

# *Autodeterminación y tolerancia.*

## *Ejes del derecho de la persona*

*Julio César Rivera*

**JULIO CÉSAR RIVERA:** Miembro de la Academia Nacional de Derecho, el autor se graduó de Abogado en 1970 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador con medalla de oro. En 1975 alcanzó el Doctorado en Jurisprudencia en la USAL y obtuvo el Premio La Ley al mejor alumno de la promoción. Es autor de 15 libros, todos sobre Derecho Civil y Comercial, y llevan su firma más de 150 artículos publicados en distintos medios del país y del exterior. Su libro "Instituciones de Derecho Civil" (dos tomos, 1.900 páginas) mereció el Premio Academia Nacional de Derecho a la mejor obra jurídica publicada entre 1989 y 1993. Sus actuaciones académicas en universidades latinoamericanas le dieron relieve internacional, así como su participación en arbitrajes locales e internacionales y en calidad de árbitro para la solución de controversias en el Mercosur. Juez de Primera Instancia en lo Comercial, ejerce desde 1984 su profesión de abogado y ha participado en comisiones designadas por el Poder Ejecutivo para la elaboración de proyectos de leyes vinculadas con reformas y redacción del Código Civil.

*A los Padres Jesuitas, que me enseñaron a pensar libremente. Entre ellos, mi recuerdo especial para los Padres Quileš, Camargo, Fiorito, Pérez del Viso, De Vértiz y Urquiza, de quienes aprendí en sus clases y compartiendo la vida universitaria como presidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho del Salvador y, ya graduado, como Secretario de la Facultad de Derecho.*

El objetivo de este trabajo es mostrar cómo ha evolucionado el derecho de las personas desde el siglo XIX hasta ahora, período en el que se evidencia un consi-

derable avance que se exhibe en la consolidación de los principios de autodeterminación y tolerancia como ejes de la materia.

### **Las personas en la codificación decimonónica**

Desde antaño, las distintas concepciones del término persona, enfocada la idea desde el punto de vista jurídico, pueden clasificarse en dos corrientes.

Por un lado, están aquellos para quienes la persona es el hombre, y todo hombre por el solo hecho de serlo es una persona en el mundo del Derecho. Por otro, están quienes consideran que el hombre es persona para el Derecho siempre que reúna algunos recaudos accidentales, otorgados por el mismo ordenamiento jurídico: capacidad, ciudadanía, nacionalidad, status. En consecuencia, pregonan que persona es un concepto jurídico, mientras que hombre es un concepto de la naturaleza. De allí que para el Derecho no todos los hombres son necesariamente “persona”.

Es esta orientación la que prevalece en la codificación y en la doctrina del siglo XIX, como lo veremos a través de algunos ejemplos.

#### **1. El Código Napoleón: la nacionalidad como presupuesto del goce de derechos**

El paradigma de la codificación del siglo XIX es el Código Napoleón, el que en esta materia expone la preocupación por la nacionalidad de la persona. Así, su artículo 8 dispone: “Todo francés goza de los derechos civiles”, y el artículo 17 establecía la pérdida de los derechos civiles por la pérdida de la cualidad de francés<sup>1</sup>.

#### **2. El Código Civil argentino: la capacidad atribuida por la ley**

En el Código Civil argentino, algunas de sus disposiciones parecerían indicar que la capacidad es atribuida por el Estado. Así, el artículo 31 reza: “Las personas...pueden adquirir los derechos o contraer las obligaciones, que este Código regula en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes”. Ello parece ser confirmado por el artículo 53, conforme al cual “le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, in-

dependientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad política”.

Cierto es que otros preceptos contradicen una interpretación literal de estas normas transcritas, y, por ello, la doctrina ha concluido que toda persona por su sola condición de tal goza de capacidad de derecho.

Pero lo cierto es que los artículos 31 y 53 exponen una cierta manera de pensar la persona que no era ajena a las codificaciones y a la doctrina de la época, y para superar su letra es necesario un esfuerzo interpretativo.

### **3. La persona en la doctrina del siglo XIX**

#### ***a. La persona sujeto de la relación jurídica (Savigny)***

Para Savigny, las personas (en plural) no eran sino elementos de la relación jurídica. Las relaciones jurídicas se establecen entre personas y exclusivamente entre ellas. Esto significa que normalmente se encuentra un sujeto activo titular del poder (derecho subjetivo) y un sujeto pasivo, titular del deber jurídico correlativo a aquél <sup>2</sup>.

#### ***b. Reflejo en la codificación alemana***

El BGB fue un compendio de la historia del siglo XIX y, al rechazar la doctrina del Derecho de la personalidad, se pronunciaba abiertamente por la teoría de Savigny. La supresión en los títulos de la palabra persona y su sustitución por la capacidad jurídica fue consecuencia de haber asumido esa teoría del negocio jurídico, lo que hizo superflua una exposición amplia del derecho de la persona (solo los primeros 20 artículos se destinan a esto).

