

Mar del Plata 16 de diciembre de 2013

I.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

Se inicia el presente con motivo de la denuncia presentada por el Sr. DDD respecto de la firma XX..

Así manifiesta que el día 27 de enero de 2011 y en otras oportunidades fue discriminado por personal de seguridad del lugar denunciado. Al respecto aclara que el motivo de la discriminación sufrida consiste en que lo han confundido con una "persona buscada" (sic)

Afirma que siendo cliente de dicho supermercado se ha sentido discriminado especialmente por AA y otras personas de seguridad del lugar.

Asevera que en dicha oportunidad el gerente de la sucursal le había pedido disculpas por la confusión.

Asegura que el mismo hecho de persecución volvió a suceder el 31 de enero del mismo año. En tal sentido manifiesta que el gerente, la encargada y el personal de seguridad no respetaron lo acordado. Finalmente ofrece testigos.

Agrega como prueba documental copia del reclamo plasmado en libro de quejas y sugerencias de la firma XX (fs. 2), ticket de compra del día 31/01/2011 donde consta que la sucursal se encuentra sita en calle XXXX.

A fs.6 obra resolución de esta Dirección General dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5º del Decreto 352/07, por la cual se ha dado intervención a la firma denunciada. Siendo ésta debidamente notificadas (fs.7).

A fs. 12 a 17 obra descargo presentado por el abogado apoderado de la firma XX quien en primer lugar realiza consideraciones y precisiones acerca del concepto de discriminación y de su alcance jurídico

En tal sentido concluye que para hablar de discriminación no hay que referirse a un acto concreto.

En segundo lugar narra una cronología de los hechos sucedidos: comienza asegurando que el 27 de enero de 2011 a las 20.55 aproximadamente, el gerente de la sucursal de Av. XXX de esta ciudad, fue de su oficina a la zona de cajas. En tal circunstancia, continúa el apoderado, advierte que un cliente ubicado en una de las cajas lo mira insistentemente y sigue su recorrido. Al notar que aquél no requería de su presencia le indicó al personal de seguridad que "*que preste atención a los requerimientos o actitudes de esa persona*" (sic).

Asevera que el denunciante sale del local y vuelve a ingresar enfrentando a los gritos al personal de seguridad incitando una discusión que toma pública notoriedad entre los demás clientes. Ante tal situación otros empleados intentan calmar la situación lográndolo únicamente la supervisora de cajas. Luego el Sr. DDD se retira.

Afirma además el apoderado que minutos más tarde regresa el denunciante acompañado de una señora que se identifica como su tía habla con el Gerente de la Sucursal y le manifiesta que "**su sobrino es una buena persona, trabajadora y que está cansado que por su aspecto lo confundan con ladrones**" (sic) (la negrita es mía). Así es que solicitó dejar constancia en el libro de quejas el cual le fue facilitado.

Continúa relatando que el día 31 de enero el Sr. DDD regresa al supermercado y no ocurre nada.

Sin embargo diez (10) días después regresa y *“recorriendo los pasillos se cruza con el guardia que estaba sin su uniforme haciendo compras, a quien empuja y arremete intentando armar un escándalo”* (sic). *“El guardia en función de lo ya vivido opta por retirarse del lugar y evitar cualquier inconveniente”* (sic)

En tercer lugar la parte denunciada expone que aquel 27 de enero, el Gerente de la sucursal en cuestión había recibido información y una fotografía de una persona que habría hurtado en otra sucursal de la misma firma.

En tal sentido manifiesta que dicha información había sido agregada al legajo interno que se maneja en cada filial. Así expresa la empresa tiene una actitud preventiva para evitar hechos similares.

Ahora bien sostiene la denunciada que la persona que protagonizó aquel incidente tiene un parecido con el Sr. DDD ya que éste al igual que aquel presenta un corte en uno de sus ojos además de un cierto parecido fisonómico. Indica además que la actitud del denunciante en línea de cajas hizo al gerente revisar el legajo *“para cerciorarse si se trataba de la misma persona. Cuando verificó que esto no era así , nada más hizo”*. (sic)

Argumenta que *“no hubo acto que sobre alguna característica especial de DDD implicara un tratamiento desigual o peyorativo”* (sic). Agregando además que *“si DDD lo sintió es una percepción propia.”* (sic).

Finalmente manifiesta que ni los empleados ni la custodia ejecutaron ningún trato o exteriorizaron alguna acción que implicara un desprecio a las características físicas de DDD. Aduciendo también que si se hubiese vigilado en aquellas circunstancias al denunciante tampoco cabe dentro del marco jurídico de la ley 23.592.

Solicita como corolario del descargo se desestime la denuncia por no concurrir los extremos objetivos que habilitan la aplicación de la referida normativa y se proceda al archivo de las actuaciones.

Por último ofrece prueba testimonial.

Consta a fs.18 resolución a fin de fijar audiencia de conciliación para el día 1 de Abril de 2011 en los términos del Art. 6º del Decreto 352/07..

