

## I.- DESCRIPCION DE LOS HECHOS

Con fecha 26 de diciembre de 2012 se inicia el presente con motivo de la denuncia instaurada por el Sr. "O.G" respecto del establecimiento comercial "TTT" (pub),

Manifiesta en la misma que el día 16 de noviembre de 2012 a la noche concurrió al establecimiento denunciado acompañado de un amigo. Luego de que su amigo accedió al lugar sin ningún problema, señala el denunciante que fue "demorado" en la puerta por un empleado quién le impidió el acceso aduciendo que vestía sandalias y que no eran adecuadas para entrar al lugar. Motivo por el cuál debió retirarse. En tal sentido sostiene el denunciante que *"debí retirarme viendo frustrada mi intención de un momento de esparcimiento junto a mi amigo, quien también abandonó e lugar"* (sic)

Destaca el Sr. "O.G" el hecho de que se trata de una ciudad turística cuyo principal atractivos son las playas razón por la cuál encuentra lógica cierta informalidad.

Finalmente ofrece testigo y nombra representante.

A fs 4 obra disposición de esta Dirección General dando cumplimiento a lo dispuesto en al artículo 5º del decreto 352/07, la cual es debidamente notificada a fs 5.

A fs 6 obra descargo presentado por el Sr. F.R quién lo hace en su carácter de titular de la habilitación del establecimiento comercial denunciado.

Así argumenta la parte denunciada que la imposibilidad de ingreso al lugar utilizando calzado sandalias no constituye un acto de discriminación encuadrable en la Ley Nº 23.592/88, sino que constituye una postura adoptada al público en general en ejercicio del derecho de admisión y permanencia que posee el Sr. F.R como titular del comercio.

En tal sentido reconoce a que el denunciante sufrió efectivamente una restricción al intentar acceder al "TTT" pero que dicho acto no constituyó un acto discriminatorio ya que no existió arbitrariedad porque se trata de un condicionamiento objetivo que se aplica en forma regular a toda persona que concurre a tal comercio con ánimo de ingresar.

Asegura que "el derecho de admisión y permanencia es, según el art. 4 de la Ley Nº 26.370/80, el derecho en virtud del cual el titular de un establecimiento y/o evento se reserva " la atribución de admitir o excluir a terceros de dichos lugares siempre que la exclusión se fundamente en condiciones objetivas de admisión y permanencia, las que no deben ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ni suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas, así como tampoco colocarlas en situaciones de inferioridad o indefensión respecto de otros concurrentes o espectadores o agraviarlos" (sic)

Agregada además el Sr. F.R que en el caso concreto la norma de igualdad no fue violada porque a su entender "el uso de un calzado que cubre íntegramente el pie, como condición para ingresar al local del suscripto, es exigido a todo a persona" (sic) incluso al amigo del denunciante.

A su vez la parte denunciada realiza parangón con regla similar en el ámbito del Casino Central de Mar del Plata y en el Juzgado de Faltas Municipal.

Consta a fs 10 disposición a fin de fijar audiencia de conciliación en los términos del artículo 6º del Dec. 352/07.

Surge entonces de fs 14 que en dicha audiencia se dejo constancia de la incomparecencia de la parte denunciada.

A fs 16 consta disposición por la cual se abrieron las actuaciones a prueba, quedando las partes notificadas .

Así se convocaron audiencia testimonial cuya actas obran a fs21.

Finalmente a fs 24 luce copia de la habilitación del local en cuestión a nombre del Sr. F. R

## II.- MEDIDA PRELIMINAR

Atento a los hechos descriptos y como primera medida preliminar, debe delimitarse cual será el ámbito de competencia de esta Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de establecer la existencia o no de un acto o conducta considerados discriminatorios, en los términos de la Ley 23.592 y su modificatoria Ley 24.782; y en su caso, determinar los cursos de acción que corresponden según la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Al respecto, cabe señalar como medida de principal y especial pronunciamiento; que la actividad probatoria brindada en estas actuaciones administrativas, es solamente indicativa a los fines de circunscribir la situación fáctica y encuadrarla dentro de la legislación mencionada, sin causar estado. Es decir, sin crear, modificar o extinguir derechos, por cuanto la determinación del presunto daño esta reservada sólo al Poder Judicial.

