



INADI

Instituto Nacional contra la Discriminación,
la Xenofobia y el Racismo.
Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos
Humanos.

BUENOS AIRES, **19-05-08**

DICTAMEN N° **104/08**

-I-

Llega a esta Asesoría Letrada la denuncia **ME N° 05530/07**, efectuada por quien dice llamarse M. S. y se encuentra registrada en el Registro Nacional de las Personas con el nombre de T. G. N. S., conforme su DNI N° xx.xxx.xxx, contra M. E., propietaria del Gimnasio "M. G.", ubicado en la calle J.A. Roca xxx de la ciudad de Granadero Baigorria, Provincia de Santa Fe a fin de determinar si los hechos denunciados constituyen un a acto o conducta discriminatoria conforme los términos de la Ley 23.592.-

-II-

DESCRIPCIÓN DEL CASO

Los hechos relevantes para opinar en este dictamen son, sintéticamente, los siguientes:

En su presentación de fs. 1/2 la denunciante refiere que, el viernes 24 de agosto del año 2007, se inscribió en un gimnasio al cual identifica como "M. G.", ubicado en la calle J.A. Roca xxx de Granadero Baigorria; y que, habiendo pagando la cuota mensual correspondiente, concurrió a la primera clase sin ningún inconveniente.

Asimismo, la denunciante expresa: "lunes y martes no pude concurrir por cuestiones laborales. Cuando el miércoles retomo las clases por la mañana estaba la dueña del local presente, la misma me dice que no puede aceptarme en el gimnasio porque el gimnasio era 'exclusivamente de mujeres, y que como yo soy travesti a parte de las personas que concurren al gimnasio les incomoda mi presencia'".

Además, la denunciante relata que le pidió a la dueña del gimnasio que le devuelva el dinero correspondiente a la cuota y que la misma accedió a su petición.

También, sobre la motivación de los actos descriptos, la denunciante relata: "me discriminaron por ser travesti y porque para ella, que según tengo entendido es testigo de jehová, no era una buena imagen para el local. El gimnasio presenta frases bíblicas en su estructura".

Sumado a ello, la denunciante describe que es la primera oportunidad en la que dicha situación ocurre en el referido gimnasio; pero agrega que: "cuando voy a buscar trabajo en peluquerías también siento que se me discrimina ya que en ningún local logro conseguirlo. Solo trabajo a domicilio y por mi cuenta."

Cabe destacar, que la denunciante adjuntó como documentación a su presentación ante esta Institución, la fotocopia de las primeras hojas de su D.N.I.

-III-

ADVERTENCIA PRELIMINAR.

Como premisa básica, debe limitarse el ámbito de competencia de este Instituto, tendiente a determinar la existencia o no de un acto o conducta discriminatoria en los términos de la ley 23.592 y -en su caso- establecer los cursos de acción que correspondan, de acuerdo a lo estipulado por la ley 24.515.

Asimismo, debemos señalar que la actividad probatoria brindada en estos actuados administrativos es solamente indiciaria, a los fines de encuadrar la situación fáctica dentro de la legislación mencionada; sin causar estado, sin crear, modificar o extinguir derechos, por cuanto la determinación del presunto daño está reservada al Poder Judicial, agotándose -en principio- la actividad del INADI en la producción de un informe o dictamen no vinculante.

-IV-

ANÁLISIS

A fs. 3 obra fotocopia parcial del D.N.I. de la denunciante, en el que fue registrada con el nombre de "T. G. N. S." y en el que se asignó por "sexo": "varón".

A fs. 4 se tiene por presentada la denuncia, por ofrecida y acompañada la prueba; ordenándose el traslado a la denunciada.

A fs. 5 consta la nota por la que este Instituto notificó el traslado de la denuncia.

A fs. 6 obra la presentación de descargo de M. E., DNI xx.xxx.xxx, donde manifiesta que: "efectivamente poseo un gimnasio, al cual concurrió una persona que dijo llamarse M. S., a quien al requerirse que efectuara la presentación de copia de D.N.I, a los fines de poder corroborar sus datos filiatorios para ser inscripta como clienta del local, no efectuó la entrega de la correspondiente documentación, efectuando el pago del primer mes del gimnasio, para comprometerse acompañar posteriormente la documental precitada."

Sumado a esto, la denunciada para oponer sus defensas, expresó que: "Posteriormente ejerciendo mi derecho constitucional de admisión, procedí a la devolución de su primer pago, manifestándole que no iba a poder seguir concurriendo a dicho establecimiento".

A continuación, la Sra. M. E., explica que "Dicho derecho lo ejercí en virtud del art. 14 de la constitución nacional y Art. siguientes y concordantes, en función de los cuales, tengo el derecho de ejercer el comercio, y en este supuesto al ser el gimnasio, una actividad comercial que es mi sustento económico, ejercí el derecho de reserva de admisión, por el cual, como titular del establecimiento tengo el derecho de poder decidir, que persona ingresa o no a efectuar actividades físicas al mismo, mediante el pago de un canon, ya que no es un espacio público, sino que es un ámbito en el cual se desarrolla una actividad privada, y como tal, pudo definir que personas tiene derecho a ingresar o no a el."

Finalmente, la denunciada, expone que "por lo demás en referencia a la mención sobre la pertenencia de mi persona a la religión de los Testigos de Jehová, aparte de ser una afirmación falaz, no corresponde comentario alguno al

respecto debido a que según nuestra carta magna constitucional todos los ciudadanos tenemos libertad de culto".

Como punto de partida, cabe destacar que todo parece revelar que el tema traído a estudio de este Instituto es una cuestión de "identidad sexual/genero", toda vez que la denunciante se identifica en su condición de "travesti"; y no una causa de "orientación sexual".

Ahora bien, enmendada dicha divergencia y desde tal criterio, deberá tenerse en cuenta el lugar relevante que ocupa la identidad sexual de una persona, "desde que la sexualidad se halla presente en cada una de las manifestaciones de nuestra vida y nuestra personalidad"¹.

