



## **INADI**

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

BUENOS AIRES, **30-06-08**

DICTAMEN N° **137/08**

-I-

Llega a este Instituto la denuncia **ME N° 02026/07** efectuada por el **Señor J. A. A.**, en contra de la **FUNDACIÓN HEMATOLÓGICA S.**, a fin de que se determine si los hechos expuestos en la misma encuadran dentro de las previsiones 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. 1/3, el Sr. J. A. A., denuncia que el día 16 de mayo del año 2007 se presentó en la Fundación Hematológica S. a fin de donar sangre para la suegra de su hermana y expresa: "luego de preguntarme mi condición sexual de homosexual, no pude donar" (*sic*).

A fs. 5 obra un folleto informativo expedido por la Fundación Hematológica S. en el que se consigna que una persona "NO PUEDE DONAR SANGRE: -Si se ha hecho tatuajes, acupuntura o perforaciones en las orejas en el último año.- Si ha consumido drogas que producen adicción aunque sea una sola vez.- Si tiene o ha tenido **prácticas sexuales inseguras o de riesgo**.- Si tuvo relaciones sexuales con personas que ejercen la prostitución.- Si tiene o ha tenido relaciones sexuales con portadores del virus del SIDA o Hepatitis.- Si no trajo el documento con foto que lo identifique.-Si concurre porque le ofrecieron dinero"(el destacado nos pertenece); asimismo, plantea el interrogante de "¿POR QUÉ TANTAS PREGUNTAS?", al cual además responde: "Las enfermedades transmisibles por sangre tienen un período ventana, éste es el tiempo en que podemos tener enfermedad sin haber desarrollado síntomas ni anticuerpos que puedan dar las pruebas positivas en sangre. En este caso no podemos detectar el problema con los estudios que efectuaremos en su sangre"; posteriormente, explica que "PARA TRATAR DE EVITARLO: Le haremos preguntas que deberá contestar con sinceridad"; para finalizar, enfatiza: "No nos oculte información...".

A fs. 6 obra fotocopiada la constancia expedida por el Centro Regional de Hemoterapia, Fundación Hematológica S., que certifica la concurrencia del denunciante en fecha 16 de Mayo del año 2007.

A fs. 7/8 consta la nota por la que este Instituto notificó el traslado de la denuncia a la Fundación Hematológica denunciada y su respectiva constancia postal.

A fs. 29/34 obra la presentación de descargo de la parte denunciada, en el que -luego de analizar el régimen legal de hemoterapia en relación a la denuncia presentada-, su

representante legal manifiesta "que ninguno de los actos llevados adelante por mi mandante, en relación a la denuncia efectuada, puede ser calificados como discriminatorios" (*sic*).

Además, la letrada asignada a oponer las defensas de la Fundación Hematológica S., expresó: "el denunciante, se presentó a donar el 16.05.2007. Interrogado el donante denunciante, y en atención a la respuesta afirmativa al interrogante, la norma vigente impone el rechazo de su donación, conforme a la causal de inhabilitación citada...". En forma seguida, la misma parte, destaca "que contrariamente a la forma de interrogación que enuncia el denunciante en el formulario de denuncia ("luego de preguntarme mi condición sexual de homosexual...", la forma del interrogatorio es "**Ha tenido relaciones sexuales con alguien de su mismo sexo?**" (el destacado nos pertenece); y deja constancia de su impedimento para adjuntar copia de la ficha de donación que fuera firmada por el denunciante, en observancia con la confidencialidad dispuesta por la Res. 865/2006 del Ministerio de Salud en sus Normas Técnicas, Capítulo H. Proceso de Hemodonación.

Luego, la representante de la parte denunciada, confirma que "los hechos concernientes al objeto de esta denuncia (**rechazo de donación de hombre por haber informado haber tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo**), no son controvertidos y coinciden tanto de la denuncia como de este descargo" (el destacado nos pertenece).

A continuación, la apoderada de la Fundación Hematológica S., hace referencia a legislación comparada; por otra parte, reseña la opinión científica perteneciente a una de las visiones de la polémica; en igual sentido, describe la posición contemporánea de la Organización Panamericana de la Salud (OPS); reconoce "que otros profesionales tienen opiniones contrarias" sobre la exclusión cuestionada, "o bien

sostienen posiciones intermedias por considerar que el planteo del interrogatorio debe hacerse de otra forma o apuntar a otros aspectos de las prácticas sexuales para considerarlas inseguras o riesgosas"; incluso, no desconoce que "en opinión del INADI, expresada en un dictamen, se comparten esas opiniones en contra, respecto a la norma en cuestión".

No obstante, la parte denunciada, expresa: "pecaríamos de desconocimiento normativo si no tenemos en cuenta que las normas jurídicas son válidas y aplicables, salvo que en el particular el órgano jurisdiccional correspondiente y competente, por ejemplo la autoridad de aplicación, modifique la norma técnica, o bien la Justicia, entienda que no resulta aplicable en el caso particular ..."; sentado ello, prosigue **"... al donante no se lo interroga sobre sus características personales o inclinaciones sexuales, o en este sentido "Si es hombre, si se siente atraído por otros hombres?- Se considera homosexual?". Sino sobre una conducta "Relaciones sexuales de hombre con otro..."** (el énfasis agregado es nuestro).

