

# ¿PUEDE UN ESTADO PLURALISTA, NO CONFESIONAL, ERIGIRSE EN “GUARDIÁN” DE LA ELECCIÓN SEXUAL DE LAS PAREJAS? EL CASO DE LOS SWINGERS\*

MARCELA I. BASTERRA

Secretaría General de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.  
Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

*Sed viciosos si os place; tanto peor para vosotros;  
yo no tengo derecho a infligiros penas por ello.*

FRANCISCO CARRARA. Programa de derecho  
criminal. Bogotá: Temis, 1973, v. IV, 8, p. 13.

**Sumario:** I. Introducción II. El fallo III. Nuestro análisis III.1. El deber de fidelidad y al orden público familiar III.2. Acerca de la ausencia de “bien público” III.3. El principio de autonomía personal IV. Conclusiones.

## I. Introducción

El 17 de mayo de 2003, la sala A de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, integrada por los doctores Molteni, Escuti Pizarro y Luaces, dictó sentencia en el caso: “Asociación Argentina de *Swingers* c. Inspección General de Justicia (I.G.J.)”. Es un fallo que a nuestro criterio 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 fase 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.) n° 541, dictada el 28 de junio de 2002, en la que se denegó el reconocimiento de la personalidad jurídica para funcionar como asociación civil de carácter privado.

## II. El fallo

La Cámara en este fallo resuelve confirmar la resolución de la Inspección General de Justicia con los siguientes argumentos: 1) Establece que hay trasgresión al deber de fidelidad conyugal considerando que “*El deber de fidelidad contenido en el artículo 198 del Código Civil presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge. La imperatividad de esta disposición legal implica que no pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispensen mutuamente*”. Considerando que el objeto de la asociación establecido claramente en su estatuto es “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...”.

El objeto descrito, a criterio del Tribunal, importa una contradicción con el artículo 198 del Código Civil; 2) Asimismo, consideró que en el caso hay ausencia del “bien común” que exige el artículo 33, segunda parte inciso primero del Código Civil para el reconocimiento estatal. *Es que claramente el objeto de la “pretensa” asociación contradice no sólo las normas arriba citadas sino también la prohibición más amplia del artículo 953 del Código Civil (extensivo a los casos que no caen formalmente en la institución “matrimonio”), como asimismo la del artículo 1071, segunda parte, del mismo ordenamiento, y aun del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en tanto el Estado debe tender a “la protección integral de la familia”.*

## III. Nuestro análisis

### III.1. El deber de fidelidad y al orden público familiar

III.1.a. En el caso, mediando consentimiento expreso y recíproco de los cónyuges a mantener cada uno de ellos relaciones sexuales con terceras personas, impidiendo hablar de engaño u ocultamiento, —a criterio del tribunal— “*carece igualmente de virtualidad para soslayar la trasgresión de los principios básicos de la institución del matrimonio que conforma el orden público familiar*”. Hay sin lugar a dudas una colisión de valores. Por un lado el “orden público familiar” que tiene como base la normativa del Código Civil y, por otro, el derecho a la intimidad o privacidad, a la libertad que gozan las personas en orden a su elección sexual, a disponer libremente de su propio cuerpo, al principio de autonomía personal, a la objeción de conciencia; todos derechos expresamente reconocidos en la Constitución, es decir, el “orden público constitucional”. ¿No debería haber realizado este test la Cámara en orden a controlar la constitucionalidad de la decisión apelada? ¿Puede prevalecer el denominado orden público familiar cuando hay una confrontación axiomática con derechos humanos básicos consagrados en la propia Constitución Nacional? “*La arquitectura social, para la que es sumamente valiosa la unidad familiar, no puede sobreponerse a las decisiones íntimas. De no ser así, se impondría a los habitantes de nuestro territorio un tipo de vida planificado, con el objeto de construir una comunidad dirigida desde el poder, que aniquilaría los derechos*

**Nota de los editores:** El presente texto ha sido publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de la revista La Ley. Buenos Aires, 25 de agosto de 2003, pp. 38-45.

individuales”, Comunidad Homosexual Argentina (CHA)<sup>1</sup>

—Del voto en disidencia del doctor Hay—.