Desde un enfoque psicológico-social, se advierte que "el sexo no es un fenómeno abstracto, ni un dato aislado, sino integrado a una totalidad de vida. Se encuentra 'personalizado' en la realidad única e irrepetible de un ser humano concreto"².

Incluso, "más allá de la consideración cromosómica del sexo, que a lo sumo nos muestra la determinación genética natural del sujeto, el análisis exigiría integrar ese dato con las determinantes psicosociales y conjugando todos los elementos para brindar una respuesta que permita a la persona, en concreto, vivir en plenitud su propio cuerpo, es decir, ser ella misma"³.

¹ véase BIDART CAMPOS, El derecho y la identidad sexual, en ED,104-1024.

² ZABALA de GONZALEZ, Matilde; "Daños a las personas", Hammurabi, 1994, Pág. 285.

³ ZANNONI, Eduardo; "Derecho de familia", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, N° 4, Pág. 142.

De este modo, nuevas corrientes que estudian el comportamiento humano proponen superar la inmovilidad y universalización de criterios que reconocen únicamente polos enfrentados (hombre-mujer, masculino-femenino, etc.), o que solamente pautan elementos binarios opuestos, rígidamente duales, sin solución de continuidad⁴.

De ahí que, la identidad sexual se construye a través de un complejo proceso en el que operan una multiplicidad de variables en la historia de los individuos, que no es objeto de este dictamen discutirlos. No obstante, es preciso reconocer que existe en nuestra sociedad un espectro de diferentes expresiones de la sexualidad: gays, lesbianas, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero, intersexuales, etc. En todo caso, con el objeto de evitar prescripciones taxonómicas, nos referimos a una "diversidad de orientaciones e identidades sexuales"⁵.

Todo ello no hace sino indicar que el tradicional pensamiento sustentado en que existen, clara y perfectamente definidos, lo masculino y lo femenino, tendrá que ceder paso a una nueva mirada "según la cual la masculinidad y la femineidad no son dos valores opuestos, sino grados sucesivos del desarrollo de una única función, que es la sexualidad"⁶.

Así las cosas, deviene oportuno exponer algunas definiciones aportadas en fortalecidos principios

⁴ ver NIETO José Antonio, Transgénero/transexualidad: de la crisis a la reafirmación del deseo, Madrid, 1998.

⁵ Ver el completo trabajo de RAPISARDI Flavio en "Hacia un PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN- La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas", Decreto 1086/2005.

⁶ Conf. HIGHTON Elena I., "El límite entre el daño y el beneficio a la persona", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 1.

internacionales de Derechos Humanos, que hacen a nuestro razonamiento⁷.

Entonces, se entiende que "la orientación sexual" se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Por otra parte, "la identidad de género" se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En efecto, desde los parámetros precitados, tal fenómeno debe apelar a la reflexión sobre los elementos realmente definatorios en la vinculación y -sobre todo- a la tolerancia y aceptación social de la diversidad en la identidad de género -en sentido amplio-; toda vez que la mayoría de sus formas no se encuentran contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico.

Conjuntamente, deberá repararse en que la identidad sexual/género pertenece a la esfera de la mayor intimidad -en tanto no se exteriorice de una forma que pudiera afectar a la convivencia social ni perturbe el bien común-; de ahí

⁷ Los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, ONU, Marzo del 2007.

que no es de las acciones que interesan al orden jurídico, según el límite que a los actos privados impone el derecho humano a la intimidad.

Desde esta perspectiva, cabe destacar que la Organización Mundial de la Salud, en fecha 17/05/1990⁸ se actualizó según los criterios científicos consolidados, dejando atrás los prejuicios históricos que consideraban a la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica. Además, la OMS explicitó, en la Declaración de Derechos Sexuales que "Los derechos sexuales abrazan derechos humanos que ya se reconocen en las leyes nacionales, en documentos internacionales sobre los derechos humanos y otros documentos de consenso. Estos incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia a: (...) la elección de pareja (...) y perseguir una vida sexual satisfactoria y placentera".

En un reconocido avance del derecho internacional de los derechos humanos, en el año 1994, se conoció el fallo del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso de "Toonen contra Australia", donde dicho Comité - que monitorea la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- se pronunció a favor de Nicolás Toonen, quien era un activista gay que denunció las leyes de sodomía vigentes en Tasmania como una violación a su derecho a la privacidad y a la no discriminación protegidas en dicho Pacto Internacional. Además, el Comité afirmó que la "orientación sexual" se debe considerar incluida en la categoría de "sexo"- que figura en los artículos 2.1 y 26 del referido Pacto-, que

⁸ Cabe acotar que en esta fecha se celebra el día internacional en contra de la homofobia Y que la iniciativa se lanzó -en el 2005- para conmemorar el día en que lo Organización Mundial de la Salud decidió descartar a todas las variantes de la homosexualidad de su lista de enfermedades mentales.

sí está protegida contra la discriminación en el Pacto y en todos los principales instrumentos de derechos humanos⁹.

Posteriormente, ya en el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales produjo el Comentario 14, sobre el Derecho a la Salud, que en su párrafo 18 interpreta que la "orientación sexual" está incluida entre las causales mencionadas en los Art. 2.2 y 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esa interpretación es extensiva a todos los otros derechos garantizados por el Pacto¹⁰.

Incluso, cabe recordar que, refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad"¹¹.

⁹ Conf. VILLALBA Verónica, Ficha 03/2007, "Diversidad sexual, identidad y género". Publicada por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, Dirección de Derechos Humanos, Edición amparada al decreto 218/96; Ver U.N. G.A.O.R. Comm. Der. Hum., Sesión 15ª, Caso N° 488/1992, "Nicholas Toonen v. Australia", U.N. Doc. CCPR/c/50/D/488/1992; ver Informe del Comité de Derechos Humanos Volumen II, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Ginebra, 18 de octubre a 5 de noviembre de 1993; Período 50, *United Nations Headquarters*, 21 de marzo a 8 de abril 1994; Período 51, Ginebra, 4 a 29 de Julio de 1994; A/49/40; Pág. 226-237, Párr. 8 y 7.

