

Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Derecho a la intimidad y Autonomía Personal

Por Marcela I. Basterra

Sumario: I. Introducción. II. Una aproximación a delimitar los contornos del derecho a la intimidad. II. 1. Las cuatro esferas de protección a la intimidad que surgen de nuestra constitución. II.1.1. Primera esfera de protección: Principio de autonomía personal. II.1.2. Segunda esfera de protección: El Derecho a la Intimidad. II.1.3. Tercera esfera de protección: El Derecho a la Privacidad. II.1.4. Cuarta esfera de protección: El Derecho a la autodeterminación informática. III. Principio de Autonomía Personal. Primera esfera de protección del derecho a la intimidad: Las conductas autorreferentes. III.1.El “principio de autonomía”. III.2.1. Autonomía personal y consumo de estupefacientes. III.2.2. Autonomía personal y objeción de conciencia. III.2.3. Autonomía personal y orientación sexual. III.2.4. Autonomía personal y derechos reproductivos. III.2.5. Autonomía personal y extracción compulsiva de sangre. IV. Conclusiones

“Aún frente a la verdad, hay otros valores que en determinadas situaciones, son preferidos a aquella. La intimidad es uno de ellos”¹

I. Introducción.

El Estado Social y Democrático de Derecho se justifica en la medida que permite en primer término; el desarrollo individual, la libre autodeterminación del individuo y, en último término, en el grado que asegura al ciudadano ser realmente libre.

El eje sobre el que se articulan las configuraciones políticas es en esencia la persona humana. La totalidad de los derechos de la personalidad requieren un mayor acercamiento, un más amplio estudio y en todo caso una aproximación jurídica. Pero no en base a la idea que resalta o da

¹ MILL, Jhon Stuart “On Liberty”, en Three Essays, Oxford University Press, 1975.

importancia a los derechos por el número de veces que son violados, o de los que se tiene una mayor conciencia, y sí de aquella que tiene su fundamento en lo más innato de la persona, en lo más radical de la estructura social. Uno de ellos es sin duda el derecho a la intimidad².

Tanto en el ámbito sociológico, como en el jurídico, existen grandes dificultades para establecer de forma precisa los contornos de la intimidad. Este trabajo no persigue otro objetivo que realizar un modesto aporte al estudio de la intimidad desde la perspectiva jurídico-constitucional.

Ello supone una dificultad añadida, dado que la intimidad es un concepto extrajurídico, y al introducirnos en el estudio de la intimidad como derecho fundamental, hemos de tener precaución en determinar cuáles son los objetivos que se persiguen, y que las fórmulas para acceder a ellos, sean las más adecuadas.

De esta forma, el objetivo ha de presentarse claro, y no es otro, que el de analizar una de las esferas que, a nuestro criterio forman parte del derecho a la intimidad conforme lo desarrollaremos en el siguiente punto.

II. Una aproximación a delimitar los contornos del derecho a la intimidad

II. 1. Las cuatro esferas de protección a la intimidad que surgen de nuestra constitución³

Del análisis sistematizado e integrador de la normativa protectora del derecho fundamental a la intimidad⁴, surgen, a nuestro criterio cuatro niveles de protección: 1) Primera esfera de

² REBOLLO DELGADO, Lucrecio, “El derecho Fundamental a la Intimidad”, Dykinson, 2000, Madrid, p.22

³ El análisis y desarrollo de las cuatro esferas de protección a la intimidad que surge de nuestra norma constitucional es el tema de investigación correspondiente a mi tesis doctoral, titulada “El Derecho Fundamental a la Intimidad. Redefinición de la Protección Constitucional del Derecho a la Intimidad”.- actualmente en elaboración- en el ámbito del doctorado de la Universidad de Buenos Aires bajo la dirección del Dr. Germán José Bidart Campos.

⁴ En nuestra constitución nacional, el derecho a la intimidad está protegido en forma expresa por el artículo 19, 1º párrafo, el que establece que “*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados*”

También se otorga protección constitucional al derecho a la intimidad en el artículo 18 al asegurar la inviolabilidad del domicilio; los papeles privados y la correspondencia epistolar. La violación más flagrante del derecho a ser dejado a solas (“*the right to be let alone*”), consiste sin duda en la intromisión en el domicilio o habitación de una persona; de la apertura de sus bolsos, de sus papeles privados o correspondencia. Consideramos que esta norma hoy debe leerse a la luz de las nuevas tecnologías y debe abarcar las comunicaciones telefónicas; las escuchas o cámaras ocultas en lugares privados; los archivos de datos que sean personales; los datos sensibles de cada persona; los videos o filmaciones familiares, etcétera.

Luego de la reforma de la constitución de 1994 quedan incorporadas un conjunto de normas que abren el abanico de protección a este derecho; así el artículo 43 de la constitución nacional, al incorpora la garantía de “habeas data”, que implica la posibilidad de

protección: El Principio de Autonomía Personal, 2) Segunda esfera de protección: El Derecho a la Intimidad, 3). Tercera esfera de protección: El Derecho a la Privacidad. 4). Cuarta esfera de protección: El Derecho a la Autodeterminación Informática.

En este trabajo solo enunciaremos las cuatro esferas de protección de la intimidad. Para, posteriormente abocarnos al análisis de la primera esfera de protección, o sea el Principio de autonomía personal.

II.1.1. Primera esfera de protección: Principio de autonomía personal. Mientras que el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no exposición al público; a la sociedad; el principio de autonomía aparece como un reclamo al respecto más absoluto por las conductas “autorreferentes”; es decir la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige; reconociendo como único límite el de no dañar a terceros. El mismo será desarrollado exhaustivamente en el presente trabajo

II.1.2. Segunda esfera de protección: El Derecho a la Intimidad.

Pocos autores han establecido una diferencia clara entre los conceptos de Intimidad y privacidad⁵,

hacer efectiva la tutela de la intimidad de los datos personales. También los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que quedan incorporados en el artículo 75, inciso 22; contienen normas protectoras de la privacidad. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); artículo 5; establece que “*Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar*”; en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) artículo 12: “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias*”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); artículo 17.1 y 2; y en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 11.1, en términos idénticos a los Instrumentos de 1948.

⁵ Véase NINO, Carlos Santiago “Fundamentos de Derecho Constitucional” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p.304 (privacidad) y p.317 (intimidad). El autor distingue entre privacidad e intimidad; considerando que la “privacidad” no es equivalente a intimidad; sino que es todo aquello relacionado a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son “privadas” en sentido de que si violentan exigencias morales solo lo hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente; y tales exigencias no se refieren como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva; o sea a las obligaciones que tenemos en relación a los demás; - más en contrario- se refiere al desarrollo o auto degradación del propio carácter moral del agente. Reconociendo como único límite de las mismas el daño a terceros. Para el autor son las “acciones privadas” a que se refiere el artículo 19 de la constitución nacional. En cambio, siguiendo a Parent entiende por “intimidad” una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es aquel derecho a que los demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que esta no quiere que sean ampliamente conocido. La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos; rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar; escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etcétera. Véase también

en forma genérica la doctrina los usa como sinónimos, o por lo menos de manera indistinta en la mayoría de los casos⁶.

La propia Corte así lo hace en **Ponzetti de Balbín**⁷ un antecedente, a nuestro criterio ejemplar como punto de partida de análisis del tema. En éste, el máximo tribunal acoge la tutela demandada por la esposa del fallecido Dr. Ricardo Balbín, condenando a pagar una indemnización a Editorial Atlántida por haber publicado una foto en la tapa de una de sus revistas, del extinto líder, semidesnudo en terapia intensiva. La corte sostuvo que la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional *“Protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo. En rigor el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar o de amistad sino a otros aspectos de la personalidad física o espiritual de las personas tales como la integridad corporal o la imagen...”* (consid. 8°).

Consideramos que existe entre ambos conceptos una relación de género (privacidad) a especie (intimidad), vale decir, que lo íntimo es más “íntimo” que lo privado.

GARCÍA-GARCÍA, Clemente. “El derecho a la intimidad y ala dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional, “ Colección Estudios de Derecho”, Universidad de Murcia, España, 2003, p.184

⁶ Véase FAYOS GARDÓ, Antonio “ Derecho a la intimidad y medios de comunicación”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, España, 2000, p.19/21, si bien el autor no dice expresamente la sinonimia de los términos, los utiliza de manera indistinta. Véase también, BIANCHI, Alberto A.B, “Habeas Data y Derecho a la Privacidad”; E.D, 16 de febrero de 1995, p.2 quien considera que esta distinción es más aparente que real, no encontrando ninguna diferencia desde el punto de vista lingüístico ni jurídico entre lo íntimo y lo privado. Agregando que en el afán de tratar de encontrar una diferencia podría decirse que lo íntimo es más privado aún que lo privado. Por su parte PADILLA Miguel M. “Banco de Datos y Acción de Habeas Data”, Abeledo Perrot, 2001, p. 33/37 señala *“en la norma del artículo 19 no alcanza a los actos íntimos de las personas, no protege el derecho a la intimidad – término ignorado por los constituyentes de1853, sino que asegura que al actuar privadamente sin detrimento de terceros y de la moral pública queda exento de la autoridad de los magistrados”*, considera que el derecho a la intimidad encuentra protección en la norma del art. 18 de la C.N en relación a la actuación procedimental policial, al referirse a la inviolabilidad de domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Nuestra doctrina constitucional en los últimos años ha comenzado a preocuparse por el análisis de estas diferencias. Consideramos que el motivo de ello es que son las propias normas las que no establecen claramente esa distinción. Porque sí estamos seguros en afirmar que desde las normas tanto de la constitución nacional, como desde el derecho constitucional provincial y el derecho constitucional de la Ciudad autónoma de Buenos Aires se usan ambos términos como sinónimos, o por lo menos siempre asociados. Dichas normas en general se refieren solo a la “privacidad”, lo que no significa que no esté protegida en esa Carta Constitucional la “intimidad” y, viceversa. Otras veces directamente se menciona el “Derecho a la intimidad y a la vida privada”, sin hacer distinciones entre uno y otro concepto. Y es para subrayar que en ninguna constitución hay una norma que proteja la privacidad, y otra que proteja la intimidad. De ello surge que en ningún caso los constituyentes consideraron que eran “derechos no separados” o que si bien se menciona a los dos derechos por separado, siempre están identificados y en una única norma; al respecto Véase BASTERRA, Marcela “Derecho a la Intimidad y habeas data en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, AAVV “Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, BIDART CAMPOS, Germán y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (Directores), Ed. L. L., 2001, p.69/80.