#### ***c. La reacción: el código civil suizo y el derecho general de la personalidad***

El Código Civil suizo de 1907 siguió otro camino: introdujo al comienzo del título I (Las personas naturales) un párrafo especial sobre el derecho de la personalidad, y además de regular los atributos (capacidad, domicilio) trató de la protección de la personalidad, la libertad y el hombre.

Sin embargo, en Argentina, las personas siguieron siendo estudiadas durante mucho tiempo como un elemento de la relación jurídica; y aun el progresista Proyecto de Código Civil de 1998, inspirado en la temática de las personas en el principio de autodeterminación que hemos de examinar más adelante, sigue influido por esa metodología.

En cambio, cabe destacarlo, el Código Civil peruano de 1984 elabora un derecho general de la personalidad, marcando el rumbo que deben seguir las futuras codificaciones.

## El siglo XX: la degradación de la persona

En el siglo XX, más allá del avance inicial que significó el Código Civil suizo, se produce un considerable retroceso por la vigencia de doctrinas totalitarias que degradaron la persona humana.

Hattenhauer, en su magnífica obra, nos recuerda que en el régimen nacionalsocialista la ley de ciudadanía restableció el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, de donde se derivaba la existencia de ciudadanos de segunda clase (los nacionales alemanes de origen judío). Y que el Proyecto de Código Nacional, preparado por la Academia del Derecho Alemán, sustituía la palabra persona por "el camarada"; y la noción de capacidad jurídica por la de posición jurídica. La "interdicción de la posición jurídica del camarada" era el modo de llevar a cabo el sistema de capacidades jurídicas escalonadas, pues el juez podía degradar la personalidad, declarando deshonrado a un sujeto, y por lo tanto indigno de participar en la vida jurídica. El camarada deshonrado seguía viviendo como un simple animal de trabajo <sup>3</sup>.

En la misma orientación, estuvieron los sistemas comunistas. Prueba de ello son el artículo 4º del Código Civil soviético, conforme al cual "para el desarrollo de las fuerzas productivas de la tierra la república soviética *concede* la capacidad jurídica civil", y el artículo 1º del Código Civil de la República Democrática Alemana de 1975, que decía: "La elevación del nivel cultural y material del pueblo y *la conversión de los ciudadanos en personalidades socialistas de amplia formación*, constituye una misión esencial de la sociedad socialista, misión que ha de cumplir también el Derecho civil de la República Democrática Alemana".

## 5. La persona como concepto técnico. Positivismo y normativismo

La doctrina había preparado el camino para la aparición de las nociones que degradaron la persona. Fue ello obra del positivismo, para el cual la persona no es más que un centro de imputación de normas.

Del mismo modo, para las posiciones normativistas, la persona existe solo en el ordenamiento jurídico. Así, entre nosotros, Orgaz dice que el hombre es ciertamente una realidad natural, mas no la persona; esta es una categoría jurídica. Hombre y persona, sigue diciendo Orgaz, no son en consecuencia términos sinónimos, como que ambos expresan conceptos con validez dentro de campos diferentes; el hombre existe en la naturaleza, la persona solo en el Derecho <sup>4</sup>.

Es lógico, entonces, que el mismo Orgaz concluya que el hombre es persona en el Derecho solo cuando es capaz de adquirir derechos y deberes, y que esa aptitud, por ser jurídica, no le viene de la naturaleza, sino del ordenamiento jurídico.

## **6. La reacción: el personalismo ético. La relación jurídica fundamental. Reconocimiento constitucional de la dignidad personal**

Terminada la guerra, se produjo una inmediata reacción. El mismo Karl Larenz, que había sido uno de los pensadores del derecho nacionalsocialista, elaboró la idea del personalismo ético que atribuye al hombre, precisamente porque es persona, un sentido ético, un valor en sí mismo —no simplemente como medio para los fines de otros— y, en este sentido, una “dignidad”<sup>5</sup>.

De ello, se sigue, afirma el autor citado, que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho de ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, la salud) y en un ámbito propio del mismo (intimidad, honor), y que cada individuo está obligado, frente a cualquier otro, de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de este es la “relación jurídica fundamental”, la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular<sup>6</sup>.

Ello quedó plasmado en los textos constitucionales que se dieron en la segunda mitad del siglo XX, especialmente en los países que salieron de regímenes totalitarios. En esta orientación, se ubican los arts. 1.1., 1.2 y 2.1. de la Ley Fundamental alemana; y el artículo 10.1. de la Constitución española dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamentos del orden político y de la paz social”

## **7. Los derechos de la personalidad**

En este nuevo ambiente, adquirieron desarrollo los denominados derechos de la personalidad, que son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad.

Los derechos personalísimos constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral.

En esta categoría, quedan comprendidos el derecho a la vida (antes y después del

nacimiento), el derecho a la integridad física y el derecho a la disposición del cadáver, que son los que hacen a la personalidad física.

También, integran la categoría los derechos al honor, a la identidad personal, a la intimidad y el derecho a la imagen, como atinentes a la personalidad espiritual.

Todos ellos reconocen un fundamento común, que es la dignidad personal.

