H. Convención Nac. Constituyente
MESA DE ENTRADAS
24 JUN 1994
SEC. TC N° 1117 HS. 1140

Convención Nacional Constituyente

Proyecto de texto constitucional

DICTADO DE LA LEGISLACION DE FONDO

(art. 3º pto. E ley 24.309)

Modifícase el inciso 11 del artículo 67 de constitución por el siguiente:

inciso 11: "Legislar protegiendo la vida, intimidad, honra, honor, libertad, integridad física y moral, los demás derechos y garantías de toda persona, desde su concepción en el seno materno hasta su muerte natural, y la de su familia, y dictar en consecuencia los códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo, de la seguridad social, ambiental, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la nación sobre naturalización y ciudadanía, con sujeción al principio de la ciudadanía natural; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados."

CRISTINA GUZMÁN
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

Fundamentos

Señor Presidente:

El dictado de la legislación de fondo requiere vertebrar el ordenamiento jurídico positivo en orden a la afirmación de los derechos esenciales de la persona humana, sin los cuales dejaría de ser tal.

Esos derechos son inescindibles del sujeto de atribución, y poseen ciertos caracteres propios como por ejemplo su indisponibilidad, inembargabilidad, irrenunciabilidad, inenajenabilidad, inprescriptibilidad, inexpropiabilidad, intransmisibilidad, entre otros, que indudablemente repercuten en la totalidad del ordenamiento jurídico positivo.

Por lo mismo, es intención promover en forma explícita en nuestro orden constitucional lo que la doctrina da en llamar derechos fundamentales, o derechos esenciales de la persona humana, o derechos naturales, o derechos personalísimos, institutos sobre los que vamos a extendernos en el análisis, pues son base y pilar del resto del orden jurídico.

En este sentido, hemos acudido a la doctrina y a la jurisprudencia, que en importante medida han contribuido a desarrollar aquellos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha denominado derechos implícitos en nuestra constitución nacional.

"En toda convivencia humana, bien ordenada y provechosa, hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y libre albedrío y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanan inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto". Así se expresaba Su Santidad Juan XXIII en su encíclica *Pacem in terris*, número 9.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce a todo hombre como persona, concibiendo a ésta como *prius* —algo anterior— al derecho y por tanto, se ve abocado a garantizarle una esfera de libertad impuesta por su propia naturaleza como su primera exigencia ética. Pero esto, ¿qué significa?, ¿a qué aludimos cuando nos referimos a la ética como fundamento previo? La ética es la ciencia filosófica que considera la dirección de los actos voluntarios a su debido fin, tratando de obtener mediante un método adecuado y apoyada en principios de validez universal, un conocimiento cierto y sistemático de la debida ordenación de la conducta humana. Es precisamente la fundamentación teórica del orden práctico humano y su regulación la tarea que la ética se propone como objetivo. Por tanto, es también una ciencia práctica, en definitiva teórico-práctica, que estudia los actos humanos en tanto que libres, es decir, aquellos actos de los que el hombre es dueño y responsable y por tanto pueden ser ordenados por él mismo a su propio fin. De aquí entonces que avancemos en el desarrollo de lo que constituye el acto moral relacionado a los conceptos de libertad, inteligencia y voluntad, para concluir en el de la dignidad de la persona humana y su vinculación con los derechos personalísimos.

La existencia de la libertad —poder elegir o no elegir, elegir esto o aquello— es ya una demostración de la existencia de la inteligencia, es decir de la superación del instinto. Actuar con libertad quiere indicar que en el hombre existe previamente una deliberación, un cierto juicio, una valoración. Así juzga sobre la bondad o maldad reparando en el objeto, las circunstancias y la finalidad de los actos. Lo que se ha dicho hasta ahora podría ser válido en cualquier código de ética o moralidad. Sin embargo, resulta claro que sólo puede existir

un código de moralidad objetivo. ¿Por qué? Porque si cada persona pudiera decidir a su gusto lo que es bueno o es malo —cambiando también a su capricho—, nada sería ni bueno ni malo, cualquier persona podría impunemente hacer cualquier cosa. Y si esto ocurriera, no sólo la vida social resultaría imposible, sino que no podrían darse ni amor, ni amistad, ni solidaridad, pues cada hombre sería para los demás un pequeño tirano que dicta su propia ley (Gómez Pérez, Rafael; *Problemas morales de la existencia humana*, Ed. Magist. Español, Madrid).

Todo esto nos lleva a concluir que el hombre puede descubrir con su razón, analizando precisamente lo que es ser hombre, la norma natural de moralidad, la ley moral natural, la ley natural. De allí la importancia de la ética o la moral en la formación de la persona. Una persona sin ética es una persona psicológicamente inmadura. Por otro lado, siempre hay una ética, porque quien dice no tenerla, tiene en realidad la moral de la amoralidad o de la inmoralidad. Y esto ocurre porque gracias a la libertad y a la inteligencia, el hombre entiende un tipo de necesidad que escapa a los animales: la necesidad ética o moral, el deber; porque no actúa por instinto natural o por aprendizaje condicionado, ya que aún para satisfacer sus necesidades naturales básicas, hace intervenir el entendimiento y la voluntad. De esta forma todas las exigencias éticas presentan un doble aspecto muy característico:

i. — Son debidas a la persona, es decir que sin ellas la persona no llega a desarrollar lo que es, y en este sentido no es moral privarla del uso y del desarrollo de su inteligencia y del uso y desarrollo de su libertad.

ii. — El hombre debe satisfacerlas aunque físicamente no pueda cumplirlas; por eso se habla de necesidad, pero de necesidad moral.

En razón de lo anteriormente expuesto, concluimos en que la exigencia de libertad se da para que el hombre cumpla otras exigencias éticas determinadas: desarrollo de su propia inteligencia y libertad, respeto a la inteligencia y libertad de los demás, cumplimiento de la justicia, trabajo a favor de la humanidad, etcétera. Como consecuencia se desprende una nueva conclusión:

iii. — Todos los hombres y comunidades deben reconocerlas, garantizarlas y defenderlas en todo otro semejante, requiriendo de todos ellos un comportamiento social necesario para respetar su dignidad moral y espiritual.

Tal como surge de lo anteriormente expuesto, conviene precisar que la libertad no es un bien en sí mismo, por ser libertad, sino porque lo exige la dignidad de la persona. El pensamiento de dignidad de la persona consiste en reconocer que el hombre tiene fines propios que cumplir por sí mismo. Es esa superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón la que nos permite expresar este concepto y lo que motiva que todo hombre —y traslativamente ciertas organizaciones humanas— deben ser erigidas por el ordenamiento jurídico como sujetos de derecho, debiendo éste por imperativo del derecho natural, reconocerles una esfera de libertad individual mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales.

Ahora bien, también existe una relación entre la ética y el derecho: ambos estudian el deber. Pero mientras el derecho estudia los hechos externos en cuanto susceptibles de ordenación y exigencia legal coercible, la ética estudia los hechos internos de la voluntad y en cuanto exigibles por la propia conciencia; sin embargo, también la ética contempla el análisis moral del ordenamiento jurídico y las obligaciones morales que este ordenamiento jurídico comporta. Establecida esta vinculación, volvemos al reconocimiento de persona por el ordenamiento jurídico y advertimos que tiene dos proyecciones: una sobre la intimidad personal, y otra sobre la sociedad. Nos interesa el primer aspecto y de él decimos que es intangible para el derecho, no sólo cuando permanece en el plano íntimo, sino también cuando se exterioriza, y por eso aquél solamente se limita a brindar una tutela jurídica. Al mismo tiempo se desprenden del derecho fundamental a ser reconocidos como persona, ciertas manifestaciones que también constituyen derechos de esa personalidad. Nos expresamos así en función de la definición de derecho como ordenamiento social justo (Llambías) que compartimos, lo que quiere decir que éste no puede penetrar en el campo de la vida propiamente personal. Sin em-

bargo, al proyectarse ésta hacia afuera produce efectos sociales sobre los que el derecho sí puede actuar. Podemos decir que la libertad de la persona se socializa y al ser el derecho forma de la libertad social de la persona, puede implicar alguna lícita restricción de la libertad ilimitada del hombre. No obstante subsiste la exigencia ética de libertad, porque aun cuando el derecho pueda lícita y justificadamente limitarla, el sentido total del mismo no debe anular la forzosa abstención que la misma naturaleza de las cosas le impone en el plano de la vida personal (Legaz Lacambra: *Derechos del hombre*, GER. Rialp., Madrid, 1981).