Que por su parte el artículo 1° de la ley 23.592 (B.O 05/09/88) reza: “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 reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo, se consideran 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.”

## III.- ANÁLISIS DEL CASO

**Se desprende de la compulsa del presente que efectivamente el día denunciado el Sr. “O. G” fue restringido en su acceso al local conocido con el nombre de fantasía “TTT”**

**Dicha consideración ha sido confirmada por la parte denunciada en el descargo oportunamente presentado. Valorando dicha parte la acción como un hecho amparado por la Ley 26.370/2008.**

**Por tanto conjuntamente con la testimonial incorporada se tiene por acreditado el hecho que , se reitera, fue ratificado por la parte denunciada.**

## IV.- EVALUACIÓN DEL CASO

**Ahora bien en el ámbito concreto de la presente denuncia, se está evaluando si el accionar de la parte denunciada en es un acto de discriminación “por motivo de aspecto físico” al momento de proceder a la restricción de ingreso del denunciante con motivo de llevar el mismo un calzado de tipo sandalias.**

En primer lugar no puede prescindirse de los términos con los que se evalúa la existencia o no de un acto discriminatorio.

Por ello, adhiriendo a la afirmación de Julio Martínez Vivot, existe discriminación cuando “arbitrariamente se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando, injustificadamente, se le afecta a una persona, grupo de personas, o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social u otra de cualquier naturaleza posible”, destacando dos elementos fundamentales que componen, individual pero complementariamente su definición. Por lo que en primera instancia, para que ocurra debe existir “violación arbitraria o injustificada del principio de igualdad ante la ley, conforme a las circunstancias”, y a su vez, debe impedir o menoscabar “a otro en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución Nacional le asignan.”

Como destaca Barrere Unzueta, **para que nos encontremos ante una situación de discriminación deben estar presentes dos características: en primer lugar, el carácter *grupal* de la injusticia (ya que no se trata de que una persona sea tratada de manera desigual o injusta respecto de otra persona que está en su mismo grupo). Es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de *injusticia intergrupal*. En segundo lugar, aunque muy relacionado con lo anterior, nos enfrentamos ante la circunstancia del *diferente estatus o situación de poder social* de ese grupo al que pertenece esa persona y por lo cual se la discrimina. Cuando se habla de derecho antidiscriminatorio, ese diferente estatus se da por pertenecer a un “grupo subordinado socialmente”, como por ejemplo, ser personas con discapacidad, inmigrante, pertenecer a una minoría religiosa, pertenecer a una minoría sexual, tener un aspecto físico diverso etc.**

En el caso particular la denunciada asegura no apartarse de los lineamientos la ley 23.592 e invoca otra normativa que data de 2008 la cuál establece las reglas de habilitación del personal que realiza tareas de control de admisión y permanencia de público en general, para empleadores cuya actividad consista en la organización y explotación de eventos y espectáculos públicos. Tal es la Ley Nacional 26.370.

Asimismo la Provincia de Buenos Aires ha adherido a los términos de la mencionada legislación mediante Ley N° 13.964, y Decreto Reglamentario 1096/09.

Si bien la referida normativa se encamina más que nada a la forma de habilitar al personal de control de admisión y permanencia, así como también prevé sanciones para el caso de contravenir sus estipulaciones, luce en su Título II una serie de definiciones entre las que se encuentra el concepto de Derecho de Admisión y permanencia.

Así en su artículo 4° se puede leer al respecto “es el derecho en virtud del cual, la persona titular del establecimiento y/o evento, **se reserva la atribución de admitir o excluir a terceros de dichos lugares**, siempre que la exclusión se fundamente en condiciones objetivas de admisión y permanencia, que no deben ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ni suponer un trato discriminatorio o arbitrario para las personas, así como tampoco colocarlas en situaciones de inferioridad o indefensión con respecto a otros concurrentes o espectadores o agraviarlos.”