La expansión de los derechos de la personalidad ha sido tan grande que la doctrina ha reconocido que las raíces de su regulación se encuentran en la Constitución Nacional y han sido recogidos en numerosas Convenciones Internacionales que forman lo que se ha dado en llamar el derecho supranacional de los derechos humanos. A la vez, en el caso argentino, ese derecho supranacional ha sido parcialmente constitucionalizado al darse jerarquía constitucional a los tratados y convenciones de derechos humanos enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Este era el estadio en que se encontraba el derecho de la persona al finalizar el siglo XX. Sin duda, habían quedado superadas las concepciones positivistas y normativistas y el reconocimiento de la dignidad personal constituía un valor universal <sup>7</sup>

Pero ello no importa afirmar que se hubiera arribado a un consenso en ciertos temas que afloran en la última parte del siglo XX. A modo de ejemplo, señalamos que constituían y siguen constituyendo materia de debate materias como la fertilización asistida, las prácticas esterilizantes, el aborto, la aceptación o rechazo de tratamientos médicos, la situación de ciertos grupos, como los homosexuales y su acceso al matrimonio y la adopción, etc.

Por supuesto, no pretendemos dar ahora una respuesta a cada una de estas complejísticas cuestiones.

Nos limitaremos a exponer la visión liberal que ha contribuido a sentar dos grandes principios –autodeterminación y tolerancia– destinados a ser los ejes a partir de los cuales se construirán las soluciones legales y judiciales en aquellas materias concretas que hemos enunciado y en las que vayan surgiendo con la evolución de las sociedades y, en especial, de la tecnología, que enfrenta al hombre a nuevos desafíos éticos y jurídicos.

## **Evolución. Las personas en el pensamiento liberal**

### **8. Las ideas fundamentales del liberalismo político**

El liberalismo político basa su concepción en tres ideas fundamentales: la neutralidad del Estado frente a las perspectivas morales de cada individuo, la tolerancia y la autonomía personal.

**a. Neutralidad del Estado frente a las perspectivas morales de cada individuo**

El liberalismo político opera sobre una concepción de justicia que resulta independiente de las doctrinas filosóficas y religiosas opuestas e incompatibles que profesen los ciudadanos. De esta manera, afirma Rawls<sup>8</sup>, el liberalismo político aplica el principio de la tolerancia a la filosofía misma. Como resultado de esta postura, el gobierno debe tratar a todos como iguales, independientemente de cualquier concepción particular de la buena vida o de la cuestión de qué es lo que le da valor a la vida<sup>9</sup>. En este sentido, para el Estado no es "mejor" la concepción de la vida que tiene un intelectual, que la de aquel que mira la televisión tomando cerveza y dice "esto es vida", ya que la identidad de la persona no se liga a la concepción que ella tenga del "bien", o sea, que sus derechos y reclamos y deberes no se vinculan a la pertenencia a determinada condición religiosa<sup>10</sup>.

**b. Tolerancia**

La cultura política de una sociedad democrática siempre se da dentro del marco de la pluralidad; en toda sociedad existe una diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales opuestas entre sí e irreconciliables. Algunas de estas doctrinas son perfectamente razonables, y el liberalismo político ve en esta diversidad de doctrinas razonables el inevitable resultado, a largo plazo, de las capacidades de la razón humana y su actividad dentro del trasfondo de instituciones libres y duraderas<sup>11</sup>.

La tolerancia es la condición para que convivan, en un pluralismo razonable, las doctrinas irreconciliables en lo religioso, filosófico y moral. Sin embargo, el liberalismo no puede ser tolerante con las doctrinas no razonables, siendo estas las que rechazan a una o más libertades democráticas; si lo fuese, se estaría atentando contra la justicia política misma<sup>12</sup>.

**c. Autonomía personal (autodeterminación)**

La autodeterminación es una consecuencia de los principios de neutralidad y tolerancia. Consiste en que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial a la independencia personal, inmune a la coerción por voluntad de los demás; aunque siempre existirán formas de vida prohibidas si estas atentan contra la libertades o los derechos de los demás<sup>13</sup>.

**Consecuencias prácticas del principio de autonomía**

Sentados estos principios, podemos tratar de avizorar la aplicación del principio de autodeterminación o autonomía a algunas materias concretas. No trataremos el problema de la neutralidad moral del Estado, porque ello se manifiesta fun-

damentalmente en el ámbito del derecho penal: el Estado no puede incriminar como delito conductas que puedan resultar contrarias a la concepción moral de la mayoría o de ciertos grupos, en la medida, obviamente, en que esas conductas no causen daño a terceros. En el ámbito del Derecho, la cuestión de la tolerancia se manifiesta en la convivencia en sociedades multiculturales; sobre esto haremos una breve referencia con relación a la utilización de símbolos religiosos.

Entramos, pues, al principio de autonomía y algunas de sus proyecciones concretas.

## 9. Esterilización

### *a. La situación en la Argentina: ley 17132*

La ley de alcance local 17.132, reguladora del ejercicio de la medicina, prohíbe practicar intervenciones que provoquen la esterilización del sujeto, sin que exista indicación terapéutica determinada y sin haberse agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores (art. 20, inc. 18). De acuerdo con ello, se sostiene que para legitimar una operación esterilizante es necesario: conformidad del paciente, indicación terapéutica determinada y agotamiento previo de los medios para conservar los órganos.

