Frente para la Victoria – PJ) y Margarita Stolbizer (GEN) ; **6) 380-D.-15** (T.P. Nº 4), presentado por los diputados Mario R. Fiad (UCR), Miguel Angel Giubergia (UCR), Eduardo Costa (UCR), Bernardo Biella



Calvet (UDESCO Salta), Patricia Giménez (UCR), José Luis Riccardo (UCR) y Susana Toledo (UCR); al que luego se sumó Mario Barletta (UCR) (por 461-D.-15)¹.

A continuación, entonces, nos referiremos a los siguientes temas vinculados con los proyectos de reforma: *i)* cuáles deberían ser las categorías protegidas por la ley antidiscriminatoria, los riesgos de su ampliación ilimitada y la necesidad de contemplar criterios no explícitos; *ii)* la importancia de explicitar el carácter federal de la norma y definir la competencia federal en materia penal para vigilar su cumplimiento; *iii)* la necesidad de definir mejor el alcance de la regla de la inversión de la carga de la prueba; *iv)* sobre las medidas de acción positiva, en especial incluir también como obligados a particulares y de incorporar entre ellas la implementación de ajustes razonables; *v)* el deber de reparar los actos discriminatorios; y *vi)* la cuestión de la legitimación activa, en particular del MPF para impulsar acciones colectivas, y de las asociaciones para constituirse en querellantes. Por último aportaremos estadísticas sobre la aplicación de la ley nº 23.592 en el ámbito penal y expondremos la postura del MPF respecto del instituto de suspensión del juicio a prueba en estos casos.

2. RESPECTO A LAS CATEGORÍAS Y/O CLASIFICACIONES MOTIVO DE PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA

Los seis proyectos de ley analizados amplían el listado de las causales sobre los que debería recaer una protección especial contra cualquier acto discriminatorio, al incorporar nuevas categorías, grupos y/o colectivos.

En primer lugar y en términos generales, celebramos esta ampliación pues existe suficiente consenso respecto de que el texto hoy vigente resulta poco abarcativo en torno a los motivos y clasificaciones que se consideran “particularmente” actos u omisiones discriminatorios².

Al respecto, en los últimos años se han reconocido a nivel legislativo otras categorías como merecedoras de tutela en regulaciones específicas. Sería deseable, en consecuencia, que el nuevo texto de la ley antidiscriminatoria incorpore al menos estos motivos a fin de constituirse en **un cuerpo**

¹ No pudimos acceder al proyecto 503-D.-15 (T.P. Nº 6), presentado por el diputado Francisco De Narváez (Unión Celeste y Blanco).

² Art. 1, segundo párrafo, ley nº 23.592: “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**”.



jurídico sistemático. Nos referimos a las categorías de migrantes³, refugiados⁴, usuarios del sistema de salud mental⁵ y a la identidad de género⁶, entre otras.

Ahora bien, es preciso tener cuidado al momento de ampliar los motivos o categorías de discriminación prohibidas máxime si se advierte que los proyectos de ley en discusión, en general, no sólo definen políticas públicas sino que además establecen responsabilidades administrativas, judiciales o incluso penales frente a tales actos u omisiones. En otras palabras, no es lo mismo ampliar las categorías para establecer parámetros de políticas de prevención o concientización, que incorporar nuevas categorías para definir agravantes en materia penal⁷. Es necesario resaltar, asimismo, que en muchos de los proyectos⁸ esta ampliación de motivos genera, a su vez, consecuencias en materia de inversión de la carga de la prueba —tema sobre el que volveremos más adelante—.

La recomendación sería entonces que hay que **actuar con cautela** y analizar en detalle cuáles son los diagnósticos que justifican incorporar determinadas categorías como categorías prohibidas. Se debe tener en cuenta que si el listado se amplía en demasía se corre el riesgo de que toda diferencia de trato sea discriminatoria y genere responsabilidad jurídica (administrativa, judicial).