Consecuentes con esta idea y frente al imperativo de brindar una firme y decidida tutela, advertimos que ésta debe ser dirigida a la protección de la persona individual, en orden a sus facultades puramente humanas y a sus libertades privadas esenciales, derechos innatos y vitalicios que participan, por su objeto, de las manifestaciones más entrañables del hombre mismo.

Sobre estos presupuestos hemos trabajado y a la luz de los mismos, fundamos las razones que nos llevan a reconocer la importancia de los derechos personalísimos, estimando que constituyen un factor de avance, progreso y tendencia del hombre a perfeccionarse individual y socialmente, que actúan equilibrando los intereses generales y particulares, ayudando a impedir la supremacía de unos sobre otros, porque forman la base común de igualdad, porque nivelan a todos sobre bienes primarios que no admiten diferencia o grados; además repercuten en el ámbito privado de los derechos. Ya se ve en virtud de lo precedentemente expuesto que estos derechos tienen un peso ético y moral que penetra toda la organización social y el ordenamiento jurídico y es en virtud de ello que consideramos imperiosa una doctrina general que, llevada a la legislación, llene las lagunas dejadas por los principios constitucionales y las estereotipadas figuras penales y procesales.

Queremos destacar que no se han descuidado las necesidades de la sociedad y de la autoridad para mantener

el orden y el bien común, de manera que los derechos personalísimos se presentan, en este proyecto, con las limitaciones apropiadas a su objeto, particularmente cuando un interés general impone cercenar una expresión incontrolada de los mismos. Puede decirse entonces que, a la par de tutelar, exigencia ética, a los personalísimos, se busca impedir por imperativo moral, que en cada caso se levante el edificio del abuso, a través de una protección desmesurada de los mismos.

Naturaleza jurídica

Para fundar adecuadamente el estudio del instituto que estamos considerando, dada su trascendencia, vamos a partir de ciertas nociones primeras del derecho —algunas de ellas elementales, pero no por ello menos necesarias— para dejar clara y rigurosamente establecido cuál es la naturaleza de la materia que vamos a abordar.

Los fines naturales del hombre son múltiples como múltiples son las solidaridades que fomentan la vida social. En vista de la libertad, presente siempre en el hombre, que mal usada podría hacer fracasar toda suerte de convivencia, surge la necesidad imperiosa de disciplinar la conducta de los hombres para lograr un orden que favorezca la obtención de los fines intermedios o naturales y no cohíba ni dificulte el acceso al fin último de la persona humana.

Este ordenamiento de la vida social es el derecho. Pero para que el derecho sea verdaderamente tal, el orden impuesto ha de ser justo y la justicia, entendida como la proporción entre las exigencias de la persona y los bienes aptos para proveer a dichas exigencias, en vista a la consecución de los fines humanos. Así pues, un orden social es justo y por tanto verdaderamente derecho, cuando instaura una disciplina de la conducta humana que tome en cuenta al hombre como realmente es, criatura racional, dotada de inteligencia y voluntad que se propone con sujeción a la moral los fines más diversos que la vida le permite alcanzar y en vista de ello lo provee de un ambiente social apto en su organización para el logro de tales fines.

En el desarrollo precedente, hemos aludido el derecho como objeto de conocimiento, en nuestro entendimiento "el ordenamiento social justo". Este es el concepto de derecho en sentido objetivo, como regla de conducta exterior al hombre a quien se dirige (*just est norma agendi*). En otro sentido, la voz derecho alude a la prerrogativa de la persona para exigir de los demás un determinado comportamiento: es el derecho subjetivo (*just est facultas agendi*). Interesa remarcar que estas nociones de derecho objetivo y derechos subjetivos no son antagónicas, sino que, por el contrario, se corresponden y exigen recíprocamente. En efecto, el derecho objetivo consiste en un ordenamiento social justo, pero por eso mismo, es decir en cuanto justo, ha de reconocer a las personas humanas la posibilidad de obrar en vista de sus fines propios. De aquí se sigue que el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo y éste encuentra a su vez en aquél, la fuente inmediata de su existencia. Y decimos inmediata porque la mediata es la naturaleza racional del hombre que lo provee de la inteligencia, voluntad y libertad por las cuales el sujeto conoce, quiere y obra.

Decimos esto porque desechamos, tanto la concepción individualista de los derechos subjetivos como las doctrinas colectivistas que los niegan. La primera, valorándolos exageradamente, los considera instrumentos intangibles del querer individual, desentendidos del bien común y su función social. Las otras, en el extremo opuesto, niegan todo lo legítimo que hay en la noción de derecho subjetivo.

Entre ambas posiciones extremas y antagónicas es posible mostrar una tercera directamente influida por la naturaleza social y el fin personal del hombre que, sin desorbitar el derecho subjetivo lo reconoce en cuanto tiene de legítimo. Es decir explica esa tendencia ingénita a vivir en sociedad. Pero esta vivencia, con ser un presupuesto indispensable, no agota las posibilidades humanas porque el fin del hombre no se resume en la colectividad, sino en el cumplimiento de su destino personal, que no puede alcanzar sino por medio de la libertad.

Es esta noción de finalidad la que jerarquiza y justifica el concepto de derecho subjetivo y califica al recto uso de la libertad individual.

La necesidad de usar los medios adecuados para el logro de nuestro fin genera el derecho a su posesión; el derecho a la exclusión de toda otra persona en su uso si, por su índole, dé atribución exclusiva y el derecho de orientar esos medios a la obtención del fin propio del hombre. De aquí surge una esfera de actividad inconfundible del ser humano que debe quedar resguardada de la injerencia extraña y confiada en su dinamismo a la gestión personal, que en tanto se ordene al fin propio del hombre, no podrá ser sino justa.

Esta concepción no pone en la base de la organización jurídica a la función social, aunque reconozca su existencia, sino al fin del hombre, que está fuera del arbitrio individual o colectivo. Consiguientemente, es en orden a ese fin que han de reconocerse al hombre los derechos que le sirvan no sólo para obtener la satisfacción de sus necesidades y la afirmación de su vida, sino también para integrar su contorno y completar y prolongar su personalidad.

Los derechos personalísimos entonces son aquellos innatos, cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de la persona. Entendemos que se trata de verdaderos derechos subjetivos, aun cuando también revisten por su trascendencia el carácter de presupuestos jurídicos de la persona que deben ser recogidas por el derecho positivo.

El ser humano requiere para el desenvolvimiento de su vida personal un ambiente de respeto por la vida, por el honor, por la libertad, por su intimidad, por su integridad tanto física como espiritual. Cuando estos bienes primordiales son menoscabados por alguien, el hombre debe poseer un verdadero derecho subjetivo, reconocido por el ordenamiento jurídico, para hacer cesar el desafuero y reintegrar el despliegue de su personalidad a ese ambiente de dignidad que le corresponde.

Congruentes con lo expresado, afirmamos que los personalísimos son una verdadera institución jurídica, pues abarcan un conjunto de relaciones tipo o de clase iguales como concepto abstracto y tienen caracteres diferenciales propios e incidencias prácticas similares. Corresponden al titular desde el origen de éste y lo acompañan

durante toda su vida; no son susceptibles de enajenación total y absoluta; no son alcanzados por el efecto del tiempo que no influye en su pérdida, no obstante el abandono o dejadez del titular; no se tienen contra alguien en particular sino contra quien los vulnere; y no puede haber persona alguna que carezca de ellos.

IV. — *Caracteres propios*

Habiendo determinado la naturaleza jurídica de la institución, con sus elementos y principios, corresponde indagar en sus modos de ser, que revelarán aquellos caracteres propios, que le diferencian de los restantes institutos.

De acuerdo a ello podemos resaltar como caracteres peculiares de los derechos personalísimos que son innatos, vitalicios, esenciales, de objeto interior, inherentes, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos, privados, autónomos.