III.1.b. El deber de fidelidad contemplado en la norma del artículo 198 del Código Civil se refiere exclusivamente al matrimonio, no a las parejas de hecho u ocasionales. Siguiendo la línea de interpretación de la Cámara podríamos entonces concluir que las parejas, según hayan contraído o no matrimonio de acuerdo con la ley civil, gozarían de un estándar distinto frente a un derecho constitucional, el de libertad e intimidad y dentro de él su derecho de libertad de elección sexual. Teniendo entonces las personas casadas conforme con la ley de matrimonio civil una situación de inferioridad en relación a las parejas que no hayan contraído matrimonio, puesto que éstas estarían en condiciones de elegir practicar el intercambio de parejas sin que haya trasgresión a dicha norma.

III.1.c. El tribunal en sus considerandos utiliza entre otras fuentes doctrinarias una columna de opinión de indiscutible valor académico y solidez argumental, que sin embargo no compartimos. En la misma el autor<sup>2</sup> expresa que *“Es de toda evidencia que los comportamientos que se intenta introducir configuran, ni más ni menos, claros supuestos de infidelidad y promiscuidad que no sólo contradicen el precepto rector sino que, finalmente, acaban por convertir a los esposos en un conglomerado amorío, dirigido a la mera satisfacción de un instinto egoísta carente de todo asentido finalista a favor de una sociedad mejor. El orden jurídico, de ello y su observancia se trata, es la caparazón exterior del orden moral y este es una defensa o mediación de la caridad. Entre ellos se crea un ritmo de influjos mutuos. La justicia, rectamente observada abriga y desarrolla el amor, y éste, en tanto progresa, hace dulce la justicia y le acaba de conceder todo su sentido. Ya Pío XII, decía en su mensaje de Navidad de 1942, que mientras el derecho allana el camino del amor, el amor mitiga el derecho y lo sublima”*.

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.

### III.2. Acerca de la ausencia de “bien público”

III.2.a ¿Cuál es el “bien público” que tienen que tener por objeto las asociaciones de carácter privado a que se refiere la norma del artículo 33 del Código Civil?

Belluscio y Zannoni<sup>3</sup> explican con claridad que fuente de esta disposición es el artículo 276, inciso 1º, del Esboço de Freitas, que lo exigía únicamente para las fundaciones. Como éstas no tienen miembros ni pueden beneficiar al fundador, sus fines deben ser necesariamente altruistas. Pero las asociaciones pueden tener fines

altruistas, mixtos o *beneficiar exclusivamente a sus miembros*<sup>4</sup>, y las sociedades, que persiguen el reparto de un lucro, tienen un fin necesariamente egoísta, y de ahí que sea difícil interpretar la terminología del legislador cuando establece como requisito que el objeto de las personas jurídicas sea de bien común. *El criterio debe ser necesariamente amplio*<sup>5</sup>. En contrario Llambías<sup>6</sup> dice que aun en el caso que se busque el lucro de quienes han hecho nacer la persona jurídica la actividad del ente ha de concurrir a la obtención del bien común para que se les pueda otorgar tal carácter. Pero si ningún beneficio general resultara de la actividad de la entidad, entonces no se justificaría su reconocimiento como persona jurídica. Nuevamente estamos ante un concepto emanado del Código Civil, además en cuya interpretación hay disidencias entre algunos de los doctrinarios de mayor autorización en la materia. Resulta necesario analizar el concepto de “bien público” en consonancia con la normativa de la Constitución Nacional.