Por lo demás, **los listados pueden no ser taxativos**. Al respecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen una fórmula amplia que permite cobijar situaciones no enunciadas o no contempladas *a priori*. Nos referimos a la fórmula “cualquier otra condición social”, prevista en los arts. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

En este punto, corresponde recordar el recorrido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar tal expresión (“cualquier otra condición social”) contenida en el

³ Ley Nacional de Migraciones (nº 25.871).

⁴ Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (nº 26.165).

⁵ Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental (nº 26.657).

⁶ Ley de Identidad de Género (nº 26.743).

⁷ Se trata de los siguientes proyectos: 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1217-D.-16 (T.P. Nº 21); y 2447-D.-15 (T.P. Nº 41).

⁸ Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1450-D.-16 (T.P. Nº 26); 1217-D.-16 (T.P. Nº 21); 2447-D.-15 (T.P. Nº 41); y 1281-D.-15 (T.P. Nº 18).



artículo 1.1. de la CADH. Así estableció que “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas [desde una] perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo⁹.

En particular, esta tesis interpretativa fue utilizada para ampliar la protección convencional contra la discriminación. En efecto, en el caso *“Atala Riffó”* la Corte IDH dejó establecido que *“la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”*¹⁰.

Por último, tal como veremos en las estadísticas del MPF que presentaremos más adelante, la aplicación de los agravantes o de los delitos tipificados en la ley nº 23.592 ha sido bastante escasa. Entonces, si la ley vigente —que contempla pocos supuestos penales— ha sido poco aplicada, ¿cuál es el diagnóstico del que se parte para considerar que se protegerá mejor el derecho a la igualdad o a la no discriminación (bien jurídico supuestamente tutelado en la norma) mediante la tipificación de nuevos motivos discriminatorios?

Sobre la importancia de contemplar también los motivos de discriminación no explícitos

A su vez, uno de los proyectos reconoce también como motivos de discriminación aquellos que no son explícitos¹¹.

Al respecto, el MPF ha sostenido que los motivos de discriminación no explícitos también pueden configurar discriminación. Así, en coincidencia con lo sostenido por la CSJN en *Fallos* 334:1387, el MPF consideró que los prejuicios discriminatorios dominantes operan normalmente de modo inconsciente en el comportamiento de los individuos. Cuando figuran entre los motivos conscientes que guían la

⁹ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Serie A Nº 16, 1 de octubre de 1999, pára. 115.

¹⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Considerando 91.

¹¹ Se trata del proyecto 1217-D.-16 (T.P. Nº 21).



acción de las personas, éstas normalmente lo ocultan, disfrazando el prejuicio con el ropaje de otras razones aparentes (cfr. "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo" - S 932 L XLVI¹²).

3. SOBRE LA IMPORTANCIA DE DEFINIR LA COMPETENCIA FEDERAL EN MATERIA PENAL

A criterio del MPF, la reforma a la ley antidiscriminatoria debería ser aprovechada para **explicitar que se trata de una ley de naturaleza federal**, que corresponde a todos los tribunales del país su aplicación pero que **en el ámbito penal es competencia de la justicia federal** vigilar su cumplimiento.

En numerosos dictámenes, y de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, el MPF ha sostenido la naturaleza federal de la ley nº 23.592, por entender que reglamenta un principio constitucional, que excede el interés particular y que afecta a toda la comunidad (cfr. "R., Nicolás Raúl s/ inf. art. 3 ley 23.592". COMP, 302, XLVII, dictamen de fecha 15 de junio de 2011¹³).

La cuestión de la competencia federal de la ley en materia penal fue además motivo de un pronunciamiento del MPF respecto del Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales (ley nº 26.357, promulgada el 28/03/2008). En esa oportunidad —opinión que podría ser aplicada también a la Transferencia de Competencias Penales y Contravencionales de la Justicia Nacional Ordinaria a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobada en el año 2011 mediante la ley nº 26.702), se consideró que toda vez que esa ley exceptúa específicamente de ese traspaso a los delitos de competencia federal (cláusula primera), y que la CSJN tiene dicho que las infracciones descriptas por el artículo 3º de la ley nº 23.592 suscitan la intervención de ese fuero, correspondía a la justicia de excepción continuar con la investigación (cfr. "Diario La Nación s/ actos discriminatorios", S.C. Comp. 445, L.XLV, dictamen del Procurador Fiscal ante la CSJN, Luis S. González Warcalde del 26 agosto de 2009¹⁴).