A fs. 36/39vta. el denunciante contesta el descargo realizado por la Fundación Hematológica S., ratificando su denuncia, manifiesta: "...en el mes de Diciembre del año 2005, he sido donante de sangre en el Hospital S. J. de D.(...), en el cual se tomaron todos los recaudos necesarios, me realizaron los cuestionarios de estilo, cuando manifesté mi elección sexual el profesional actuante determinó que podía ser donante, agradeciéndome la sinceridad con que respondí al cuestionario antes mencionado"; asimismo agrega: "Considero, entonces, irascible el hecho denunciado, ya que por mi elección sexual no puedo realizar un hecho de solidaridad tal como es el de donar sangre, a fin de ayudar a mis familiares y amigos, si mi condición no implica un riesgo cierto en virtud de que tomo en forma particular los cuidados preventivos necesarios y al tener una pareja estable los riesgos son los

mismos que corren las parejas heterosexuales.- Siendo la discriminación un problema eminentemente social, la institución denunciada no hace más que evidenciar una posición discriminatoria siendo que en todo momento obré de buena fe" (*sic*).

A fs. 40/63, se aprecia la elaboración de prueba testifical.

-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 23.952 y -en su caso- establecer los cursos de acción que correspondan, de acuerdo a lo estipulado por la ley 24.515<sup>1</sup>.

Al respecto, 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 ni 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-

##### **Encuadre Normativo**

**1.- Igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad sexual/género.**

---

<sup>1</sup> B.O. 03/08/1995

Para llevar adelante el análisis de la presente denuncia, corresponde -en primer término- brindar un marco normativo a la cuestión planteada.

Ahora bien, deberá tenerse en cuenta el lugar relevante que ocupa el tema traído a estudio, "desde que la sexualidad se halla presente en cada una de las manifestaciones de nuestra vida y nuestra personalidad"<sup>2</sup>.

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"<sup>3</sup>.

Más aún, 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 continuidad<sup>4</sup>.

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"<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> véase BIDART CAMPOS, El derecho y la identidad sexual, en ED,104-1024.

<sup>3</sup> ZABALA de GONZALEZ, Matilde; "Daños a las personas", Hammurabi, 1994, Pág. 285.

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

<sup>5</sup> Conf. HIGHTON Elena I., "El límite entre el daño y el beneficio a la persona", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 1.

Así las cosas, deviene oportuno exponer algunas definiciones aportadas en fortalecidos principios internacionales de Derechos Humanos, que hacen a nuestra reflexión<sup>6</sup>.

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 definitorios en la vinculación y -sobretudo- a la tolerancia y aceptación social de la diversidad en las orientaciones sexuales e identidades 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 orientación sexual y la identidad sexual/género pertenece a la esfera de

---

<sup>6</sup> 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.

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 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 17/05/1990<sup>7</sup> 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 sí está

---

<sup>7</sup> 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.



protegida contra la discriminación en el Pacto y en todos los principales instrumentos de derechos humanos<sup>8</sup>.

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 Pacto<sup>9</sup>.

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 incursos en tal situación de inferioridad"<sup>10</sup>.

También, en un plano local, en la Declaración N° 10 del MERCOSUR, se ha reconocido a los trabajadores la igualdad

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> E/C.12/2000/4, CESCR.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

efectiva de derechos, trato de oportunidades en el empleo y ocupación e incluye explícitamente "el sexo u orientación sexual" como motivo de no discriminación<sup>11</sup>.

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.

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

---

<sup>11</sup> 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 1º 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(...), sexo u orientación sexual, (...) o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes" - el subrayado nos pertenece-.

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"<sup>12</sup>.

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"<sup>13</sup>.

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 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,

---

<sup>12</sup> Conf. O`DONNELL Daniel, "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Ed Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú 1989.

<sup>13</sup> Conf. O`DONNELL Daniel, ob. Cit.

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 situación<sup>14</sup>.

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 mundo<sup>15</sup>.

Los Principios<sup>16</sup> 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 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<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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

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 acuerdos<sup>18</sup>.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>19</sup> dispuso, en su Art. 27, que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"<sup>20</sup>.

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 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 consideración"<sup>21</sup>.

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 orientación sexual de los individuos.

---

orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos".

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

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

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"<sup>22</sup>.

Por otra parte, de *lege lata*, conviene mencionar que 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 centrales<sup>23</sup>: 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

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-101, 1998.

<sup>23</sup> 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.

Derechos Humanos, fruto del cual deben llevar a cabo todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan que esas disposiciones gobiernen efectivamente. 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"<sup>24</sup>.

Recordemos que varios de los instrumentos citados poseen, en nuestro país, jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994, conforme el nuevo Art. 75, inc. 22; y que todos estos tratados son los que de conformidad con lo que dispone el nuevo inc. 23 del mismo 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 ejecutiva<sup>25</sup>.