Surge entonces de fs.23 se encuentra glosada acta de audiencia en donde se abrió el acto *“el Sr. DDD manifiesta que se sintió humillado delante de su hijo. Expresa que el gerente le pidió disculpas e iban a tomar medidas con el personal de seguridad pero expresa que esto no se cumplió, ya que lo siguieron discriminando. Traslado a la parte denunciada, manifiesta que no advierte conducta discriminatoria por parte del personal de la empresa que representa y expresa que la situación se suscita fundamentalmente con personal de la empresa de seguridad, la cual es ajena a la Empresa XX y que ratifica entonces sus términos la presentación efectuada con anterioridad en estas actuaciones por el apoderado xxx. Entendiendo que corresponde el archivo de las actuaciones sin más trámite por los fundamentos. La parte denunciante no acepta lo dicho por la parte denunciada y expresa que el gerente de la firma xxx le dijo que lo iba a llamar para hablar con el personal de seguridad. La parte denunciada desconoce estos dichos y pide confirmar esta situación con su poderdante y con el gerente de la sucursal donde se suscitó el problema, pidiendo una nueva audiencia a los efectos de corroborarla manifestación del denunciante,”*

Así se fijó nueva audiencia para el día 26 de abril cuya acta obra a fs 24 en la cual se dejó constancia de la incomparecencia y

asimismo el compareciente por la firma denunciada manifiesta que *“niega que el mismo le haya mencionado al denunciante que lo iba a llamar en motivo de hablar con el personal de seguridad. Habiendo reconocido la parte denunciante que tal gerente le habría pedido disculpas si se había sentido discriminado, los fundamentos expuestos en el descargo inicial en este expediente y la incomparecencia del Sr. DDD a esta audiencia solicita el archivo de estas actuaciones, toda vez que, expresa, no ha existido por parte de su mandante ni de su personal acto discriminatorio alguno.”*

Así las partes no arribaron a conciliación alguna consecuentemente a fs 29 luce disposición por la cual se abren a prueba las presentes actuaciones. Habiéndose interrogado a los testigos propuestos por la firma denunciada a fs 41 y 42.

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 emitido por un ente 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 la dicho por el Procurador del Tesoro de la Nación en Título II –Punto 2- Pfos. 1º y 2º- Dictamen N° 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

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."

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. Atento a los hechos descriptos, esta Dirección se encuentra en condiciones de

analizar si existió o no un acto o actitud discriminatoria en los términos del artículo 1º de la ley 23. 592 precedentemente citado.

De la lectura de las presentes actuaciones podemos inferir que efectivamente ha sucedido un incidente que ha tenido como protagonistas al denunciante (cliente- consumidor) y parte del personal integrante de la empresa denunciada.

Así se desprende de las testimonial de fs 41 donde la testigo *“vio un altercado entre el denunciante y el personal de seguridad, donde el denunciante manifestaba que se lo había mirado feo y perseguido. A percepción de la testigo ella manifiesta que eso pudo haber sido algo que sintió el cliente, que supone que el personal de seguridad no lo persiguió.-La testigo manifiesta que el denunciante se acercó hacia ella y le comentó de lo sucedido y la testigo le explicó que nunca habían tenido problemas y que si se sintió así le pedía disculpas en nombre del supermercado”* (sic)

Por otra parte, aunque en principio parecería que sólo se ha tratado de una sensación del denunciante es aquí cuando cabe la realización del siguiente interrogante ¿Cómo el Sr. DDD pasó de sólo tener una supuesta sensación a saber que se lo había confundido con una persona involucrada en un hecho aparentemente delictivo en una sucursal perteneciente a la misma firma? (hecho objetivo reconocido en el descargo) ¿De que otra manera ha sido esto posible si no a partir de una exteriorización de aquella circunstancia por parte del personal que estaba en conocimiento de la misma? Es decir la realización de una acción que puso en conocimiento de tales circunstancias al denunciante pero que él mismo pudo advertir por los movimientos generados en derredor suyo y que percibió como discriminatoria.

Aquí es importante tener en cuenta que conforme se detalla en el descargo y en la testimonial de fs 42 que el origen de la conflictiva ,conforme la parte denunciada, se origina en la mirada “rara” del denunciante hacia el Sr. XXX y es ahí que éste relaciona dicha situación con el antecedente ocurrido en otra sucursal. Bien lo dice el descargo “la mirada hacia los movimientos del Gerente, no reclamar nada y el parecido con la fotografía recibida en la mañana, hicieron que este revisara el legajo “ (sic)

Cabe advertir en este punto que se ejerció sobre el denunciante una vigilancia particular y que excedió una mera actividad de seguridad. Ya que el Sr. DDD no cometió ningún acto ilícito ni realizó conducta inadecuada alguna al momento de realizar su compra. Se infiere válidamente entonces que se han tenido en cuenta rasgos particulares del aspecto físico del denunciante que , conforme el criterio discriminatorio utilizado, lo clasifica como diferente dentro del colectivo de los clientes del supermercado.

