



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen

Número: IF-2023-121276779-APN-INADI#MJ

SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN

Miércoles 11 de Octubre de 2023

Referencia: Dictamen EX-2021-11113725- -APN-INADI#M

EX-2021-11113725- -APN-INADI#MJ ORTIZ ANDRADA Sofia C/
BRUTO "PLAYA GRANDE" (PARADOR DE PLAYA DISCOTECA RESTO.
PUB) DISTRIBUCIÓN MONKEY S.A.

Llegan las actuaciones a esta Dirección de Asistencia a la Víctima, con el objeto de que se determine si los hechos denunciados encuadran dentro de las previsiones de la Ley 23.592 (B.O. 5-9-88), normas concordantes y complementarias.

- I -

DESCRIPCIÓN DEL CASO

La Sra. Sofia Ortiz Andrada presentó denuncia, la cual obra en el orden 4 del expediente electrónico, e indicó que en fecha 21/01/2021 asistió junto a unas amigas a la discoteca Bruto, de Playa Grande.

En su presentación señaló que la discoteca confirmó, por medio de la aplicación de WhatsApp, la reserva para diez personas, si bien la denunciante comunicó que solo asistirían seis personas, cinco de las cuales accedieron al lugar sin problemas, pero cuando llegó su turno con diversas excusas no le permitieron el ingreso.

Ante esta circunstancia la Sra. Ortiz Andrada refiere que explicó que la reserva era para 10 personas y que la persona encargada de la entrada se retiró del ingreso para consultar y con posterioridad le comunicó que no podía acceder e indicó que el lugar era para mayores de 21 años a lo que la denunciante aclaró que tenía 24 años y en prueba de ello les exhibió su documento de identidad, dejándola nuevamente esta persona esperando en la puerta aproximadamente 20 minutos más.

Finalmente relató que la misma persona se acercó a ella nuevamente y le dijo que no podría ingresar porque ya había expirado la hora de ingreso free, que era hasta las 18 hs.

Ante esta última evasiva la Sra. Ortiz Andrada comunicó que abonaría la entrada, pero una vez más le indicaron que debían consultar y la dejaron esperando para finalmente informarle que no podía ingresar ni aun pagando la entrada.

La Sra. Ortiz Andrada narró que sintió mucha angustia y en ese momento rompió en llanto en la puerta del lugar. Señaló que sentía mucha impotencia ya que otras personas llegaban y les permitían el ingreso sin mayores complicaciones.

MP 8741

La denunciante considera que la negativa de permitirle el ingreso fue su aspecto físico y sobrepeso.

Asimismo, refiere que sus amigas que se encontraban en el interior escucharon a la gente del boliche que decían que no podrían dejarla entrar por su sobrepeso, motivo por el cual considera que el trato a su persona fue discriminatorio y estuvo motivado en su aspecto físico.

Habiéndose corrido traslado de la denuncia impetrada a la parte denunciada, en fechas 10/02/2021 y 23/03/2021, no presentó descargo hasta el cierre de las actuaciones.

En estas condiciones, pasan las actuaciones para su dictamen.

- II -

ADVERTENCIA PRELIMINAR Y ALCANCE DEL PRESENTE

A modo de premisa esencial, debe delimitarse el ámbito de competencia del INADI, tendiente a determinar la existencia o inexistencia de un acto o conducta discriminatoria en los términos de la Ley N° 23.952, normas concordantes y complementarias, y, en consecuencia, establecer el curso de acción correspondiente conforme lo establecido en la Ley N° 24.515 (B.O. 03-08-95).

Debe señalarse que la actividad probatoria obrante en estas actuaciones administrativas es indiciaria, a los fines de establecer el encuadre normativo de la situación fáctica descrita.

- III -

ENCUADRE NORMATIVO

Para llevar adelante el análisis de la presente denuncia, corresponde -en primer término- hacer referencia al derecho aplicable a la cuestión planteada.

Al respecto, el artículo 1° de la Ley N° 23.592 establece que: *"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 a reparar el daño moral y material ocasionados. 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."*

La Ley N° 23.592 es reglamentaria del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, consagrado en nuestra Carta Magna en el artículo 16 cuyo contenido es complementado y reforzado por la incorporación de los tratados de Derechos Humanos a la Constitución Nacional, mediante la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22 otorgándole jerarquía constitucional), reafirmó el tratamiento constitucional de la prohibición de discriminación.

El artículo 75 inciso 23 por su parte establece que es una obligación del Estado Nacional adoptar medidas afirmativas para lograr una igualdad real de oportunidades y trato, en particular *"respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."* Por su parte, el artículo 16, desde los orígenes de nuestra Constitución establece que *"... Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad."*

El derecho a la igualdad, como el resto de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona humana.

En este orden de ideas el derecho a obtener un trato igual se convierte en la práctica en un requisito previo para el disfrute efectivo de muchos otros derechos. A su vez, la prohibición de discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad.