⁷ L.L, 1985-B, p.120

Al hablar de privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realicen los actos privados y, el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todos tenemos la misma protección en relación al derecho a la “intimidad” – en nuestra intimidad nadie, por ningún motivo o circunstancia puede tener acceso sin nuestra autorización. Sin embargo, no todos tenemos la misma protección a la “privacidad”, puesto que un personaje público y famoso tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido.

Esto es que la privacidad puede tener límites en razón de las personas o del lugar; es razonable que una persona “famosa”, tenga una expectativa de privacidad menor que alguien que es anónimo. Asimismo es razonable que una persona anónima, tenga más reducido el ámbito de privacidad en un lugar público (playa pública, plazas, autopistas, calles, etc.), que en su propia casa. Privacidad que será aún disminuida cuando se cumpla con la doble condición, personaje “público” y lugar público.

Lo que no parece razonable es sostener que los personajes famosos o funcionarios públicos tengan su derecho a la intimidad cercenado, disminuido o alterado o distinto al de alguien desconocido o anónimo. Sólo tendrán limitada su “expectativa de privacidad”.

En efecto, el concepto de “vida privada” es de mayor amplitud que el de “intimidad”, abarca a todo aquello que no es, o simplemente no queremos que sea accesible al conocimiento de los demás. Dentro de ello hay un núcleo que protegemos con más fuerza, porque consideramos que es esencial a nuestra configuración subjetiva, éste núcleo de mayor protección es lo que denominamos “intimidad”.

La privacidad o “vida privada” es aquello genéricamente reservado, por ejemplo; el estado civil de una persona, si tiene o no, hijos. La “intimidad” es aquello absolutamente vedado al conocimiento de los demás, las relaciones sexuales dentro de ese matrimonio, si la persona en cuestión no se casó o no tuvo hijos porque es homosexual y “eligió” no tenerlos, o porque tiene un impedimento físico, o simplemente porqué no quiso ser madre o padre, o el motivo por el cual nunca se quiso casar.

Claro que, quedan a salvo, en ambos casos las situaciones en que el mismo sujeto decida hacer

público cualquiera de los aspectos pertenecientes tanto a la intimidad como a la privacidad, pero esa es una decisión personal, al margen del ámbito de protección que ambos merezcan como derechos fundamentales. En ambos casos existe la conciencia exterior de “no injerencia” y de ello parte la protección legal para ambos. La diferencia es únicamente del “grado” de protección. La intimidad es la lejanía, la vida privada es lo más próximo desde la perspectiva de los demás.⁸

II.1.3. Tercera esfera de protección: El Derecho a la Privacidad.

Hemos definido entonces, el derecho a la privacidad o a la “vida privada” como un derecho de mayor amplitud que el de intimidad, pudiendo estar restringida la expectativa de privacidad tanto en razón del lugar (en lo que juega un papel fundamental las nuevas tecnologías) y en razón de la persona.

Así como en la primera esfera o de autonomía personal, la intromisión más peligrosa viene desde el Estado, sin duda aparece la privacidad, como la esfera más expuesta a las permanentes intromisiones, aunque no la única, por parte de la prensa, tema que hemos analizado en otro trabajo con detenimiento⁹

En relación a los orígenes de la protección a la privacidad nos debemos remontar al derecho anglo-americano¹⁰. El artículo de 1890 “*right of privacy*”¹¹ criticaba a la prensa por “transgredir

⁸ Puede ampliarse de REBOLLO DELGADO, Lucrecio, op. Cit. Nota n°2, p. 47/52

⁹ Véase BASTERRA, Marcela, “Libertad de Prensa “versus” Derecho a la Intimidad”, en AAVV “Poder político y Libertad de Expresión”, Sociedad Científica Argentina, Ed. Abeledo Perrot, 2001, p.97/125

¹⁰ Amplíese de BIANCHI, Alberto A.B, “Habeas Data y Derecho a la Privacidad”; E.D, 16 de febrero de 1995. El autor se distinguen básicamente cuatro etapas; la primera abarca desde los orígenes del *common law* hasta 1890, en que es publicado el célebre artículo de Warren y Brandeis; la segunda etapa se extiende hasta un ensayo publicado en 1960 por William Prosser que se refiere concretamente al problema entre privacidad y prensa. La tercera etapa, en la que el eje de la privacidad se traslada de Estados Unidos a Inglaterra, comienza con el proyecto de ley de Lord Mancroft, y se refiere a los problemas suscitados entre la privacidad y los medios masivos de comunicación. Por último la cuarta etapa empieza en 1969 con el proyecto de ley de Walden que se refiere al tema de la tutela de los datos personales memorizados por ordenadores. El artículo de 1890 “*The Right to Privacy*” fue originado en razón de unas publicaciones que la prensa de Boston realizó con comentarios acerca del matrimonio de la hija del senador Warren; este contrata a Brandeis, por entonces ya famoso como abogado a quien le encomienda un estudio sobre el derecho a la privacidad en el *common law*; y los alcances del mismo. El resultado fue que existía una protección general a la privacidad que también brindaba protección jurídica en caso que la violación a la vida privada se produzca por medio de la prensa. Por esta razón la mayoría de la doctrina considera que este estudio es el punto de partida de la protección de la privacidad. En 1960 William Prosser¹⁰ publica un artículo en el que considera que el derecho a la privacidad en el *common law* protege cuatro situaciones distintas; a) intromisión en la soledad, vida privada o asuntos privados de una persona; b) divulgación de hechos que dañen a otras personas; c) publicidad tendiente a difamar a una persona ante la opinión pública y d) apropiación del nombre o aspecto físico del querellante. Este artículo fue criticado por considerar que quebraba el concepto unitario del derecho a la privacidad tal como lo planteaba el artículo de 1890.

en todas sus formas los límites del decoro y la decencia” y propuso un nuevo agravio (*tort*) por la violación al derecho a la privacidad.

Hacia 1960, su aceptación se había propagado y la mayoría de los Estados, en los Estados Unidos, reconocía el derecho a la privacidad en alguna de sus formas. Desde entonces, el concepto de privacidad evolucionó en cuatro aspectos distintos: a) invasión irrazonable sobre el aislamiento de una persona; b) exposición pública de hechos privados, c) publicidad que coloca a una persona bajo una luz falsa, d) apropiación del nombre de otra persona o algo similar. Sin embargo, la habilidad de estos agravios para proteger la privacidad es cuestionable, ya que la tecnología “siempre en desarrollo” hace públicos esos lugares y actividades que fueron una vez privados.

En el mundo actual se advierte una clara preocupación por la tendencia a la invasión de la privacidad y porque la protección legal de la misma en los últimos cien años, es considerada “débil” a tal punto que en un reciente trabajo de Rodney Smolla¹² se lee algo así como “*si esperas protección legal para tu privacidad, deberías permanecer en tu casa con las persianas cerradas*”. En él explica que la mencionada “debilidad”; se debe justamente a la tirantez que siempre hubo entre el derecho a privacidad y la primera enmienda – protectora de la libertad de prensa -. En efecto, los cazadores de noticias utilizan cámaras de alto poder, micrófonos e inclusive fotografías satelitales. En algunos casos se ajustan a muy pocas normas éticas y no dan cuentas a casi nadie, es rutina conseguir información protegida, desde grabaciones telefónicas hasta historias clínicas.

Es lo que se ha denominado como “revolver el basural”... “Estoy dispuesto a meterme en cualquier basurero y enfocar una cámara oculta hacia cualquier ángulo. Tomo casos de republicanos, demócratas, conservadores y liberales...” asiduamente reciben una tarjeta con este anuncio los más importantes candidatos políticos de los Estados Unidos para “desenterrar” datos de sus rivales.¹³ El problema con esta formulación es que permite que el concepto de privacidad se vea disminuido a medida que la nueva tecnología reduce lo que un individuo puede razonablemente esperar que sea privado y que las actitudes sociales aceptan cada vez más el uso intrusivo de la tecnología.

¹¹ WARREN Samuel y BRANDAIS “The right of privacy”; 4 Harvard Law Review 1890, pág 193 considerado unánimemente por la doctrina nacional y extranjera el artículo fundacional del derecho a la privacidad

¹² SMOLLA, Rodney “Free Speech in an Open Society”, Knopf, New York, 1992, “...lesson of modern privacy law in the tort arena is that if you expect legal protection for your privacy, you should stay inside your house with the blinds closed”

¹³ FRANZ, Douglas “Hombres públicos, vidas privadas” para The New York Time; traducido para La Nación por Zoraida Valcárcel; (1999)

En el caso **“Shulman v. Group W. Productions Inc.”**¹⁴, la Corte Suprema de California distinguió entre la escena de un accidente cercano a una autopista, que un reportero pudo grabar en video sin invadir, y un rescate dentro de un helicóptero, donde el demandante pudo razonablemente tener un expectativa de privacidad.. La diferencia entre estos dos lugares es que la presencia de periodistas y fotógrafos en la escena de un accidente es esperada, pero no hay ley o costumbre que permita a la prensa subirse a ambulancias sin el consentimiento del paciente. Este razonamiento indica, que la expectativa de una persona a la privacidad depende en parte de los métodos de información disponibles a la prensa y al público -una vez que la prensa establece una “ley o costumbre” que permite una forma de búsqueda de noticias que una vez no fue común y que hace que el actor no tenga más una expectativa razonable de privacidad respecto de ese método de caza de noticias-¹⁵.

En 1974 en el caso **“Gertz v. Robert Welch Inc.”**¹⁶ establece que el “*standard*” aplicado en relación a la doctrina de la real malicia en **“New York Time vs. Sullivan”**¹⁷, debe aplicarse no solo a los funcionarios públicos, sino también a todo actor cuando se trate de una figura pública. En el caso de las injurias a personas que no tienen tal carácter solo deberá demostrar negligencia por parte de la prensa; en sentido de no averiguar si lo que se ha publicado es o no verdad.