¹⁰ E/C.12/2000/4, CESCR.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

También, en un plano local, en la Declaración N° 10 del MERCOSUR, se ha reconocido a los trabajadores la igualdad efectiva de derechos, trato de oportunidades en el empleo y ocupación e incluye explícitamente "el sexo u orientación sexual" como motivo de no discriminación¹².

Sumado a todo ello, los principales instrumentos sobre derechos humanos enumeran en términos casi idénticos las formas de discriminación prohibidas por el derecho internacional. Así, la Declaración Universal y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana, prohíben la discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u otra, origen nacional, origen social, posición económica y nacimiento. Análogamente, dichos instrumentos contienen una cláusula adicional que además prohíbe la discriminación "basada en cualquier otra condición", según la Declaración Universal y el Pacto Internacional, o "en razón de cualquier otra condición", a tenor de la Convención. Además la Declaración Americana prohíbe expresamente la discriminación racial, sexual, lingüística, y religiosa, conteniendo también una cláusula que prohíbe "cualquier otra forma de discriminación". Por lo tanto, la protección que se desprende de esta Declaración no puede considerarse menor que la que surge de textos más elaborados, como lo son los instrumentos mencionados.

¹² La reunión de los Jefes de Estado de los países miembros del Mercado Común del Sur, celebrada en Río de Janeiro el 10 de diciembre de 1998 suscribió la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, cuyo artículo 1° textualmente expresa "Que todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes" - el destacado nos pertenece.

Si bien la nómina de criterios discriminatorios que figuran en los instrumentos mencionados parece amplia, no menciona expresamente algunas formas de discriminación que han sido motivo de preocupación en los últimos años. De hecho, no se hace referencia a la discriminación basada en la "orientación sexual.

Consecuentemente, dicho vacío subraya la importancia de los decisorios *ut supra* destacados, como también de la cláusula abierta que figura en los instrumentos antes mencionados, prohibiendo la discriminación basada en "otra condición social"¹³.

Sobre todo, lo que resulta más importante es que "los principios de la igualdad de la persona humana y la prohibición de discriminación son complementarios"¹⁴.

Como ya se ha expuesto, estos principios han sido incorporados a los tratados internacionales en disposiciones separadas, de tal manera que se aplican a distintas categorías de derechos. En definitiva, se prohíbe la discriminación en el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales, mientras que el derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de ellas se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna. Así, este último principio abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados por el derecho internacional.

Entonces, no queda lugar a dudas de que la Legislación Internacional sobre Derechos Humanos protege a todas las

¹³ Conf. O`DONNELL Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Ed Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú 1989.

¹⁴ Conf. O`DONNELL Daniel, ob. Cit.

personas por igual, sin distinciones ni discriminaciones. Todos los grupos de individuos deben gozar de manera igualitaria del amplio espectro de los derechos humanos, civiles políticos, económicos, sociales y culturales. Así, la protección de los derechos humanos, de las personas gays, travestis, transgénero, transexuales e intersex, se fundamenta en un marco de Derechos Humanos según el cual todas las personas merecen igual respeto, dignidad cualquiera sea la situación¹⁵.

Más aún, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género fueron elaborados en una reunión internacional de expertos y expertas de derechos humanos en Yogyakarta -Indonesia- en respuesta a los muchos abusos basados en la orientación sexual y la identidad del género de todo el mundo¹⁶.

Los Principios¹⁷ los vinculan con normas de la legislación internacional que todos los Estados deben cumplir. Así, abordaron un amplio rango de temas de derechos humanos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género en todo el mundo; demandan la acción del sistema de derechos humanos de la ONU, de los

¹⁵ Conf. Beto de Jesús, Ficha 03/2007, "Diversidad sexual, identidad y género". Publicada por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, Dirección de Derechos Humanos, Edición amparada al decreto 218/96.

¹⁶ Conf. FERRYRA Marcelo -Coordinador del Programa para América Latina y el Caribe de la Comisión Internacional de los Derechos Humanos para Gays y Lesbianas, Ficha 03/2007, "Diversidad sexual, identidad y género". Publicada por el Ministerio de Educación y Cultura de la Nación, Dirección de Derechos Humanos, Edición amparada al decreto 218/96.

¹⁷ Los Principios de Yogyakarta se difundieron públicamente el 26 de marzo del 2007, en una serie de eventos internacionales y regionales que coincidieron con la sesión principal del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra.

gobiernos, de instituciones nacionales de derechos humanos, de organizaciones no gubernamentales entre otros. Cada Principio incluye recomendaciones específicas sobre cómo poner fin a la discriminación y su abuso.

Ya en su Principio Primero, sobre el "derecho al disfrute universal de los Derechos Humanos", establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos".

En consonancia con ello y en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, se ha explicado que los Estados partes signatarios de los instrumentos de derechos humanos, tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos reconocidos en tales acuerdos¹⁸.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹ dispuso, en su Art. 27, que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"²⁰.

Todo lo antedicho constituyó un significativo avance en materia de derechos humanos, entendiendo que "son prerrogativas de los gobernados ante los gobernantes. Esos derechos se reconocen a partir de la convicción de que

¹⁸ vide Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; "General comment. The right to the highest attainable standard of health", 11/08/2000, E/C.12/2000/4, N° 34-37.

¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida en Viena el 23 de mayo de 1969, en vigor para la República Argentina desde enero de 1980.

²⁰ al respecto, DE LA GUARDIA, Ernesto; DELPECH, Marcelo; "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969", Buenos Aires, Fedye, 1970; y AMADEO, José Luis; "Tratados internacionales interpretados por la Corte Suprema", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

todos los seres humanos, por el solo hecho de serlo, tenemos dignidad, cualidad en virtud de la cual merecemos ser tratados con ciertos miramientos, ya que somos sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones y falta de consideración²¹.