Son innatos porque se adquieren y reconocen desde el momento inicial de la existencia de la persona, es decir le son connaturales. Consecuencia directa de ello es el carácter vitalicio que revisten, porque no pueden faltar en ningún instante de la vida humana, porque a la par de su inmersión jurídica son inescindibles de la persona. Porque nacen con la persona y la acompañan durante la vida, más allá de los reflejos posteriores a la muerte, no pueden faltar, de allí que sean necesarios. A partir de esta trilogía en la que se asientan, se desprenden otros caracteres menos radicales: son inalienables en la medida en que no son renunciables; es decir, no se pueden perder ni extinguir durante la vida y nadie puede ser privado de los mismos. Son también esenciales por oposición a eventuales, pues los personalísimos representan un mínimo imprescindible para integrar el concepto jurídico de persona. Si el ordenamiento jurídico los desconociera cualquier otro derecho carecería de interés: la persona dejaría de ser, tal como la conocemos. De nada valdría la propiedad, la patria potestad u otro derecho sin libertad asegurada, honor respetado, vida protegida o intimidad garantizada. Estos derechos son manifestaciones de la persona captables idealmente, aunque están inescindiblemente unidos

a ella, es decir son de objeto interior: no están separados ni son orgánicamente exteriores a la propia persona. Esa inseparabilidad del objeto respecto del sujeto califica la inherencia que también caracteriza al instituto. En un sentido más amplio como el que se desprende del artículo 498 del Código Civil, dicha calidad se refiere a una particular posición del sujeto que hace intransmisible el derecho. Podemos decir también que son extrapatrimoniales al no ser apreciables monetariamente porque desbordan toda estimación pecuniaria. Esto no significa que carezcan de efectos económicos o que no produzcan consecuencias patrimoniales, pero estas consecuencias son indirectas o mediatas.

Aceptadas principalmente las condiciones *ad vitam* de inherencia y extrapatrimonialidad, concluimos que no son disponibles, esto es que no es posible determinar un nuevo destino en el derecho, incidir en él de cualquier manera y menos aún pasarlo a otra persona. Este carácter en su amplitud implica muchas cosas: intransmisibilidad, irrenunciabilidad, inenajenabilidad, inembargabilidad, inejecutoriedad, inexpropiabilidad, inprescriptibilidad e insubrogabilidad.

Sin embargo, no debe encuadrarse la indisponibilidad bajo un criterio absoluto, sino relativo. No existe una disponibilidad absoluta, por tanto tampoco es exacto hablar en sentido inverso. Puede ocurrir que el titular del derecho consienta la lesión, física o moral, y la soporte. La permisión implica no impedir el ataque (una renuncia aunque sea mínima al bien), siempre que no repercuta sobre la moral y las buenas costumbres. Todo ello, entiéndase bien, no es de ningún modo renunciar al derecho, sino al bien en forma parcial y temporaria. En síntesis, el derecho es en esencia indisponible y sólo pueden cederse algunas facultades. Aquellos derechos oponibles *erga omnes*, es decir, cuyo titular enfrenta a todas las demás, revisten el carácter de absolutos, pues hay en ellos una obligación universal, porque todos deben respetar las facultades del sujeto sin especificarse el agente o los agentes del deber. De esta forma al revestir esta peculiaridad los derechos personalísimos son también absolutos.

La fundamentación de este proyecto tiene como fuente directa el expdte. 2972-D-85 (Guzmán, C.) Estatuto de las Libertades Esenciales de la Persona, y sus reproducciones, redacción, que fue encomendada a Dn. Mariano Gerván-Varaona como en aquella oportunidad, proyecto por el que se propicia la incorporación de los derechos personalísimos al código civil.

En el campo académico la doctrina de los derechos fundamentales del hombre fue considerada con un cierto desdén desde mediados del siglo XIX hasta finalizar la Segunda Guerra Mundial. Fueron los efectos del totalitarismo bajo sus diferentes formas (comunismo, fascismo y nazismo) y los ultrajes que estos sistemas cometieron contra la dignidad humana y contra los bienes más preciados de la cultura occidental, los que reencauzaron la tendencia para revalorizar los derechos del hombre. A través de solemnes declaraciones internacionales se empezaron a realizar llamados a la creación legislativa interna de los estados por entender que grandes guerras habían demostrado la insuficiencia de las previsiones de tipo constitucional.

Un hito fundamental marca el punto de inflexión en la materia y es la Declaración de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas. Dice Recasens Siches "lo que importa subrayar del texto de San Francisco, es el renacimiento de la tesis que hay principios ideales por encima del derecho positivo y a los que éste debe plegarse, que son la base de lo que se llama derechos del hombre, es decir, que a la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo". Es en razón de esto que distinguimos dos etapas, una anterior y otra posterior a esta declaración.

Desde una perspectiva política cabe resaltar que aún cuando históricamente existió una preocupación de los poderes públicos por los derechos del hombre, sin embargo no se contaba con un sistema privado positivo expreso y claro. En forma genérica, y en términos sumamente amplios algunos derechos personalísimos aparecen junto a otros institutos en forma confusa. En esta línea podemos citar a las Leyes de Indias, la Petition of right de 1628, el Acta de Habeas Corpus (1679), la Declaración de Derechos (1689) de Inglaterra, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776, la Declaración de la Independencia de Estados Unidos del 4 de julio de 1776, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, y toda la legislación abolicionista de la esclavitud que culmina en el Convenio de Ginebra del 25 de septiembre de 1926 que establece una prohibición de la esclavitud de alcance general. El origen de estos documentos es diverso así como su fundamento. Unos son fruto y consecuencia de la concepción cristiana de la dignidad de la persona humana y por tanto de la igualdad esencial de los hombres.

Otras, como las inglesas, son resultado de las conquistas de los ciudadanos frente al absolutismo de Estado. Los norteamericanos tienen influencia inglesa, especialmente del pensamiento de Locke, así como algunos iusnaturalistas racionalistas, particularmente Pufendorf. En los franceses la raíz es eminentemente iluminista, iusnaturalista racionalista, influida por corrientes utilitaristas y empiristas de la filosofía inglesa. Como ejemplo vamos a transcribir algunos párrafos de las principales declaraciones, en las que se advierten escuetas enunciaciones de algunos derechos personalísimos.

La Declaración de Derechos de Virginia en su sección 1, dice:

> Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.

También en esta línea podemos citar la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776:

> Tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que, entre éstos, están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, en su artículo 1º establece:

> Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común.

Si continuamos a través del tiempo veremos cómo se va acentuando la tendencia en favor de la tutela de los derechos humanos.

En este sentido señalamos dos hitos: la ya mencionada Convención de Ginebra y, en el plano social, la creación de la Organización Internacional del Trabajo por el Decimotercer pacto del Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919.

El Instituto de Derecho Internacional de Nueva York, en un pronunciamiento de suma trascendencia, propone una formulación en 1929 en los siguientes términos:

> Es deber de todo Estado reconocer a todos los individuos el derecho igual a la vida, a la libertad, a la propiedad y de acordar a todos, sobre su territorio, plena y entera protección de este derecho, sin distinción de nacionalidad, razas, lengua o religión.

Sin embargo, más allá de estas enunciaciones aisladas, en general se produce un gran vacío en orden a la defensa práctica y concreta de los derechos individuales en el período que va de la Primera a la Segunda Guerra Mundial.

No es de extrañar entonces que recién hacia 1940 se multiplicaran los intentos por definir una declaración de derechos del hombre de alcance universal.

Primero fue la llamada Carta del Atlántico, firmada por Roosevelt y Churchill a bordo del crucero inglés "Prince of Wales" el 14 de agosto de 1941, en la que entre otras cosas proclaman las cuatro libertades fundamentales: libertad de expresión, libertad de la necesidad, la libertad del temor y la libertad de adorar a Dios. Los aliados, incluida Rusia, prestaron su adhesión en la reunión celebrada en Londres el 24 de septiembre siguiente.

Más tarde, en la Conferencia de San Francisco, se elabora y aprueba la Carta de la ONU, en la que siete veces se dice: "promover el respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales".

De acuerdo con estipulaciones de la Carta se formó una Comisión de Derechos del Hombre, la cual formuló el proyecto de Declaración Universal aprobado solemnemente por la asamblea del 10 de diciembre de 1948. En ella se afirma implícitamente la dignidad de la persona humana como principio rector del orden político, y de tal dignidad se derivan los derechos y libertades fundamentales que se proclaman.