Ahora bien, en nuestro país, desde la última reforma

---

<sup>24</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. 1997 "El control de constitucionalidad y sus enfoques en tratados internacionales". Doctrina Judicial-La Ley. Año XIII, N° 9.

<sup>25</sup> 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.

constitucional no se dejan dudas sobre la operatividad de las normas contenidas en los tratados que integran el 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 Campos<sup>26</sup>: "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."

---

<sup>26</sup> 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.

De suyo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, recepta tales parámetros sobre el derecho de igualdad en su artículo 11<sup>27</sup> .

---

<sup>27</sup> El artículo 11 dispone: "Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución. La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, (...) enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales. Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social." Para luego disponer en su Art. 36: "La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales ..."

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 derecho<sup>28</sup>.

La prohibición de la discriminación arbitraria es una proyección de la garantía de la igualdad en su sentido amplio<sup>29</sup>, esto es, tanto ante la ley, como ante la administración, la jurisdicción y entre particulares.

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"<sup>30</sup>.

En otro orden de ideas, consideramos que a la luz de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no se puede sostener legislación ni reglamentación alguna que desconozca el principio de no discriminación, estableciendo limitaciones en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía por su pertenencia a cierto grupo y/o minoría.

Con respecto a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que las restricciones al ejercicio de los derechos deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no

---

<sup>28</sup> Ver: GIL DOMÍNGUEZ Andrés, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, T 1, Pág. 73/74.

<sup>29</sup> Conf. Art. 16 y 28 de la Constitución Nacional.

<sup>30</sup> 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, 5° edición actualizada y ampliada, 2000.

es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno<sup>31</sup>.

En tal sentido, la misma Corte sostuvo que de ninguna manera podrían invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención<sup>32</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos basándose en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable<sup>33</sup>.

Ahora bien, *"Las discriminaciones arbitrarias configuran una negación de la igualdad"*<sup>34</sup>.

En este sentido, el art. 1 de la ley 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*

---

<sup>31</sup> Cfr. Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X vs. Argentina" del 15 de octubre de 1996

<sup>32</sup> Cfr. Ídem anterior.

<sup>33</sup> Cfr. Eur. Court H.R., case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" [merits], judgement of 23-VII- 1968, pág. 34

<sup>34</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit., Pág. 534.

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 previsión del citado artículo no es más que una derivación de lo prescripto por nuestra Constitución Nacional, los principios e instrumentos internacionales de derechos humanos antes referenciados.

## **2.- Donación de sangre humana, componentes, derivados y subproductos.**

Con respecto a la normativa que está específicamente vinculada a la presente denuncia, es oportuno hacer referencia a la ley N° 22.990<sup>35</sup>, cuyo artículo 45 exige que, una vez cumplidas las exigencias relacionadas con la edad, el/la donante cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Interrogatorio (anamnesis<sup>36</sup>) con denuncia inexcusable de toda enfermedad o afección padecida o presente, la que tendrá carácter y alcance legal de declaración jurada; (...)

Por su parte, en todos los casos previstos por la Ley 22.990, las normas técnicas y administrativas de hemoterapia a

---

<sup>35</sup> LEY 22.990, PODER EJECUTIVO NACIONAL, Regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos. Boletín Oficial 02/12/1983 - ADLA 1983 - D, 3983

<sup>36</sup> Anamnesis: "1. f. Med. Conjunto de los datos clínicos relevantes y otros del historial de un paciente. 2. f. reminiscencia (representación o traída a la memoria de algo pasado)".

Conforme el DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición-. Ver [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=anamnesis](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=anamnesis)

seguir<sup>37</sup> fueron emitida por el Ministerio de Salud de la Nación por Resolución N° 865/2006<sup>38</sup>; y en el punto pertinente, dispone la inhabilitación transitoria para la donación de sangre durante un período de 12 meses a las personas que han mantenido relaciones sexuales con varones homosexuales, a quienes hayan intercambiado sexo por dinero o por drogas y a quienes hayan tenido relaciones sexuales fuera de su pareja estable, entre otras causales<sup>39</sup>.

En este sentido, la Resolución N° 865/2006 en el punto "H.19.2.C" determina que **las prácticas sexuales que constituyen situaciones de riesgo aumentado para contraer infecciones transmisibles**, están establecidas por los siguientes supuestos, a saber:

- "intercambio de dinero y/o drogas por sexo;
- **relaciones sexuales de hombre con otro hombre;**
- para la mujer: relaciones sexuales con un hombre que a su vez haya tenido sexo con otro hombre;
- relaciones sexuales fuera de su pareja;(...)"(el destacado nos pertenece)

Ellos son los criterios utilizados para la confección y redacción del formulario de autoexclusión que, conforme el Art. 45 de la ley 22.990, se exige a las personas donantes antes de la realización de la extracción sanguínea.

---

<sup>37</sup> como lo establece el Artículo 3° del Decreto Reglamentario 1338/04 de la Ley N° 22.990/89.