En lo que es de interés al *sub examine*, ha de remarcarse nuevamente la importancia que tribunales extranjeros han otorgado a temas relacionados con prácticas discriminatorias fundadas en la identidad sexual de los individuos.

Así, se ha explicitado que "La homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida"²².

También, respecto de la tutela otorgada al "derecho a la identidad", este derecho es reconocido a nivel de la más avanzada jurisprudencia y doctrina extranjera. La Corte de Casación Italiana, pionera en sistematizar una doctrina tutelar del derecho a la identidad se expresó en el sentido de que: "cada sujeto tiene un interés generalmente considerado merecedor de tutela jurídica, de

²¹ BARREDA SOLORZANO, Luis; "Los derechos humanos", México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, Págs. 4 y ss.

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-101, 1998.

ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad"²³.

Por otra parte, de *lege data*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el Art. 14 del Convenio de Roma, que comienza enunciando "el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin distinción alguna", señala algunos aspectos centrales²⁴: a) la condición específica de "no discriminación" no debe entenderse en el sentido de que éste prohíba el establecimiento de diferenciaciones legítimas; b) una diferencia de trato vulnera el Art. 14 cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable; la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; c) una diferenciación no sólo debe perseguir una finalidad legítima, sino que ha de respetar asimismo una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; d) el derecho a la igualdad protege a los individuos o grupos que se encuentren en una situación comparable.

Por lo aludido nos encontramos frente a un compromiso solemne que adquieren los estados firmantes de los Tratados de Derechos Humanos, fruto del cual deben llevar a cabo todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan que esas disposiciones gobiernen efectivamente.

²³ Corte de Casación Italiana, sentencia del 22/6/85 citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Derecho a la Identidad" Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996, Pág. 86.

²⁴ Conf. FERNÁNDEZ Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Pág. 202, Ed. Dykinson, España, 1992, en Gil Domínguez, Andrés, *La discriminación: una cuestión constitucional*, La Ley S.A., 2001-B, 896.

Por supuesto que a ello se agrega la definición de políticas activas que promuevan la puesta en marcha de lo establecido en el tratado.

Sumado a ello y en relación con la operatividad de las normas de origen internacional, "el tema central que domina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la ejecución o *"enforcement"*. Desde el punto de vista del individuo, la consideración primaria será la medida o extensión en que las disposiciones de los tratados tienen efecto dentro del sistema jurídico interno"²⁵.

Recordemos que varios de los instrumentos citados poseen jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Art. 75, inc. 22 CN), y que todos estos tratados son los que de conformidad con lo que dispone el nuevo inc. 23 del citado artículo, obligan a la promoción y a la adopción de medidas positivas para el pleno goce y ejercicio de los derechos.

En este punto particular, parece fundamental recordar también que la doctrina norteamericana ha elaborado tres criterios para determinar el carácter autoejecutivo de las disposiciones de un tratado: la intención de las partes; la precisión y los detalles de los términos utilizados; y la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que de las ramas legislativa o ejecutiva²⁶.

Ahora bien, en nuestro país, desde la última reforma constitucional no se dejan dudas sobre la operatividad de las normas contenidas en los tratados que integran el

²⁵ TRAVIESO, Juan Antonio. 1997 "El control de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales". Doctrina Judicial-La Ley. Año XIII, N° 9.

²⁶ Ver VON POTOBSKY Geraldo, Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Una nueva dimensión en el orden jurídico interno. Argentina. Derecho del Trabajo - 1997-A.

derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, el derecho a la igualdad está previsto en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional.

Deriva categórico al respecto el extracto de los principios que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborado por el Dr. Germán J. Bidart Campos²⁷: "a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración; lo que aquella regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad, con lo que queda entendido que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea 'razonable'; e) las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores, etc."

²⁷ Ver: BIDART CAMPOS Germán J. "Manual de la Constitución Reformada", Tomo I, Pág. 532 y ss, ed. Ediar, 1998.

También, mediante la reforma constitucional referida, la prohibición de discriminar negativamente fue incorporada expresamente en diversos institutos.

Los tratados internacionales incorporados al "bloque constitucional federal", no sólo prohíben toda forma de discriminación sino que imparten directivas a los Estados miembros para que verifiquen y aseguren el cumplimiento de esas disposiciones a fin de que resulten efectivas las normas y confieren, a su vez acciones a los particulares para denunciar los incumplimientos en que se pudiera incurrir.

En este sentido, nuestra Constitución Nacional establece un sistema de contención contra formas expresas o implícitas de discriminación negativa, específicamente, con relación a las orientaciones sexuales.

Así, de nuestra norma suprema se interpreta una igualdad formal y social, es decir, no alcanza la simple igualdad formal, sino la igualdad real de oportunidades, lo que implica la obligación del Estado de remover aquellos obstáculos que impidan el desarrollo pleno de las personas.

Esencialmente, la Constitución de la Provincia de Santa Fe²⁸, prevé expresamente el principio de igualdad, explicitando que "El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. El individuo desenvuelve libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen (...)"

²⁸ Arts. 6, 7 y 8.

Paralelamente, el Art. 19 de la Constitución Nacional establece la libertad de intimidad, que implica proteger jurídicamente el ser diferente y el ejercicio de ese derecho²⁹.

Más aún, el derecho constitucional a la privacidad e intimidad, protege jurídicamente en relación directa con la libertad individual un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad, están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad³⁰.

Asimismo, el derecho a la intimidad se compone como un concepto genérico que acopla otros derechos que tutelan diversos aspectos de la persona, que sumándolos da como resultado el perfil de la identidad personal³¹.

Además, esa norma constitucional combinada con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona -y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores- y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental"³².