Unos meses antes —más precisamente el 5 de mayo—, al constituirse el Consejo de Europa en Londres, en el preámbulo del estatuto y en el artículo 3º se reconocían estos mismos principios.

Las definiciones se suceden en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las libertades fundamentales de 1950, el Pacto Internacional

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de San José de Costa Rica, por citar los más importantes.

No podemos dejar de mencionar el aporte inestimable que han realizado sobre el particular los radiomensajes navideños de Pío XII, la encíclica *Pacem in terris* de Juan XXIII, las constituciones apostólicas del Concilio Vaticano II y los documentos del Magisterio proclamados por Pablo VI y Juan Pablo II, quien el 2 de octubre de 1979, en su discurso a la XXXIV Asamblea General de la ONU, decía:

> La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los instrumentos jurídicos (...) tratan de crear una conciencia general de la dignidad del hombre y definir al menos algunos de los derechos inalienables del hombre. Séame permitido enumerar algunos, entre los más importantes, que son universalmente reconocidos: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a los alimentos, el vestido, a la vivienda, a la salud, al descanso y al ocio; el derecho a la libertad de expresión, a la educación y a la cultura; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el derecho a manifestar la propia religión individualmente o en común, tanto en privado como en público; el derecho a elegir estado de vida, a fundar una familia y a gozar de todas las condiciones necesarias para la vida familiar; el derecho a la propiedad y al trabajo, a condiciones equitativas de trabajo y a un salario justo; el derecho de reunión y de asociación, el derecho a la libertad de movimiento y a la emigración interna y externa, el derecho a la nacionalidad y a la residencia; el derecho a la participación política y el derecho a participar en la libre elección del sistema político del pueblo a que se pertenece.

Este texto constituye una precisa y clara síntesis de los derechos del hombre y su fundamento: la libertad con que Dios lo creó.

Consideraciones particulares

Vistas las características teóricas generales y los antecedentes históricos
resta examinarlos en sus especies en particular. A este fin, los agruparemos según se refieran a: 1º) La integridad física; 2º) La libertad, y 3º) La integridad espiritual. En la integridad física van incluidos los derechos que permiten a la persona ejercitar facultades sobre su cuerpo: desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Comprende a la misma vida que se identifica con la existencia vital del cuerpo, éste y sus partes, la salud y los medios para preservarla u obtenerla, así como el destino del cadáver y sus partes.

La libertad, en su ámbito privado, tiene muchas derivaciones que se conectan con el movimiento, la expresión de las ideas, la realización de actos jurídicos, el empleo de la fuerza física y espiritual.

La integridad espiritual abarca, el honor, la imagen, la intimidad y el secreto. Aunque este último en realidad, no es más que un aspecto de la intimidad, una de sus más singulares manifestaciones. Establecida esta gran división examinaremos en particular los derechos más importantes.

El derecho a la vida

Este derecho es tan fundamental que condiciona todos los demás, si se niega el derecho a la vida, ¿a quién pueden atribuirse otros derechos, no habiendo sujeto de atribución?

Este derecho, más que esencial es esencialísimo y supremo, porque de él dependen todos los otros bienes. Presenta un doble aspecto: es a la vez un deber vital unívoco, y un derecho, radicalmente idéntico para todos los individuos. Desde la perspectiva de la normativa jurídica consideramos, en primer lugar, la vida de cada individuo singular como un derecho fundamentalísimo y primario, el cual origina a su vez el grave deber de conservarlo. En segundo lugar, es preciso estimar el derecho a vivir de los demás, de por sí inviolable e inalienable, que a su vez origina el deber correlativo de respetar y proteger ese derecho y, por último habrá que considerar el deber de la sociedad políticamente organizada de proteger y asegurar la vida de sus miembros.

La vida es un acontecimiento natural, innato, nos viene dada desde el comienzo; en cierta forma la obtenemos con automaticidad. Por eso hablamos del derecho de vivir, es decir el derecho a que los demás se abstengan de atacarla, a la conservación de la vida y al goce de ella que comporta, en el plano jurídico, su defensa. Como consecuencia vemos que no es un derecho sobre la vida porque denotaría un poder absoluto que no es tal, como si la persona pudiere disponer sin límites sobre su vida. Referirse en estos términos podría implicar la legitimidad, por ejemplo, del suicidio, cosa que no admitimos bajo ningún punto de vista. El derecho de vivir es indisponible, por eso es inaceptable la voluntad y el acto de matarse. La protección a la vida debe estar dada por medios ordinarios, en el sentido que prolongarla por medios extraordinarios, en casos patológicamente irreversibles, no comporta una obligación moral natural. Entendemos que así como no tenemos la potestad de dar la vida —en todo caso el hombre la transmite—, ni de quitarla, tampoco existe una obligación de prolongarla indefinidamente contra natura.

Bajo ningún aspecto esto debe confundirse con la eutanasia, que es una acción inmoral que pretende la supresión de una vida que se considera sin valor (enfermedad incurable, vejez angustiosa, etcétera), a petición del sujeto o no, porque esta acción lleva implícita un homicidio y no hay razón que pueda legitimarla.

Consagramos el derecho de nacer como manifestación particular del de vivir, de acuerdo a la tradición de la ley en nuestro país. Nos referimos en este supuesto no a conseguir la vida, que se obtiene sin los deseos del sujeto, sino al derecho que le asiste a éste —que existe desde el momento de la concepción— a conseguir el respiro individual y propio posterior al parto, a salir del seno materno e individualizarse, a salir al exterior con vida.

En este caso el derecho personalísimo del *nascisturus* principia en la fecundación del óvulo femenino, instante ése en que aparece un nuevo ser de la especie humana, con vida propia aunque dependiente. Esta concepción está avalada por la ley civil y por el Código Penal de nuestro país, así como también por la legislación boliviana, costarricense, venezolana, panameña, salvadoreña y otras que reprimen el aborto bajo el título "Delitos contra las personas". Por otro lado también atiende a este criterio el Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos. De esta forma encaramos también la protección jurídica de la transmisión de la vida, porque por vías —por ejemplo— como el aborto directo, diversas prácticas de esterilización y anticoncepción, se atenta gravemente contra la dignidad de la persona humana y de las que hay numerosos ejemplos internacionales, especialmente agraviantes en los países del Tercer Mundo.

Amparamos por esta vía en el plano civil también aquellas situaciones que derivan en la concepción de criaturas físicamente malformadas e intelectualmente disminuidas (recordemos por ejemplo los efectos de la talidomida, de Seveso y Bophal, entre otros), que en última instancia no son sino el reflejo del desprecio materialista hacia la vida humana, que afectan fundamentalmente los procesos de transmisión de la misma y que son, en definitiva, las manifestaciones más recientes, refinadas y sofisticadas de atentados directos o indirectos contra el derecho de vivir y de nacer que le asiste a la persona.

Creemos que, al tutelar el derecho de vivir, debemos contemplar todos los matices que lo rodean. Así hacemos referencia a las situaciones de peligro en las que se arriesga la vida o la integridad física de las personas.

Por razones de equilibrio proponemos en forma general ciertos límites para preservar la sana autonomía individual y el correcto ejercicio de aquel derecho. También hacemos expresa referencia a los contratos de quien carezca de habilidad profesional para obligarse a las situaciones aludidas. Los estimamos nulos

, pues estaríamos frente a un objeto prohibido por imposible y por violación de las buenas costumbres y de la moral.

Derecho a la integridad física

Este derecho deriva del derecho a la vida, porque la posesión de cualquier derecho supone al menos la posesión de sí mismo. Lo tratamos bajo dos aspectos: el derecho a la disposición del propio cuerpo, o derecho al cuerpo, y el derecho a la disposición del cadáver y sus partes.

Biológicamente, el cuerpo es el conjunto de estructuras armónicamente integradas en una unidad morfológica y funcional que constituye el soporte físico de la persona durante la vida, específicamente diferenciado en dos únicos tipos, masculino y femenino, según el carácter del propio sexo.

Va de suyo que, por ser éste un derecho derivado o secundario al derecho a la vida, nunca la disposición del propio cuerpo o sus partes pueden colisionar o hacer peligrar aquel que siempre prevalecerá. Al mismo tiempo su ejercicio siempre será conforme a la naturaleza, porque hacerlo en contrario implicaría que por vía del ejercicio se estaría afectando al derecho mismo.