Ahora bien el Título V de la misma ley habla de **Impedimentos de admisión y permanencia** y específicamente en su artículo 11° establece que “ El personal de control podrá impedir la admisión y permanencia en los lugares de entretenimiento en los siguientes casos:

- a) Cuando existan personas que manifiesten **actitudes violentas**, que se **comporten en forma agresiva o provoquen disturbios y/o molestias** a otros concurrentes;
- b) Cuando haya personas con evidentes **síntomas de haber consumido sustancias alucinógenas o estupefacientes** o se encuentren en un **evidente estado de embriaguez** que con sus actitudes molesten o sean un peligro potencial para el resto de las personas. En este caso, deberá dar aviso a la autoridad pública correspondiente;
- c) Cuando los concurrentes **porten armas, pirotecnia u otros objetos susceptibles de poner en riesgo la seguridad**. En este caso, deberá dar aviso a la autoridad pública correspondiente;
- d) Cuando los concurrentes porten **símbolos de carácter racista, xenófobo** o inciten a la violencia en los términos previstos en el Código Penal;
- e) En aquellos casos de personas que con sus actitudes dificulten el normal desenvolvimiento de un espectáculo público y/o actividad de entretenimiento;
- f) Cuando la **capacidad del lugar se encuentre al máximo autorizado** por las normas legales que regulan tal situación;

g) Cuando se haya cumplido el horario límite de cierre del local;

h) Cuando sean menores de dieciocho (18) años, cuando esa edad sea obligatoria según la ley. “

Llegados a este punto cabe advertir, que de la simple lectura de los supuestos taxativamente establecidos por este régimen normativo, no encuadraría el hecho por el cual se le ha restringido el ingreso al Sr. García al establecimiento comercial denunciado.

También resulta fundamental vislumbrar la conflictiva de derechos que se plantean en el presente. Así existe una clara contraposición entre el ejercicio regular del derecho de admisión como manifestación si se quiere de la autonomía de la voluntad del titular del comercio y el derecho al trato digno y no discriminación esgrimido por el denunciante.

A este respecto es menester destacar que la Constitución Nacional en su artículo 16 consagra el principio de igualdad. **Al mismo tiempo, numerosos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos reconocen este derecho: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos** . Instrumentos todos que gozan de jerarquía constitucional por haber sido incorporados a nuestra carta magna.

En un total acuerdo con el Dictamen N° 047/2007 del Instituto Nacional contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo ( INADI) entendemos que como derivación del principio de igualdad, el artículo 1° de la Ley Nacional N° 23.592 pone de manifiesto la relación de tal principio fundamental con el derecho a la dignidad, piso básico de los demás derechos humanos que deben ser salvaguardados en la mayor medida posible. Más aun cuando la manda constitucional así lo exige.

También dicho instituto se ha expedido en casos análogos sobre el derecho de admisión sosteniendo que “la existencia del plexo normativo nacional e internacional en materia 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 derecho”.

Entiende el presente estudio que el derecho de admisión invocado por la parte denunciada debe ser ejercido en forma razonable, es decir, sin cometer un exceso y/o abuso del mismo (sobre la base de criterios subjetivos/ prejuicios) que importe la lesión de otros derechos de los que son titulares las demás personas y en este caso puntual, el Sr. “O.G”

Otra variable a tener cuenta es el contexto en el que se sucede el hecho denunciado. Es de público y notorio , además de constar en la habilitación agregada a fs 24, que el comercio “TTT” es un restaurante, café bar. Lugar donde la mayoría de los clientes concurren a compartir un momento grato y de esparcimiento. Va de suyo la informalidad de la situación. Es decir que los concurrentes no lo hacen vestidos de etiqueta sino de ropa sport. En este punto es preciso destacar que no se trata de un lugar oficial o de una entidad tal donde deba resguardarse la formas solemnes.

Esto sin dejar de señalar, desde el sentido común, que la exigencia de ingresar en temporada estival con un calzado que cubra la totalidad del pie no es solicitada a las mujeres concurrentes ya que la moda, la costumbre hacen que las mismas vistan sus pies utilizando tal calzado en todo lugar y a toda hora.

No se debe olvidar que la normativa , Ley Nacional 26.370, transcripta se establece una especie de “numerus clausus” del cual se infiere que existe un límite al libre ejercicio del derecho de admisión.

Por tanto se entiende que no resulta oponible al denunciante el derecho de admisión esgrimido como defensa ante un manifiesto acto de discriminación basado en una valoración puramente subjetiva como lo es la forma de

vestirse.

Es por todo lo expuesto precedentemente el hecho en análisis denunciado, se encuadra en los términos del artículo 1° de la Ley 23592; en tanto que se percibe una circunstancia o hecho que permite inferir la comisión de un acto o conducta considerados discriminatorios por parte del denunciante.