¹² Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S_932_L_XLVI.pdf

¹³ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2011/GWarcalde/junio/R_Nicolas_Comp_302_L_XLVII.pdf

¹⁴ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2009/GWarcalde/agosto/Diario_L_N_Comp_445_L_XLV.pdf



Por lo demás, el carácter federal de la norma no afectaría las disposiciones procesales previstas en el proyecto, ya que en este aspecto el objetivo de la ley es asegurar la adopción de medidas mínimas efectivas contra la discriminación.

En este sentido, la CSJN le exigió a las provincias la aplicación de normas o interpretaciones del derecho federal en casos específicos de no discriminación. En el antecedente “Pellicori”, señaló que “...la ley federal 23.592... no sólo reglamenta directamente el principio de igualdad del citado art. 16 de la Constitución Nacional (...), sino que, además, debe ser entendida como un ‘ejemplo’ o ‘reflejo’ de la ‘exigencia internacional’ de realizar por parte de los Estados ‘acciones positivas tendientes a evitar la discriminación’, lo cual también alcanza a la ‘interpretación’ que de aquélla hagan los tribunales...” (CSJN, “Pellicori”, *Fallos* 334:1387¹⁵).

Sería deseable, en consecuencia, que la nueva ley saldara la discusión jurisprudencial explicitando el carácter federal de la norma y la competencia federal en materia penal.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE PRECISAR MEJOR EL ALCANCE DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Varios de los proyectos de ley bajo estudio consagran la regla de la inversión de la carga de la prueba para la acreditación de los supuestos de discriminación¹⁶ —exceptuando en general del principio a los procesos penales o contravencionales—. Se trata de una **regla muy importante** en tanto reconoce las dificultades probatorias propias de este tipo de casos, en particular cuando se trata de discriminaciones indirectas; es decir, aquellos casos en que una norma, disposición, criterio o práctica aparentemente neutra es susceptible de repercutir negativamente en grupos sociales vulnerados identificados con alguno de los motivos.

Justamente por ello es preciso tener en cuenta que muchas veces la discriminación alegada deriva de una norma, de modo que la regla de la inversión de la carga de la prueba provocaría presumir la

¹⁵

Fallo

completo

disponible

en

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=111162>

¹⁶ Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1450-D.-16 (T.P. Nº 26); 1217-D.-16 (T.P. Nº 21); 2447-D.-15 (T.P. Nº 41); y 1281-D.-15 (T.P. Nº 18).



inconstitucionalidad de la disposición administrativa o legal cuestionada. Por eso, hay que ser cautelosos en la regulación.

Al respecto, tanto el MPF como la Corte Suprema han avanzado en desarrollar jurisprudencia sobre la **inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación en los supuestos en los que las diferencias de trato alegadas están basadas en “categorías sospechosas”**. En estos casos, corresponde aplicar un examen riguroso de razonabilidad. Así, por ejemplo, la CSJN se ha pronunciado sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de **discriminación por razones de nacionalidad** (CSJN, “Gottschau”, *Fallos* 329:2986¹⁷), o en casos de discriminación en el acceso al empleo **por razones de género** (CSJN, “Sisnero”, *Fallos* 337: 611¹⁸).

¿Cuáles serían las “categorías sospechosas” entonces que ameritarían invertir la carga de la prueba cuando se alegue discriminación basada en ellas?

En este sentido, el MPF ha reconocido como tales al **género, la identidad racial, la pertenencia religiosa o el origen social o nacional** (cfr. “Sisnero”¹⁹) y ha reafirmado que en estos casos se invierte la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo. En igual sentido, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, el MPF ha sostenido que en los casos de despidos en los que se alegue discriminación basada en esos motivos, corresponde al demandado probar que el acto tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (cfr. “Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ Amparo Sindical” - V, 528, XLVII²⁰, entre otros).