En cuanto al cuerpo, se hace permanentemente necesaria la norma jurídico-positiva que define los límites de las facultades respecto del propio cuerpo humano. Es imprescindible determinar aquellos principios generales que fundamenten las soluciones sobre bases estables, porque actualmente las leyes penales y civiles reprimen ciertos y determinados actos que se consideran delictuales. No hay una completa tutela de la integridad física. Incriminar bajo condiciones estrechas, especies tipo, y exigen generalmente que el acto tipificado sea de golpes violentos o lesiones sobre el cuerpo, capaces de producir una enfermedad o un daño corporal o mental a la persona, teniendo sólo por mira la seguridad, convivencia y eficacia de la actividad individual. Todos los otros aspectos en relación al cuerpo, que se refieren ampliamente a la inmunidad como concepto genérico, y además los menores o secundarios, quedan fuera de las esferas represivas. Es precisamente allí donde debe actuar el orden civil en resguardo de la integridad física en general, y hacia allí apuntamos.

El artículo 5º del Código Civil italiano es un interesante punto de referencia a este respecto: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres".

Se deduce una obvia prohibición al suicidio, y por ende el acto de exterminio no es una facultad; el derecho al cuerpo tiene límites, así como el consentimiento sobre aquellos actos que importan una ofensa a la integridad contraria a las buenas costumbres o impliquen una disminución permanente. Sobre el particular, nuestra doctrina y jurisprudencia es muy clara (ver entre otras: Cámara Nacional Civil y Comercial de la Capital Federal: *La Ley* Nº 123, páginas 603-614, con nota de Fontán Balestra).

Lo más interesante es que la persona puede actuar ejercitando el derecho de disponer del propio cuerpo. Al fijarse la disponibilidad mediante consenso del interesado, se admite implícitamente el derecho en toda la extensión no prohibida por la norma. Surge entonces que el derecho al cuerpo existe, esté rodeado de facultades, hace usar y gozar del objeto que le corresponde, puede ser defendido privadamente y su violación entraña consecuencias. Es más, en alguna medida se admite disponibilidad, aunque no radicalmente, ya sea por acto propio o consentido a los terceros, y en esta línea es que desarrollamos las normas respectivas.

De las partes separadas del cuerpo cabe decir que una vez separadas se convierten en cosas y pasan a ser objeto de dominio de la persona de la cual provienen, es decir adquiere un derecho de propiedad. Respecto del cadáver, la doctrina reconoce un poder jurídico en vida para después de la muerte.

Representa el ejercicio de un derecho personalísimo por cuanto se trata del destino del cuerpo post mortem. Al tiempo de la declaración de voluntad, la persona existe, es, y ella dispone para el futuro sobre su cuerpo, que es algo sobre lo que puede disponer y la ley debe respetar. La *comun opinio* acepta que el cadáver es cosa pero no comercializable, aunque cierto tipo de disposiciones gratuitas sean posibles por parte de la persona viva para después de su muerte.

La libertad y los actos de disposición del derecho a la libertad

Concebimos la libertad como capacidad de dirigirse a bien por sí mismo, es decir consideramos libre al hombre cuando no tiene trabas que le impidan hacer lo que corresponde a su naturaleza humana, en la medida que no menoscaba a los otros. En definitiva, cuando es dueño de la propia determinación por la que obra, es decir del último juicio práctico del entendimiento. La libertad es un fundamento moral del derecho en la medida que ésta es siempre hacer humano y así el poder que confiere el derecho es poder del hombre dotado de libertad dentro de un contexto social. La libertad puede ser tomada como autoconfiguración de la vida mediante decisiones tomadas —sin embargo— entre posibilidades limitadas. Dentro de ellas, la libertad jurídica se refiere a las provenientes del orden de la vida social. Esta conceptualización posee un aspecto ampliamente positivo porque comienza con un poder hacer: busca la figura jurídica de la libertad, a través de la ausencia de impedimentos, coacción o trabas para que el hombre se realice de acuerdo a sus fines naturales. En suma, le concibe como un poder que entraña un derecho subjetivo.

El ordenamiento jurídico guarda para la persona un ámbito propio de libertad, de acuerdo con su naturaleza. Ese ámbito es lo que llamamos "el derecho a la libertad". No es, este derecho, cada una de aquellas posibilidades individuales en ínfima expresión, ni el ámbito total de todas ellas, como si se dijera que se puede identificar con el acto tal o cual o con el conjunto infinito de esos actos permitidos, sino que se revela cuando el orden jurídico no permite los impedimentos a cualquiera de dichas acciones. Son conductas que jurídicamente irrelevantes, se encuentran protegidas por la obligación universal negativa que puede hacerse cumplir si alguien las viola y las interfiere. Esta interferencia ataca la esfera de la libertad y la protección legal a esa esfera que le corresponde promover a la persona revela un derecho personalísimo. Por eso se extiende a todo el campo de lo permitido como derecho de actuar, querer, pensar y sentir libremente; pero el

derecho a la libertad se dirige no ya sobre cada una o todas las actividades íntimas de la esfera, sino sobre una protección indiscriminada y general que se muestra en actos, omisiones y conductas jurídicamente tuteladas.

El derecho a la libertad —como otros que se fundan en la naturaleza del hombre, en su calidad de persona representando tanto deberes como exigencias— subsiste naturalmente aun cuando el valor que protege haya dejado de ser percibido por el individuo. "No se extingue aun cuando el hombre se vuelva indiferente respecto de los contenidos de la libertad: sigue siéndole impuesto como un deber y testimonia contra él" (Romano Guardini, "¿Cuando soy libre?" Janus, 5, página 20).

No prevemos una norma expresa que se refiera al derecho a la libertad como tal, porque nuestro ordenamiento jurídico está sólidamente basado a este respecto en el artículo 19 de la Constitución Nacional que dice "nadie... será obligado a hacer lo que no mande la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" y el artículo 53 del Código Civil recoge suficientemente este concepto. Sin embargo la articulación del presente proyecto en su formulación general provee de una eficiente tutela sobre ese particular. No obstante en referencia a la libertad, específicamente consideramos el derecho a la elección de Estado y el derecho a la información.

Es importante para completar el cuadro descrito hacer referencia a los actos de disposición de la libertad propia. Inicialmente debemos repetir el principio general un derecho personalísimo es radicalmente indisponible, sólo en mínima medida y en casos aislados puede la persona enajenar su libertad, obligarse fuera de los casos en que la ley lo obliga.

La libertad de obligarse es sin duda la máxima expresión del poder sobre sí mismo, pero tiene sus fronteras, no puede ser absoluta ni radical. Admitir que el individuo contraiga cualquier clase de vínculo argumentando el concepto de seguridad, es desconocer el carácter central de esos derechos que se fundan en la naturaleza humana y colocarlos en el dominio de la voluntad absoluta. Pues no, hay que hacer jugar el principio de razonabilidad el cual reduce el simple arbitrio personal.

No todo objeto puede ser suceptible de obligación, sino sólo aquellos que no se opongan al carácter absoluto de la persona, el fundamento del orden jurídico y la defensa de los fines propios de la naturaleza humana. En este sentido debe interpretarse el artículo 910 del Código Civil porque la constitución de un derecho especial para restringir la libertad de alguien es sólo legítimo cuando no se desconoce la dignidad humana, y sienta además el principio rector de la nulidad de los actos que se opongan a la libertad de las acciones o de las conciencias según el artículo 953 del Código Civil.

Derecho a la elección de estado

Es este derecho, de acuerdo a la construcción de la norma proyectada, la más acabada expresión de libertad y responsabilidad, que la habilita para autodirigirse en la vida en forma personal exclusivamente. Comporta la posibilidad de obligarse de acuerdo a los fines naturales y otorga la potestad por ejemplo de casarse o no, constituyéndose en esta forma en el anverso en este aspecto del artículo 531 del Código Civil que estipula las obligaciones condicionales prohibidas. En el presente caso se reconoce el derecho a actuar en uno u otro sentido, y se desprende del mismo un derecho subjetivo frente a la eventual vulneración del mismo. En todo caso de esta forma el resultado con ser similar es mucho más condigno hacia la persona, y se articula armónicamente obteniendo idénticas garantías, pues queda a salvo la posibilidad de hacer, o no hacer, en función de una decisión absolutamente personalísima, insustituible y que eventualmente acompaña en el ejercicio del derecho *ad vitam*.

