

Mar del Plata, 9 de febrero de 2015

Dictamen

I.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

Se inician las presentes con motivo de la remisión ordenada por el Juez Municipal de Faltan N° 1, Dr. José Luís Oteiza, quien dictó sentencia con fecha 8 de Enero de 2015, en expediente N° 613922 de trámite ante tal organismo, mediante la cual se ha sancionado con pena de multa a la empresa DESARROLLOS DEL ATLÁNTICO SA , y que funciona bajo el nombre de fantasía Personal Beach, por la infracción constatada el día 04 de enero de 2015 en contravención de los arts. 1 Ord 19743, art. 1 y conc. Ord 20054, Ord. 21090 art. 1,18 y conc. Dec Ley8751 y arts. 101 y 135 de la Ord. 4544.

En tal sentido, ante la presunción percibida por el Sr. Juez interviniente, de la existencia de un acto o conducta considerados discriminatorios en los términos de la Ley 23592 y modificatorias, situación que motiva la remisión de las actuaciones a esta dependencia, es que se procede a la formación de expediente Nro.537/3/1/2015 y se dispone dar intervención a la empresa sancionada, conforme surge de fs 68, a los efectos de realizar el descargo y ofrecer prueba en las actuaciones.

A fs 70 obra descargo efectuado por la apoderada María Sol Davicino Daverio con el patrocinio letrado de Pablo Andrés Galmes..

Al respecto manifiesta que Desarrollos del Atlántico SA " jamás ha desarrollado conducta alguna que arbitrariamente impida, obstruya , restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional" (sic).

Explica en cuanto al acta de constatación labrada el 4 de enero de 2015, cuya copia luce a fs 9 de las presentes, que en la misma "se ha presumido que el pedido del empleado del Balneario fue discriminatorio." (sic)

Agregando que "semejante actitud por parte de las autoridades municipales que dirigieron el procedimiento con cámaras instaladas en la playa inclusive, resulta claramente violatoria de las garantías constitucionales de mío mandante, puesto que se le ha imputado un trato discriminatorio en violación a las normas de la ley 23.592, sin existir elemento alguno que avale semejante acusación" (sic).

Afirma la interesada que "El Balneario Peralta Ramos siempre se ha caracterizado por respetar el libre uso de la playa pública por parte de la comunidad, traducido ello en la inexistencia de conducta alguna que restrinja el libre uso de dicho espacio" (sic)

Asevera que el día de ocurrido los hechos, motivo de la sanción, "habiendo advertido que un grupo de personas se había instalado con sus reposeras y sombrillas en la línea del puesto de guardavidas, se les solicitó amablemente a que dichas personas se corrieran unos metros para poder liberar esa zona de la playa pública que debe estar siempre despejada por razones de seguridad" (sic). Entendiendo entonces que las razones de seguridad alegadas no resultan discriminatorias.

Se notifica por otra parte de los correos electrónicos citados en el decisorio del órgano de faltas municipal cuyas copias obran a fs 29 y 30, advirtiendo al respecto en ellos se mencionan otros dos balnearios con quien la empresa en responde no tiene vinculación comercial alguna.

Finalmente realiza aportes teóricos acerca del concepto de igualdad ante la ley y amparándose en los textos

constitucionales que forman parte del "bloque de constitucionalidad" como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Por último sostiene que " la conducta desplegada por el Balneario (v. gr. Solicitar a un grupo de personas que se ubiquen fuera de la línea de paso del guardavidia) no reviste ninguno de los caracteres que definen una conducta discriminatoria.." (sic)

Agrega en carácter de documental tres fotografías glosadas a 79/80.

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, agotándose la actividad de esta Dirección, en la producción de un dictamen técnico, emanado de un organismo especializado en la materia.

En tal sentido el presente dictamen, debido al carácter consultivo que detenta esta Dirección General, no reviste el carácter de acto administrativo en tanto no afecta de modo directo o inmediato la esfera de los involucrados. Conforme criterio manifestado por la Procuración de esta Municipalidad adhiriendo a lo dicho por el Procurador del Tesoro de la Nación en Título II -Punto 2- Pfos. 1º y 2º- Dictamen Nº 41/04- 248.188 de 2/0/2004.

Por tal motivo es que este dictamen no resulta recurrible en los términos previsto en la Ordenanza General 267 80 artículos 86 y siguientes (según criterio expresado por la Procuración Municipal en expte 985/9/1/ 2009)

III.- ANÁLISIS DEL CASO

Cabe advertir que las presentes actuaciones surgen con motivo de haberse constatado y sancionado una infracción que versa, básicamente, sobre la ocupación indebida o antirreglamentaria del espacio público de la playa que se encuentra al frente del Balneario Personal Beach y cuyo titular resulta ser DESARROLLOS DEL ATLÁNTICO SA.