En este orden de ideas, recordemos que el estigma es un rasgo de connotaciones sociales negativas, no por tratarse de características despreciables en sí mismas, sino por consumir significaciones que han ido elaborando los sujetos sociales. Se basa en atributos que desacreditan a sus portadores, justificándose un trato diferencial para con ellos. (Goffman, 1970).

Pero esto no es nuevo: ya los griegos usaban la palabra estigma para referirse a los signos corporales con los cuales se presumía que la persona tenía algo malo y poco habitual en el status moral del que los portaba. Goffman señala que la sociedad establece los medios para categorizar a las personas. Y que lo hace mediante la estigmatización, proceso que refiere a la posesión de una característica profundamente desacreditadora. Ahora bien, quedarse sólo con la idea de atributo o característica diferente no aporta nada más que eso: la presencia de la diferencia. Y lo que se está marcando en realidad no es la presencia de algo distinto, sino la existencia de una relación profundamente desigual, con la doble función de estigmatizar a uno, a la vez que confirmar la "normalidad" del que estigmatiza.

Se puede percibir fácilmente que todos aquellos ciudadanos que han sido excluidos comienzan a ser vistos como un potencial enemigo que representa un peligro y así, ante la necesidad de adelantarse en la protección de los bienes jurídicos, se cae en esta especie de “sobrepredicción” delictiva (Kesler), fundamentada en estas cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio (Zaffaroni).

Desde este punto de vista entonces, se advierte en que el Sr. DDD ha sido sometido a un trato desigual, basada en una serie de prejuicios estigmatizantes, que se tradujo en un trato indigno para el mismo.

Cabe entonces recordar que esta modalidad de utilización de fotografías vulnera derechos de raigambre constitucional como: "La igualdad ante la ley y no discriminación (art. 16 de la C.N. y 11 de la CPBA).- El principio de razonabilidad en la limitación de los derechos (art. 28 de la CN).- El derecho a la intimidad, al buen nombre y al honor (art. 19 de la CN y 12 inc. 3 de la CPBA).-La prohibición de "ingerencias arbitrarias" (art. 11 inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).- El derecho a la libertad personal (art. 18 CN, art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)."

Tal criterio ha sido manifestado en los considerando de autos "ASOCIACION CIVIL MIGUEL BRU Y OTRO/A C/ MINISTERIO DE SEGURIDAD S/ MATERIA A CATEGORIZAR"¹, mediante el cual se hizo lugar a una medida cautelar por la cual se estableció "la prohibición de usar y exhibir los álbumes fotográficos o "Modus Operandi" a todos los efectivos de la Policía Bonaerense, salvo los que se encuentren expresamente autorizados por la Resolución N° 784/05". Dicha resolución emanada del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires prohíbe el uso indiscriminado de estos álbumes en comisarías bonaerenses, aceptando como única excepción su utilización ante requerimiento judicial por rueda de reconocimiento fotográfico.

Vemos entonces un claro parangón en las prácticas llevadas adelante por la empresa denunciada y las similares que han sido prohibidas en el ámbito de las fuerzas públicas de seguridad.

Es decir la práctica (utilización sistemática de fotografías repartidas entre sus sucursales), llevada adelante por la empresa fundada en una pretendida prevención del delito, constituye una grave violación a los derechos humanos ya mencionados como son la dignidad, igualdad, intimidad, buen nombre y honor y quebranta los principios de no-discriminación y legalidad.

Cabe recordar que la Superintendencia General de Policía, en el expte. administrativo Nro. 6157/10 dispone que se instruya al personal policial que la única forma de utilizar fotografías de personas en el marco de un proceso penal, como medio probatorio, es la brindada por el reconocimiento en rueda fotográficos (art. 261 del CPP). (cita extraída del fallo "RAVINO, JUAN MANUEL S/ HABEAS CORPUS-HABEAS DATA," expte. Nro. 915/10, Juzgado de Garantías del Joven Nr 2 de Mar del Plata, julio de 2011)

Así 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.

En lo relativo al caso particular es de destacar el artículo 8° bis de la Ley de Defensa del Consumidor (Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008) que establece "*Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que*

¹Fallo del 08/07/2005. Juez. LUIS FEDERICO ARIAS Juz.Cont.Adm.N°1, Dto.Jud.La Plata

coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.....”.

Ahora bien, cuanto al aspecto probatorio, cabe señalar que , en la materia bajo análisis rige el principio de inversión de la carga probatoria, conforme el cual es el denunciado 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 el presente la empresa denunciada no ha podido justificar.

IV.- EVALUACIÓN DEL CASO

Es por todo lo expuesto precedentemente el hecho en análisis denunciado, se encuadra en los términos del artículo 1º de la Ley 23592; en tanto que se percibe el hecho denunciado constituye un acto de discriminación .

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