²⁹ Ver: GIL DOMÍNGUEZ Andrés, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, T 1, Pág. 73/74.

³⁰ CSJN, 11-12-84, E. D. 112-239.

³¹ En nuestro ordenamiento jurídico nacional el derecho a la identidad está protegido en la Constitución Nacional en los Arts. 33 y 75 inc. 22.

³² C.S.J.N., 21/11/2006, in re "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", publicado en La Ley del 04/12/2006, Pág. 5.

Ahora bien, "Las discriminaciones arbitrarias configuran una negación de la igualdad"³³.

La prohibición de la discriminación arbitraria es una proyección de la garantía de la igualdad en su sentido amplio³⁴, esto es, tanto ante la ley, como ante la administración, la jurisdicción y entre particulares³⁵.

Por otra parte, las disposiciones del Art. 14 de nuestra Constitución Nacional, "constituye uno de los pilares de nuestro ordenamiento institucional, ya que en ella se consagra en forma expresa el catálogo de derechos civiles esenciales para el desarrollo del Estado de Derecho"³⁶.

Ahora bien, el tema traído a estudio precisa marcar que la existencia de un derecho presume que una persona está facultada para exigir de otra una conducta positiva -hacer algo- o negativa -omitir hacer algo-. No obstante, para alegar la existencia de un derecho del que es titular una persona, es preciso identificar a otra u otras personas que en razón del mismo estén obligadas a hacer o no hacer algo; entonces, podemos inferir que esas personas son el

³³ BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., Pág. 534.

³⁴ Conf. Art. 16 y 28 de la Constitución Nacional.

³⁵ Tales consideraciones deberán tener singular importancia, toda vez que en nuestro país todavía son diez las provincias que consideran delito al travestismo y la homosexualidad. Concretamente, en Mendoza, Salta, San Juan, Tucumán y Catamarca ser travesti y andar por la vía pública es considerado una falta moral y puede ser motivo de arresto. Muchos argentinos con diferentes identidades de género aún no gozan de los derechos básicos: se sienten discriminados, perseguidos y sancionados. Así lo demuestra el informe 2008 de la situación jurídica y de ciudadanía de la comunidad gay, lésbica, trans, bisexual e intersexual (GLTBI) que dará a conocer la comunidad Homosexual Argentina (CHA). Fuente: "No es país para cambiar de género", por Maru Ludueña, Diario CRITICA de la Argentina, Sección "el país", Pág. 22, del Martes 1º de abril de 2008.

³⁶ Conf. SABSAY A. Daniel y ONAINDIA José M., "La Constitución de los argentinos" Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994, ERREPAR, 5º edición actualizada y ampliada, 2000.

sujeto pasivo del derecho y quienes tienen el deber de omitir cualquier conducta que obstruya, cercene o impida al titular del derecho su pleno ejercicio.

Sobre todo, es sujeto activo de derechos fundamentales toda persona humana, por cuanto se trata de derechos que nacen de su dignidad.

Así, los derechos fundamentales son, en general, derechos que se ejercen "*erga omnes*", es decir que tienen como sujeto pasivo a todas las demás personas físicas y jurídicas, incluido al Estado, con un deber jurídico esencial de no hacer nada que obstaculice o impida el pleno ejercicio de los derechos.

Análogamente, la autolimitación que involucra el respeto de los derechos de las demás personas es el estímulo cardinal de una viable generalización de las expectativas que hace posible el establecimiento del estado de derecho. Esto es un sistema regulado por normas, en el cual cada ciudadano/a recibe el *status* de titular de derechos, se le reconoce una esfera de protección como persona en sus relaciones con otros/as ciudadanos/as y con el Estado, estando este último también sujeto al principio de "reciprocidad". De este modo, la existencia de relaciones de reciprocidad marca un papel protagónico en el mantenimiento de una situación de obediencia general del estado de derecho³⁷.

En este sentido, la exclusión resultante del racismo, la xenofobia, u otros tipos de discriminación, que

³⁷Conf. la idea de reciprocidad como fundamento del derecho desarrollada por Lon Fuller, en Neo-liberalismo e Estado de Direito, Revista de Ciências Criminais, IBCC Crim, São Paulo, 1996. Ver: Los límites de la autonomía del derecho por Oscar Vilhena Vieira, Violencia y Derecho, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto S.R.L, abril de 2004.

imposibilitan la reciprocidad en el sentido que hemos referido, deterioran el derecho para orientar el comportamiento individual y colectivo, en la medida que obstaculizan el establecimiento de las condiciones esenciales para la realización del estado de derecho. Así se considera que, un entorno de reciprocidad se logra con mayor aptitud cuando las personas son capaces de valorar a las demás personas como iguales con un trato de consideración y respeto, a pesar de las diferencias referidas a grupos por identidad de género³⁸.

Aún cuando la igualdad material no es un requisito para la reciprocidad, aunque instituye su desarrollo³⁹.

Ahora, cabe detenerse en que la denunciada al oponer sus defensas, invocó el ejercicio de su "derecho constitucional de admisión" al decidir que la denunciante no pueda seguir concurriendo a su gimnasio.

Desde esta perspectiva y al no conocerse reconocimiento normativo expreso al mal denominado "derecho de admisión" como tal, este Instituto se referirá en abstracto al ilustrar sobre ese supuesto "derecho". De este modo, debería interpretárselo en sentido amplio; esto es, como la facultad que tendrían los particulares para limitar o restringir el acceso o permanencia de las personas a un determinado lugar, servicio, prestación, actividad o *status* jurídico.

En este marco, "el derecho de admisión" esgrimido por la parte denunciada, no existe como tal; toda vez que, en

³⁸ Conf. VILHENA VIEIRA, Oscar, ob. cit, págs. 326/327.