<sup>38</sup> RESOLUCION 865/2006, MINISTERIO DE SALUD Y AMBIENTE, Salud pública - Normas Técnicas y Administrativas de Hemoterapia - Aprobación del texto actualizado y ordenado - Derogación de la res. 8/2005; Boletín Oficial 28/06/2006

<sup>39</sup> Conf. las normas técnicas referidas al proceso de hemodonación, Capítulo H.19.2.c

Concretamente, el referido examen interrogatorio/formulario de autoexclusión o anamnesis, transcribe tales consideraciones a modo de preguntas para ser respondidas, por los/as potenciales donantes, en sentido afirmativo o negativo (Sí-No); **"si es hombre: ¿Ha tenido contacto sexual con otros hombres?"**.

Lo que antecede, permite traer a consideración algunos perfiles transnacionales sobre las experiencias comparadas con respecto al tema analizado.

De ahí que, la utilización del formulario de autoexclusión o anamnesis es una práctica mundialmente habitual; no obstante, se puede decir que coexisten dos modelos destacadamente disímiles de implementación del mismo.

Sin ir mas lejos, uno de los modelos a emplear, es considerado el más restrictivo con los mal llamados "*grupos de riesgo*", tal es el caso de Estados Unidos, y se caracteriza por intentar determinar si el/la donante pertenece a alguno de los mencionados grupos<sup>40</sup>; mientras que el otro modelo se maneja con restricciones que tienen que ver con "*situaciones de riesgo*", como es el caso de España, donde incluso se han derogado las limitaciones basadas en la orientación sexual del/la donante<sup>41</sup>.

En el caso de Argentina, si bien en todo momento se utiliza la expresión "*situaciones de riesgo*", lo cierto es que la descripción que realiza el punto "H.19.2.C" de la resolución citada sobre las situaciones que se consideran

---

<sup>40</sup> En Estados Unidos, toda aquella persona del sexo masculino que quiera donar su sangre, deberá responder un cuestionario que incluye una pregunta que apunta a averiguar si el donante ha mantenido relaciones sexuales con otros varones -desde el año 1977-; de ser afirmativa la respuesta, dicha persona queda excluida de la práctica de donación hematológica de por vida.

<sup>41</sup> el interrogatorio aprobado en España para la predonación, nada dice de la orientación sexual de las personas; la norma española requiere la exclusión de personas cuyas conductas suponen riesgo elevado de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles a través de la sangre.

riesgosas, lejos de referirse exclusivamente a las conductas, dirige la inhabilitación a ciertos grupos de personas claramente enumerados.

Es por ello, que el modelo que se aplica en nuestro país puede ser ubicado dentro de aquellos que establecen restricciones más inflexibles hacia los que poseen errada nominación en el ideario colectivo de esta sociedad como "*grupos de riesgo*".

A propósito de la diferenciación *ut supra* enunciada, este Instituto, reseña que la expresión "*grupos de riesgo*" es en sí misma discriminatoria; ello, por considerar que la ciudadanía en su conjunto se encuentra en situación de riesgo, toda vez que se mantengan relaciones sexuales sin la debida protección<sup>42</sup>.

-B-

#### **Subsunción del caso planteado.**

1.- Ahora bien, los hechos concernientes al objeto de esta denuncia, en particular el rechazo, por parte de la Fundación Hematológica S., de aceptar la donación de sangre del Sr. A., por ser hombre y haber informado haber tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, motivada en el cuestionario de autoexclusión que según la reglamentación vigente se exige a los centros de salud; no son controvertidos y coinciden tanto en la denuncia como en el descargo de la denunciada.

2.- Así las cosas, el presente caso deberá ser analizado en concordancia al criterio sostenido por este Instituto en otro precedente análogo.

---

<sup>42</sup> Conf. la Presidenta de este Instituto, en la denuncia MFN N° 1267, la cual tuvo como resultado el dictamen N° 338/06, entre otros.

Sobre esta materia, el INADI ha opinado con respecto a una denuncia recibida por parte de la organización no gubernamental "Comunidad Homosexual Argentina" (CHA), contra el Ministerio de Salud de la Nación<sup>43</sup>.

Consecuentemente a lo allí dictaminado, el Ministerio de Salud de la Nación ha tomado contacto con este Instituto con el objeto de trabajar conjuntamente en la modificación de la normativa cuestionada y -que en el marco de dicha iniciativa- se han llevado a cabo reuniones entre el Departamento Jurídico del INADI y la Coordinación Operativa del Plan Nacional de Sangre y la Coordinación Operativa del Programa Nacional de Lucha contra los RH, sida y ETS del Ministerio de Salud de la Nación con miras a ponerle fin a la redacción discriminatoria del la reglamentación en cuestión<sup>44</sup>.

Sentado ello, resulta aplicable al planteo el claro análisis expuesto en el dictamen de referencia, en cuanto se opina que las inhabilitaciones cuestionadas no pueden ser consideradas como objetivas y razonables, toda vez que se puede salvaguardar la salud pública (que es el fin último tanto de la ley, como de la reglamentación en cuestión) por medio de restricciones a la donación de sangre basadas en la utilización real del criterio de "conductas o situaciones de riesgo", lo cual permitiría eliminar de la normativa toda referencia discriminatoria.