III.2.b El alcance del concepto de “bien público” en orden a la presente norma fue exhaustivamente analizado en el similar caso antes mencionado “Comunidad Homosexual Argentina”, y nuevamente advertimos cierta disidencia o tirantez en la propia Corte. En el voto de la mayoría, entre los fundamentos esgrimidos por la Corte, se encuentra la ausencia del “bien público” exigido por la norma del artículo 33 del Código Civil. Se sostuvo que “la autorización prevista en el artículo 33 CC. Es de interés predominantemente estatal, por lo cual su no otorgamiento no agravia derechos de peticionante ni puede importar discriminación alguna... No puede ser invocado un derecho subjetivo a la calidad social que representa la autorización del artículo 33 CC., pues su otorgamiento es discrecional por parte de la autoridad administrativa, en la medida que refleje razonablemente la escala de valores de la sociedad —Del voto del doctor Barra—<sup>7</sup>”.

No compartimos esta postura toda vez que de su interpretación resulta claramente que toda la sociedad debe vivir conforme a la escala de valores de la mayoría de esa sociedad, o de acuerdo a la “moral media de la misma”. En este caso en que está en juego un derecho protegido por la constitución; el derecho asociación (artículo 14); el Estado no puede restringir la libertad de aquellos grupos minoritarios por el mero hecho de que sus costumbres, estilo de vida o elección sexual no sean aprobados por la mayoría de los ciudadanos. Salvo, claro está, que ello cause perjuicio a terceros.

III.2.c A su turno se identifica el concepto de “bien común” en consonancia con una interpretación únicamente basada en un dogma religioso, la que surge del voto del doctor Boggiano<sup>8</sup> —quien expresa que *“La pública defensa de la condición homosexual, con vistas a su aceptación social para luchar por su equiparación como forma de vida merecedora de la misma consideración que las restantes, pudo razonablemente ser considerada una finalidad indigna de apoyo estatal y, consiguientemente, no requerida para las exigencias del bien común impuestas por el artículo 33 CC.—.... 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*

<sup>1</sup> La Ley, 1991-E, p. 679; JA, 1992-I p. 224 (Disidencia doctor Fayt).

<sup>2</sup> CURA, José María. *Cuando de “Swingers” se trata, el bien común llama a la reflexión*. La Ley, 2002-E, p. 1251.

<sup>3</sup> BELLUSCIO, César (director) y ZANNONI, Eduardo (coordinador). *Código Civil. Comentado, concordado y anotado*. Buenos Aires: Astrea, 1993, t. 1, p. 156-157.

<sup>4</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>5</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>6</sup> LLAMBIÁS. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. T. II, N° 1166 bis, p. 94.

<sup>7</sup> Op. Cit., n° 2, p. 221.

<sup>8</sup> Op. Cit., n° 2, p. 223.

*modo eminente a la Corte; para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia”.*

Postura que tampoco compartimos puesto que tal como lo expresamos la idea del “bien común” exigida como requisito en el artículo 33 del Código Civil no puede ser construida conforme a un dogma religioso, aunque a esa religión pertenezca la mayoría de los habitantes de la nación. Nuestra Constitución no es teísta. El Estado argentino no es confesional. Conforme a nuestra Constitución debe prevalecer la libertad de elección de cada uno de los individuos (adultos, que obran con consentimiento y no causen daño a terceros) que componen la sociedad.

III.2.d Compartimos en su totalidad el voto —en disidencia— del juez Petracchi<sup>9</sup> cuando expresa que *“La negación del acceso al escenario jurídico de cualquier grupo —especialmente si este es minoritario— debe encararse con criterio sumamente restrictivo, pues de lo contrario, se clausuran los canales de contención jurídica de los conflictos y se promueven en forma indirecta la marginación y el recurso a formas de defensa contra la discriminación que, por ser ellas mismas marginales, son también de desarrollo imprevisible. Iluminados por el espíritu liberal del cual nuestra Constitución es directa depositaria, conceptos como “bien común” y “buenas costumbre” (artículos 33 y 953, CN) deben ser interpretados conformen a los derechos de asociación y libre expresión: artículo 14 CN. Los conceptos de “bien común” y “buenas costumbres” están indisolublemente ligados al proyecto de nuestra Carta Magna, que trasunta una definitiva opción por la vida en libertad, en el convencimiento de que sólo desde ella los bienes obtenidos puedan merecer el nombre de tales. Sólo cuando esté comprobado fehacientemente que el ejercicio de los derechos de asociación y expresión interfiera directamente a la legítima libertad de un tercero, ocasionándole un daño concreto, podrá válidamente la autoridad estatal restringir su ejercicio, lo cual no ha de verse como una negación de la libertad, sino como su más efectivo resguardo...”*<sup>10</sup>. Precisamente, es la falta de acreditación en autos de la existencia del citado gravamen a terceros, lo que demuestra a las claras la violación, por parte del a quo, de los mentados derechos constitucionales”.