³⁹ Ver Jurgen HABERMAS, *Between facts and norms*. Mit Press, Cambridge, 1996, ps 81 y ss.; John RAWLS, *Polítical Liberalism*; Columbia University Press, New York, 1993, ps. 58 y ss.; Conf. Vilhena Vieira, Oscar, ob. Cit, referencia Nro.16.

nuestro sistema jurídico vigente, no halla reglamentación normativa alguna que permita legitimarlo.

En cualquier caso, tal "derecho de admisión", más allá de cualquier reglamentación que pudiera o no preexistir, debe ser ejercido en forma razonable.

Más aún, 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 derechos⁴⁰.

Paralelamente, en cierto sentido, parece prudente vislumbrar que el supuesto "derecho de admisión" de la denunciada derivaría del ejercicio de la libre autonomía de su voluntad al contratar con la denunciante.

Ciertamente, se ha sostenido en doctrina que los derechos subjetivos son reconocidos como medios de obtención de fines, por lo que pierden su carácter de legítimos cuando se los ejerce contrariando dicha finalidad.

En sintonía con las condiciones expresadas más arriba, la dicotomía en cuestión hace procedente el análisis sobre ciertos límites con los que se encuentra la práctica de la autonomía de la voluntad privada.

Por consiguiente, aquella persona titular de su autonomía de voluntad, encuentra determinados límites en su comportamiento, que valdrían denominarse como límites subjetivos; en efecto, advertimos la prohibición de afectar

⁴⁰ Conf. PALACIOS, Agustina y JIMÉNEZ, Eduardo P., "Apostillas acerca de la nueva ley española de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal...", publicado en JA 2005-IV-892 - SJA 21/12/2005, Lexis Nexis N° 0003/012375.

este principio en su contenido esencial, la exigencia de buena fe en su ejercicio, la prohibición del abuso de derecho y la prohibición de discriminación.

A su vez, la autonomía de voluntad implica necesariamente un margen de arbitrariedad⁴¹.

Pero para la permanencia de un Estado de Derecho y para determinar el alcance de las nociones a las que nos estamos refiriendo, la conducta del Estado como de los particulares deben obedecer al principio de razonabilidad⁴².

Así, en la doctrina constitucional, Bidart Campos⁴³ expresa que "... El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares".

A lo que se intima es a evitar el abuso y el desvío de poder. Esto es, que la discrecionalidad en ningún caso pueda hacer caer en arbitrariedad.

Por las razones postuladas anteriormente, debe señalarse que existen restricciones no consentidas en relación directa con la dignidad humana, partiendo de la prohibición del abuso o ejercicio antisocial de un derecho.

⁴¹ Así, repasando la definición de "arbitrariedad", advertimos que la misma representa a un agente que actúa según su voluntad o capricho Sin atenerse a la ley, a la lógica, la proporcionalidad y/o a la razón. A su vez, dicha determinación resulta acorde con la propiciada por la Real Academia Española que la define como "*Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho*" en:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitrariedad

⁴² Dicha regla de razonabilidad está concentrada en el Art. 28 de nuestra Constitución Nacional

⁴³ "Manual de la Constitución Argentina", EDIAR, T. I, Bs. As., 1998, Págs. 516 y 517.

El abuso de derecho supone un uso excesivo de parte de su titular, normalmente con daños para otras personas

Así, habrá abuso de derecho en una negativa de contratar con otra persona, cuando ésta implica un trato vejatorio en los derechos de la rechazada⁴⁴.

Con dicha noción, nuestro Código Civil, en el artículo 1071, establece que "el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Este acercamiento permite repasar las características que presentan las relaciones de consumo en la actualidad; precisamente la legislación vigente en materia de protección de los derechos del consumidor tiene por objeto evitar cualquier abuso que pudiera verificarse en dicho ámbito.

Por su parte, la Constitución Nacional en su Art. 42 establece: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno..." - el subrayado nos pertenece-.

⁴⁴ Ver SLONIMSQUI, Pablo, "El Dererecho de Admisión" La igualdad y el principio de no -discriminación como reglas de interpretación para su ejercicio razonable, Capítulo IV Los alcances del derecho de admisión en la esfera privada, FD Fabián Di Plácido Editor, 2006; en un detallado análisis doctrinario nacional e internacional.

En concordancia con la cláusula precitada, se sancionó la Ley 24.240⁴⁵ de Defensa del Consumidor, que en su Art. 1º dispone su objeto tutelar de la siguiente forma: "La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada" -el subrayado es nuestro-.

Asimismo, sobre la forma en que debe ser interpretada dicha normativa, la misma en su Art. 3 expresa: "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor". -el subrayado también nos pertenece-.

Pues bien, en cuanto a la interpretación de este marco normativo aplicable deberá valorarse a la luz del principio "*pro homine*", que rige la materia, en virtud del cual, aquellas normas atinentes a derechos humanos han de interpretarse indefectiblemente en el sentido más amplio y más extensivo, cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente a la norma de interpretación más

⁴⁵ Poder Legislativo Nacional, Boletín Oficial 15/10/1993 - ADLA 1993 - D, 4125.

restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los mismos⁴⁶.

Más aún, según el principio hermenéutico de nuestro Máximo Tribunal, en la interpretación de textos legales, "debe preferirse la que mejor concuerde con los derechos y garantías constitucionales"⁴⁷

De igual modo, a pesar de que nuestro máximo Tribunal de las Garantías Constitucionales viene manteniendo su doctrina acerca de que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales⁴⁸; la doctrina de autor mayoritaria se inclina por sostener la existencia de un grupo de derechos referidos a los atributos esenciales de la persona humana que tienen rango superior y resultan el soporte para el disfrute de los restantes derechos⁴⁹.

Sin ir mas lejos, sobre el conjunto de derechos esenciales a la vida, a la dignidad, a la integridad física, a la libertad e igualdad, prestigiosos doctrinarios del derecho han realizado clasificaciones jerárquicas de ellos, fundamentadas en los valores que esos mismos tutelan

⁴⁶ Ver "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", Mónica Pinto en "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales" publicación del PNUD 1998.