En este aspecto, ya fue señalado en el punto 2 de este documento que los proyectos en discusión amplían el listado de las causales sobre los que debería recaer una protección especial contra cualquier acto discriminatorio en tanto incorporan nuevas categorías, grupos y/o colectivo. En este sentido, debe

¹⁷ Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=88108>

¹⁸ Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7113781>

¹⁹ Cit. nota n° 12.

²⁰ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IGarcia/mayo/Varela_Jose_V_528_L_XLVII.pdf



advertirse nuevamente que si el listado se amplía en demasía se corre el riesgo de que toda diferencia de trato sea discriminatoria y genere responsabilidad jurídica (administrativa, judicial). Por tal razón, se recomienda ser bien precisos en la definición de actos discriminatorios, y en todo caso diferenciar cuáles son los motivos o categorías sospechosas que generan la inversión de la carga de la prueba y cuáles no.

5. SOBRE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Atendiendo a que varios de los proyectos prevén la inclusión de la obligación de adoptar de medidas de acción positiva²¹, la DGDH entiende que es importante aclarar que no sólo el Estado sino **también los particulares están obligados a llevar adelante medidas de acción positiva**.

En este sentido, en un caso vinculado a discriminación por género, el MPF dictaminó ante la CSJN que las empresas demandadas debían adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes de colectivos. Entre tales medidas, se mencionó la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, se destacó la necesidad de desarrollar mecanismos de articulación con el Estado a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles (cfr. “Sisnero”²²).

Respecto de la obligación estatal de adoptar medidas de acción positiva ver, entre otros, “P., A.C. s/ insanía” – SC. P. 698 L. XLVII²³; Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro s/ Tribunal de Trabajo Doméstico” - S.C. R. 452, L. XLVII²⁴.

Además, la DGDH entiende que resultaría oportuno **agregar entre las medidas de acción positiva** la obligación estatal y de particulares de eliminar barreras y obstáculos de las personas con discapacidad

²¹ Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45) y 2447-D.-15 (T.P. Nº 41).

²² Cit. nota nº 12.

²³ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/lGarcia/febrero/PAC_P_698_L_XLVII.pdf

²⁴ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/agosto/Rios_Zorrilla_R_452_L_XLVIII.pdf en



para el acceso a la justicia y el efectivo ejercicio de su capacidad jurídica, incluso mediante la **implementación de “ajustes razonables”**.

En esta linea, el MPF se ha pronunciado sobre la obligación de realizar “ajustes razonables” para que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos (cfr. “Naranjo, Emiliano P. c/ Universidad Nacional de la Matanza” – CSJ 94/2014 50-N CS001²⁵ y “P., A.C. s/ insanía” – SC. P. 698 L. XLVII²⁶).

6. ACERCA DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

Algunos proyectos prevén que las sentencias por actos u omisiones discriminatorias deberán contener medidas de reparación del daño ocasionado²⁷. Nos parece muy importante esta regulación, aunque recomendamos explicitar que **la reparación del daño ocasionado sea integral**.

La Corte IDH en su reiterada jurisprudencia ha sostenido que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones a los derechos humanos, y que su calidad y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial²⁸. En esa línea, el Tribunal interamericano entiende que ante la violación de un derecho humano, la reparación exigida debe procurar ser integral, lo que consiste en el restablecimiento de la situación al estado anterior. Además, considera que si ello no fuera posible, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para reparar el daño ocasionado y establecer el pago de una indemnización, así como la adopción de medidas no pecuniarias entre las que se incluyen las garantías de no repetición. Al respecto, “...la Corte estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. Una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Los resultados alcanzados en estos procesos serán tomados en cuenta al momento de fijar las reparaciones ...”²⁹.