### III.3. El principio de autonomía personal

III.3.a Hay otros derechos humanos básicos con jerarquía constitucional que en este caso, a criterio del Tribunal, no merecieron análisis o mención alguna; estos derechos son: el de autonomía personal, 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.

*El principio de autonomía”*<sup>11</sup> de la persona humana es sin duda uno de los ejes del sistema de derechos individuales; y por lo tanto de los sistemas democráticos de gobierno que tienen como fin esencial al

ser humano, a diferencia de los Estados totalitarios cuyos fines son “transpersonalistas”; van más allá de la persona humana; el fin es el Estado mismo.

Este principio, consideramos, puede atribuírsele al derecho anglosajón; puesto que lo consideramos una especie del derecho a la privacidad o a la intimidad; que comienza a analizarse en la obra de jurista ingleses y americanos. Sin embargo, 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 principio de “Autonomía de la persona” fue definido por John S. Mill en “On liberty”

*“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 para prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente”*<sup>12</sup>.

Esto motivó un sórdido debate con el juez Stephen a mediados del siglo XIX acerca de hasta qué punto la mera inmoralidad de un acto justifica su punición jurídica. La teoría de Mill considera que por ser inmoral una conducta no es jurídicamente punible cuando dicha conducta es autorreferente, voluntaria y no daña a terceros. Esta teoría, después de dos siglos sigue siendo sin ninguna duda el fundamento del derecho penal liberal. Una centuria después se revive el mismo debate; esta vez teniendo como protagonistas a Lord Patrick Devlin; y al célebre profesor de Oxford H. L. A. Hart. En 1957 la Comisión Wolfenden; que, poniendo en práctica las ideas liberales de Mill; recomendaba, entre otras reformas penales al Parlamento inglés; la despenalización de los homosexuales adultos que prestasen su consentimiento. No se hicieron esperar las críticas; empezando por el Juez Lord Devlin, quien es a nuestro criterio uno de los más claros exponentes de la otra cara de este principio, el del “perfeccionismo”; de él se rescatan 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”*. Hart sabiamente le responde que; a) si bien puede definirse a la sociedad de modo tal que deba tener una moral, pero no “cierta” moral; b) que lord Devlin no presenta prueba alguna que las modificaciones en los hábitos morales de la gente hayan conducido a la desintegración de la sociedad; c) que este 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 demás<sup>13</sup>.

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

<sup>9</sup> Op. Cit. nº 2, pp. 261-271.

<sup>10</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>11</sup> BASTERRA, Marcela. *El principio de autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. En: Revista Jurídica UCES nº 1, primavera-verano, 1999.

<sup>12</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. En: Three Essays. Oxford University Press, 1975, p. 15.

<sup>13</sup> DALLAVIA, Alberto R. *La conciencia y el derecho*. Buenos Aires: Belgrano, 1997, p. 114.

Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la persona humana.

Consideramos que 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. En Egipto, por ejemplo, recién han logrado la abolición 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 en muchos casos ni siquiera a elegir su esposo.

Esto es perfectamente entendible en estos 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"<sup>14</sup>. 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.