⁴⁷ Conf. E.D., 47-796; 41-636; 15-89; entre muchos otros casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴⁸ CSJN, Fallos 302:640.

⁴⁹ Ver SABSAY y ONAINDIA, ob. cit.

y que por no resultar equivalentes tienen un rango también distinto⁵⁰.

En correlato con lo expuesto, las disposiciones de nuestro derecho son vinculante para el *sub examine* y hace corresponder su aplicación tanto para los supuestos en los cuales un individuo se negase a desarrollar una actividad a favor de otro, como para otros casos en que sin rechazarse, brindara un servicio raso con trato distinto, por el que la persona receptora del mismo se viera perjudicada.

En este orden de ideas, podemos inferir que en nuestro Estado de Derecho y sociedad de mercado, el desarrollo de actividades que son socialmente relevantes y que en la totalidad de la oferta contractual para acceder a bienes, servicios y actividades, que haya sido destinada a personas indeterminadas y generen la expectativa colectiva de acceder a ella, tendrán el límite que impone el respeto a la dignidad de ciertos grupos de diversidades.

De este modo, puede sostenerse que dentro del actual Estado de Derecho, es casi absurdo negar la proyección horizontal de los derechos fundamentales. Sobre esta base, el principio de autonomía de voluntad debe contener criterios materiales de justicia al momento de que las personas se vinculen contractualmente entre sí.

Precisamente, desde una óptica amplia "los derechos fundamentales vinculan directamente a los particulares, no ya como valores supremos que han de inspirar la creación y la interpretación de Derecho privado, sino como derechos subjetivos directamente oponibles, aunque el legislador no lo haya previsto expresamente. Frente a ellos no cabe

⁵⁰ En este sentido ver EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles", El Derecho, 19/7/85.

esgrimir el principio de autonomía de la voluntad, ya que éste, en los términos en los que se presenta hoy en día, no excluye la vinculación directa de los particulares a los derechos fundamentales; es más, ambos se encuentran al servicio de la libertad real del individuo"⁵¹.

En definitiva, sobre el caso traído a opinión de este Instituto se distinguen dos supuestos: primero, la restricción impuesta a la denunciante, M. S., al efectivo goce de su ejercicio de continuar la ejecución del contrato por el cual gozaba de los servicios de un gimnasio; segundo, las limitaciones a los derechos de autonomía de la voluntad de la denunciada como dueña del gimnasio "M. G.", quien no consiente seguir la relación contractual con la denunciante.

Concretamente, la denunciante se agravia de que no le permiten seguir concurriendo al gimnasio "M. G." desde que allí corroboraron que en su Documento Nacional de Identidad, por sexo, se encuentra clasificada como "varón" y que es una persona "travesti"; de lo que puede inferirse que M. S. pretende el respeto a su derecho a no ser discriminada por su identidad de género y del libre ejercicio de su derecho de contratación.

Por su parte, la denunciada esgrime que el gimnasio no es un espacio público, sino que es un ámbito en el cual desarrolla una actividad privada y que por ello puede determinar que personas tienen derecho a ingresar o no a él. De allí que puede interpretarse que M. E., procura un ejercicio libre de su autonomía privada.

⁵¹ Refiriéndose a la perspectiva de los partidarios de la *Drittwirkung* inmediata, Cfr. María VENEGAS GRAU, Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004; citado por SIONIMSQUI, Pablo, "Derecho de admisión", ob. Cit. Pág. 54.

Ante estos supuestos derechos en colisión, habrá que armonizar los principios de autonomía de la voluntad, igualdad y no discriminación, de modo que uno de los dos tendrá que ceder ante el otro.

Entonces, según el método de ponderación, deben contraponerse las diferentes circunstancias susceptibles de valoración jurídica que concurren en el caso, para determinar cuál de los dos derechos supuestamente en conflicto debe prevalecer⁵².

Concretamente, la ponderación sistemática de derechos y/o principios que colisionan, lleva a al requerimiento de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso en estudio.

Dicho de otra manera, en palabras del Tribunal Constitucional Español⁵³, "no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pensando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca".

Sobre todo, deberá prevalecer el derecho "que protege a la persona y a su dignidad, que más contribuya al pleno desarrollo de su dignidad, que tenga mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona, o que más afecte al núcleo esencial de la sociedad democrática y a

⁵² Cfr SERNA Pedro Y TOLLER Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, La Ley, 2000, Pág.17.

⁵³ STC 320/1994.

sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen a un sistema de derechos fundamentales”⁵⁴.

Entonces, este Instituto considera que a la luz de la Constitución Nacional y de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no se puede sostener legislación, reglamentación ni interpretación alguna que desconozca los principios de igualdad y no discriminación, estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo y/o minoría. Y también que “el contenido extensivo de la igualdad constitucional puede y debe acrecer a tenor de nuevas valoraciones sociales”⁵⁵

Así, conforme lo expuesto *ut supra*, sumado a los principios de razonabilidad, la prohibición de abuso o del ejercicio antisocial de un derecho en relación con la dignidad humana y el deber de no discriminación por motivos de identidad sexual/género, existen fundadas razones para considerar, que de permitirse un “derecho de admisión” sin reservas -como pretende la denunciada-, poco sentido tendría la vasta evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria que intenta frenar la discriminación en nuestro país, fundamentalmente desde la vigencia de la Ley Nacional N° 23.592.

Este Instituto considera que el ejercicio libre de la autonomía privada, que posee errada nominación en el ideario colectivo de esta sociedad como “derecho de admisión y/o permanencia”, encuentra su

⁵⁴ Conf. PECES-BARRA MARTINEZ Gregorio, Lecciones de Derechos fundamentales, nota 19, Pág. 320, citado por SLONIMSQUI, Pablo, ob. cit.

⁵⁵ Conf. BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, T.I, Pág. 530, EDIAR, 1997.

limitación en la prohibición constitucional de discriminar negativamente.