### *b. Leyes provinciales con distinta orientación*

Algunas normas locales permiten la contracepción quirúrgica<sup>14</sup>; También, han sido presentados proyectos en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación<sup>15</sup>, aunque no han recibido tratamiento.

Desde nuestro punto de vista, son inconstitucionales las leyes locales que prohíben la esterilización o la someten al requerimiento de ser un tratamiento necesario para la salud de la persona.

Es que, en primer lugar, la esterilización se presenta como una conducta autorreferente. Se trata de una intervención quirúrgica, no daña a terceros, ni a la persona que adopta este método, sino que, por el contrario, es una decisión que ella toma en aras de su salud, de acuerdo a sus convicciones personales y a su plan de vida. Las prácticas esterilizantes, como método de planificación familiar por su finalidad contraceptiva, suponen el ejercicio de derechos humanos fundamentales<sup>16</sup>. En definitiva, es una de las determinaciones que la persona puede tomar libremente en tanto forman parte de las elecciones que toda persona hace para desarrollar su personalidad. En este sentido, Bidart Campos ha dicho que las decisio-

nes personales del matrimonio sobre la procreación, la privacidad de la vida sexual y la autonomía personal, que no perjudican la moral pública ni los derechos ajenos, son ajenas a la intromisión del estado, que no puede convertirse en planificador de la procreación ni entrometerse en derechos personalísimos, propios del plan personal del que no derivan efectos nocivos para los demás.<sup>17</sup>

Algunos precedentes judiciales<sup>18</sup> han concedido la autorización para realizar prácticas quirúrgicas esterilizantes en mujeres que las solicitaban fundándose en que se trata de una conducta autorreferente. También, se han habilitado judicialmente esterilizaciones por motivos económicos y culturales, asumiendo el argumento de la conducta autorreferente.

## 10. Tratamientos médicos

### *a. Exigencia del consentimiento informado y posibilidad de rechazar un tratamiento médico*

Es de principio que una persona no puede ser obligada coactivamente a someterse a determinado tratamiento terapéutico contra su voluntad.

Sin embargo, corresponde hacer algunas distinciones.

Puede darse el caso extremo de que la negativa y pasividad del enfermo constituyan de hecho una actitud realmente suicida, en cuyo caso, algunos entienden que se justificaría una acción tendiente a impedir el previsible resultado.

Nosotros sostenemos que *en ningún caso* puede imponerse obligatoriamente un tratamiento médico en aras de la prolongación de la vida del propio individuo enfermo. Dejarse morir por causa de enfermedad natural no puede ser equiparado al suicidio, y es el individuo quien opta libremente por someterse a los tratamientos tendientes a dejar que la naturaleza siga su curso. Existen argumentos suficientes – a nuestro juicio – para justificar esta solución:

– está en juego el principio de autodeterminación; en definitiva, es una faceta de la libertad individual que la Constitución garantiza plenamente. Dworkin, Nagel, Nozick, Rawls, Scanlon y Thompson sostienen que “...Los individuos tienen un derecho constitucionalmente protegido a tomar las decisiones más íntimas en orden a su dignidad y autonomía personal...La elección entre la vida y la muerte es una elección profundamente personal que se encuentra encuadrada dentro del derecho a la autonomía o privacidad<sup>19</sup>”; y nuestra Corte Suprema ha dicho que “Si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, este debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad in-

dividual de cada ser humano... La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad... debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida”<sup>20</sup>.

– y, también, es una faceta o corolario del derecho a la dignidad personal, valor fundante de todos los derechos de la personalidad y elemento primario de la relación jurídica fundamental;

– esa dignidad y esa libertad solo pueden ser coartadas cuando las conductas del sujeto afecten a terceros.

De modo, pues, que en la jurisprudencia viene predominando abiertamente el criterio según el cual no puede imponerse a una persona un tratamiento médico — clínico o quirúrgico— sin su consentimiento <sup>21</sup>. La cuestión tiene especial vigencia práctica en las transfusiones sanguíneas, pues quienes pertenecen a cierto culto se niegan a recibirlas. La cuestión —que había dado lugar a pronunciamientos contradictorios— llegó a conocimiento de la Corte Suprema argentina en la causa Bahamondez. Si bien la cuestión era abstracta al tiempo de la sentencia, seis de los nueve jueces de la Corte dieron su opinión en el sentido de que no es procedente imponer un tratamiento; de donde es posible colegir que, de no haber sido abstracto el tema, se habría sentado claramente la doctrina de que es improcedente forzar a una persona a recibir un tratamiento médico de cualquier especie, incluida la transfusión sanguínea <sup>22</sup>.

## 12. Los actos en previsión de la propia incapacidad

Algunas legislaciones contemporáneas (Canadá, Alemania, Japón, Inglaterra y EE.UU) contienen previsiones importantes en orden a la eficacia de actos otorgados por una persona en previsión de su propia incapacidad. Estos actos son identificados como “testamento vital” o “living will”.