Se trata de limitar la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que éstos además suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Por su parte el artículo 75 inc. 22 a su vez otorga jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el mismo, los cuales deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Así, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en distintos instrumentos internacionales, que tienen jerarquía constitucional, lo encontramos, entre otros, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 2, Declaración Universal de los Derechos Humanos arts. 2 y 7, Convención Americana sobre Derechos Humanos arts. 1 y 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arts. 2, 3 y 26, etc.

En el ámbito internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los alcances y la importancia del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación a través de la Opinión Consultiva 4/84. Luego de subrayar la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos plasmada en diversos instrumentos internacionales sostiene que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. A su vez, el Tribunal ha indicado que "...en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984).

A su vez, según el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el "Pacto"), los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos [que en él se enuncian] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". La Observación General 20 del Comité DESC de las Naciones Unidas (E/C.12/GC/20) consideró que "27. El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad."

De este modo, la discriminación por aspecto físico es un motivo que pueden ser incluidos en "otras condiciones sociales", y viene siendo analizada en distintos ámbitos normativos, ya sea como motivo autónomo o en intersección con la raza, la clase y/o el género.

- IV -

ELEMENTOS PROBATORIOS. ANÁLISIS DEL CASO

En este punto, corresponde analizar la situación concreta traída a conocimiento.

La Sra. Sofia Ortiz Andrada denunció que no le permitieron ingresar a la discoteca Bruto de Playa Grande por su apariencia física. Indicó que estaba en una lista junto a unas amigas pero que al llegar su turno de ingresar no le permitieron acceder excusándose primero en que no estaba en la lista, luego que no tenía edad para ingresar, más tarde le informaron que estaba fuera del horario de los ingresos con las listas free y finalmente no la dejaron abonar la entrada para poder acceder.

Alegó la denunciante que la razón del impedimento para su ingreso al lugar, fue su aspecto físico por su sobrepeso, razón por lo cual consideró que fue víctima de discriminación.

Habiéndose corrido traslado de la denuncia la parte denunciada no presentó descargo, pese a haber sido fehacientemente notificada, tampoco ofreció elementos probatorios (ver número de orden 5 a 8).

En materia de discriminación, la apreciación de la prueba debe ser guiada por criterios adecuados según la naturaleza de los hechos denunciados, pues es sabido que uno de los problemas principales que presentan los actos de discriminación es precisamente su dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación no sólo está tutelado por normas de jerarquía legal sino también por otras de rango constitucional,

supralegal, e incluso ha ingresado en el dominio del jus cogens internacional, es razonable que, en ciertos casos, se produzca un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Consecuentemente, puede afirmarse que el/la denunciante tiene, fundamentalmente, la carga de demostrar que existe prima facie un acto de discriminación, lesivo de sus derechos, y frente a ello, el/la denunciado/a asumirá la carga de demostrar su inexistencia.

Así se desprende del fallo de la CSJN Pellicori, Lilitiana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo cuando dice: "...cuadra subrayar que el Comité contra la Discriminación Racial, después de advertir el dato realista indicado en el considerando precedente, ha llamado a los Estados a atenderlo "cabalmente". Para ello, señaló que, en los reclamos o demandas civiles por discriminación, las normas procesales han de regular la carga de la prueba en términos tales que, una vez que el reclamante hubiese acreditado "prima facie" que ha sido víctima de una discriminación, deberá ser el demandado la parte que produzca la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente..." (Pellicori, Lilitiana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo).

En igual sentido, en el fallo "Sisnero Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo" con sentencia del 20 de mayo de 2014, la Corte reiteró que "...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja (...) y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor y la información y archivos que podrían servir de elementos de prueba, están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Para compensar estas dificultades, el Tribunal ha elaborado un estándar probatorio aplicable (...) En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia..."

En cuanto a la pruebas aportadas por la denunciante en el orden 4 se agrega: captura de pantalla de la conversación de WhatsApp donde figura la lista de personas con ingreso free y en ella figura el nombre de la denunciante; captura de pantalla de la página de Instagram de la discoteca Bruto de Playa Grande que, en referencia a los hechos denunciados indica que, sin hacer alusión explícita, las medidas adoptadas en la fecha del hecho fueron tomadas por seguridad y en el marco de las restricciones por la pandemia de Covid19 y otras notas periodísticas.

En el orden 17 y 18 se agregan las declaraciones testimoniales de Candela Ahmad y Fiorella Bellomio que se llevaron a cabo en fecha 11/01/21. Cabe señalar que en la audiencia se presentó el denunciado a través de su apoderado.

La testigo Ahmad refirió que efectivamente estaban en una lista de reserva para ingresar al lugar y que llegaron en dos grupos, y aclaró que lo hicieron antes de las 18 hs.

Luego añadió que ella ingresó sin problema y que a la denunciante no la dejaron ingresar por su sobrepeso, agregando luego que ante la crisis de nervios que tuvo Sofía, la Sra. Ahmad pidió a los empleados del lugar que le pidan unas disculpas, pero aclara hicieron caso omiso a su pedido.

Finalmente en la respuesta a la pregunta número 7, realizada por el apoderado del denunciado, respeto si en la playa los/as empleados/as del boliche realizaban invitaciones a otras personas, la testigo respondió que era evidente cómo eligen a los/as jóvenes teniendo en cuenta el aspecto físico y la vestimenta que llevan.