Asimismo, es preciso señalar que, de la denuncia que dio origen a nuestro análisis brota la situación de una persona "travesti", que por su condición sexual/género en nuestra sociedad, "reclama el derecho a tener derechos".

Así, evocamos que "Los derechos humanos constituyen una de nuestras más importantes conquistas, un logro irrenunciable precisamente porque -al ordenar la ley que la dignidad de todos debe respetarse- nos hace más humanos"⁵⁶.

En tal sentido, los Institutos especializados con competencias consultivas similares al INADI y el órgano jurisdiccional -con su jurisprudencia- tendrán la misión de adecuar -con una interpretación suficientemente elástica- el marco normativo vigente a estas nuevas circunstancias, que derivadas de la diversidad de identidades sexuales y que requieren ser reconocidas en el ámbito jurídico; ello, como único modo de hacer efectiva la protección y la aplicación de todos los derechos humanos fundamentales

Por lo demás, en cuanto a las consideraciones planteadas por la denunciante respecto al culto de los Testigos de Jehová, las mismas han sido negadas en forma completa por la denunciada y no se produjo elemento probatorio alguno que sustente una u otra versión de los sucesos; en tal caso, se trata de un componente que no amerita estudio para dictaminar sobre el punto central del *sub examine*; no obstante, cabe recordar que el régimen

⁵⁶ BARREDA SOLORZANO, Luis; "Los derechos humanos", México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, Págs. 4 y ss.

constitucional adoptado por nuestro país es el de "libertad de culto".⁵⁷

En consecuencia, la "inadmisión" de M. S. en el gimnasio "M. G." por parte de su propietaria M. E., implica una clara violación al art. 1º de la Ley N° 23.592, que 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".

Sin más, acreditado el acto discriminatorio sobre el particular, puede presumirse que la denunciante habría padecido un menoscabo en sus derechos, ocasionado a consecuencia del comportamiento antijurídico en que ha incurrido la denunciada.⁵⁸

Concretamente, M. S. habría sido afectada en su dignidad.

Es que no puede soslayarse que, en el contexto temporal y espacial⁵⁹ en que nos encontramos, el acto

⁵⁷ Conf. los Arts. 14, 19 y 75 inc.22 Constitución Nacional.

⁵⁸ Repárese en que, tratándose de daños provocados por un ilícito, no es necesaria la prueba efectiva del daño; ella surge "*in re ipsa*".

⁵⁹ Granadero Baigorria pertenece a la categoría del aglomerado, de un conjunto de Comunas y Municipios que se conocen como Área Metropolitana del Gran Rosario, cuya población oscila entre los 2.000.000 de habitantes.

discriminatorio de referencia, no ocasiona perjuicios a quien lo ejecuta -en el caso, la dueña del gimnasio-; pero para quien soporta tal marginación, puede provocarle modificaciones disvaliosas en su espíritu y que desde lo social, propicia interferencias en las relaciones interpersonales con el grupo humano en la que se encuentra inserta, sin poder medirse la dimensión de los efectos que puede causar.

Para terminar, con naturaleza tutelar y educativa, repárese en que las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género figuran entre los grupos humanos discriminados en nuestra sociedad, a los cuales se les reservan etiquetas negativas y epítetos peyorativos y ofensivos.

Los sentimientos de rechazo y desprecio, que llegan a la violencia y la agresión contra estos seres humanos, se denominan homo/lesbo/transfobia⁶⁰.

Las posiciones homófobas y misóginas evidencian posiciones y actitudes intolerantes que tienen como objetivo controlar las vidas de las personas y limitar su

Ver: <http://www.mungb.gov.ar/turismoMain.asp>.

Cabe reparar en las particulares características demográficas de Granadero Baigorria, donde el total de población es de 32.427 habitantes, de los cuales la población masculina es de: 15.962 y la femenina de: 16.465. Fuente: INDEC. Censo Nacional de Población y Vivienda 1991 y Censo Nacional de Población, Hogares. Ver: Provincia de Santa Fe según área de gobierno local. Población por sexo. Año 2001.

http://www.indec.mecon.ar/censo2001s2_2/ampliada_index.asp?mode=82

⁶⁰ Asimismo, Según Warren J. Blumenfeld, la homofobia opera en cuatro niveles distintos pero interrelacionados: el personal, el interpersonal, el institucional y el cultural (también llamado colectivo o social) Véase la introducción de Warren Blumenfeld en *VVAA, Homophobia: how we all pay the price*, Beacon Press, Boston, 1982. Ver "Hacia un PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN- La Discriminación en Argentina. Diagnóstico y Propuestas", Decreto 1086/2005.

autonomía a través de procedimientos particularmente agresivos y poco respetuosos de la pluralidad⁶¹.

En suma, la homofobia se define como la intolerancia y el desprecio hacia quienes presentan una orientación o identidad diferentes a la heterosexual. Es decir, la discriminación, odio, miedo, prejuicio o aversión contra hombres homosexuales, mujeres lesbianas, personas bisexuales, transgénero, travestis, transexuales e intersexuales.

Al respecto, nuestro más Alto Tribunal se ha expedido, advirtiendo que "no es posible ignorar los prejuicios existentes respecto de las minorías sexuales, que reconocen antecedentes históricos universales con terribles consecuencias genocidas, basadas en ideologías racistas y falsas afirmaciones a las que no fue ajeno nuestro país, como tampoco actuales persecuciones de similar carácter en buena parte del mundo, y que han dado lugar a un creciente movimiento mundial de reclamo de derechos que hacen a la dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia"⁶² .

-V-

CONCLUSIÓN

Por los motivos expuestos, de conformidad por lo dispuesto por las Leyes N° 24.515 y 23.592, esta Asesoría Legal considera que la conducta de la denunciada M. E. resulta discriminatoria.

⁶¹ "Hacia un PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN" recién citado.

⁶² C.S.J.N., 21/11/2006, in re "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", antes citado.

C. V. O.

Asesora Legal