Badeni¹⁸ al analizar la libertad de prensa según el Tribunal Constitucional español; considera que dicho Tribunal no toma la doctrina de la “*real malicia*” de la Corte americana; pero que en reiteradas oportunidades desarrolla alguno de los elementos que conforman dicha doctrina. Así sostuvo el Tribunal español, que con respecto al honor la causa que legitima la intromisión, es la veracidad; y con respecto a la intimidad, la causa legitimante es la relevancia pública del hecho divulgado; agregando asimismo que si la información transmitida es veraz y se refiere a asuntos

¹⁴ Amplíese de “Privacy, Technology and The California “Anti-paparazzi” Statute; The Harvard Low Review Association; abril de 1999; Vol. 112; N° 6; pág.1373.

¹⁵ En “Dow Chemical Co. v United States”(véase op. Cit. Nota n°17, p.1374) la Corte Suprema sostuvo que la Agencia de Protección del Medio Ambiente no procedió conforme los propósitos de la Cuarta Enmienda – en la que el derecho americano considera implícito el derecho a la privacidad “*right of privacy*”- cuando voló sobre la planta de la actora y tomó fotografía con una cámara que agrandaba la imagen. La Corte entendió que aunque “la vigilancia sobre la propiedad privada usando equipos sofisticados que no están generalmente disponibles al público .pueden ser constitucionalmente prohibidos si no existe una garantía”, el uso de la cámara no alcanzó ese problema porque era solamente una “cámara fotográfica convencional y que se utiliza habitualmente para la confección de mapas”. La Corte explícitamente unió el grado de permisibilidad de invasión a la disponibilidad de la tecnología de vigilancia usada, una formulación idéntica al acercamiento realizado por la Corte de California en Shulman.

¹⁶ 418 US.323 (1974)

¹⁷ 376 US.323 (1974)

¹⁸ BADENI, Gregorio “La Libertad de prensa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España”; L.L; T.1993-D,Secc.doctrina; p.814 - 816

públicos de interés general por las materias o las personas de que se trata, la libertad de información tiene una posición preferente frente a la intimidad y al honor. Pero, este valor preferente, originado por el rol institucional de la libertad de información, no es absoluto y cede cuando es ejercido de manera exorbitante en relación a su fin. El principio se refleja en dos fallos¹⁹ (ambos de 1990); el primero en que el Tribunal Constitucional anulara la sentencia condenatoria impuesta al periódico “El País” por considerar que las referencias al carácter irascible del piloto de un avión que se había estrellado, y la mención en el periódico de que el mismo atravesaba una mala situación personal y sufría grandes depresiones; aparecieron como justificadas. En contrario resuelve condenar al periódico “Diario 16”, cuando ante el mismo hecho utilizó expresiones tales como “mal educado, grosero y...” que siendo casado y con hijos vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada desde hace siete meses”, por considerar que existió una ilegítima lesión al honor e intimidad personal del piloto²⁰

En nuestro país el tema fue abordado inicialmente de manera magistral en el mencionado fallo “**Ponzetti de Balbín**” y en el caso “**Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires**”²¹ la Corte amplía la protección a la intimidad pero consideramos que no logra el equilibrio necesario entre la protección de la privacidad y la libertad de informar. En el mismo se plantea que un canal de televisión filma la conversación entre un empleado municipal (el actor), y un vendedor ambulante; sobre la base de esa conversación sumado a la circunstancia de que el empleado municipal huye porque aparentemente se había atribuido falsamente el cargo de inspector de la municipalidad; se lo acusa por el delito de exacciones ilegales. El mismo es sobreseído; y el canal de televisión es condenado a pagar una indemnización por daño moral. En su disidencia el ministro Fayt considera que no procede tal indemnización por considerar que en este caso prevalece la expectativa general que genera en la opinión pública los temas vinculados con la moral social; tema sobre el que versaba la nota periodística.

En este caso fijémonos que no se toma el “*standard*” que creemos es correcto de la corte americana en el citado caso “**Gertz v. Welch Inc**” en el que establece que los funcionarios

¹⁹ T.C, N° 171 y 172 (1990)

²⁰ Recuérdese que en la Constitución española de 1978 en su artículo 18-1 reconoce “el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal, y a la propia imagen”. Es un tema sumamente controvertido en la doctrina española en relación a si en verdad es un único derecho tricéfalo o pueden considerarse distintos derechos subjetivos.; Puede verse VIDAL MARTÍNEZ, Jaime “El derecho a la intimidad en la ley orgánica del 5/5/92”, Madrid 1984.

²¹ CSJN, Fallos 310:510 (1987)

públicos tiene una expectativa menor de privacidad que los particulares; en razón de que son ellos mismos los que voluntariamente se han expuesto

Esto no solo parte de la jurisprudencia americana sino también la Europea; basta recordar los célebres casos en Francia; “Marlene Dietrich” o “Brigitte Bardot”; o en Italia el caso “Caruso”; en los cuales se estableció que los hombres públicos tienen vida privada (lo hemos denominado “intimidad”), pero las personas célebres han de soportar cierto sacrificio en su reserva personal impuesto por la necesidad de la sociedad de conocer su vida y sus obras. Sin embargo se reduce ese límite cuando las mismas libertades se refieren a personas públicas o que ejercen funciones públicas, que por esas razones están obligadas a soportar el riesgo de que sus derechos subjetivos en ocasiones se vean conculcados en pos del interés general, porque así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática²² La diferencia entre “Ponzetti de Balbín” y “Costa” a nuestro criterio es que si bien las dos personas entran en el “*standard*” de persona pública o funcionario público; y por lo tanto tienen una expectativa de privacidad inferior a una persona desconocida o anónima; porque son ellos mismos quienes se han expuesto; en el primer caso se trataba de una acción enmarcada dentro del estricto ámbito de intimidad de una persona; como no ser fotografiado en su lecho de muerte; por famosa o célebre que fuera la misma. Si aceptamos esta posibilidad equivaldría a decir que las personas públicas “no tienen derecho a la intimidad”. En el caso “Costa”, es diferente puesto que consideramos debe prevalecer en este caso el interés general de la sociedad de develar un posible actos de corrupción; y en este caso debe prevalecer el derecho de informar.

En el punto he sostenido²³ que el foco central del problema está en delimitar que cosas pertenecen al ámbito exclusivo de intimidad; sobre las que sin consentimiento no se puede informar; y cuales deben informarse por la necesidad de prevalencia del interés público o general. Smolla²⁴ permite visualizar aquellos casos de conflicto; así establece cuatro combinaciones posibles a cerca de la información de una persona: 1) de interés público y no privada; 2) de interés público y privada; 3) no privada y no de interés público y 4) privada y no de interés público.

²² TC,N° 165/87 y TC,N° 107/88; cit . por BADENI, Gregorio, op.cit. p.816

²³ BASTERRA Marcela, Op. Cit, nota n° 9, p. 123/124

²⁴ SMOLLA, Rodney , cit. Por GIL LAVEDRA, Ricardo “El derecho a la privacidad y la libre expresión”,Revista Jurídica Universidad de Palermo, Año 199, p.141-149

En los casos 1 y 3 no habría conflicto pues si hay interés público y la información no es privada; debe haber una clara prevalencia de la libertad de informar; también en el supuesto en que la información no es privada y tampoco tiene un interés público; puede o no informarse sin consecuencias. El conflicto, considero, tampoco existe en el caso 4; porque si esa información tiene el carácter de privada pero no es de interés público debe prevalecer, el derecho a intimidad de la persona.

El verdadero conflicto se plantea en el supuesto 2; hay un interés público, pero la información es privada. A este supuesto además habría que agregar la diferencia en considerar si el hecho privado divulgado pertenece a una persona pública o a una persona anónima. Smolla entiende que para los casos en que la información se refiere a una persona pública, en ningún caso se encuentra habilitada a ningún tipo de reclamos por la publicación de hechos de su vida privada. (a lo que agregó, aunque no de su intimidad) . Si no realizo esa salvedad no podría compartir esta posición porque este argumento nos llevaría a considerar que las personas célebres, famosas o funcionarios públicos; no tienen derecho a la intimidad. Si bien consideramos que la expectativa de privacidad es menor que la de una persona anónima; que no se ha expuesto voluntariamente; y que al no ser famosa no debe resignar ninguna parte de su vida privada, algo que sí, las personas públicas deben hacer.

II.1.4. Cuarta esfera de protección: El Derecho a la autodeterminación informática.

Entonces, el último “*standard*” de protección a la intimidad que surge de nuestro ordenamiento es el de la protección de los datos personales que se encuentren en Bancos públicos o privados destinados a proveer informes.

La misma surge con amplitud del art. 43 de nuestra constitución, y de la ley complementaria n° 25.326²⁵ de Protección de datos personales o Habeas data.

El habeas data tutela “una especie” de intimidad, el derecho a la Intimidad Informática, lo que he llamado cuarta esfera de protección.

²⁵ Ley 25.326, de Protección de datos personales y habeas data. Sancionada el 4/10/2000, publicada en el B.O el 2/11/2001. Reglamentada por el Poder Ejecutivo por decreto 1558/01, Publicado en el B. O el 3/12/2001

El hombre presenta una dualidad de tendencias instintivas: por un lado el ser humano tiene necesidad de saber y por otra de ocultar, la necesidad de saber está representada por el derecho a la información y la de ocultar por el derecho a la intimidad²⁶.

Sin dudas, el punto justo se encuentra en establecer el equilibrio entre los derechos conexos con nuestra necesidad de saber y los conexos con nuestra necesidad de ocultar, estableciendo los límites para que dentro de un sistema de garantías como el nuestro el ejercicio de un derecho no vaya en detrimento del ejercicio de otro.

Considero que el derecho a manejar información y el derecho a preservar una esfera de intimidad tienen fundamento en primer lugar en la propia naturaleza humana por ello constituyen Derechos Fundamentales que deben ser garantizados y regulados por el Estado.