No es el caso de nuestro sistema constitucional en el que no hay planes de vida homologados y el derecho a las conductas autorreferentes está protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como por los tratados incorporados con su misma jerarquía en 1994. Esta concepción fue exaltada en el fallo "T.S." (La ley, 2001-A, 189)<sup>15</sup> en el que la Corte de la Ciudad de Buenos Aires, y la Corte Suprema de la Nación, permiten la inducción de un parto de un feto que padecía anencefalia. Nosotros lo comentamos<sup>16</sup> y consideramos que por medio del mismo se reafirmaba el principio de autonomía personal siguiendo la línea que la Corte de 1986 había comenzado y desarrollado en el célebre caso "Bazterrica"<sup>17</sup>, en el brillante voto del juez Petracchi puede leerse "... 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 reemplaza como base fundamental para la arquitectónica global de nuestro orden jurídico". Hace mención a la famosa cita que el juez Cooley acuñara el siglo pasado definiendo el derecho a la privacidad como "el derecho de ser dejado a solas", lo que significa que cada persona tiene derecho a ser dejado a solas por el Estado —no por la religión, la moral o la filosofía— para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalmente y excluye la intromisión externa, mas aún si es coactiva. "Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo 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 entra 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 sólo 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" (considerando 10).

Nuestro máximo tribunal que debió analizar este principio en diversas ocasiones<sup>18</sup>, adhiriendo en algunos casos al principio de autonomía personal "Ponzetti de Balbín"<sup>19</sup> de 1984; "Bazterrica"<sup>20</sup>, "Capalbo"<sup>21</sup> y "Sejean"<sup>22</sup> todos de 1986; "Portillo"<sup>23</sup> de 1989; "Bahamondez"<sup>24</sup> de 1993, y "T.S." de 2001; o al perfeccionismo como lo hizo en "Colavin"<sup>25</sup> en 1978, "Montalvo"<sup>26</sup> de 1990; "Comunidad Homosexual Argentina"<sup>27</sup> de 1991 y "Portal de Belén" de 2002 (D.J., 2002-1-664; La Ley, 2002-B, p. 520).

Si adscribimos al principio de autonomía personal, tendremos una sociedad pluralista, en la que puedan convivir aquellas parejas que eligen tener relaciones sexuales exclusivamente dentro del matrimonio, porque es su elección, puesto que su conciencia y/o la religión a la que adscriben así se lo indican; y ellos, no la moral media o la moral mayoritaria de la sociedad, han elegido libremente vivir con la concepción de que el deber de fidelidad estaría quebrantado si la pareja opta por mantener experiencias sexuales, aunque sea de mutuo acuerdo, fuera del matrimonio. Postura que consideramos sumamente valiosa. Pero también permite que aquellas parejas que han elegido una opción sexual alternativa, puedan hacer uso de la misma porque han elegido vivir ejerciendo plenamente otros derechos humanos básicos que igualmente tienen jerarquía constitucional como los derechos de autonomía personal, de libertad sexual, libres de coacción y violencia, como, especialmente a decidir en forma responsable sobre el plan de vida personal que cada uno elige y, que mientras no signifique un daño a terceros, es privativo de cada hombre, de cada mujer y de la pareja y no una potestad del Estado.

III.3.c 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

<sup>14</sup> NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 1192, pp. 312-313.

<sup>15</sup> Ver nota al pie n° 16.

<sup>16</sup> BASTERRA, Marcela. Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal. En: La Ley, 2001-E, p. 264.

<sup>17</sup> La Ley, 1986-D, p. 550.

<sup>18</sup> Ampliar de nuestro trabajo; Op. Cit., nota al pie n° 12.

<sup>19</sup> La Ley, 1985-B, p. 120.

<sup>20</sup> Op. Cit., nota al pie n°14.

<sup>21</sup> JA 1986-III, p. 230.

<sup>22</sup> F: 308: 2268 (1986).

<sup>23</sup> ED, 133-372 (1989).

<sup>24</sup> La Ley, 1993-D, p. 130.

<sup>25</sup> La Ley, 1978-B, p. 448.

<sup>26</sup> La Ley, 1991-C, p. 80.