Como resultado de la anterior afirmación, podemos decir que las inhabilitaciones a la donación de sangre establecidas por el punto "H.19.2.C" de la Resolución N°865/2006 son más limitantes que lo estrictamente necesario para preservar la

---

<sup>43</sup> la cual tuvo como resultado la formación de un dictamen de opinión en donde se concluye que la normativa en cuestión es de carácter discriminatoria, Conf. Dictamen N° 338/06, al resolver la denuncia MFN N° 1267, posición ésta que fue reconfirmada con fecha 30/12/2007 al resolver la denuncia N° 01975/07.

<sup>44</sup> Conf. se expresado al resolver la denuncia N° 01975/07



salud de la población, derivando ello en un injustificado avasallamiento a los derechos de una parte de la ciudadanía a la que se está intentando proteger.

Más aún, con respecto al punto dirigido hacia las mujeres, la pregunta está dirigida a conocer si las mismas han mantenido relaciones sexuales con un varón que a su vez haya tenido relaciones con otro varón; para ese caso, este Instituto, tiene dicho que no sólo se acentúa la discriminación en razón de la orientación sexual y la identidad de género, sino que además se trata de un cuestionamiento inconducente a los efectos de evaluar el potencial riesgo; toda vez que en la mayoría de los casos carece de lógica suponer que las parejas -ya sean estables u ocasionales- compartan este tipo de información sensible, pues ella pertenece al ámbito de la privacidad de cada individuo.

Por lo demás, en relación con la inhabilitación dirigida a las personas que intercambian sexo por dinero o por drogas, se podría generar una doble situación de discriminación, ya que en muchos casos podrían estar también contempladas en alguna/s de las inhabilitaciones contemplada en la resolución referida; al mismo tiempo que se está estigmatizando al mencionado grupo basándose en preconceptos que hacen suponer que el sólo hecho de realizar las mencionadas conductas implica un riesgo.

Finalmente, cabe referirse a la inhabilitación en caso de haber mantenido relaciones sexuales fuera de la pareja estable; en este sentido, se puede afirmar que dicha limitación remite a la idea de "una única moral sexual", la cual no contempla las mal denominadas "relaciones sexuales ocasionales" u otros tipos de prácticas sexuales responsables y consentidas que se pueden dar en el marco de una pareja estable o fuera de ésta.

Por lo antedicho, se considera que a la hora de establecer limitaciones basadas en el potencial riesgo, éste nunca debe ser medido por las características personales del/la donante, sino que debe tenerse en cuenta el hecho de haber realizado conductas que -no siendo riesgosas en sí mismas- se han llevado a la práctica en un modo riesgoso, es decir, sin las medidas preventivas que cada caso exige (preservativos, barreras de látex, jeringas descartables, etc.)<sup>45</sup>.

Realizar juicios de valor sobre la calidad de la sangre<sup>46</sup> de las personas sólo por el hecho de pertenecer a cierta minoría o realizar ciertas actividades es, no sólo un

---

<sup>45</sup> De lo contrario, se estarían llegando al extremo de incluir en el concepto de riesgosas las conductas de personas gays por el solo hecho de serlo, sin importar si fueran, polígamos/as, monógamos/as, "promiscuos/as", castos/as, higiénicos/as, enfermos/as o sanos/as, etc.

<sup>46</sup> Sobre el particular, "Hoy se sabe que el riesgo en una relación sexual es el mismo si se trata de héteros o gays, y ya no se habla más de grupos de riesgo sino de conductas de riesgo. Una conducta riesgosa es, por ejemplo, no usar preservativo. Sin embargo, muchos especialistas siguen defendiendo la exclusión de los homosexuales en la donación de sangre. El informe elaborado por el Ministerio de Salud para este diario explica que 'en 2007 se convocó al Comité Técnico asesor de VIH/sida representado por la Sociedad Argentina de Infectología y la Asociación Argentina de Hemoterapia e Inmunohematología para tratar el tema y la opinión de ambas asociaciones científicas fue contraria a quitar esta restricción'(...)Para el doctor Pedro Cahn, presidente de la Fundación Huésped y de la Sociedad Internacional de Sida y jefe de Infectología del Hospital Fernández, 'quienes promueven esta restricción se basan en datos reales, pero los usan en forma incorrecta'. Cahn explica que 'entre las personas que concurren a los hospitales a hacerse un test de VIH, hay resultados positivos del 25% de los hombres que dicen tener sexo con hombres y del 6% de las personas que se declaran heterosexuales. Pero eso no significa nada; es como cazar en el zoológico, porque son personas que fueron a hacerse el test, probablemente porque sospechaban que podían tener una condición serológica positiva' (...)El doctor Cahn, considerado el mayor experto argentino en sida, opina que 'debería impedirse la donación de sangre a quienes hayan tenido relaciones sin preservativo, sin importar si fue con un hombre o con una mujer. Pero esto reduciría el número de donantes, entonces se recurre a una solución fácil que no sirve: estigmatizar a un grupo, reflatando la idea de los 'grupos de riesgo', que es algo que científicamente no existe más hace rato. Lo que debe importar son las conductas de riesgo, no la orientación sexual'" Conf. medio de prensa DIARIO CRITICA, Opinión, "Sangre impura. LOS HOMOSEXUALES TIENEN PROHIBIDO DONAR", por Bruno Bimbi, con fecha 15-06-2008.-