La informática es sin duda uno de los grandes descubrimientos del siglo, que utilizada por la administración pública y por las empresas privadas proporciona entre otras cosas eficiencia y eficacia, celeridad a la hora de tomar decisiones o de recabar informaciones, el medio ideal para brindar servicios, tanto públicos como privados, y también el medio propicio para guardar datos de las personas.

Debemos tener presente que el uso de la informática en manos tanto del Estado como en manos de los particulares, crea diversos riesgos que pueden suponer una amenaza de agresión a la intimidad de los gobernados o usuarios de servicios.

Reconocemos la utilidad y la importancia de la información, pero también es innegable que a veces sentimos amenazada nuestra intimidad. El hombre tiene valores individuales que no pueden ser sacrificados jamás en aras de ningún otro valor, tal el caso del derecho a su propia intimidad. Es necesario una fórmula de equilibrio, que es la norma constitucional (art. 43) que, a través de la garantía de habeas data asegura: 1) la posibilidad de acceder al conocimiento de nuestros datos personales y de conocer la finalidad o uso que se dará a los mismos; 2) la posibilidad de exigir la supresión, rectificación; confidencialidad o actualización de datos en caso de que aquellos sean falsos, o se haga de los mismos un uso con fines discriminatorios; 3) también procederá contar datos obsoletos y “sensibles”- aquellos que tienen que ver con creencias religiosas, orientación

²⁶MÉJAN, Luis, Manuel, “El derecho a la Intimidad y la Informática”, Ed. Porrúa, México. DF, 1996, prólogo XIII

sexual o filiación política- que aunque no lo diga expresamente la norma; desde la doctrina y la jurisprudencia²⁷ había criterios unánimes. Los mismos fueron incorporados a nuestro sistema jurídico a través de la ley 25.326 (arts. 2 y 7); 4) asegura la posibilidad de acceso a bancos de datos públicos y a los privados “destinados a proveer informes”; con ello se asegura el acceso a los bancos de datos privados que operan en el mercado en forma de empresas que brindan informes crediticios; y salvaguarda el acceso a los bancos de datos personales o “estrictamente privados”.

Esta nueva garantía constitucional es una “garantía de tercera generación” que se presenta como una respuesta a este nuevo poder que es el “poder informático”; que tutela el derecho a la intimidad informática y el derecho a la imagen o el propio perfil²⁸

III. El Principio de autonomía personal. Primera esfera de protección del derecho a la intimidad: Las conductas autorreferentes.

III.1.El “principio de autonomía” de la persona humana es uno de los ejes del sistema de derechos individuales; y por lo tanto, del Estado Constitucional de Derecho que tiene como fin esencial al ser humano, a diferencia de los Estados totalitarios cuyos fines son “transpersonalistas”; más allá de la persona humana; el fin es el Estado en sí mismo.

El artículo 19 de la Constitución establece en la primera parte que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”*. Este principio que podemos denominar también de reserva o de autorreferencia, es el punto de partida de la protección al derecho a la intimidad y a la privacidad. Ha sido abordado por muy pocos de nuestros juristas, tal es así que, si bien anteriormente se conocen algunos trabajos aislados los

²⁷ Ver: DALLA VIA, Alberto y BASTERRA Marcela I. “Habeas data y otras garantías constitucionales”, Editorial Némesis, Buenos Aires agosto de 1999, p. 129-130

²⁸ Véase BASTERRA Marcela, “Habeas data: derechos tutelados”; La Ley, Doctrina Judicial; 1999-3, p.77-83 y BASTERRA, Marcela, “Los Derechos Tutelados por el Habeas Data”, AA.VV, “La Defensa de la Intimidad y Los Datos Personales”, Ley 25.326, GOZAÍNI, Osvaldo, Coordinador, Ed. Ediar, 2001, p.235/251

primeros trabajos exhaustivos en relación al tema son a partir de la década del '60²⁹, es recién ahí a nuestro criterio cuando comienza la preocupación por delimitar que son las “acciones privadas”, que debe entenderse por “orden y moral pública” y como ha de interpretarse que dichas acciones “no perjudican a terceros” en los términos de la norma Constitucional.

El principio de autonomía implica que cada persona adulta, mayor de edad (no se aplica a menores), con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad (no se aplica a incapaces que no pueden comprender sus actos), puede escoger el que considere “mejor” plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

El artículo 19 es un principio cardinal de nuestro sistema y que tal como explicaba Nino³⁰ tiene un carácter tan básico que la mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 14, son instrumentales en relación a ella; tales derechos no serían significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo de elegir su propio plan de vida y de juzgar por si mismo la validez de los diferentes modelos de excelencia humana.

El principio de “Autonomía de la persona”, fue definido por John Stuart Mill³¹ en su célebre obra titulada “*On Liberty*” y que motivara un sórdido debate con el juez Stephen a mediados del siglo pasado acerca de hasta que punto la mera inmoralidad (suponiendo que así fuera) de un acto justifica su punición jurídica.

En 1957 el parlamento inglés a propuesta de la Comisión Wolfenden que recomendaba la despenalización de los homosexuales adultos que prestasen su consentimiento decidiendo poner en práctica las ideas liberales de Stuart Mill que había defendido con brillantez en su obra mencionada.

Es como consecuencia de ello que en este siglo se repite el célebre debate en esta oportunidad entre el profesor de Oxford, Hart y el Juez Lord Devlin quien es a nuestro criterio uno de los más claros exponentes del perfeccionismo (en oposición al principio de autonomía); de él se rescatan

²⁹ Puede verse, SAMPAY, Arturo, “Las acciones privadas de los hombres”, Ed. Omega, 1965; BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, T.I, 1992, Pág.253

³⁰ NINO, Carlos Santiago “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, 1992, p.312-313

³¹ MILL, Jhon Stuart, Op. cit. nota n° 1

expresiones tales como “... *el bienestar de una sociedad depende de una moralidad estable como de un buen gobierno, y así como la sociedad está facultada a reprimir actos de traición y sedición que ponen en peligro al gobierno también lo está para reprimir actos que amenazan con desintegrarla desde adentro*”³²

Hart sabiamente le responde que a) si bien puede definirse sociedad de tal modo que deba tener una moral, pero no “cierta” moral; b) que lord Devlin no presenta prueba alguna de que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de la sociedad; c) que éste tipo de posiciones originan confusiones entre democracia y “populismo moral”; o sea la doctrina de que la mayoría debe determinar no quienes deben gobernar sino cómo deben vivir los demás³³.

Ha sostenido Mill “*El único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser concretamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente*”³⁴

En el otro extremo, la versión “**perfeccionista**” sostiene que es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia homologados, y en consecuencia el Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la persona humana

Para el Estado perfeccionista hay “buenos” y “malos” planes de vida, por ello el Estado elige los “buenos” y desalienta los “malos” planes de vida. Son “buenos” planes de vida aquellos que el mismo Estado dice que lo son

Un ejemplo muy claro para visualizar esta versión es lo que ocurre en algunos regímenes de medio oriente; tal el caso de Irán donde las mujeres tienen prohibido estudiar; y recién han logrado la abolición en Egipto, por ejemplo de la ley que otorgaba impunidad total a los violadores, siempre y cuando se casaran con sus víctimas, o sea que una mujer no tiene derecho

³² DEVLIN, “Morals and the criminal law”, en “Morality and the Law” 1971, p. 36, Cit. por MILLER, GELLI y CAYUSO, “Constitución y Derechos Humanos”, Astrea, 1991, Tomo I, p.563

³³ Cit. Por DALLA VIA, Alberto R. “La Conciencia y El Derecho”, Editorial Belgrano, Buenos Aires, p.114. ver nota 26

³⁴ MILL, Jhon Stuart, Op. cit, nota n° 1, p.15

en muchos casos ni siquiera a elegir su esposo. Esto es perfectamente entendible en éstos regímenes puesto que en general en la pirámide de Supremacía Constitucional consideran la ley islámica por encima de la Constitución; así el artículo 2 de la Constitución de Egipto de 1971 establece como fuente principal de legislación a la ley islámica; la constitución de la República Democrática del Yemen, obliga en el artículo 31 a salvaguardar el legado árabe e islámico; el artículo 2 de la ley de “Proclamación del Poder del Pueblo” de Libia de 1977 establece que el “sagrado Corán es la Constitución Yamahirita Libia”³⁵. De esta forma el Estado elige cuales son los mejores planes de vida para sus habitantes y deben seguirlos so pena de severísimas sanciones. El margen de autonomía individual queda por cierto reducido a la nada

Para Nino³⁶ la ofensiva del perfeccionismo está representada por Vinit Haksar quien sostiene que no solamente el perfeccionismo es compatible con una postura liberal, sino que es necesario para ella; éste autor intenta demostrar que la concepción perfeccionista lleva a valorar los planes de vida que expanden la autonomía de los individuos; lo que implica en la sociedad hay planes de vida con status superior y planes de vida con un status inferior; para concluir diciendo que el Estado debe abstenerse de propiciar planes de vida degradantes, debe propagar los mejores planes de vida entre la juventud y los adultos que quieren ser paternalmente protegidos, y tomar los mejores planes de vida para hacer proyectos en relación al bienestar de futuras generaciones.

También por Joseph Raz quien sostiene que un sistema moral basado en el valor de la autonomía no puede tener como elementos primitivos valores individuales, ya que la autonomía requiere bienes colectivos que no son contenido de derechos individuales, puesto que no son objeto de deberes por parte de los otros. Nino concluye que realmente Haksar, Raz y Taylor resuelven el problema de cuáles son los límites a la intervención estatal en favor de planes de vida e intereses privilegiados; sobretudo cuando hace la salvedad que los pensadores liberales que se oponen al perfeccionismo lo conciben como una concepción de filosofía política que amplía las funciones del Estado de modo que éste se convierte en árbitro de las formas de vida ideales de excelencia humana e intereses personales, no lo interpretan como la posición moral de que hay formas de vida mejores que otra. Con los límites más o menos cerca éstas posturas son claramente perfeccionistas por entender que el Estado a través de sus leyes debe contemplar pautas morales

³⁵ NINO, Carlos Santiago Op. Cit. Nota n° 30.