<sup>27</sup> La Ley, 1991-E, p. 679

que les corresponde por el ejercicio de un derecho con jerarquía constitucional, como es la libertad de elección sexual basada en la norma del artículo 19 de la Carta Magna.

En los Estados Unidos de América, si bien relacionados a otros temas, la Corte ha reconocido el derecho a tomar decisiones que tengan que ver con la vida familiar, la procreación, incluyendo contracepción y aborto. Aunque esta forma de privacidad no está explícitamente establecida por la Constitución, surge del concepto amplio de “libertad”. Así en el caso *Griswold versus Connecticut*<sup>28</sup> — una ley del Estado de Connecticut determinaba que era un delito el uso o el consejo a otra persona de usos de anticonceptivos. La mayoría de la Corte entendió que era inconcebible que el gobierno pudiera regular la planificación familiar sin violar la Constitución. No se encuentra regulado el derecho a la privacidad con esos términos en ninguna parte de la Constitución. Aunque surge implícitamente de la Enmienda XIV. Al respecto el juez Douglas señaló que “Nos encontramos ante un derecho (la privacidad) aún más antiguo que la Constitución”<sup>29</sup> (311) agregando que el espíritu, estructura y cláusulas específicas de la Constitución creaban una “zona de privacidad” suficientemente amplia como para proteger aspectos de la vida personal y familiar— en este caso, de La privacidad marital”. En “*Roe versus Wade*”<sup>30</sup> la Corte entendió que una ley de Texas que penaba el aborto excepto en los casos necesarios para salvar a vida de la madre, violaba el derecho constitucional a la privacidad. Enfatizando que, aunque el derecho a la privacidad no se encontraba explícitamente mencionado en la Constitución su existencia había sido reconocida por la Corte Suprema desde larga data y que si bien es cierto que el derecho a la privacidad no es ilimitado, incluye aquellos derechos personales que son “fundamentales” o “implícitos” en el concepto de “libertad”, entre ellos; los derechos pertenecientes al ámbito matrimonial, procreación, anticoncepción, relaciones familiares, crianza de los hijos y educación<sup>31</sup>.

Sin duda hay una tendencia a considerar que el ámbito de la autonomía personal se extiende hasta reconocer que existe un ámbito de conductas autorreferentes 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. Es dentro de ese ámbito de autonomía que podemos decir que una pareja, tiene derecho a decidir libremente cómo vivir su sexualidad, cómo planificar su familia, cuáles son los métodos anticonceptivos que usará, qué educación dar a sus hijos, qué religión inculcarles, o no inculcarles ninguna, etc.

III.3.c En un fallo de 1977<sup>32</sup> la Corte al resolver en favor de la constitucionalidad de una norma de la ley de matrimonio civil establece que el artículo 19 de la Constitución Nacional está delimitando claramente en sentido negativo considerando acciones privadas aquellas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un

tercero. Establece asimismo que “Acciones privadas son pues las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas concierne sin concretarse en actos exteriores que pueden incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en las que ellas se asientan y por las cuales, a su vez son protegidas aquellas para la adecuada consecución del bien común temporal fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de una comunidad política”. En esta sentencia se visualiza claramente la llamada doctrina de la “interioridad”, puesto que queda establecido por parte de la Corte que las únicas acciones que no permiten la intromisión estatal son aquellas que permanecen en el fuero interno de cada individuo, sean buenas o malas son “ajurídicas”; pero la simple exteriorización de las mismas torna posible la jurisdicción estatal. Esta postura fue sostenida en doctrina por Valiente Noailles<sup>33</sup> y Joaquín V. González<sup>34</sup> quienes al interpretar la primera parte del artículo 19 de la Constitución sostuvieron ambos que el ámbito de las acciones privadas está limitado a la interioridad de las personas; la ejecución de lo pensado y lo querido ya es algo que cae lícitamente bajo la esfera de la regulación legal.