Al respecto se destaca que este dictamen toma dicha infracción como punto de partida para analizar si aquella ocupación ilegal deviene en una conducta discriminatoria. Advirtiendo asimismo que no se ha ofrecido prueba nueva o diferente respecto de la ya valorada por el juez municipal. Ni mucho menos se ha redargüido de falsa la actuación base de aquella condena.

En este sentido y en primer lugar, es importante expresar el encuadre jurídico que se le imprimirá al presente.

Por su parte el artículo 1º 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."

Cabe destacar que la Constitución Nacional consagra el principio de igualdad, en sus Art. 16 y 75, inc. 22 y 23, siendo el Art. 75, inc. 22, de dicho cuerpo legal 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 oportunidad, verbigracia la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 2º refiere que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..."

En concordancia, el Art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reza: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."

En similar sentido se expresan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Arts. 2, 3 y 7. Instrumentos todos que gozan de jerarquía constitucional por haber sido incorporados a nuestra carta magna.

Por otra parte resulta necesario tener presente que estamos hablando de un espacio público que resulta un icono en nuestra ciudad como es la playa. Mar del Plata es un importante puerto y balneario constituyéndose en uno de los destinos turísticos más importantes del país. Por dicho motivo las playas cobran un significativo valor simbólico tanto para la comunidad permanente como para el turismo en general.

En este orden ideas tal atractivo natural constituye uno de los sitios preferidos de esparcimiento (tanto deportivo como cultural), diversión, y encuentro de la mayoría de las personas que habitan y visitan esta ciudad. Y en particular de los/as vecinos/as que circundan un área de playa determinada. Podemos sostener entonces que es un lugar dotado de sentido de pertenencia para la comunidad.

Es hora entonces de preguntarnos cuál será el concepto de espacio público. Para ello por un lado debemos tener presente que dicho espacio se relaciona de manera íntima con la noción de ciudad. La cual según señala Pablo Rizzo, (Universidad Nacional de Cuyo, año 2011) desde una perspectiva sociológica, es una construcción colectiva, una realización humana. "Al producir su existencia los hombres producen no sólo su historia, su conocimiento, transforman la naturaleza sino también el espacio. Un espacio que, en última instancia, es una relación social que se materializa formalmente en algo posible de ser aprehendido, entendido y profundizado. Un producto concreto, la ciudad (el territorio), se sitúa como elemento visible, representación de relaciones sociales reales que la sociedad es capaz de crear en cada momento de su proceso de desarrollo. Si bien se la entiende como una construcción colectiva, no siempre es un proyecto colectivo del que participan todos."

Es interesante considerar dos categorías que Harvey (El nuevo Imperialismo 2004) utiliza para analizar las prácticas espaciales en la ciudad. Por un lado, el concepto de apropiación del espacio, que examina la manera en la cual el espacio es usado y ocupado por los individuos, clases u otros grupos. Por el otro lado el dominio del

espacio que refleja la organización de grupos poderosos que domina la organización y producción del espacio de manera de ejercer un mayor grado de control sobre el modo en el cual el espacio es apropiado por ellos mismo u otros grupos.

Conforme Lefebvre (Barcelona 1976) , considerado uno de los máximos exponentes de la sociología urbana, "el derecho a la ciudad contiene principios fundamentales como el ejercicio pleno de la ciudadanía (la ciudad como ámbito de realización de todos los derechos humanos), el derecho a apropiarse del espacio urbano (expresado como el derecho de uso: la equidad distributiva y el uso pleno de los espacios urbanos, prevaleciendo el interés colectivo por encima del derecho individual de propiedad y los intereses especulativos. En otras palabras la función social de la ciudad y de la propiedad urbana, el derecho a la participación (es el derecho de los habitantes a jugar un rol central en los procesos de toma de decisiones relacionados a la producción y gestión democrática del espacio urbano a cualquier escala)".

Es dentro de esta ciudad donde se encuentran el espacio público, el cual, conforme Borja y Muxí, puede definirse como el espacio principal del urbanismo, de la cultura y de la ciudadanía. Es un espacio físico, simbólico y político.

Tal espacio entonces propicia diversas interacciones que abarca tanto lo individual como lo colectivo lo privado y lo público entre resistencia y dominación.