³⁶ NINO, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, Editorial Ariel, Barcelona, 1989

homologadas.

Siguiendo ésta corriente podemos citar a Finnis, también profesor de Oxford cuya postura es analizada por Legarre³⁷ que en relación al art.19 C.N considera que de la interpretación tradicional que se ha hecho de Santo Tomás, a su vez; siguiendo a Aristóteles interpreta que “la misión del legislador es hacer buenos a los hombres”; en el caso de Finnis hace una interpretación más “light” que la anterior al considerar que en realidad para Santo Tomás la ley humana tiene por finalidad establecer la justicia y la paz en la comunidad en la cual es dictada. En la doctrina nacional ha sido precursor de ésta postura Valiente Noailles³⁸ en quien se advierte una visión muy extendida del concepto de moral pública; surgiendo de su análisis que lo privado solo se refiere a la intangibilidad de la conciencia y el fuero íntimo, de manera que podríamos inferir que a su criterio lo único estrictamente privado es el pensamiento, cuando éste se exterioriza en acción siempre justifica la intervención estatal, entendiendo como un deber implícito -en el artículo 19- del Estado de defender la moral pública. Concluye que la moral pública a la que se refiere la Constitución en la norma del artículo 19 comprende: la necesidad de un código moral elevado y útil a la convivencia para el progreso espiritual; la necesidad de una conformidad de las conductas individuales con éste código- decencia de las costumbres, vigencia de las virtudes; para concluir sugiriendo que a tales efectos bien podría utilizarse los principios del credo cristiano.

A nuestro criterio, se presenta como un problema aplicar como Valiente Noailles sugiere los principios de un credo, en éste caso el católico, aún cuando la mayoría de la población pertenezca a él. Aparece ante nosotros como incompatible con el diseño de nuestro modelo constitucional de pluralidad democrática, base fundamental de nuestro Estado de Derecho, en el que en la propia constitución se establece un preámbulo que asegura que se ampara a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino” y en la que hay una norma como la del artículo 14 que entre los derechos fundamentales asegura a sus habitantes el de “profesar libremente su culto”; ¿cómo podría vivir un Testigo de Jehová , un judío o un musulmán si se le imponen los códigos morales de la religión católica? Creo estaríamos ante una lesión gravísima del principio de autonomía de las personas y correríamos el riesgo de internarnos en prácticas perfeccionistas que reducen a un mínimo la privacidad de los individuos y hasta la desconocen en los casos más

³⁷LEGARRE, Santiago “Ensayo de Delimitación de las Acciones Privadas de los hombres”,L.L. 30/4/99

³⁸ VALIENTE NOAILLES, Carlos “ La moral Pública y Las Garantías Constitucionales”, L.L 1966

extremo.

El “**Paternalismo**” es entendido como las medidas que toma el Estado, pero no pensando en modelos de vida a imponer, o ideales de excelencia humana, sino basado por ejemplo en la preservación de la salud física y mental del individuo, desalentando decisiones de ellos mismos que ponen en peligro a la persona. Según ésta posición se puede adoptar cualquier plan de vida, siempre que el mismo no conduzca al individuo a causarse un daño a si mismo, y por supuesto a terceros.³⁹ “El paternalismo sugiere que debemos tratar a los adultos como si fueran niños, y esta no es –ciertamente- la mejor forma de entenderse con ellos”⁴⁰

Sin embargo, resulta sumamente interesante la cuestión a partir de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que tocándole en suerte analizar éste principio en diversas ocasiones, a partir de 1978 con el caso “Colavini”(L.L 1978-B,448); “Ponzetti de Balbín”(L.L1985-B,120) de 1984; “Bazterrica”(L.L1986-D,550), “Capalbo”(J.A 1986-III-pag.230) y “Sejean”(Fallos:308:2268) todos de 1986; “Portillo”(ED 133-372) de 1989, “Montalvo”(L.L1991-C,80) de 1990; “Comunidad Homosexual Argentina”(L.L1991-E,679) de 1991, “Bahamondez”(L.L1993-D,130) de 1993; “T, S”(L.L, 2001-B, 156) de 2001; “Portal de Belén”(Fallos 325-292) de 2002; y “Vázquez Ferrá”(LL 21/11/03,)de 2003, ha creado una rica pero no por ello menos contradictoria jurisprudencia, advirtiéndose en el seno mismo de la Corte una cierta “tirantez” en relación a posturas diferentes en distintas épocas de la vida política del país, y de los distintos ministros, aún en la misma época. Nos proponemos intentar analizar a la luz de los fallos antes mencionados cuales serían dichas dificultades y demostrar que hay dos líneas bastante definidas en relación al principio de autonomía/perfeccionismo.

III.2.1. Autonomía personal y consumo de estupefacientes.

En materia de tenencia de estupefacientes nuestro Alto Tribunal ha ido desarrollando una variada y contradictoria jurisprudencia.

³⁹ NINO, Carlos Santiago, Op. Cit.nº36

⁴⁰ FARRELL, Diego Martín, “El Derecho Liberal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.138

En 1978, Ariel **“Colavini”**⁴¹ fue condenado al encontrarse entre sus ropas dos cigarrillos de *“cannabis sativa linneo”*, conocida usualmente como marihuana.

Los argumentos esgrimidos por el procurador general, después confirmados por la Corte giran en torno a afirmar que en nuestro derecho Constitucional es admisible reconocer que existan ámbitos de conducta humana que no admiten regulación estatal; emulando al juez estadounidense Miller dice, es necesario reconocer que existen derechos privados en todos los gobiernos libres; y que hay derechos individuales anteriores al Estado.

No obstante ello, el tema en cuestión relacionado con la tenencia de estupefacientes nos lleva a hacer otro tipo de reflexiones, en relación al papel que cumple la droga dentro de la sociedad. *“Que tal vez no es ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezman. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esas plagas...aniquilación de los individuos, gravitación en la moral y la economía de los pueblos, ociosidad, delincuencia común y subversiva...”*(consid. 5°);...*que la drogadicción forma parte de un proceso que lo integran varias etapas, producción, elaboración, intermediación, la compra y tenencia del usuario* (consid. 10 y 11°); *“...el uso personal de estupefacientes constituye una acción susceptible de caer bajo la órbita coercitiva del derecho, quedando excluida por tanto del ámbito de libertad que señala la norma constitucional”*⁴².

Estamos, sin duda, ante un argumento “Perfeccionista” que sostiene que la auto degradación moral que el consumo de drogas implica, constituye independientemente de cualquier consideración en torno a daños físicos y psíquicos, individuales y sociales, que ese hábito genera, una razón suficiente para que el Estado interfiera tratando de inducir a los individuos a adoptar modelos de conducta que considere dignas.

En 1986 en el mismo día fueron resueltos los fallos **“Capalbo Alejandro Carlos”**⁴³ y **“Bazterrica Gustavo”**⁴⁴, en ambos casos se trataba de tenencia de estupefacientes para consumo

⁴¹ L.L 1978-B, 448. (1978)

⁴² El subrayado nos pertenece en todos lo fallos

⁴³ J.A 1986-III- Pág. 230 (1986)

⁴⁴ L.L 1986-D,550 (1986)

personal que en la decisión de la mayoría marca un avance hacia la plena vigencia del principio de “autonomía de la persona”.

En los votos de los Ministros Belluscio y Baqué se da una interpretación amplia de la norma del artículo 19. Se considera inconstitucional el artículo 6 de la ley 20.771, que al reprimir la tenencia de estupefacientes para uso personal está lesionando el principio de autonomía de las personas protegido en la norma constitucional. (consid. 2º); “...*la tenencia de estupefacientes para uso personal, es un conducta privada que queda al amparo del artículo 19 de la Constitución Nacional y que no basta la posibilidad potencial de que ésta trascienda para incriminarla, sino que es menester la existencia concreta de peligro para la salud pública...*”(consid. 3º) “... *que el accionar del legislador en el sentido indicado no puede exceder pues, el campo de las acciones de los hombres que ofendan a la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros*”. Aquí es necesario hacer una reflexión en cuanto que de éste concepto surgiría que las acciones de los hombres que ofenden la moral pública; son las mismas que dañan a un tercero.

La defensa del principio de “Autonomía de la persona” está dada en el voto del Juez Petracchi quien le da a la norma del artículo 19 una amplitud que no se había dados hasta el momento; cuyas notas sobresalientes son; En primer lugar, deja sentado que después del momento histórico por el que ha atravesado el país es la oportunidad para restablecer definitivamente nuestro sistema democrático y republicano, del que sabemos que el principio de autorreferencia “se emplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico”. Agrega ...“Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y solo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad,...resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y solo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria” (consid. 10).

El voto de Petracchi juntamente con la obra de Nino⁴⁵, constituyen, sin duda la defensa más encendida del Principio de autonomía en nuestro país, postura a la que adscribimos en su totalidad

Es notorio como lo mencionáramos los problemas que en torno a éste tema se suscitan en la misma Corte y la “tensión” que se advierte; por un lado, los argumentos de los votos que afortunadamente constituyeron la mayoría, por el otro, los fundamentos a través de los votos de los ministros Caballero y Fayt -en disidencia- en los cuales se advierte una clara tendencia “perfeccionista”, y en los que se citan los argumentos de “Colavini”; adoptando una posición que según surge de algunos párrafos constituye a nuestro criterio un cercenamiento grave del principio de autonomía de la persona. *“Que no puede considerarse a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un derecho fundamental...” “Que es indudable que para asegurar esta libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre puede interponer recurso de amparo que debe ser concedido por el Estado Liberal. Sin embargo, desde el momento que los derechos individuales representan facultades que consagran esa dignidad, es inconcebible suponer una acción o recurso de amparo que tuviese por objeto lograr la tutela estatal para proteger la propia degradación”*. Se establece en otra parte de la sentencia que el legislador es por la constitución competente para captar desde la moralidad pública - que es la del hombre medio al que el representa- en qué casos las acciones privadas que conduzcan a la propia degradación pueden proyectarse amenazando y ofendiendo esa moral pública ... *Y es así que aparece razonable que bienes jurídicos de naturaleza superior sean protegidos penalmente frente al peligro abstracto de una conducta incapaz de generar el amparo constitucional por si misma”* (consid. 16° y 17°).