²⁵ Dictamen disponible en Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/AGilsCarbo/junio/Naranjo_CSJ_94_2014.pdf

²⁶ Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/IGarcia/febrero/PAC_P_698_L_XLVII.pdf

²⁷ Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1450-D.-16 (T.P. Nº 26); y2447-D.-15 (T.P. Nº 41).

²⁸ Ver Corte IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr.53.

²⁹ Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C Nº 213, Párrafo 139.



En este sentido, incluso en el ámbito penal, el MPF ha solicitado que al momento de dictar sentencia, los tribunales adopten medidas de reparación integral de las víctimas. Así, por ejemplo, en un juicio por crímenes de lesa humanidad, los fiscales han requerido en su alegato la publicación de la sentencia condenatoria con fundamento en el derecho a réplica colectivo³⁰; también han solicitado el pago del salario a los trabajadores despedidos durante la dictadura³¹.

7. SOBRE LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

a) El reconocimiento de la legitimación del Ministerio Público en procesos colectivos

A criterio de esta Dirección General de Derechos Humanos, resulta propicio una reforma que le reconozca **legitimación activa al Ministerio Público Fiscal para promover acciones colectivas** en aquellos casos en que **la afectación causada** por los hechos denunciados —por su alcance, trascendencia, publicidad, divulgación, efectos u otras circunstancias de modo, tiempo o lugar— **trascienda la esfera individual** y resulte lesiva de intereses colectivos.

La legitimación del MPF para intervenir en procesos colectivos se condice con lo estipulado en Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación (nº 27.148) que establece que el organismo debe intervenir, entre otros, en conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos (art. 2 inc. b).

A su vez, el art. 31 establece las funciones específicas del MPF en materia no penal y, entre ellas, incluye “peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional” (art. 31 inc. b).

³⁰ <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/bahia-blanca-pidieron-18-perpetuas-y-la-publicacion-de-la-sentencia-en-la-nueva-provincia/>

³¹ <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/la-plata-pidieron-la-condena-de-marinos-y-prefectos-y-novedosas-medidas-reparatorias/>



Como antecedente, debe mencionarse también la ley nº 24.240 de Defensa del Consumidor que le reconoce legitimación al Ministerio Público Fiscal para iniciar acciones judiciales cuando resultaren afectados los intereses de consumidores y usuarios (art. 52).

b) Legitimación penal amplia: quiénes pueden ser querellantes

Algunos de los proyectos³² estipulan que las asociaciones o fundaciones pueden presentarse como querellantes.

En este sentido, es importante tener en cuenta que tanto el CPPN vigente (art. 82 bis) como el Código Procesal acusatorio aprobado —aunque suspendido— (arts. 78 inc d y 79 inc k), establecen que las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen “crímenes de lesa, humanidad o graves violaciones a los derechos humanos”.

Por esta razón, y en la medida en que se confirme la competencia federal para estos delitos, entendemos que sería conveniente que la reforma impulsada se realice directamente en la propia norma procesal.

A su vez, también sería importante delimitar que en estos casos las asociaciones o fundaciones podrán constituirse en querellantes en los supuestos en los que la afectación trascienda el interés individual e implique violaciones a intereses colectivos.

8. APLICACIÓN DE LA LEY Nº 23.592 EN EL ÁMBITO PENAL. ESTADÍSTICAS DE CAUSAS EN LAS QUE INTERVIENE EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Recordemos que la ley vigente contempla, por un lado, un agravante genérico para todos los delitos cuando éstos son cometidos “por persecución u odio de una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (art. 2)³³. Por

³² Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1450-D.-16 (T.P. Nº 26); y 2447-D.-15 (T.P. Nº 41).

³³ El art. 2 de la ley nº 23.592 dispone: “Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión



otro, la ley nº 23.592 tipifica dos delitos específicos: la participación en grupos que promuevan la discriminación y la promoción o incitación a la discriminación (art. 3)³⁴.

Algunos proyectos contemplan elevar los montos de la pena en los casos del agravante genérico así como también amplían los criterios establecidos para determinar que se está ante un acto discriminatorio³⁵. A su vez, otros proyectos además de incorporar nuevas categorías protegidas, prevén nuevos tipos penales³⁶.