Dentro de esas disposiciones, se encuentran la posibilidad de estipular quién ha de ser el propio curador en caso de incapacidad o establecer que ciertos mandatos conserven —o adquieran— vigencia en el caso de declaración de insania o inhabilitación.

Pero, también, se prevé la posibilidad de que el sujeto dicte directivas y disposiciones sobre su sobrevida y la atención de su salud para el momento de su inca-

pacidad, las que serían obligatorias para quienes deban cumplirlas. De modo que el sujeto podría establecer reglas para ser o no sometido a ciertos tratamientos médicos de prolongación de su vida.

La jurisprudencia nacional ha reconocido el testamento vital de manera directa en el caso M y de manera indirecta en S.M D. C.<sup>23</sup>. En el ámbito del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se ha creado un Registro Público para inscribir dichos documentos.

### **13. Vida sexual**

#### ***a. Importancia del sexo en la vida personal***

Afirma Nagel que el sexo es la fuente del placer más intenso del que son capaces los seres humanos y una de las pocas fuentes del éxtasis humano. Es, también, el ámbito de la vida adulta en el que se les permite disolverse a las estructuras definidoras e inhibidoras de la civilización y en que nuestras naturalezas, profundamente presociales, animales e infantiles, pueden ser totalmente liberadas y expresadas, ofreciendo una forma de completitud física y emocional que no puede encontrarse en otra parte. La defensa de la tolerancia y de un área de privacidad protegida en este terreno es especialmente importante<sup>24</sup>.

#### ***b. La reacción social frente a la libertad sexual***

El mismo autor afirmaba que “nuestra cultura política se encuentra en una situación de pánico adolescente generalizado respecto del sexo, generada por un súbito renacimiento del puritanismo. Esta reacción social ha llegado tan lejos como sostener la constitucionalidad de leyes que sancionan la publicación y distribución de pornografía<sup>25</sup>. E identifica una importante fuente de restricciones cuestionables a la libertad individual en el deseo de proteger a la gente de la ofensa o el insulto de aquellos, cuyas expresiones públicas o fantasías privadas ofenden las sensibilidades de otros, haciéndolos sentir que viven en un ambiente hostil o amenazante. Una de las versiones más importantes es el intento de regular la conducta sexual<sup>26</sup>.

### **Reconocimiento de la libertad sexual**

Sin embargo, se avanza hoy hacia el reconocimiento amplio de la libertad sexual, esto es, de vivir el sexo de acuerdo a la decisión libre de cada uno. En esta orientación, la jurisprudencia europea ha considerado contrarias a la Convención

Europea de Derechos Humanos las legislaciones que restringen el goce de ciertos derechos a los transexuales o pretende penar algunas conductas sexuales.

**(i) Transexualismo: sentencia del TEDH. Goodwin v. The United Kingdom 11.7.2002**

Christine Goodwin nació hombre en 1937 en el Reino Unido. En la década de 1960 le fue diagnosticada disforia de género. En 1990, se sometió a una cirugía de reasignación de sexo y cabe destacar que la operación fue realizada en un hospital público del Reino Unido. Goodwin litigó contra su país de origen ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que la legislación vigente en el Reino Unido violaba su derecho a una vida privada y a formar una familia, según los artículos 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>27</sup>. La Corte decidió que en el caso existía un conflicto entre la realidad social y el derecho, que colocaba al transexual en una posición anómala dentro de la sociedad; de esta manera, Goodwin se encontraba en un estado de vulnerabilidad y humillación. Se sostuvo, además, que la situación de indeterminación legal de los transexuales en el país en cuestión era simplemente insostenible, por lo que se debía proceder a un reconocimiento completo de su status legal.

**(ii) Prácticas sadomasoquistas: sentencia del TEDH. AD v. Belgium 17.2.2005**

El Tribunal Europeo se encontró recientemente frente a un caso en el que el Reino de Bélgica era demandado por haber impuesto una sanción penal a algunos de los participantes de prácticas sadomasoquistas<sup>28</sup>. El Tribunal Europeo sostuvo que *“El derecho de mantener relaciones sexuales deriva del derecho de disposición del cuerpo y hace parte de la noción de autonomía personal”*, para repetir, en un contexto sexual, que *“la facultad de cada uno para llevar su vida como él la entiende (o la quiere) puede igualmente incluir la posibilidad de darse a actividades percibidas como física o moralmente dañosas o peligrosas para su persona”*; extrae la conclusión de que *“el derecho penal no puede, en principio, intervenir en el dominio de las prácticas sexuales consentidas que reflejan el libre arbitrio de los individuos”*; tendrían que existir razones particularmente graves –sostiene– para que esté justificada, en los términos del art. 8.2 de la Convención, una injerencia de los poderes públicos en el ámbito de la sexualidad”<sup>29</sup>.

Esta sentencia ayuda a tomar conciencia de la noción de autonomía personal que, en el ámbito de la sexualidad, debe ser rigurosamente la autonomía de *todos* los participantes, y que de una manera más general *erige la voluntad individual en última muralla contra las desviaciones de los otros*.