En 1991, con la ampliación a nueve de los miembros de la Corte Suprema nuevamente se imponen las concepciones “perfeccionistas” a través de la mayoría, un claro exponente de ello es el fallo “**Montalvo Ernesto**”⁴⁶, a quien lo habían condenado a tres meses de prisión por tenencia de estupefacientes para uso personal.

El máximo tribunal retoma la doctrina “Colavini” lo que implica un franco retroceso en cuanto a la plena vigencia del principio de autonomía. En efecto, se argumenta que, conforme al artículo

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago, Op. Cit, notas n° 30 y 36 y NINO, Carlos Santiago “¿ Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las “acciones privadas de los hombres?” en MILLER, GELLI y CAYUSO, “Constitución y Derechos Humanos”, Astrea, 1991, Tomo I, p.570

⁴⁶ L.L 1991-C, 80. (1991)

19 de la Constitución Nacional las “acciones privadas” están exenta de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero. Para que queden fuera del ámbito de aquél precepto no es necesario que las acciones sean ofensivas o perjudiciales -en el sentido indicado- en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que “de algún modo” cierto y ponderable tengan ese carácter, estarán sujetas a la autoridad de los magistrados y, por lo tanto se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente indiscutible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente” (consid.11º) Se adopta el criterio que la tenencia de estupefacientes para uso personal según las leyes 20.771 y 23.737 es un delito de peligro abstracto.

Estos fundamentos deberíamos desecharlos porque representan un problema que es que las normas que establecen éstos delitos son inconstitucionales, porque privan a los jueces de analizar la realidad de los hechos en cada caso concreto, con lo que sin necesidad de ninguna prueba se podría imputar a cada poseedor.

Adherimos plenamente a la idea de que control de constitucionalidad debe siempre estar orientado a salvaguardar una esfera de inviolabilidad de los individuos, de manera tal que cada uno pueda ser “soberano” en cuanto al modelo de vida que prefiere para si mismo. En éste sentido la justicia debería impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada, a través del dictado de leyes “perfeccionistas” o sea aquellas que pretendan decirle a los demás cuales son las pautas de la “buena vida” y del mismo modo el poder judicial debería contribuir con los órganos políticos para proteger a los individuos dándoles garantías adecuadas para la elección y desarrollo de los diferentes ideales de virtud personal.

III.2.2. Autonomía personal y objeción de conciencia.

Otros fallos que podemos señalar como “aperturistas”, en sentido de ampliar el ámbito de protección del principio de autorreferencia son “**Sejean C/ Zack de Sejean**”⁴⁷ y “**Portillo**

⁴⁷ Fallos: 308: 2268. (1986)

Alfredo”⁴⁸.

En “**Sejean**”, sentencia tres meses posterior a “**Bazterrica**” y “**Capalbo**”; se incluye en el ámbito del art. 19 C.N. la elección de un proyecto de vida con disolubilidad del matrimonio; declarándose inconstitucional el art. 64 de la ley 2393 que no admitía la disolución del vínculo. Otra vez la mayoría se impone con fundamentos en defensa de la autonomía individual; tal lo que surge con claridad del voto del doctor Petracchi, encuadra el tema con los lineamientos de Ponzetti, Bazterrica y Capalbo. La doctrina sentada por esta Corte en los casos aludidos ha puesto de manifiesto que nuestra constitución establece, en su primera parte, aquello que en el pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE.UU. emitido en el caso “**Palko v. Connecticut**”⁴⁹, el juez Cardozo denominó “esquema de ordenada libertad” que está conformado por los derechos básicos de los individuos en la sociedad en la que se entrelazan derechos implícitos y explícitos y en la cual la libertad individual está protegida de toda restricción sin sentido o imposición arbitraria desde que el artículo 28 de la Constitución impide al legislador obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener.

En el voto de Baqué queda establecido que “...deben extremarse los recaudos para la protección de la privacidad frente al riesgo de que la tendencia al desinterés de la persona ...conlleve a la frustración de la esfera de la libertad necesaria para programar y proyectar una vida satisfactoria, especialmente el contexto que por múltiples vías opone trabas a la libertad individual”...” la Corte ha sentado a través de su reciente jurisprudencia un sistema de libertad personal cuyo centro es el artículo 19 de la Constitución que va más allá de garantizar la mera privacidad”. En este sistema de libertades confluyen todos los demás derechos, que pueden ser razonablemente reglamentados, pero no alterados.

En “**Portillo**” de 1989; s/ infracción al artículo 44 de la ley 17.531, por la que Portillo debía cumplir con el servicio militar obligatorio y no se había presentado amparándose en la libertad de conciencia y de religión con base en el artículo 14 de la C N. La Corte da un paso muy importante hacia el reconocimiento de la “objeción de conciencia”, acercándose con ello a las posiciones más modernas del derecho comparado. En la parte esencial del fallo rescata el principio de autonomía

⁴⁸ ED 1989-133-372. (1989)

⁴⁹ 302 U.S. 319-1937 (1937)

de la persona dando un viraje fundamental en relación a las concepciones anteriores que había sostenido que el derecho de conciencia o libertad de creencia se limitaba al fuero interno (doctrina de la interioridad), y que al manifestarse en el exterior tal derecho debía ceder ante la obligación de cumplir con el servicio militar obligatorio.

El último fallo, si bien fue declarado como caso abstracto por la mayoría, trata tangencialmente el tema que nos ocupa es el caso “**Bahamondez**”⁵⁰. En él dos de los jueces que integraron la mayoría, como los dos ministros en disidencia Fayt y Barra sostuvieron que la decisión de una persona del culto de los Testigos de Jehová, de oponerse a una transfusión de sangre aún que esté en peligro su vida, se halla comprendida dentro de las acciones privadas del art. 19 de la Constitución. En su parte más relevante en defensa del principio de reserva puede leerse.. *“Respecto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor el art. 19 de la constitución nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esa facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa”*.(Consid.9º)

III.2.3. Autonomía personal y elección sexual.

En 1991 la Corte con igual composición dicta la sentencia “**Comunidad Homosexual Argentina**”⁵¹-**C.H.A**- denegándole la solicitud de personería jurídica que solicitaba dicha entidad. Otra vez en el seno de la Corte encontramos las dos posturas claramente diferenciadas y opuestas; la visión “perfeccionista” a nuestro criterio tiene su más alta expresión en el considerando 17º del voto del ministro Boggiano *“las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familiares o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie*

⁵⁰ L.L. 1993 -D,130 (1993)

⁵¹ L.L. 1991-E, 679 (1991)

puede consentir válidamente que se le infrinja un serio daño. Que la condición homosexual no resulta exclusivamente materia privada de los hombres lo demuestra con creces, los objetivos estatutarios de la recurrente que persigue precisamente la personería jurídica al amparo del artículo 33 del Código Civil y, en definitiva, un título de aprobación estatal”..... “Toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común, cuya tutela la constitución impone a los poderes constituidos, y de modo eminente a esta Corte, para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia”. “El bregar por que la condición de homosexual no sea discriminada con tan amplio alcances como los que contempla el estatuto de la Comunidad Homosexual Argentina, puede razonablemente ser considerado como una pública defensa de esa condición, en grave conflicto con los principios familiares, sociales, morales, religiosos y jurídicos del país, y aún del extranjero”.

En las disidencias de los ministros Fayt y Petracchi se advierte la postura de defensa del principio de “autonomía de la persona”; las notas sobresalientes del voto del doctor Fayt son “... la protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el Estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno”...Cualquiera sea el sentido y alcance que se asigne al lo que el art. 19 de la constitución nacional llama “moral pública”, lleva a afirmar que las interpretaciones no pueden repugnar el respeto a principios constitucionales superiores, los que no deben ser postergados por discrepancias en las convicciones por extensas que estas sean”

Del voto del ministro Petracchi surge que “Aún cuando la negativa de autorización emanada del Poder Ejecutivo no impida a la Comunidad Homosexual Argentina reunirse para la defensa y promoción de sus intereses y, eventualmente, ser considerada como una simple asociación civil, en alguna de las dos variantes previstas en el art. 46 del código civil, parece evidente que la medida estatal le impide disfrutar de todos los derechos de que son titulares las restantes asociaciones que han recibido autorización para funcionar”... “El Estado no puede limitar la libertad de aquellos cuyas ideas, forma de vida o aspecto sean rechazados por la mayoría de sus conciudadanos”

En 2003, la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires, dicta sentencia en el caso: "**Asociación Argentina de Swingers c/ Inspección General de**

Justicia (I.G.J)⁵². Es un fallo que implica, adscribir a un Estado que pretende que hay “buenos” y “malos” planes de vida para sus ciudadanos 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. Esta intromisión estatal a determinar la moralidad o inmoralidad de las conductas sexuales de individuos adultos, mayores de edad que consienten y que no impliquen daño a terceros; significa un claro retroceso en orden a uno de los derechos humanos básicos del sistema de derechos individuales; el Principio de autonomía personal entendido como la primera face de las que integran el Derecho a la intimidad cuya protección surge de la interpretación del artículo 19 de la constitución nacional.

La Asociación Argentina de “*Swingers*” interpuso recurso de apelación contra la Resolución de la Inspección General de Justicia (I.G.J), en la que se denegó el reconocimiento de la personalidad jurídica para funcionar como asociación civil de carácter privado. La Cámara confirma la resolución de la I.G.J con los siguientes argumentos: **1)** Establece que hay transgresión al deber de fidelidad conyugal; **2)** Asimismo, consideró que en el caso hay ausencia del “bien común” que exige el artículo 33, segunda parte inciso 1º del Código Civil para el reconocimiento estatal.

El matrimonio es una institución civil regulada por la ley y, sin perjuicio del carácter de sacramento que le da la religión mayoritaria en nuestro país, consideramos errónea su asimilación. El reconocimiento por parte de la ley de algunas formalidades no implica la aceptación de un Estado Confesional, lo que colisionaría con la norma constitucional.