Al respecto dice Bidart Campos<sup>35</sup> “no se ha de creer que la intimidad se aloje y proteja únicamente a las acciones que de ninguna manera se exteriorizan al público. El derecho judicial de la Corte anterior a 1964 pudo inducir a error cuando se refirió a las conductas que permanecen en la “interioridad” del hombre. Y no es así; conductas y situaciones que pueden ser advertidas y conocidas por terceros públicamente admiten refugiarse en la intimidad cuando hacen esencialmente a la vida privada, y agrega que la “exteriorización” de una acción no alcanza para sustraerla del ámbito de la privacidad ya que la intimidad o privacidad de una persona excede el “fuero interno”. Compartimos plenamente este criterio puesto que en caso contrario tendríamos que pensar que el único ámbito de privacidad protegido por nuestra Carta Magna es la privacidad de pensamiento; y si bien el análisis podría extenderse, de la simple lectura de la norma surge que la protección se refiere a las “acciones”, entendiéndose por tales —según el diccionario de la real academia española—; efecto de hacer (sinónimo de acto, actividad o hecho), de manera que no hemos encontrado ningún fundamento para sostener esta “doctrina de interioridad”. Afortunadamente dejada de lado por la Corte en 1984 en el caso “Ponzetti de Balbín” a la luz de la definición amplísima que la Corte hace al definir cuales son las acciones privadas protegidas por la norma constitucional en cuestión. Una vez aproximándonos a establecer los límites de cuales son las “acciones privadas” en los términos de la norma, creemos que no es necesario internarnos en una discusión acerca de si dichas acciones son morales o inmorales; son “privadas”, y por lo tanto no justifican la intervención del Estado; salvo por supuesto, si implican daños a terceros.

III.3.d Aquí es necesario hacer un pequeño análisis en torno a la siguiente idea; las acciones de los hombres que ofenden la moral pública son las mismas que dañan a un tercero. Nosotros compartimos este criterio; consideramos que el hecho de que la norma del artículo

<sup>28</sup> 381 U.S., (1965).

<sup>29</sup> “We deal with a right to privacy older than the Bill of Rights.”

<sup>30</sup> 410 U.S. 1973

<sup>31</sup> Ampliar de Ellen ALDERMAN & Carolina KENNEDY. *The Right to privacy. The Contraception and abortion cases.* pp. 55-66.

<sup>32</sup> ZANNONI, Eduardo. *Cuestiones relativas a la declaración de culpabilidad ulterior del cónyuge inocente del divorcio.* En: La Ley, 1997-A, p. 35.

<sup>33</sup> NOAILLES, Carlos Valiente. *La moralidad pública y las garantías constitucionales.* En: La Ley, 1996, pp. 28-29.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina.* Buenos Aires: Estrada, 1983.

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino.* Buenos Aires: Ediar, 1992, t. I, p. 253.

19 se refiera a “orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero” debe interpretarse como que el daño a los terceros es abarcativo del orden y la moral pública; dicho al revés, que se transgrede esa moral pública y ese orden solamente cuando se lesionen derechos de terceros.

Para interpretar este tipo de normas constitucionales aparecen como sólidos los argumentos dados por David Lyons<sup>36</sup>, cuando al explicar el “Originalismo” como método de interpretación constitucional siguiendo a Paul Brest<sup>37</sup> lo divide en dos corrientes el “intencionalismo” y el “textualismo”; la primera de ellas sostiene que la Constitución se debe interpretar desde el punto de vista de las “intenciones” de sus redactores, de sus adoptantes o de sus rectificadores. La segunda a su vez la divide en “textualismo estricto” que es el que interpreta las palabras y las frases de la Constitución de manera muy restringida y precisa; o un textualismo de “estructura abierta”, que da por supuesto que el significado de una palabra es indeterminado siempre que existan razones en favor y en contra de aplicar dichas palabras. Creemos que estamos ante una de estas situaciones; no hay que caer en un “textualismo estricto”; no aparece el originalismo como la mejor opción para interpretar las normas constitucionales, y mucho menos aún las del artículo 19 que es un principio cardinal de nuestro sistema y que tal como explicaba Nino<sup>38</sup> 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 sí mismo la validez de los diferentes modelos de excelencia humana.