Las estadísticas registradas por el MPF en el período comprendido entre los años 2013 y 2016 muestran la baja aplicación del agravante previsto en el artículo 2 de la ley nº 23.592, así como la escasa cantidad de causas elevadas a juicio. En este sentido, podemos mencionar:

▪ **Causas en las que se imputa el agravante de delitos por discriminación**

En el período comprendido entre los años 2013 y 2016, el MPF registró 32 nuevas causas por el agravante genérico establecido en el artículo 2 de la ley nº 23.592. De esas **32 causas**, 21 fueron archivadas en primera instancia; 5 fueron desestimadas; y 6 se derivaron por incompetencia a las justicias provinciales o nacional.

▪ **Causas en las que se imputa el delito de promoción o incitación a la discriminación**

Por el delito de promoción o incitación a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de la raza, religión, nacionalidad o ideas políticas, el total de causas iniciadas entre los años 2013 y 2016 fue de **47**. De ellas, 32 fueron archivadas, 10 fueron sobreseídas, 4 desestimadas y 1 derivada por incompetencia.

o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”.

³⁴ El art. 3 de la ley nº 23.592 establece “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”.

³⁵ Se trata de los proyectos 2353-D.-16 (T.P. Nº 45); 1217-D.-16 (T.P. Nº 21); y 2447-D.-15 (T.P. Nº 41).

³⁶ Se trata de los proyectos 2447-D.-15 (T.P. Nº 41); y 1217-D.-16 (T.P. Nº 21).



- **Causas en las que se imputa el delito de participación en grupos que promuevan la discriminación**

En tanto, por el delito de participación en grupos que promuevan la discriminación, el total de causas iniciadas entre los años 2013 y 2016 fue de **5**. De ellas, solo 1 se elevó a juicio, 2 fueron archivadas en primera instancia y 2 se derivaron por incompetencia.

Las estadísticas exponen con claridad la poca aplicación de la ley penal, así como el pobre desempeño de la justicia en estos casos. Por ello, es válido preguntarse si una ampliación de las categorías o la inclusión de nuevos tipos penales sería una medida eficaz para proteger el bien jurídico tutelado por la norma, esto es, el derecho a la igualdad o a la no discriminación.

a) Posición del Ministerio Público Fiscal respecto del instituto de suspensión del juicio a prueba en causas en las que se investigan delitos previstos en el artículo 3 de la Ley de Actos Discriminatorios
Finalmente, es importante reseñar que en algunas causas en las que se investigaba uno de los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley de Actos Discriminatorios los imputados solicitaron la suspensión del juicio a prueba. En general, ante estos planteos de las defensas, el MPF ha sostenido que **no corresponde hacer lugar a ese instituto**, en razón del interés público tutelado por esta ley y de los compromisos asumidos a nivel internacional en materia de no discriminación.

En este sentido, vale la pena mencionar un caso en el que el representante del Ministerio Público Fiscal, Marcelo García Berro —Fiscal General ante los Tribunales Orales Federales de San Martín, Provincia de Buenos Aires— alegó que, a la luz de los compromisos asumidos por el Estado argentino y su responsabilidad conforme con lo dispuesto por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial “el Estado argentino se encuentra obligado a tomar medidas positivas destinadas a eliminar toda forma de incitación a la discriminación racial o religiosa, incluyéndose en ellas las políticas criminales que este Ministerio Público adopte a esos fines”. A su vez, manifestó que acontecimientos de esa índole —que sin dudas son de interés público— deben ser



llevados a debate oral y público, no procediendo entonces la suspensión de juicio a prueba, tal y como había solicitado el imputado³⁷.

³⁷ Cf. Dictamen del Fiscal General ante el Tribunal Oral Federal N° 1 de San Martín en la causa n° 2609 del registro del Tribunal, caratulada "Beldever, Carlos Santiago s/inf. ley 23.592".