Además, contribuye a poner de relieve los vínculos estrechos que unen las nociones de dignidad y autonomía personal.

## Tolerancia

### 14. Tolerancia y pluralismo razonable

La tolerancia liberal protege el derecho de los individuos a discrepar de su grupo, así como el derecho de los grupos a no ser perseguidos por el Estado. Es una consecuencia del pluralismo razonable, esto es, la convivencia de múltiples formas de pensar en materia filosófica, moral, religiosa.

Ahora bien, hemos señalado antes, en este mismo trabajo, que ello encamina a una cuestión extraordinariamente compleja que es determinar qué es lo razonable.

En este sentido, advierte Rawls que lo razonable no equivale a lo racional, sino que supone una sociedad donde sus miembros no son santos ni egocéntricos; es una sociedad de iguales en cuanto a los asuntos básicos; todos los ciudadanos tienen sus propios objetivos racionales que esperan favorecer, y todos están dispuestos a proponer términos justos que se espera razonablemente acepten los demás, de modo que todos puedan beneficiarse y mejorar, según lo que cada cual pueda lograr por sí mismo <sup>30</sup>.

De esta manera, resulta irrazonable la doctrina que pretenda eliminar la libertad de pensamiento y de conciencia o privar a ciertas personas de su dignidad.

Con este alcance, se advierte que son las sociedades multiculturales las que deben enfrentar mayores desafíos, particularmente por el choque cultural entre tradiciones musulmanas y cristianas. Es claro que ello tiene lugar en el escenario europeo.

### 15. La Charia y la cuestión del velo islámico

La charia comprende los mandamientos que debe observar el musulmán. Esencialmente, es un catálogo de reglas indicativas de cómo satisfacer a Dios, tanto en las obligaciones del culto como en las relaciones con los demás. El derecho musulmán ha sido elaborado a partir de la charia. Este derecho "fiqh" no ha conocido jamás mutación del derecho sagrado en el derecho civil; lo lícito y lo ilícito solo están en lo divino y en la norma dada.

La charia es difícil de compatibilizar con los principios fundamentales de la democracia. Esta incompatibilidad debe ser juzgada en concreto y no en abstracto, ya que las tradiciones cambian de país a país; es así que las distintas sociedades imponen diferentes restricciones a las manifestaciones religiosas; por ejemplo, las limitaciones al uso del chador o hijab por parte de las mujeres son menores en el Reino Unido, Holanda y Alemania, mientras que son mayores en Turquía y Francia.

En este último sentido, la Corte de Estrasburgo en el caso *Leyla Sahin v. Turkey*<sup>31</sup> decidió que la disposición de derecho turco que prohíbe a las mujeres acudir a la universidad laica vistiendo chador es razonable debido a la postura laica del Estado turco. El tribunal también entendió que la utilización del velo en universidades laicas configura ostentación que se traduce en una posible presión para los estudiantes que adhieren a otra religión. En este contexto, es razonable que dichas instituciones tengan reglamentaciones que limitan la expresión de ritos o de símbolos de una determinada religión, máxime cuando en Turquía la gran mayoría adhiere al Islam, por lo que la prohibición protege la libertad religiosa de grupos minoritarios existentes en dicho país.

El tribunal también encontró razonable la posición del Estado Suizo al prohibir a una profesora utilizar el velo en ocasión de asistir a clases<sup>32</sup>.

La Corte Europea de Derechos Humanos afirma que en una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten en el seno de una misma población, puede ser necesario adecuar la libertad de manifestar las creencias religiosas a determinadas restricciones para conciliar los intereses de diversos grupos y asegurar el respeto a las convicciones y creencias de cada uno<sup>33</sup>.

Pero dichas restricciones no pueden atentar contra el pluralismo, otras disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni suprimir totalmente la libertad de manifestar la religión o las convicciones de cada persona<sup>34</sup>.

El argumento principal a favor de la prohibición del velo islámico estriba en que es un símbolo de la sumisión de la mujer bajo la ley islámica. Esta corriente de pensamiento sostiene que detrás del simbolismo existen situaciones como las descritas en un informe presentado en el invierno europeo (2002/3) sobre la plática Alison Spencer en 16.5.02 publicada en *Le Bolchevik*, según el cual en Francia había 70 mil mujeres amenazadas por matrimonios arreglados y 35 mil padecían o corrían el riesgo de la mutilación genital. Se argumenta que esta situación es totalmente contraria al espíritu de las sociedades democráticas que defienden la igualdad entre el hombre y la mujer; por lo tanto, el mundo occidental no puede ser tolerante ante estas circunstancias.

Otros opinan que las soluciones del TEDH no son un modelo de tolerancia sino más bien una imposición de una cultura sobre otra; la opción laica es una elección política del Estado que de ninguna manera se ve afectada por una manifestación religiosa como vestir el velo islámico, por corresponder esta práctica al fuero íntimo de la persona<sup>35</sup>.