Consideramos que esta norma se ha interpretado siempre con ese sentido “originalista”, de “textualismo estricto” y la mayoría de las voces doctrinarias tratan de explicar por qué los constituyentes del 53, o para qué han puesto las palabras “orden y moral pública”, y han tratado de darles un significado; consideramos siguiendo a Nino<sup>39</sup>; y como también lo decía Arturo Sampay en su célebre monografía “la filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución nacional” que el orden y la moral pública están representadas, o abarcadas por el “daño a terceros”; en igual sentido establece; que los tres conceptos hacen referencia a la virtud de la justicia. Ello no significa que “estén dibujados” en el artículo 19 los conceptos de orden y moral pública, sino que ambos operan como límite indispensable de la libertad individual; pero si se dictan leyes o sentencias basados en el orden y la moral pública, el único fundamento de las mismas va a ser el daño a terceros, en forma individual o colectiva. Consideramos que en definitiva en los tres supuestos de la norma constitucional se está protegiendo a terceros, y no a ideales de excelencia planteados por un grupo de personas, aunque esta sea la mayoría.

#### IV. Conclusiones

IV.1 Podemos concluir 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 transgreda el orden y la moral pública. No importa que sólo se beneficie un grupo, por pequeño que sea y aunque su opción de vida sea totalmente distinta de la elegida por la amplia mayoría de la sociedad. Los conceptos de “bien común” y “buenas costumbres” del Código Civil no pueden analizarse sin tener como parámetros los principios de la Constitución Nacional, de la que a nuestro criterio surge con claridad que sólo cuando esté comprobado que el ejercicio de los derechos de asociación y libre expresión interfiera directamente a la legítima libertad de un tercero, ocasionándole un daño concreto puede el Estado denegar la personería jurídica a esa asociación. 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 listado 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 demás.

IV.” La “privacidad” en su primera faceta comprende el derecho a la autodeterminación y a definir quienes somos. Parecería que en tanto mayor protección otorgemos al derecho de autonomía personal y a las conductas autorreferentes nos hacemos más civilizados. En un Estado que adscribe a la libertad de cultos y en el que no faltan antecedentes en pos de la objeción de conciencia y la autonomía personal y, con miras a la salvaguarda de una razonable convivencia, el respeto al principio de autonomía de la persona humana es el núcleo de una sociedad liberal-democrática, compatible con nuestro diseño constitucional. A través de a profundidad filosófica de los votos que en su favor se han emitido desde la Corte surge con toda claridad que este principio del artículo 19 de la Constitución Nacional es la base de otros derechos más específicos que están enumerados en el sistema de derechos de nuestra Carta Magna.

El mismo debe ser —a nuestro criterio— de interpretación amplia, y ante la duda, siempre en favor de la libertad. Se debe interpretar en los términos de Rawls con un criterio de “pluralismo razonable”, que permita a través de la tolerancia la armónica convivencia de quienes vivimos bajo una misma norma fundamental que nos comprende a todos; “rasgo permanente de la cultura política de la democracia”.

No nos olvidemos la enorme importancia que puede tener el control de constitucionalidad en sentido que debe estar siempre orientado a proteger una esfera de inviolable autonomía de los individuos, para que cada uno pueda ser “soberano” de elegir su propio plan de vida sin interferencias estatales injustificadas.

“La moral de una persona pertenece a sí misma y no a otros ni a la sociedad en su conjunto”<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> LYONS, David. Aspectos morales de la teoría jurídica. Barcelona: Gedisa, 1998, pp. 189 y ss.

<sup>37</sup> BREST, Paul. *The Misconceived Queso for the Original Understanding*. B.U.L., Review, 60, 1980, p. 204.

<sup>38</sup> NINO, Carlos Santiago. Op. Cit., p. 323.

<sup>39</sup> Ibid., p. 327.

<sup>40</sup> En *Webster versus Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, (1989), del voto del Juez Blackmun.