La promoción del estilo de vida “*swinger*”, entendido éste como propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas.- adhiere a una visión progresista y pluralista de los vínculos afectivos e íntimos, fomentando el intercambio responsable de experiencias, entre ellas las sexuales, entre las personas que suscriban a dicho estilo de vida.- Esta actividad permitirá agrupar a los “*Swingers*”, desarrollando su cultura, preservando su intimidad y divulgando las normas que los definen. Surge con total claridad, a nuestro criterio, que la finalidad de la recurrente no es procurar que quienes no son “*Swingers*” lo sean, sino que, en relación a aquellas personas que no lo son, asegurarles en definitiva el respeto que les corresponde por el ejercicio de un derecho con jerarquía constitucional, como es la libertad de elección sexual

⁵² Resolución IGJ, n° 541, 28/6/2002

basada en la norma del artículo 19 de la carta magna.

Sin duda hay una tendencia a considerar que el ámbito de la autonomía personal, se extiende hasta reconocer que existe un ámbito de conductas autoreferentes de una pareja o matrimonio que implica que el reconocimiento constitucional para “elegir el plan de vida que la pareja desea tener”, con el mismo límite que la propia constitución establece para las conductas personales, esto es el no daño a terceros.

Concluimos entonces que; el “bien público” a que se refiere el artículo 33 del código civil que se les exige a las asociaciones civiles para otorgarles el reconocimiento estatal, debe ser interpretado de manera tal que van a ser reconocidas las asociaciones que dentro del marco de la constitución ejerzan el derecho a asociarse del artículo 14 cuando el fin para el que se asocien no cause daño a terceros y, así no transgrede el orden y la moral pública.

Nunca el “bien común”, la “moral pública” o el “orden público” deben separarse del concepto de daño a terceros en forma individual o colectiva, puesto que los tres primeros en este caso quedan comprendidos en el último de los conceptos. Esta es la única posibilidad de adscribir a la idea de un Estado de Derecho fundado en el respeto a los derechos fundamentales de las mayorías y de las minorías, un Estado pluralista y no confesional, en el que no se confunda democracia y “populismo moral”; o sea la doctrina de que la mayoría debe determinar no quienes deben gobernar sino cómo deben vivir los demás⁵³.

Recientemente, en la causa ALITT, **“Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual s/ recurso contencioso administrativo”**⁵⁴ (2004) por la que en forma similar a los casos anteriores se deniega la personería jurídica por considerar que el objeto social de la misma es contrario al “bien común”

⁵³ Amplíese de BASTERRA, Marcela “Puede un Estado pluralista no confesional, erigirse en “guardián” de la elección sexual de las parejas?.El caso de los “Swingers”.L.L Suplemento de Derecho Constitucional, 25/8/2003.p.38. Véase también GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Cuando de Swingers se trata la constitución es la que manda”, L.L Suplemento de Derecho Constitucional, 25/8/2003.p.33 En posición opuesta véase BIDART CAMPOS, Germán “La denegatoria de personalidad jurídica a la Asociación de Swingers es perfectamente constitucional y coincidente con el orden público de nuestro derecho de familia” L.L Suplemento de Derecho Constitucional, 25/8/2003.p.45.

⁵⁴ IGJ-1720574/35584. Puede verse Comentada por BIDART CAMPOS, Germán “Travestismo y Transexualidad: El Derecho a la Identidad y a la Diferencia puede ser defendido como fin propio de una Asociación” y GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derechos Fundamentales de Travestis y Transexuales, Bien común y Estado Constitucional de Derecho”, ambos en L.L, Suplemento de Derecho Constitucional, 7/5/2004.

III.2.4. Autonomía personal y derechos reproductivos.

Uno de los fallos que mejor refleja el principio de autonomía personal es “**T. S. s/ amparo**”(2000)⁵⁵. La Sra. S. T. inició, ante la justicia en lo contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, acción de amparo “contra el Hospital Materno Infantil ‘Ramón Sarda’... por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a la realización de una inducción al parto. Fundamenta tal solicitud de la amparista en *“el terrible diagnóstico, cual es el de que el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anancefalia)”*”.

La decisión el Tribunal Superior del CABA, es sumamente valiosa, puesto que por una mayoría de cuatro votos contra uno en disidencia, hacen lugar a la acción de amparo y otorga la autorización para la inducción al parto⁵⁶. Decisión que con posterioridad es reafirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2001)⁵⁷, en el que se votó favorablemente a la decisión por una mayoría de cinco votos (Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, López y Bossert (según su voto), y tres en disidencia Nazareno, Boggiano y Petracchi, quien no se pronuncia en contra de la resolución del T.S. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que declara inadmisibile el recurso.

Consideramos que resulta clarísimo que no se trata de un caso de “permiso para abortar”. Para que fuera así se tendría que dar lo que el Dr. Maier, denomina – siguiendo a la doctrina penal mayoritaria- tercer elemento del aborto y, es que la inducción al parto tenga como fin el resultado “muerte”. En este caso el resultado va a ser siempre y de cualquier forma la muerte, sea que la inducción se produjere en cualquier etapa del embarazo o se esperara a la conclusión del mismo.

Aquí está en riesgo el derecho a la salud de la madre el cual no se puede entender actualmente tan sólo el perjuicio físico visible o detectable, sino que, tal como surge en nuestra Constitución (CCBA, 20, I), este derecho abarca, aquellos daños síquicos —quizás también orgánicos, aunque

⁵⁵ Expte. n° 715/00 “T. S. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCBA)”. Fallo completo en L. L, 2001-B, 156

⁵⁶ Véase BASTERRA, Marcela “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, L. L., Suplemento de Derecho Constitucional, 3/9/2001.

⁵⁷ El fallo de la C.S.J.N. está publicado completo en L. L., Doctrina Judicial, 7 de marzo de 2001, p.523

no los percibamos sensorialmente— y, en tanto la madre integra una familia, aquellos que pueden derivar para su salud de la afectación de otros miembros de su familia en este caso el cónyuge y la hija de 12 años.

Hay una colisión entre el derecho a la salud de la madre y el derecho a nacer; pero a nacer para morir irremediamente y, sin duda, entonces nos deberíamos preguntar ¿es más importante el derecho a nacer para morir que el derecho a la salud de la madre, entendiendo este derecho extensivo a la salud psíquica y a la salud del grupo familiar?. Indudablemente no se trata del “valor-vida” vs. “valor-autonomía de los padres”, ni “valor vida vs. derecho a la salud de la madre”. Estamos ante un caso de “valor vida (por unas horas) porque irremediamente se producirá la muerte vs, valor autonomía y/ o salud”. El valor que debe prevalecer no será a nuestro criterio el de nacer para morir inmediatamente sobre otros valores, en este caso superiores. Sostener lo contrario es una paradoja inadmisible; que el Estado por un lado niegue el derecho a la inducción del parto y, por otro afirmen los médicos que cuando se dan nacimientos de éste tipo, no reaniman a los bebés para no utilizar recursos que a sabiendas y de antemano no darán ningún resultado.

De manera tal que coincidimos con la mayoría de la Corte en considerar que en este caso debe prevalecer el derecho a la salud de la madre, y la familia por sobre el derecho a nacer para morir.

Si adscribimos al principio de autonomía personal, tendremos una sociedad pluralista, en la cual el buen médico y su esposa (tal como lo explica en su voto el Dr. Casas) podrán decidir tener a su hijo, bautizarlo y donar sus órganos, y así sentir que su conciencia está en paz.

Pero también La señora S. T. y su esposo podrán decidir interrumpir el embarazo, dejar de sentir que es “una ataúd viviente” (de sus palabras en la presentación del amparo) y comenzar ellos y su hija a elaborar el duelo lo antes posible, evitando secuelas psicológicas más graves aún que las de haber atravesado por el trance de un diagnóstico de anencefalia, y, también sentir que su conciencia está en paz.

Consideramos que en una sociedad avanzada, pluralista y tolerante, es necesario desde todos los ámbitos propiciar las discusiones en torno a posiciones antagónicas, como un signo de salud comunitaria.

En materia de derechos reproductivos otro de los fallos se dio en oportunidad de que la Asociación Civil sin Fines de Lucro “**Portal de Belén**”⁵⁸ (2002) promoviera acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gador S.A., cuyo nombre comercial es “*Imediat*”, alegando que se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de “anticoncepción de emergencia”.

Funda su pretensión en que el derecho a la vida humana desde la concepción tiene raigambre constitucional, en forma expresa a partir de 1994, por la incorporación de diversos tratados internacionales, de donde deviene contraria a la Carta Magna la autorización administrativa otorgada para la fabricación y comercialización de una especialidad medicinal que, como uno de sus efectos, tiende a impedir que un óvulo humano fecundado anide en el útero materno, lo que constituye la muerte, por aborto, de un ser humano ya concebido.

Si importar que el resultado de la sentencia no es acorde con nuestra línea de pensamiento, sin duda se trata de un fallo carente de solidez jurídica y rigor científico.

El fallo se refiere al fármaco por un nombre de fantasía antiguo, “*Imediat*”, que no existe en el mercado desde hace más de un año, cuando cambió su fórmula original. Su nueva denominación es “*Imediat N*”. Aunque la diferencia es de apenas una letra, no podría ser prohibido hasta que la Corte se rectifique, el anticonceptivo de emergencia se menciona en todo el fallo siempre por su nombre de fantasía viejo. En ningún momento, incluso, se hace referencia a su principio activo, la hormona “*levonorgestrel*”. Con lo cual, cuando la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), reciba la notificación judicial de la sentencia no podrá prohibir nada, ya que el medicamento al que se refiere la Corte no existe.

El voto mayoritario lleva la firma de los doctores; Nazareno, Boggiano, Moliné O’Connor, López y Vázquez. El fallo de la Corte es, a nuestro criterio, sólo un listado de citas tendientes a fundamentar la prohibición de la “anticoncepción de emergencia”, para concluir en que la vida está protegida en la Constitución y los tratados internacionales como un derecho absoluto; el

⁵⁸ “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”. Sentencia del 5/3/2002.- Fallos 325-292.

primer y fundamental derecho humano, estableciendo así una prioridad de este derecho por sobre los demás.