determinismo<sup>47</sup> y una violación al principio de no discriminación, sino que también implica vulnerar sus derechos a la autonomía personal, a la dignidad, el respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y a la protección de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo, comprendidos todos en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 11 de la Convención Americana y en artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El principio de autonomía es ciertamente uno de las piedras fundantes del sistema de derechos individuales<sup>48</sup>. Significa que -en el marco de nuestro sistema constitucional- no existen planes de vida *aprobados* por el Estado y todas aquellas conductas autorreferentes están protegidas por el bloque de constitucionalidad federal. Lo contrario implicaría *adscribir a un Estado que pretende que hay "buenos" y "malos" planes de vida para sus ciudadanos/as y, que es entonces cuando hay que "homologar" los que se consideran "mejores" planes de vida para que lo lleven a la práctica sus individuos*<sup>49</sup>.

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

---

<sup>47</sup> Partimos de señalar que una "conciencia moral" acercada a la responsabilidad de las personas, sólo podría darse en la perspectiva de "participantes" y se dispersa, por ende, a la simple observación científica.

<sup>48</sup> El acto de la donación de sangre es un ejemplo palpable de la aplicación de los principios bioéticos. El principio de la autonomía tiene aquí un claro exponente. El donante de sangre debe ser ante todo un individuo que voluntariamente y de forma altruista está en disposición de brindar su sangre o algunos de sus componentes para ser empleados en enfermos que lo necesitan.

<sup>49</sup> Cfr. BASTERRA, Marcela, ¿Puede un Estado pluralista, no confesional, erigirse en "guardián" de la elección sexual de la parejas?, Bs. As., La Ley 2003-E, 506

cual todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos<sup>50</sup>.

3.- Por su parte, la única limitación válida al ejercicio de los derechos que aquí se han puesto en cuestión, es la ejecución de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de terceras personas. En tal caso, estaríamos en presencia de una colisión de derechos fundamentales, que se resolvería con el predominio de uno sobre el otro, según las circunstancias fácticas del caso concreto.

Como proclama el profesor Mill: "el poder solamente puede ser ejercido correctamente sobre un miembro de la comunidad civilizada en contra de su voluntad con el propósito de evitar que le haga daño a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente(...). La única parte de la conducta de una persona que le incumbe a la sociedad es la que impacta a los demás. Su independencia con respecto a la parte que solamente la afecta a ella es, por derecho, absoluta. El individuo es soberano con respecto a sí mismo así como su cuerpo y su mente"<sup>51</sup>.

Siguiendo este razonamiento, y toda vez que el hecho de mantener relaciones sexuales fuera de la pareja estable y/o con varones homosexuales e intercambiar sexo por dinero o por drogas, no implica *per se* un daño a terceras personas en términos de derechos fundamentales, entonces la limitación al ejercicio del derecho a donar sangre tal como está planteada en la legislación vigente no estaría autorizada por nuestro marco constitucional.

---

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Conf. MILL, John Stuart, On Liberty -1978-

Es más, incluso, como ya sostuvo este Instituto, en el caso que se planteara esta situación como una colisión de derechos fundamentales -esto es, derecho a la autonomía vs. derecho a la salud y teniendo en cuenta que en este escenario se trata de la salud pública-, no habría necesidad de hacer prevalecer a uno sobre el otro porque con la simple modificación de los criterios de redacción de la normativa en cuestión se estaría garantizando el pleno ejercicio de ambos derechos.

4.- No obstante los criterios antes vertidos, en este punto, cabe inquirir respecto a cuál es la pauta interpretativa que deberá utilizarse en el caso, a partir de la denuncia del Sr. A., para concluir opinión respecto a la disposición que es imputada de violar su derecho a la igualdad.

Así las cosas, este Instituto considera que corresponde adoptar una postura estricta acerca de las clasificaciones adoptadas en el marco de la Ley Nacional N° 22.990 y la Resolución N° 865/2006. Por cuanto se necesita que, la interpretación, sea audazmente dinámica.

Consiguientemente y en primer lugar, un hombre heterosexual, no es un buen criterio indicador para deducir de él que esa persona donará sangre "sana sin riesgos"; y, en el segundo, ser una persona gay, lesbiana, bisexual, travesti, transexuales, transgénero, intersexual, otro/a perteneciente a diferentes expresiones de la sexualidad, no es definitorio para la persona que le asegure que ella/el donará sangre con serología positiva. Todo indica que nos encontramos ante una de las categorías que se presumen "sospechosas".