Desde nuestro punto de vista, las soluciones del TEDH son perfectamente razonables, pues, efectivamente, el uso del velo islámico aparece como la manifestación externa de una situación de la mujer francamente intolerable, y sobre la cual,

alguna parte del mundo musulmán no parece dispuesto a evolucionar. En este sentido, las decisiones del TEDH parecen indicar claramente que Europa no está dispuesta a aceptar que haya mujeres que gocen de todos los derechos que les asegura el derecho occidental; y mujeres de segunda clase que están sometidas a una situación de servidumbre por su condición religiosa.

En otras palabras, la situación de la mujer en el mundo musulmán es incompatible con la concepción de una sociedad liberal; la tolerancia hacia formas de pensar distintas no alcanza a justificar la servidumbre de la mujer.

## V. Conclusiones

El reconocimiento de los principios de autonomía y tolerancia es el presupuesto de la convivencia en un pluralismo razonable; ellos son exigencias de la sociedad democrática.

Se trata de que cada persona cuente con la más amplia posibilidad de sostener y defender sus propias ideas, de persuadir y criticar a los demás ... de conocer y adherir a formas de vida distintas; esta es la forma en que se garantiza un igual respeto a todos: permitiendo que todos se expresen, critiquen a los demás y se eduquen mutuamente en la diversidad<sup>36</sup>.

Sobre tales principios, se está construyendo el derecho de las personas en el momento actual.

## Notas

- 1 En la actualidad, el tema de la nacionalidad constituye todo el Título Primero bis del Código Napoleón, establecido por ley 93-993 del 22 de julio de 1993.
- 2 Hattenhauer, Hans. Conceptos fundamentales de Derecho Civil, traducción de Gonzalo Hernández, Ariel, Barcelona 1987, pág. 19.
- 3 Hattenhauer, ob. y lug. Citados.
- 4 Orgaz, Alfredo. Personas Individuales. Depalma, Buenos Aires, 1946, pág. 7.
- 5 Larenz, Karl. Derecho Civil - Parte General, trad. de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, EDERSA. Madrid, 1978, pág.45.
- 6 Larenz, ob. y lug. Citado.
- 7 Con las salvedades de ciertas comunidades en las cuales los derechos de la mujer y de ciertos grupos (homosexuales, por ejemplo) estaban y siguen estando muy limitados.
- 8 Rawls, John. Liberalismo Político. Traducción de Sergio René Madero Báez.

- Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pág. 34.
- 9 Dworkin, Ronald. Liberalismo, Constitución y Democracia. Traducción de Julio Montero y Alfredo Stolarz. La Isla de la Luna. Buenos Aires, 2003, pág. 23.
  - 10 Dworkin, ob. citada en nota 10, y lug. cit.
  - 11 Rawls, ob. cit. en nota 9, pág. 29
  - 12 Obviamente, aquí se plantea una cuestión nuclear: ¿cuáles son las doctrinas *irrazonables*?, ¿cómo se las identifica?. Una respuesta inicial es que son irrazonables las doctrinas que predicán el desconocimiento de las libertades de los que no participan de ella; verbigracia, toda doctrina que postule la supresión de la vida o de los derechos esenciales del resto de la comunidad (o de un sector de ella) es una doctrina irrazonable. Así, un fundamentalismo religioso que sostenga que todos los miembros de otra religión son “infieles” y deben ser eliminados en una “guerra santa”, sería irrazonable. Lo mismo aquellas doctrinas que desconocen derechos elementales a las mujeres (elegir con quien casarse o el derecho al goce sexual para lo cual se las somete a la ablación del clítoris).
  - 13 Dworkin Ronald, La Comunidad Liberal. Trad. de Claudia Montilla. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 1996. Página 77.
  - 14 Entre ellas, figuran: Río Negro, ley n° 3450 de salud reproductiva, y modificación de la ley ° 3338 de ejercicio de la medicina, ley n° 3445 ( promulgada el 23 de octubre de 2000); Mendoza, Resolución. n° 2492 del Ministerio de Desarrollo Social y Salud, 2 de octubre de 2000 que amplía la ley 6443 que crea el Programa de Salud Reproductiva en 1996; Tierra del Fuego, ley n° 509, su modificatoria del art. 8, del 20 de setiembre de 2001. A fines del 2001, se presentaron tres proyectos de ley en la Legislatura de la Provincia de Santa Cruz, dos de ellos rechazan la contracepción quirúrgica, el otro sigue idénticos lineamientos que la ley de Río Negro.
  - 15 A fines de 1996, de Irrazábal y otros. “Proyecto de Ley Nacional sobre el Régimen de Anticoncepción Preventiva en la Mujer”; en diciembre de 1997, del dip. Vaca Narvaja, “Proyecto para la modificación del art 91 del Código Penal”; en 2000, de Miseli, Espindola “Proyecto para modificar la ley 17.132” y, en abril de 2001, el Proyecto de la dip. Barbagelata, tendiente a posibilitar “las intervenciones quirúrgicas que provoquen la imposibilidad de engendrar o concebir en forma transitoria o definitiva” .
  - 16 Bertoldi de Fourcade, María Virginia y Stein, Patricia. Manifestaciones del derecho a disponer del propio cuerpo. Consideraciones acerca de la salud re-