En favor de esta norma queremos destacar que ha sido especialmente enunciada por Su Santidad Juan Pablo II en su discurso ante la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de octubre de 1979 en la enumeración que realizó de los derechos inalienables del hombre y en referencia a las declaraciones intimacionales e instrumentos jurídicos sobre el particular.

Derecho a la información

La información es un caso concreto de comunicación. La información es una comunicación de algo que el sujeto receptor no sabe, en toda difusión de hechos actuales con interés público (T. Gral. de la Información. Universidad de Navarra). La libertad de información es la libertad de expresión que se realiza por los cauces de la moderna tecnología (prensa, radio, TV, etcétera). Como la libertad de expresión, la libertad de información es un derecho personalísimo, y se llama también derecho a la información. Siguiendo a Lucka Brajnovic podemos resumir este derecho en los siguientes enunciados:

a) La libertad informativa implica libertad de expresión, de acceso a la información y de utilizar los conductos o medios informativos.

b) El derecho a fundar las empresas de los medios de comunicación social (de publicaciones periódicas, emisoras de radio y televisión, agencias, etcétera).

c) El derecho a la búsqueda, reunión y explicación de la información conseguida directa o indirecta.

d) El derecho a la transmisión, comunicación, publicación, divulgación y emisión de noticias, ideas y opiniones.

e) La libertad de asociación con el fin de defender estos derechos propios del informador, de la empresa informativa y del público.

f) El derecho a ser informado veraz y honestamente sin encontrarse coaccionado o lesionado en su integridad moral.

En el derecho a la información existen, pues, dos facetas: el derecho de los informadores y el derecho de los informados. En lo referido al primer aspecto todo ello se halla inscrito en el marco del artículo 14 de la Constitución Nacional, que se constituye en la máxima y mejor garantía para este derecho. En su letra y en su espíritu el precepto constitucional es suficientemente claro por lo que estimamos innecesario incursionar en la materia y tanto la doctrina como la jurisprudencia ha entendido que da una amplia protección a los enunciados a los que hemos hecho referencia anteriormente. En el segundo aspecto, recogemos la formulación que enunciamos en el punto *f*) entendien

do que el derecho de los informados es, en los informadores, el deber de comunicar la verdad con objetividad entendida como "el acuerdo de la información con los hechos, su veracidad y autenticidad" (Kafel); es una defensa contra la masificación, la manipulación, la utilización de técnicas sutiles que pretenden presentar lo falso como verdadero, lo éticamente ilícito como éticamente lícito, lo no humano como humano, o inducir por influencia subliminal o subconsciente en un determinado sentido al sujeto, violentando su libertad y su conciencia. No se refiere este aspecto específicamente a la prensa, sino que es comprensivo de una realidad mucho más amplia, porque aun cuando atiende "a los principios éticos que rigen las relaciones con la prensa; en otras palabras, la moral que debe orientar a la labor periodística" (Juan S. Valmaggia, *La Prensa y la Etica,* Eudeba, 1981); sigamos el criterio que es la ética periodística la que debe proponer principios amplios y máximos, líneas de orientación, que guíen y no que obliguen al periodista (Cfr. John C. Merril y Ralph D. Berney, *Ethics and the press,* Hastings Hoyse, Publishers Inc. N. York, 1975).

Entonces hacemos referencia al avasallamiento de la libertad y la conciencia frente a las prácticas monopolistas distorsionadoras de la verdad, llevadas a cabo ya sea desde el Estado o por particulares inescrupulosos. Los doctrinarios en la materia se refieren a la teoría de la responsabilidad social como algo nacido, en el plano de las formulaciones teóricas, a partir principalmente del *General report on Mass Comunication,* elaborado por la Comisión Hutchins en los Estados Unidos en 1947. A través de este informe sobre las condiciones de los medios de comunicación masiva (abarcó diarios, radios, cines, revistas y libros) se dejó plasmada esta concepción social de la información, propia de los países occidentales, las sociedades libres, que partiendo del concepto de responsabilidad ante la sociedad y atendiendo al bienestar general aporta un nuevo concepto del que los poderes públicos deben hacerse garantes: el derecho del público a la información (J. L. Martínez Albertos, Ger. XVIII, página 321).

Derecho al honor

El honor, bien innato, necesario y vitalicio, es constitutivo del hombre formando parte elemental de su naturaleza. No puede considerarse como una manifestación prescindible que en algún momento puede desaparecer, o que depende de una alta posición, de la procedencia y el ancestro o conducta intachable o que esté supeditado a la opinión ajena o calificación externa, pues honor tiene el "por nacer", el menor y el adulto, el loco, el delincuente, el marginal. Es así que el amparo jurídico debe ser lo más amplio posible.

Es clásica la división en honor objetivo y subjetivo en referencia al honor y a la honra respectivamente. El honor objetivo es precisamente valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto, mientras que el subjetivo puede entenderse como una autovaloración o el aprecio de la propia dignidad (Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino III*, páginas 222 y 227, N. II y III, Buenos Aires, 1953).

Sin embargo, con ser didáctica esta división no interpreta cabalmente el derecho personalísimo. Por eso, por más claro y completo, preferimos el concepto de Adriano de Cupis que engloba los dos significados: "la dignidad personal refleja en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma" (*I diritti della personalitá*, tomo 1, páginas 229 y 230, Nº 103 en el *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, volumen IV. Milano, 1959).

La ley penal tipifica los delitos: de injuria, forma subjetiva de lesionar el honor; de calumnia, forma objetiva de lesionar la honra. Ambos requieren el dolo, ya sea que se lo caracterice como *animus injuriandi*, ya que se lo considere como simple conocimiento positivo del valor ultrajante de la expresión, acompañado de la voluntad de proferir la palabra, sin necesidad de que haya un ánimo especial. Hay muchos hechos y conductas que sin ser injuria o calumnia, aun sin ir más lejos de la culpa o negligencia, hieren la persona y perjudican la forma que el derecho civil debe proteger. Es por eso que promovemos la creación de una norma general definidora y abarcadora, pues al presente la vigencia del derecho subjetivo está dada por aplicaciones específicas más allá de las cuales se hace necesario trabajar por vía de analogía. En la línea de la norma proyectada tenemos como ejemplo entre otros el artículo 4º del fuero de los españoles redactado en los siguientes términos: "los españoles tienen derecho al honor personal y familiar. Quien lo ultrajase, cualquiera fuera su condición, incurriría en responsabilidad".

Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y que está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (Santos Cifuentes, op. cit., página 339). Tomemos la palabra intimidad como sinónimo de vida privada, de soledad total o en compañía. Aludimos pues a esa necesidad natural de la persona de reserva al ambiente de lo propio; personal y familiar. Es una dimensión que a nadie le puede ser negada y los únicos límites admisibles se basan en las necesidades sociales e intereses públicos; el Estado cuando actúa como persona jurídica privada, no podría alegar un interés legítimo.

La tendencia internacional en la materia es numerosa y son muchos los antecedentes. A partir de la Declaración de Bogotá que en su artículo 5º se refirió a la vida privada y familiar, y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 12, su expansión ha sido permanente. El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que proclama: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", pide una reglamentación de derecho privado, que hasta el presente no existe, razón por la que sólo por vía de la analogía sobre la base del artículo 16 del Código Civil, se hizo posible su desarrollo aunque en forma ambigua.

Reforzando la línea argumental citaremos otros tratados internacionales que avalan esta construcción jurídica. Así pues, el artículo 17 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966 que dice "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia..." y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques", el Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 11.2 expresa: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio..." En el mismo sentido se pronuncia el artículo 8º de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; siendo también coincidente en sus conclusiones la Conferencia Nórdica de Juristas que en mayo de 1967 se expidió sobre el particular junto con observadores del Consejo de Europa, el Instituto Internacional

de Prensa, la Comisión de Derecho de Inglaterra, el Consejo de Prensa de Gran Bretaña, la Asociación Mundial de Abogados, la Federación Mundial de Asociaciones para las Naciones Unidas y el Centro Mundial para la Paz por la Justicia, luego de haber estudiado la materia exhaustivamente.