De esta manera, cuando hablamos de interacciones, pensamos en la relación de lo público y lo privado y cuáles son los actores sociales titulares de las esas relaciones. En este caso puntual existe una interacción directa y dinámica entre los espacios de playa públicos y privados que requieren indefectiblemente que los distintos derechos que podrían llegar a encontrarse en tensión sean ejercidos de forma regular. Es decir que el ejercicio de un derecho no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas

En el caso particular ese ejercicio regular está dado por los límites del ejercicio de la propiedad. Vale decir la empresa sancionada sólo puede obrar en la medida que su titularidad le permite, pero no puede excederse. No puede arrogarse facultades que corresponde al Estado es sus diferentes jurisdicciones.

En la especie quien se agravia y rechaza el accionar abusivo de la denunciada DESARROLLOS DEL ALTANTICO SA, es el Municipio de General Pueyrredon quien en el ejercicio de su poder de policía, resulta ser la única autoridad competente en el caso, para ejercer aquel poder, en el ámbito del espacio público. El espacio, cuya existencia, se encuentra reconocida por la propia empresa infractora tal como surge de fs 74 cuando niega la conducta discriminatoria endilgada al decir que "El Balneario Peralta Ramos siempre se ha caracterizado por respetar el libre uso de la playa pública por parte de la comunidad" (sic)

Tal como enseña Néstor O Losa en "Constitución, Municipio y Justicia" (El Foro2004) al tratarse la Municipalidad de un nivel gubernativo independiente de otros aunque dentro de su esfera de competencia, el atributo legislativo, en particular el de limitar los derechos individuales y relativizarlos en función de la colectividad, es una facultad irrenunciable y compleja que hace a la vida institucional y al progreso y bienestar de las ciudades. (..) "El poder de policía es entonces el vehículo jurídico que permite la restricción racional de derechos individuales, por medio de ordenanzas que atemperen el ejercicio de los mismos, sin que estas por vías de reglamentación los desconozcan o desdibujen notoriamente o los anulen en su totalidad y por ello operen como abolición por vía normativa"

La base de la regulación jurídica en cada supuesto, es la racionalidad y la adecuación a la constitución como sustento del sistema jurídico- institucional del Estado.

Podemos decir entonces que de ninguna manera un particular (en este caso la empresa) podría arrogarse facultades estatales sobre un espacio cuya regulación existe en pos del bienestar general, objeto principal de la función del Estado. Hacerlo trae aparejado una serie de consecuencias disvaliosas como por ejemplo las sanciones de las que ha sido objeto DESARROLLOS DEL ATLANTICO SA u otras como por ejemplo, las que se analizan en el presente.

A esta altura del análisis cabe preguntarse ¿Cuál podría ser la motivación para que una empresa como la mencionada, usurpe la facultad estatal de disponer qué se puede y qué no se puede hacer en el espacio público? Más aún, definir que quien paga y tiene el sustento económico por ellos deseados, estaría habilitado a desarrollar ciertas actividades en el ámbito del espacio publico; y quien no cuenta con dichos recursos, no.

Como resulta de público conocimiento, los sectores de Playas al sur de la ciudad, cuentan con administraciones privadas (derivadas de una decisión judicial acaecida hace ya más de 30 años) que ofrecen a sus clientes como característica principal la exclusividad y privacidad de sus playas, que por el costo de los servicios, están pura y exclusivamente al alcance de sectores sociales de altos ingresos.

En este orden de ideas, entiende el presente, que existe una demostración de status económico el cual se refleja en la preocupación por la exclusividad de un determinado sector. La idea, es entonces, brindar un sector privado que jerarquiza a quienes resultan usuarios/as del mismo. Se visibiliza así, el posicionamiento de un cierto status basado en la mejor situación socioeconómica. Tal política comercial, ha llevado a la denunciada a realizar actos contrarios a los intereses comunitarios que francamente atentan contra la participación social, en este caso, del sector costero destinado al esparcimiento de uso público, como es el hecho que se le imputa en autos.

Pensemos ahora en el concepto de **Discriminación**. Así Julio Martínez Vivot, entiende que 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."

En este sentido el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (en adelante INADI) entiende que "se trata del acto de agrupar a los seres humanos según algún criterio elegido e implica una forma de relacionarse socialmente. Concretamente, suele ser usado para hacer diferenciaciones que atentan contra la igualdad, ya que implica un posicionamiento jerarquizado entre grupos sociales, es decir, cuando se erige un grupo con más legitimidad o poder que el resto.