En relación a la testigo Fiorella Bellomio, ésta declaró que estuvo presente cuando a la denunciante no le permitieron ingresar con diversas excusas e incluso negándole que abone la entrada para ingresar. Indica la testigo que la negativa a permitir ingresar a Sofía ORTIZ ANDRADA fue su aspecto físico y sobrepeso ya que lo escuchó de parte del personal de seguridad que expresaron que por el sobrepeso de la denunciante le negaron el ingreso.

En el orden 22 se agrega tacha de las testigos por parte del denunciado por los dichos de las mismas.

De las constancias de autos podemos indicar que se encuentra acreditado que la Sra. ORTIZ

ANDRADA, asistió al boliche, que estuvo en la lista de pases libres junto a otras amigas, como así también que no logró ingresar al boliche por negativa del personal del lugar que por diversas excusas impidió su acceso.

Cabe destacar que estando debidamente notificado, el denunciado no se presentó hasta la fecha de la audiencia testimonial. Con presentó tacha de los testimonios ofrecidos, con manifestaciones abiertamente infundadas y tergiversando las declaraciones efectuadas.

Del análisis de las presentes actuaciones se puede advertir un acto discriminatorio en tanto el denunciado, pudiendo aclarar la situación narrada por ORTIZ ANDRADA fue renuente a ello no solo durante la tramitación de estas actuaciones sino también al momento de acaecer los hechos denunciados y ante la propia denunciante a quien nunca brindó una explicación, situación por la cual podemos tener por verificados los hechos denunciados.

Cabe señalar que, en el ingreso a lugares públicos de entretenimiento, se ha corroborado en muchos casos traídos al análisis de este organismo, el supuesto ejercicio del derecho de admisión, pero lejos de ser una práctica correcta con criterios objetivos y razonables muchas veces se convierte en un ardid de empresarios/as que pretenden que a su local concurren únicamente cierto perfil de consumidores/as, y estos perfiles son definidos por criterios discriminatorios. Así, personas con determinada vestimenta, o de determinadas características físicas, o que pertenecen a ciertos grupos identitarios son rechazados en el ingreso, en virtud de criterios discriminatorios o evasivos como en el caso en cuestión.

Resulta reprochable para este organismo que un espacio de acceso al público y vinculado sobre todo a las juventudes, refuerce como un valor, estereotipos de belleza que niegan la diversidad corporal, asociando a su vez la delgadez a la belleza lo que no solo resulta un hecho objetable sino una irresponsabilidad, en atención a las graves consecuencias que este mensaje genera en muchas personas, en su gran mayoría jóvenes y niños/as que crecen presionados por encajar en estos estereotipos.

Ese modelo de belleza que denominamos hegemónico -por ser presentado como único y natural- es uno de los mitos más arraigados socialmente y en algunos espacios está más presente aún, generando resultados violentos y excluyentes, ya que el ideal estético hegemónico de los cuerpos es ante todo una ficción cultural, discriminatoria en tanto resulta contrario a nuestra propia naturaleza y diversidad pretender que todas las personas nos acerquemos a un mismo y único patrón de belleza que en definitiva se presenta como una aspiración arbitraria e imposible.

Detrás de los mandatos de belleza hegemónica se esconde la presión por adecuarse y encajar, situación que nos afecta de muy diferentes maneras, y afecta en mayor medida a los/las jóvenes que transitan diversos espacios con un precepto que no pueden alcanzar y que les generan malestar y sufrimiento como en el caso en análisis. apuntarse a un mandato de belleza que en este caso, resultó lesivo de los derechos de la Sra. Ortiz Andrada.

En efecto, refiere la denunciante que mientras solo ella debió esperar en el acceso, sin ningún motivo que justifique la diferencia de trato con el resto, para que le informen si podía ingresar o no, otras personas llegaban al lugar y sin problema ni cuestionamiento alguno, ingresaban.

Asimismo, de los testimonios brindados, puede consignarse que la Sra. Ahmad indicó que cuando se repartieron las invitaciones en la playa, fue evidente que los/as empleados/as del boliche elegían a las personas remarcando que tenían en cuenta la vestimenta y su aspecto físico

Por lo expuesto esta asesoría concluye que la negativa a permitir el acceso de la denunciante se encontró motivada en su aspecto físico y por lo tanto en un móvil discriminatorio.

-v-

CONCLUSIÓN

Por los motivos expuestos, es necesario concluir que existen elementos suficientes que permitan tener por acreditado los hechos denunciados y que constituyen una conducta discriminatoria encuadrable en los términos de la Ley N° 23.592, normas concordantes y complementarias.

-VI-

COMUNICACIÓN

Asimismo, póngase el presente en conocimiento de la Dirección Nacional del Registro Nacional de Empresas y Trabajadores de Control de Admisión y Permanencia (RENCAP) del Ministerio de Justicia de la Nación, a sus efectos.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.10.11 13:38:15 -03:00

María Fernanda IRIARTE
Asesor Legal
Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo

MY MP8741

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL
ELECTRONICA - GDE
Date: 2023.10.11 13:38:15 -03:00