A través de la norma proyectada, queremos salvaguardar la persona de injerencias e intromisiones en su vida privada y familiar, y en su personalidad, como un derecho distinto a todos los demás sin que ello implique desconocer la vinculación que existe entre ellos (confrontar Delia Matilde Ferreira Rubio, *Derecho a la intimidad,* editorial Universidad, Buenos Aires, 1982).

La protección que proyectamos no desaparece por el solo hecho de que la acción se desarrolla en público (confrontar Julio César Rivera, *La Ley,* 1980, página 912) y tampoco respecto de las inoportunidades realizadas por diversos medios. En esta línea coincidimos con Sabatier en que el remedio a tales excesos está en las sanciones civiles.

Amparamos como aspectos integrantes del derecho a la intimidad, el secreto personal, el epistolar, y los papeles privados, el secreto de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o realizadas por otros medios. También protegemos a la persona contra métodos para enterarse, contra la voluntad del sujeto. Se relaciona esto con el narcoanálisis como método de entrometerse en la conciencia, independientemente del mayor o menor alcance subjetivo de tal intromisión. El uso de sustancias narcóticas para escudriñar y descubrir las ideas de los sospechosos, acusados, los pensamientos y recuerdos enterrados en las capas más profundas del psiquismo, debe rechazarse porque representa un ataque a la persona. (De Cupis, op. cit., tomo I, página 205; Cuello Colón, "Los nuevos métodos científicos de la investigación criminal y los derechos de las personas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* II, fascículo 1, enero-abril 1949, página 37.) En igual repudio caen los sistemas electromecánicos, el hipnotismo, los exámenes psicológicos, los tests, la grafología, etcétera. Ellos tienden a revelar lo oculto, y no podrían erigirse como sistemas de indagación penal o de otro tipo cuando solamente tienen por finalidad el conocimiento antedicho. En cambio, desde el punto de vista terapéutico, se acepta el narcodiagnóstico y la hipnosis, por un lado, porque sólo aprovecha la técnica curativa, y por otro porque el profesional está atado por el secreto profesional.

El estudio de la formación histórica de la fórmula del artículo 19, 1ª parte (cuyo autor es el patriota presbítero Antonio Saenz), así como el desarrollo posterior de la libertad por él resguardada, representa un sector de la libertad personal cuya relevancia jurídica se traduce en la garantía genérica que el Estado democrático reconoce al ciudadano, y que a la luz de nuestro derecho, se concreta hoy en la libertad de conciencia, de religión, de ideología política y de comportamientos o prácticas individuales cuando ellas no representan, de cualquier modo, ofensas a la seguridad, al orden, a la salud pública o a la moral pública o perjudiquen los derechos o libertades de los demás, según expresa Caballero en obra que se cita más adelante.

Acompañamos al mismo autor, quien dice que es oportuno un examen gramatical y sistemático del artículo 19, 1ª parte, que complementado con el histórico y el del derecho, permite precisar su contenido y significación actual. Las acciones privadas de los hombres, exentas de la autoridad de los magistrados, están definidas negativamente por la Constitución, pues son ellas las que "de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero". De esta manera, sólo se puede llegar a la determinación de ellas, una vez que se agote, en cada caso, el examen positivo de las acciones contrarias, es decir de aquellas que de algún modo los bienes y valores del orden o de la moral pública, o perjudiquen a otro, porque esto sí pertenece al mundo del legislador y a la actividad de los magistrados. Es por eso que esta esfera de las acciones externas que de algún modo ofendan o perjudiquen, representa consecuencias o resultados socialmente indeseables.

Si se trata del orden y la moral pública, que en la filosofía clásica se unifican bajo la denominación de bien común, basta que de algún modo se ofendan. En cambio, si se trata de bienes de terceros, se requiere que se perjudiquen. La distinción ya define el carácter diferente de estos bienes. ¿Con qué resultado o efecto se puede ofender? El artículo 19 establece *a contrario sensu*, "de algún modo". No se requiere de esta ofensa un efecto o resultado de quebrantamiento directo del orden o la moral pública. Esta exigencia, si fuese requerida realmente, dejaría en la postración o en la negación la actividad preventiva del Estado que esencialmente es de vigilancia para asegurar el bien común garantizándolo para la pacífica convivencia que es el hecho humano social fundamental y del que se encarga el Estado.

La ofensa entonces, no requiere un resultado material; puede consistir en un peligro concreto cuando iniciado el proceso de ejecución de la acción como en la tentativa, o bastar el peligro abstracto de que se pueda quebrar el orden o la moralidad pública por la potencia o idoneidad que encierra determinada acción previa de causar aquel quebrantamiento, según la experiencia social, que lleva al legislador a presumir racionalmente la posibilidad de peligro, cualquiera fuese la finalidad del agente. Esto está reconocido por la doctrina constitucional y penal más significativa. En este sentido hacemos especial referencia al trabajo de Néstor Sagüés ("J. A.", 1986, IV, página 971) y las citas de los constitucionalistas argentinos que allí realiza, así como también remitimos a Justo Lage Anaya (*Las acciones privadas de los hombres, Dios y autoridad de los magistrados*, en "Comercio y justicia", Córdoba, 9 de mayo de 1988).

El artículo 19 de la Constitución sólo requiere positivamente, que de algún modo o de alguna manera se pueda ofender el orden o la moral pública o perjudicar el derecho de un tercero para poder actuar. De esta manera, ha quedado fijada en este artículo la admisión de los delitos de peligro abstracto, pues la afectación del orden público o de la moral pública o del derecho de un tercero puede consistir en acciones que afecten bienes jurídicos, tanto materiales como ideales o espirituales, según se desprende del texto mismo. En nuestro país la doctrina constitucional no tiene dudas en este sentido (Sagüés, Néstor; op. cit.).

Por eso es importante resaltar que la doctrina que alega en sentido contrario no tiene arraigo en el país, y en los casos de la extranjera tampoco lo tiene en sus respectivos sistemas jurídicos locales, por ejemplo: España o Alemania, por citar alguno. Y la debilidad argumental resulta de la no admisión de bienes jurídicos de contenido ideal o espiritual, siguiendo una orientación utilitarista que se remonta a Hobbes y a Stuart Mill, según indica Caballero.

Es bueno recordar que nuestro Código Civil ha estructurado sus instituciones a través de criterios objetivos, derivados de la materia que regula y del carácter de las relaciones entre particulares. Si bien las instituciones garantizan la más amplia libertad de los actos y los contratos, todas ellas reconocen el límite del orden público, como criterio general de las facultades o derechos que acuerdan. A ello agrega, según la índole de la relación, la necesidad de respetar la "tolerancia de cultos", la "moral y buenas costumbres" y "la religión del Estado", según la designa también Alberdi. El sistema surge de los artículos 14, 29, 502, 794, 872 y 953 del Código Civil. Un breve examen de las instituciones muy atenuadas en cuanto a los criterios de prevención general y especial propias del Código Penal, revelan las limitaciones de la separación por juego de los grandes principios de la juridicidad que son el "orden público" y "la moral pública". Es interesante destacar que cuando el Código Civil regula en el artículo 14 la aplicación de la ley extranjera, la excluye cuando ella se opone "al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenas costumbres".

El artículo 21 del Código Civil en el título preliminar establece una regla que con diversas gradaciones limitantes se desarrolla en las instituciones civiles en el sentido de que "las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres" y las notas revelan la larga tradición romana y española que respalda esta fórmula. Consecuencia de este principio son el artículo 502 "De las obligaciones en general" donde se priva de valor a las obligaciones que tienen "causa ilícita" y se define que la "causa que es ilícita" cuando es contraria a las leyes y al orden público. El pago carece de causa cuando él fuese contrario a las leyes y al orden público (artículo 794), y son irrenunciables los derechos concedidos en mira al orden público (artículo 872).

Por último, tratándose de los actos jurídicos en general, el artículo 953 determina que no pueden ser objeto de ellos los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen derechos de terceros. En la nota establece el legislador que el objeto del acto tiene imposibilidad jurídica cuando es contrario a la ley o a la moral porque no puede determinar una obligación eficaz ni se podrá jamás invocar la protección de la justicia para asegurar su protección.

La nueva regla del 1.071 del Código Civil también está inspirada en una incrementación de la regla moral en el campo del derecho que sanciona como acto ilícito el ejercicio abusivo del derecho, entendiéndose como tal el hecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. (Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, páginas 21 y siguientes.)