- productiva, graves enfermedades y clonación, LL 15/10/2004.
- 17 Bidart Campos, Germán. La tutela médica del Estado providente y la privacidad matrimonial. E.D. 145-439.
- 18 Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición, de Mar del Plata. Ferreyra s/amparo, 15/09/2005.
- 19 Philosopher's Brief amicus curae en los Casos Vacco y Glucksberg (1997) decididos por la Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U.
- 20 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 09/02/2005. S.M D. C. La Ley 2005-B-267 con nota de Pilar Zambrano.
- 21 En el caso "M", el Juez Hooft reconoció como válida la voluntad de un paciente a morir dignamente. El fallo se fundamentó en la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a la dignidad de la persona y al respeto a sus libertades fundamentales: Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005. JA 16/11/05, con nota de Augusto Mario Morello y Guillermo C. Morello.
- 22 CSJN, 6/4/1993, JA 1993-IV-338, con nota de Julio César Rivera.
- 23 Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, in re "M", JA 16/11/05 con nota de Augusto Mario Morello y Guillermo C. Morello; ...; S.M D. C. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 09/02/2005. La Ley 2005-B-267 con nota de Pilar Zambrano.
- 24 Nagel, Thomas, en Dworkin Ronald y otros. Democracia Deliberativa y Derechos Humanos. Gedisa. 2004. Barcelona. Página 57.
- 25 US Supreme Court, casos Ginzburg y Mishkin. 1966. www.oyez.org
- 26 Nagel, Thomas en Dworkin Ronald y otros. Op Cit. Página 54 y 56.
- 27 En Goodwin, el tema era que a pesar de haber cambiado la apariencia de su sexo morfológico, la legislación inglesa seguía considerando a Goodwin como hombre. De allí que, en 1990, se consideró víctima de acoso sexual e intentó entablar una acción ante el Tribunal de trabajo, pero, por ser considerada hombre bajo la ley, no pudo hacerlo. Meses después, fue despedida con argumentos vinculados a problemas de salud, pero la verdadera razón era su condición transexual. En 1996, comenzó a trabajar para otro empleador. Este le pidió su número de seguro nacional y, al tener miedo de que por ese número se conociera su sexo de origen y sufriera discriminación, solicitó un nuevo número de seguro nacional al Ministerio de Asuntos Sociales. Sin embargo, esto fue en vano. Entonces, ella decidió darle su número de seguro a su empleador y, cuando su transexualidad se conoció, comenzó a tener problemas laborales. Al intentar jubilarse como mujer, a los 60 años de edad, no lo pudo hacer, ya que a

los hombres se les otorga la jubilación a los 65 años de edad, y ella, a los fines de la seguridad social, seguía siendo un hombre, no obstante la adecuación de sus documentos.

Sus expedientes relativos al retiro, en los que figuraba el sexo y el prenombre masculino, los calificaron como “sensibles” o “confidenciales”. Esto significaba que solo tenían acceso a ellos ciertos empleados de un nivel jerárquico determinado. Por ende, cuando ella necesitaba comunicarse por las cuestiones más simples tenía que ir personalmente sin poder hacerlo por teléfono, como todos los demás.

En concreto, Goodwin se quejó ante el TEDH de que el derecho británico no le reconociera el status correspondiente a su condición real, produciendo así la violación de los derechos 8, 14 y 12 de la Convención Europea de Derechos del Hombre. Fundamentalmente, se agravía de que el Estado Inglés continúe otorgando un certificado de nacimiento en el que figura con su sexo de origen, ya que ello le produce múltiples perjuicios morales y materiales.

- 28 TEDH, 17.2.2005, in re AD v. Belgium ; sentencia comentada por Marguenaud, Jean-Pierre en la Revue Trimestrielle de Droit Civil 2005-2-341.
- 29 Cabe apuntar que como en el caso existieron razones graves, con afectación de terceras partes, se confirmó la condena impuesta por el Estado belga; es decir, no se condenaron las prácticas sadomasoquistas en sí mismas consideradas, sino que se sancionó el daño causado a terceros por la conducta sexual. En concreto: la mujer que participaba de las prácticas – que estaban grabadas en video - en algún momento pidió que se detuvieran y reclamó “piedad”; los varones participantes (un médico y un magistrado) hicieron caso omiso del reclamo y, por ello, se consideró que afectaron la libertad sexual de la víctima.
- 30 Rawls, John. Liberalismo Político. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Sergio René Madero Báez. México. 1995. Página 71.
- 31 TEDH. Leyla Sahin v. Turkey. 29/6/2004. [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)
- 32 TEDH. Madame Dhalab v. Switzerland. 15/02/2001. [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)
- 33 TEHD. Kokkinakis v. Greece. 25/5/1993. [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)
- 34 TEHD. Yanasik v. Turkey. N 14524/89. [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr)
- 35 Di Dilecta Tega. La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla questione del velo islamico: un monito, non troppo rassicurante, per il futuro (caso Sahin c/ Turchia), Forum di Quaderni Costituzionali. 15 Luglio 2004.
- 36 Gargarella, Roberto. Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina. J.A. 26/11/2003.