De ahí que, debe señalarse que las restricciones legales que limitan el pleno ejercicio de los derechos civiles de un determinado grupo por su orientación sexual y/o identidad

sexual/género son inmediatamente sospechosas<sup>52</sup>; esto es, que al ser discurrido el caso ante éste organismo y/o el órgano jurisdiccional<sup>53</sup>, corresponderá someterse al examen más estricto. Para lo cual sólo un interés estatal urgente podría, ocasionalmente, justificar la existencia de tales restricciones que hicieran a un trato desigualitario; pero la intolerancia por la diversidad en las expresiones de orientaciones sexuales e identidades sexuales/género, nunca.

Ahora bien, existe una presunción de invalidez respecto al objetivo perseguido en la normativa *sub examine*, que se funda en una pauta considerada "sospechosa"<sup>54</sup>; en consecuencia, será

---

<sup>52</sup> Algunos de los ejemplos más significativos en la utilización del concepto de "categorías sospechosas": La Corte Suprema Estadounidense, en el caso "Korematsu v. United States", 323 U.S. 214 (1944) sentó el principio jurisprudencial que posteriormente fue utilizado en numerosas ocasiones. Conf. GULLCO, Hernán V., "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", "El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario"; Asociación Civil por la igualdad y la Justicia (ACIJ), Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (Coordinadores), Capítulo XI, págs. 253/272, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007; también BIANCHI, Enrique - GULLCO, Hernán, "La cláusula de la igualdad: hacia un escrutinio más exigente", JA 2000-1-1241.

<sup>53</sup> En la Argentina, el concepto de categorías sospechosas fue aplicado con criterios idénticos por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en: "GARCIA MONTEAVARO c/ AMOROSO Y PAGANO", Fallos: 238:60; "REPETTO c/ PROV. BS. AS", particularmente ver los Considerandos 6to. y 7mo. Fallos: 311:2272; en igual sentido "CALVO Y PESINI c/ PROV. BS. AS", Fallos: 311:2272; CSJN, G.653-XXXIII, GONZALEZ DE DELGADO, CRISTINA Y OTROS c/ UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA, resuelta el 20/11/200; Asimismo, la Corte Suprema estableció un estándar preciso en torno al control de constitucionalidad de las discriminaciones negativas, en el caso "HOOFT, Pedro" LL, 2000-B, 694. Ver la doctrina de MANILI, Pablo L., LL, 2005-B, 140 y también la nota de MIDÓN, Mario A., publicado en LL, 2005-A, 295.

<sup>54</sup> Para un análisis de la doctrina sobre las denominadas "categorías sospechosas" véase: GULLCO, Hernán, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en AA.VV, El derecho como objeto e instrumento de transformación, SELA, 2002, Editores del Puerto, 2003, pág. 287-302. También: ADC, Igualdad ante la ley: Del principio de razonabilidad al principio de no sometimiento, con prólogo de SABA, Roberto, Cáp. IV, LA CORTE Y LOS DERECHOS, Un Informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004, Edit. Siglo XXI editores, págs. 125-142, Bs. As. 2005

el órgano emisor de la misma, quien deberá prestar irrefutables razones -de necesidad social imperiosa, que persigue un interés constitucional extraordinario- que justifiquen la utilización de dicha categoría; dado que el estándar probatorio que debe cumplir el poder reglamentador para justificar tal categoría, exige una ponderación más estricta que la mera razonabilidad.

A partir la renombrada reforma constitucional del año 1994, desde nuestra Constitución, se presume la invalidez de determinadas clasificaciones que afectan a ciertos grupos minoritarios.

Así, ante la interpretación de lo que significa "la igualdad ante la ley" y su reflejo "principio de no discriminación", que implica razonar que la igualdad de trato ante la ley se encontraría violada toda vez que no sea posible superar el grado de justificación sostenido por el principio de proporcionalidad; se infiere que una categoría sospechosa como la de referencia, no puede prosperar en el marco constitucional vigente<sup>55</sup>.

La discriminación fundada en la orientación sexual e identidad sexual/género para la donación de sangre, es una "categoría sospechosa", por lo que hace sencillo concluir opinión sobre la invalidez constitucional de la misma.

5.- Incluso, 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

---

<sup>55</sup> Al respecto, ver GIL DOMINGUEZ, Andrés, "El derecho a la no discriminación: un fallo de la Corte que genera horizontes impredecibles", LA LEY, 2000-F, 126 y "La discriminación: una cuestión constitucional", LA LEY, 2001-B, 896.

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 derecho<sup>56</sup>.

En este sentido, la exclusión resultante del racismo, la xenofobia, u otros tipos de discriminación, que 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 orientación sexual y/o identidad sexual/género<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup>Conf. 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.

<sup>57</sup> Conf. VILHENA VIEIRA, Oscar, ob. cit, págs. 326/327.