La Corte dicta un fallo en el que solo se analiza el valor vida, como un “valor absoluto”, como si en realidad no hubiera otros derechos en juego al resolver un caso como el presente. Cuando decimos que no hay valores absolutos, queremos significar que no hay derechos absolutos, ni siquiera el derecho a la vida. Ya a principios de siglo nuestra propia legislación penal- en el código de 1921- deja sentado que el derecho a la vida cede en determinados supuestos (peligro para la salud de la madre y, en caso de violación a una mujer).⁵⁹

En efecto, hay otros derechos humanos básicos que en este caso, a criterio de esta corte no merecieron análisis o mención alguna; estos derechos son; el de autonomía, el de protección de la dignidad humana, el respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y la salvaguarda de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo, comprendidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Precisamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos “**Roe v. Wade**”⁶⁰ y en “**Doe v. Bolton**”⁶¹ , hace una interpretación en la que trata de establecer un equilibrio entre determinados valores en juego; quehacer esencial del control de constitucionalidad, que estuvo ausente en el caso. En los mencionados se compatibiliza el derecho a la vida con el derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres y el consejo médico, que las diversas leyes de los estados particulares que integran la Unión no pueden desconocer o restringir con la exigencia de requisitos extremos de verificación médica. Si bien la Corte no desconoce el interés del Estado en proteger la vida fetal o de la persona futura, puesta de frente al largo proceso fetal, reconoce momentos en los cuales la indicación médica y la decisión responsable de los padres domina el conflicto que se plantea entre dos vidas.

El valor vida humana en formación, por imperio de la constitución y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, merece tutela desde la unión del gameto femenino con el

⁵⁹ BASTERRA, Marcela I. “Prohibición de la píldora del “día después”; Un lamentable retroceso del principio de Autonomía personal.” Revista de “Derecho de Familia”; N° 21, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2002, p.198/210

⁶⁰ U.S. 410; 113

⁶¹ U.S. 410; 179

gameto masculino y la configuración de huevo o cigoto. Pero esta protección no es absoluta ni atemporal, sino que permite que en caso de colisiones axiológicas, por razones de desarrollo gradual o existencia de otros derechos fundamentales dignos de ser protegidos, la protección ceda o se retire. Este fue el razonamiento utilizado por la Corte cuando resolvió el caso “T.S” sobre parto inducido⁶²

El fallo de la Corte, al igual que el Procurador General, sigue la línea de pensamiento acorde al planteo de “Portal de Belén”, una asociación ligada a la Iglesia católica que ampara a madres solas, la que- justo es-, hace una defensa del derecho a la vida, como un derecho “absoluto” o “casi absoluto”. Lo que resulta sumamente preocupante es que nuestro Máximo Tribunal es quien haga la misma defensa, sin tener en cuenta, y ni siquiera mencionar todos los derechos en juego en la resolución de un acaso como el actual.

III.2.5. Autonomía personal y extracción compulsiva de sangre.

El fallo mas reciente en que la CSJN tuvo oportunidad de analizar el alcance del principio de autonomía es “Vázquez Ferrá”⁶³. La causa se origina en la querrela promovida por la madre de Susana Pegoraro, con motivo de la desaparición de su hija en el año 1977, quien estaba embarazada de cinco meses, después de haber estado detenida en la Escuela de Mecánica de la Armada, donde nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez —quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata— e inscripta en el Registro Civil como Evelyn Karina Vázquez Ferrá.

En Cámara, se confirmó lo resuelto por la magistrada de primera instancia en cuanto había dispuesto, 1) retener los documentos filiatorios de Vázquez Ferrá y 2) la realización de una prueba hemática sobre la nombrada a fin de determinar su verdadera identidad. Asimismo, dispone que la prueba se lleve a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que Evelyn no prestara su consentimiento.

⁶² Expte. n° 715/00 “T, S. c/ Gobierno de Expte la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA)”
Fallo completo en L. L., 2001-B, 156

⁶³ L.L. 21-11-03, nro. 106.562. (2003)

Evelyn Vázquez, interpuso recurso extraordinario, por considerar que la medida ordenada, la extracción compulsiva de sangre, viola los derechos constitucionales a la intimidad, a la integridad física, psíquica y moral, a la dignidad, a la vida privada, y a gozar de los derechos civiles. Y por lo tanto, esta medida comporta una inadmisibile intromisión del Estado en la esfera de intimidad de Vázquez, al tiempo que afecta su integridad física al obligarla a disponer de su propio cuerpo en contra de su voluntad.

Ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos. Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad

La medida ha sido dispuesta para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, como lo son la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la supresión del estado civil, y diversas falsedades documentales en instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad.

La Corte, en diversos pronunciamientos, ha reconocido expresamente el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas con anterioridad al restablecimiento del orden institucional y, en particular, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que aconteció con sus seres cercanos como presupuesto para la reconstrucción de sus vínculos familiares y, con ello, de su identidad.⁶⁴

Sin embargo, en el caso considera inadmisibile la procedencia a la extracción de sangre dado que *“forzarla a admitir dicho examen, resultaría violatorio de respetables sentimientos y consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el artículo 19 de la constitución, a*

⁶⁴ Fallos: 321:2767 y S.C. P.252, L.XXXV "Palacio de Lois, Graciela s/amparo ley 16.986, del 13 de febrero de 2001, entre otros

más de constituir una verdadera aberración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega” (consid.10)

Es preciso destacar la disidencia parcial del Ministro Maqueda, quien considera que si bien hay un agravio a derechos fundamentales tales como la privacidad, la incoercibilidad, la esfera de intimidad, la dignidad de la persona, la integridad física, psíquica y moral y a la vida familiar. Lo que debía dilucidarse, en el caso, es si el juez está facultado a ir en contra de la libre voluntad emanada de una persona adulta, no sólo en relación a su falta de consentimiento para la extracción de sangre, sino en cuanto a su negativa a que dicha extracción además sea base probatoria en contra de terceros a los que siente como sus padres, aun en conocimiento de que ello puede no ser así. Argumenta que el Alto Tribunal ha señalado en el precedente Ponzetti de Balbín que el derecho a la privacidad e intimidad sustentado en el art. 19 C.N., se encuentra en relación directa con la libertad individual y protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.⁶⁵ Que se trata de conjugar armoniosamente aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional, con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda, obvio objeto de protección del orden normativo.⁶⁶

Para ponderar los intereses involucrados es necesario tener en cuenta las circunstancias históricas en las que se produjeron los hechos que dieron lugar a la querrela, pues la pretensión punitiva de

⁶⁵ Fallos: 306:1892, considerando 8°

⁶⁶ Fallos: 308:2268

los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquellos son titulares y en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte de su hija. Ningún magistrado judicial tiene facultades para imponer a otro ciudadano el conocimiento de lo que no quiere conocer cuando no se producen daños a terceros por tal negativa. La construcción de su propia identidad -a partir o no de sus lazos biológicos- es un dato que sólo a ella concierne y está excluida de la autoridad de los magistrados.

Los intereses de la comunidad en conocer la identidad de las personas desaparecidas y el derecho subjetivo familiar de aquellos vinculados con las supuestas personas que requieren su identificación se unen con la investigación del delito de sustracción de menores (art. 146 del Código Penal). La presencia de tales intereses sociales e individuales debe ponderarse, pues, al momento de decidir si la medida dispuesta es de una entidad tal que invada la intimidad de la apelante cuando se trata precisamente de lograr la punición de delitos de tan alta significación en el marco de nuestra sociedad. El balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa⁶⁷.

IV. Conclusiones

Adherimos plenamente a las palabras de Dworkin cuando expresa que *"Reconocer el derecho individual de autonomía, hace posible la auto-creación. Permite que cada uno de nosotros seamos responsables de formar nuestras vidas de acuerdo con nuestra personalidad, coherente o incoherente, pero distintiva. Nos permite guiar nuestras vidas en vez de ser guiados para que cada uno de nosotros podamos ser lo que deseamos ser. Permitimos que una persona escoja la muerte en lugar de una amputación, o una transfusión, si ese es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a una vida estructurada de acuerdo con sus propios*

⁶⁷ En este sentido, Véase GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El caso Evelyn Vázquez Ferrá: un supuesto de colisión de derechos fundamentales resuelto por la Corte Suprema que abre un arduo y enriquecedor debate"; .” Revista de “Derecho de Familia”; N° 26 ,Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2004, p.175/181

valores”⁶⁸

Afortunadamente nuestro máximo Tribunal ha decidido en mayor número de veces a favor de la autonomía personal -“Ponzetti de Balbín; “Bazterrica”, “Capalbo”, “Sejean”, “Portillo”, “Bahamondez”, “T, S” y “Evelyn Vázquez Ferrá”, aunque también ha tenido decisiones de carácter “perfeccionista” en “Colavini”, “Montalvo”; “Comunidad Homosexual Argentina” y “Portal de Belén”. Sólo queda esperar cuales serán las próximas sentencias, seguramente relacionadas al concepto de “bien común” como objeto social de determinadas asociaciones. Y, abogamos por supuesto, para que las decisiones en torno a la autonomía personal abarque cada vez mayor cantidad de temas.

Esto no es caprichoso sino que consideramos es el modo en que debe interpretarse la normativa del artículo 19 de la constitución nacional, en un diseño compatible con un Estado Constitucional de Derecho.

Rawls destaca la importancia que tiene que en una sociedad democrática se manejen principios como el que ha titulado “pluralismo razonable”; pretende decir que las sociedades modernas no se caracterizan meramente por el hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales abarcativas, sino más bien como un pluralismo de doctrinas incompatibles entre sí pero, aún así, “razonables”; lo que significa que a pesar de haber desacuerdos razonables entre los individuos todos debemos convivir en esa sociedad y la ley fundamental que la rige debe interpretarse de manera de no favorecer los derechos de un sector en detrimento de otros. En palabras del autor este concepto aparece como “un rasgo permanente de la cultura política de la democracia”⁶⁹

⁶⁸ DWORKIN, Ronald “ El dominio de la vida”, Ed. Ariel, España, 1994

⁶⁹ RAWLS, John “La Justicia como equidad”, Una reformulación, Ed. Paidós, 1° edición Bs. As. 2004;