Desde una perspectiva antropológica, la discriminación es un ejercicio cognitivo y social que se centra en una demarcación muy fuerte entre grupos humanos, la cual se carga de juicios de valor, lo que conduce a posicionamientos jerarquizados y de desigualdad.

En este sentido, hay varios procesos que juegan un rol fundamental en la puesta en práctica de la discriminación. El mecanismo principal que respalda este proceso es el denominado etnocentrismo, noción que articula otros tres conceptos: a) la diferenciación, es decir, la construcción de otredad; b) la carga valorativa puesta sobre dicha construcción, es decir, los prejuicios y c) la fijación social de imágenes de esos otros, los estereotipos."

Vemos entonces cómo efectivamente el hecho de ocupar ilegalmente una porción de la costa destinada justamente al público en general (no cliente) implica una exclusión del disfrute comunitario basada en una noción de status económico y de exclusividad que se traduce en una conducta discriminatoria que atenta contra el derecho a la ciudad y a la participación comunitaria antes desarrollados.

Como señala Pablo Rizzo, el espacio público tiende fundamentalmente a la mezcla social, hace de su uso un derecho ciudadano de primer orden, así el espacio público debe garantizar en términos de igualdad la apropiación por parte de diferentes colectivos sociales y culturales, de género y de edad. Vale decir todos/as tenemos derechos al uso y goce del espacio público.

Es necesario, además, tener en cuenta que cuando hablamos de igualdad estamos hablando de igualdad real de oportunidades, y en este caso igualdad en el libre acceso al disfrute de un espacio natural. Espacio que, encontrándose accesible, puede o no ser utilizado por los/as destinatarios/as ya que también esa elección es un derecho.

Se percibe, en este contexto, una conducta discriminatoria, en razón de considerar que quienes gozan de una situación socioeconómica más acomodada merecen un sector exclusivo y sin invasión de aquellos/as que no comparten tal estatus y por tanto vale la ocupación ilícita por parte del concesionario para garantizar aquellas bondades de tranquilidad y relax, ofrecidas como parte del producto a consumir, al punto de arrogarse competencias estatales en espacios de uso público, definiendo qué se puede y qué no se puede hacer en dicho sector.

El INADI ha manifestado, en su publicación del Mapa de la Discriminación en Argentina que "La discriminación es una problemática que adquiere diversas expresiones que al mismo tiempo se entrecruzan, configurando una especificidad de la desigualdad social. se destaca que los primeros motivos de discriminación experimentados por la población (nivel Socioeconómico, Nacionalidad o ser Migrante y Color de Piel) pueden identificarse con un tipo de racismo estructural".

Asimismo puntualiza que "al realizar el análisis de cómo se compone la experiencia discriminatoria en cada ámbito específico se percibe una predisposición a ubicar el Nivel Socioeconómico en todos los espacios como el principal motivo de discriminación sufrida, lugar que cede al aspecto físico y vestimenta en transporte y vía pública y entrada de boliches bailables."

En cuanto al análisis del espacio público dicho informe revela que es el sitio en el que prevalecen en mayor medida las experiencias discriminatorias. "Los hechos segregacionistas en la vía pública dan cuenta de la mirada excluyente que tiene parte de la población, por la cual aquellos que no se adecuan a un modelo estético hegemónico parecieran tener menos derecho a vivir plenamente la ciudad.. De este modo este informe muestra cómo las prácticas discriminatorias por situación económica, nacionalidad, obesidad apariencia o color de piel, en muchas ocasiones constriñen a las personas a reducir el campo de uso y disfrute del espacio público.

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.

Es menester aclarar que en la materia bajo análisis rige el principio de inversión de la carga probatoria, conforme el cual es la requerida quien tiene la carga de probar la inexistencia de la materialidad del acto discriminatorio, o en su defecto ocurrido el hecho, que el mismo se ha llevado a cabo con un motivo suficientemente justificado, eliminando el tinte de arbitrariedad solicitado por la propia ley, así como por la doctrina y jurisprudencia a fin de la configuración del acto discriminatorio. Cuestión que en la presentes no se ha logrado probar por parte de la denunciada.

IV.- EVALUACIÓN DEL CASO

Es por todo lo expuesto precedentemente que el hecho en análisis denunciado, se encuadra en los términos del artículo 1° de la Ley 23592 en cuanto se percibe la existencia de una conducta discriminatoria basada en prejuicios socioeconómicos.

Atento los fundamentos antes expuestos se recuerda a las partes que el procedimiento instado culmina con el presente dictamen, sin que puedan intentarse contra el mismo recurso administrativo de ninguna índole.

n/r