Aún cuando la igualdad material no es un requisito para la reciprocidad, aunque instituye su desarrollo<sup>58</sup>. Se trata de aplicar -en los términos de Rawls- "un pluralismo razonable" que admita, en el marco de una sociedad democrática, la convivencia armónica de toda la ciudadanía.

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"<sup>59</sup>.

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, 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.

6.- Para concluir, 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.

---

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> BARREDA SOLORZANO, Luis; "Los derechos humanos", México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, Págs. 4 y ss.

Los sentimientos de rechazo y desprecio, que llegan a la violencia y la agresión contra estos seres humanos, se denominan homo/lesbo/transfobia<sup>60</sup>.

Las posiciones homófobas y misóginas evidencian posiciones y actitudes intolerantes que tienen como objetivo controlar las vidas de las personas y limitar su autonomía a través de procedimientos particularmente agresivos y poco respetuosos de la pluralidad<sup>61</sup>.

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

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> "Hacia un PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN" recién citado.

dignidad de la persona y al respeto elemental a la autonomía de la conciencia"<sup>62</sup>.

7.- Sintéticamente, de *lege ferenda*, debiera tenerse en cuenta que en el ámbito del MERCOSUR<sup>63</sup> se ha expresado la urgente necesidad de trabajar para erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad/expresión de género en nuestros países y reconocer los Derechos de la Diversidad Sexual como Derechos Humanos Fundamentales. Asimismo, con tales fines, las Altas Autoridades consideraron necesario: "Derogar y/o modificar todo tipo de legislación y/o reglamentación discriminatoria o que criminalice a lesbianas, gays, bisexuales y trans y/o les restrinja el pleno ejercicio y goce de los mismos derechos que tienen el resto de los/as ciudadanos/as. En este sentido, **derogar cualquier tipo de ley o reglamentación que prohíba a gays, lesbianas, bisexuales y/o trans donar sangre**" (el énfasis es nuestro).

8.- La donación de sangre es un acto altruista y muy necesario para la salud pública<sup>64</sup>. Sin embargo, el caso traído a estudio del Instituto, da cuenta de que todavía se siguen

---

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

<sup>63</sup> En el "Seminario sobre Diversidad Sexual, Identidad y Género de las Altas Autoridades en Derechos Humanos" del MERCOSUR, organizado por la Presidencia Pro Tempore de Uruguay, que tuvo lugar Montevideo, con fecha 7 de Agosto 2007.

<sup>64</sup> Sumado a todo ello, cabe destacar que en la Argentina -a diferencia de otros países desarrollados- no poseemos donantes caracterizados como voluntarios, reiterados y estables; sino que, por el contrario, la mayoría de los dadores de sangre son ocasionales, esto es, que realiza tal actividad motivado por tener un conocido, allegado y/o familiar que lo requiere para su tratamiento de salud. Por otra parte, el Departamento del Programa de Sangre de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; la Sociedad Internacional de Transfusión de Sangre; el Consejo de Europa; la Asociación Norteamericana de Bancos de Sangre y la Organización Mundial para la Salud han preconizado la donación voluntaria y no remunerada de la sangre. Estos criterios se basan fundamentalmente en que la hepatitis es 10 veces mayor en la sangre procedente de donantes pagados que en aquellos voluntarios. La seropositividad al VIH es 8 veces mayor en los donantes retribuidos.

**rechazando posibles donantes sanos por discriminaciones** que no siempre están justificadas.

Es por ello que, sin perjuicio de mantener las restricciones a las donaciones de sangre fundadas en motivos de carácter científicos y con el fin de proteger la salud pública, debe considerarse la reformulación -tanto de la normativa, como del formulario (anamnesis) de datos personales- con miras a la supresión de toda alusión a la orientación y/o identidad sexual de los/as donantes, así como también toda referencia innecesaria a las actividades sexuales que los/as mismos/as lleven a cabo con la debida protección, para evitar expresiones discriminatorias<sup>65</sup>.

-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 restricción a donar sangre por parte de la Fundación Hematológica Sarmiento, al Sr. J. A. A. es discriminatoria. Asimismo, este Instituto vuelve a recomendar que el punto "H.19.2.C" de la resolución N° 865/2006, emitida por el Ministerio de Salud de la Nación que reglamenta la Ley Nacional N° 22.990 sobre regulación de las actividades relacionadas con la sangre humana, sus componentes, derivados y subproductos, sea modificada en su redacción por considerarla discriminatoria en los términos de la Ley 23.592 y resuelve otorgar -en caso de que sea solicitado- el

---

<sup>65</sup> Pensar que una fe científica pueda reemplazar e inclusive complementar la autocomprensión de personas en interrelación social "no es ciencia sino filosofía". Siguiendo el pensamiento de HABERMAS Jürguen, "Glauben und Wissen" -en su discurso al recibir el Premio de la Paz de la Cámara Alemana del Libro", publicado en "Frankfurtr Allgemeine Zeitung", N° 239, pág. 9, con fecha 15 de octubre de 2001, ciudad de Frankfurt.

asesoramiento legal previsto en el art. 4, inc. G, de la ley 24.515.

**C. V. O.**

**Asesora Legal**