En cuanto al derecho a la intimidad que ya fuera largamente tratado al fundamentar la causal de mal desempeño, el 1.071 bis del Código Civil contempla el entrometimiento arbitrario en la vida ajena. Se entiende que el entrometimiento lesiona el derecho, cuando es arbitrario. Sanciona al que arbitrariamente, es decir, sin derecho, se entrometiere en la vida ajena. (Orgaz, Alfredo, "Ley sobre intimidad", "El Derecho", t. 60, página 927, Della Ferreira Rubio *El derecho a la intimidad*, página 175 y ss.). Díaz Molina, también, al definir el derecho a la intimidad, lo condiciona a que no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad. (Díaz Molina, Iván, "El derecho a la vida privada", "La Ley", t. 126, página 981.)

Por lo tanto y coincidiendo con nuestros fundamentos anteriores, y de la estrecha vinculación de lo recién expresado con las definiciones aportadas por Cifuentes, Rivera y Gerván-Varaona, cabe recordar, también a nuestro favor, en un caso la Corte Suprema destacó que en orden a la limitación del artículo 19 "sólo podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, o la persecución del crimen (orden público) o las buenas costumbres (moral pública)" mencionadas por el artículo 1.071 bis del Código Civil y en los diversos artículos vinculados al 953 del mismo cuerpo legal. "Ponzetti de Balbín, Indalia, c/Ed. Atlántida S.A." ("Fallos" 306:1893, 11-12-84). Por tanto confirma nuestro pronunciamiento.

Ponemos especialmente de relieve que el desarrollo tecnológico informático y telemático unido a una creciente utilización de macrosistemas, que en sí mismos pueden ser establecidos como legítima solución de problemas de distinta naturaleza, provoca una excesiva concentración de poder. Tal concentración de poder, ya sea en manos del gobierno o de los particulares, va a modificar nuestro estilo de vida tan profundamente que, si las medidas legislativas de protección no son tomadas a tiempo, corremos el riesgo de anular las libertades y los derechos de la persona humana. El mero hecho de la conjunción de informaciones nominativas puede llevar a desnudar la intimidad de cada una de las personas físicas, haciendo ilusorias las garantías constitucionales (Faustina Zarich de Piatti, "La revolución informática y el derecho a la privacidad", Rosario, 1984).

Así se tiene, en primer lugar, que la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su resolución 2.450, invita al estudio de los problemas planteados por el desarrollo de la ciencia y de la tecnología, desde el punto de vista de los derechos del hombre y, en particular, el respeto de la vida privada de los individuos... frente al progreso de las técnicas del registro. Por su parte, la I Conferencia Mundial sobre Informática, reunida en Florencia en octubre de 1972, recomendó la necesidad de elaborar una legislación especial de protección a la vida privada de los individuos y de las personas morales; la protección de la integridad de los datos y un código deontológico para los profesionales de la informática. Consecuente con ello, el Consejo de Ministros de Europa, con fecha 26 de septiembre de 1973, recomendó a los gobiernos de los países miembros, garantizar a los individuos el derecho de acceder para verificar la exactitud, exigir la corrección o la actualización y restringir el acceso a la información sólo a las personas que tengan un interés legítimo (conf. Campanella de Rizzi y Stodart de Sasim, revista *La Ley*, tomo 1984-B, página 667).

Por lo demás, la primera ley en el mundo sobre control público de archivos computarizados fue el Acta Sueca de Datos, del año 1973.

En los Estados Unidos de América, de acuerdo a la denominada Privacy Act of 1974, existe la obligación de toda agencia federal de mantener registraciones libres de errores de cada información sobre un registro que se ha hecho público en virtud de las excepciones establecidas por la ley. Asimismo, se permite el acceso al registro a todo interesado, quien podrá solicitar la corrección o enmienda de un registro referente a su persona. Se admite, asimismo, la posibilidad de una acción civil a favor de todo individuo para el supuesto de un comportamiento adverso a su respecto por parte de cualquier agencia. En tal caso serán competentes los Tribunales de Justicia de los Estados Unidos de América ubicados en el distrito (U.S. Congress, Public Law 93-579, Washington D.C., 1974). Además, dicha ley establece la Comisión de Estudios de Protección de la Privacidad (PPSC). Se ha proyectado también en los Estados Unidos de América, extender al sector privado esta ley de privacidad de 1974, vigente para el sector público (Faustina Zarich de Piatti, trabajo citado).

Añádase que también se dictaron leyes protectoras de la privacidad en el Canadá en 1973, en la República Federal Alemana en 1977, en Austria, Francia y Noruega en 1978, y en Luxemburgo en 1979, entre otros países.

Por su parte, la Constitución española de 1978 prescribe en su artículo 18, inciso 4º, que: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

A propósito del derecho al secreto y al respeto a la vida en Francia, recuerdan los hermanos Mazcaud que ambos bienes están amenazados de una manera insidiosa cuando el depositario es una máquina. Se trata de la informática. Dicen que este peligro ya había sido señalado a los poderes públicos por la Corte de Casación en su informe correspondiente a los años 1971-1972 (*Juris*

Classeur Périodique, 1973-I-2575). Más la ley 17 del 6 de enero de 1978 (completada por el decreto 774 del 17 de julio del mismo año) protege al individuo contra los abusos posibles en este terreno. Es así como la misma declara en su artículo 1º que la informática no debe atentar contra la identidad humana, ni contra los derechos humanos, ni contra la vida privada, ni tampoco a las libertades individuales o públicas. El artículo 2º dispone que ninguna decisión judicial, administrativa o privada que impliquen una apreciación sobre un comportamiento humano puede basarse en un tratamiento automatizado de la información. Por su parte, el artículo 3º da el derecho a toda persona de conocer y de cuestionar las informaciones que les conciernen. Así, cabe recordar que ya por decisión del Consejo de Estado del 13 de febrero de 1976 se posibilitó el libre acceso y el derecho de cuestionar por el interesado toda la información volcada a los ficheros respectivos relativos al estado mental de los individuos presumidos peligrosos (Dallo, 1976, 569, y nota de Madiot) (Mazeaud, H., L. y J., *Leçons*, tomo I, volumen II, Les personnes. La personnalité, número 639, 6ª edición actualizada por François Chabas, París, 1981).

De interés resulta, asimismo, el artículo 5º de esta ley, donde se caracteriza al tratamiento automatizado de informaciones nominativas como a "todo conjunto de operaciones realizadas por medios automáticos, relativos a la recolección, el registro, la elaboración, la modificación, la conservación y la destrucción de informaciones nominativas, así como todo conjunto de operaciones de la misma naturaleza relativas a la explotación de archivos o bases de datos, especialmente las interconexiones y cotejos, consultas o comunicaciones de informaciones nominativas". Los artículos 6º y siguientes de esta ley —al igual que la Privacy Act de los Estados Unidos, de 1974— crea una comisión nacional de la informática y de las libertades, encargada de asegurar el respeto de dicho ordenamiento legal. Se contemplan, asimismo, sanciones penales para quienes violasen esta ley (Luis Adorno, op. cit.).

Paralelamente a esos textos, la ley 18 del 3 de enero de 1979 reglamenta el libre acceso a los archivos públicos o privados. Respecto de los primeros, los plazos son, según las relaciones que puedan tener acerca de la intimidad de la vida privada, de una duración que oscila entre los 60 y 100 años. El artículo 8º de esta ley permite, antes de la expiración de los plazos, la consulta, previa autorización de la administración, por parte de los escribanos o para informaciones que pudiesen tener relación con la vida familiar o individual o de orden privado recogidos con fines estadísticos por los servicios públicos.

En vista de los antecedentes mencionados, estimamos razonablemente la tutela jurídica que proponemos en nuestra propuesta.

Entendemos que el derecho a la intimidad comprende también la del hogar. Tomemos como antecedente el Pacto de San José de Costa Rica.

Creemos que sólo excepcionalmente, cuando se produjere un grave desorden de los derechos mutuos, el Estado puede intervenir para atribuir a cada uno su derecho, pero nunca usurpar los derechos de los ciudadanos sino asegurarlos y defenderlos con una protección justa y obligada.

CRISTINA GUZMAN
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE