

PROGRAMA REGIONAL DE APOYO A LAS DEFENSORÍAS
DEL PUEBLO DE IBEROAMÉRICA



El derecho de las personas menores de edad a la libertad sexual en Argentina

Documento
de Trabajo

Nº 12-2012

Diego Mielnicki
Email: dmielnicki@hotmail.com



ISBN 13: 978-84-88754-45-5

El derecho de las personas menores de edad a la libertad sexual en Argentina

Diego Mielnicki*

RESUMEN

La sexualidad en tanto inherente a la personalidad y a la naturaleza humana posee un innegable carácter vital, sin embargo, también se encuentra atravesada por la cultura y los contextos. El reconocimiento del derecho al libre ejercicio de la sexualidad no ha sido pacífico ni carente de contradicciones y dilemas. Puede advertirse que el derecho a la libertad sexual actúa como eje entre los diversos derechos sexuales reconocidos, y a su vez, se relaciona - aunque no debe en modo alguno ser confundido- con los derechos reproductivos. El derecho a la libertad sexual puede desprenderse como contenido de los derechos a la privacidad, a la intimidad, a la identidad y del principio de libertad. Niñas, niños y adolescentes son sujetos titulares de derechos y de Derecho.

Por ello, entre otros interrogantes se plantean los siguientes: ¿Es el derecho a la libertad sexual un derecho humano o fundamental? ¿Son las personas menores de edad, en sus diferentes etapas y grados de autonomía y competencia, titulares plenos del derecho? ¿Qué ocurre con la aplicación del

* Alumno del Máster en Derechos Humanos, Estado de derecho y Democracia en Iberoamérica. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Postgraduado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica (Universidad de Alcalá, España). Jefe de Área de Asuntos Urbanos, Espacios y Servicios Públicos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Docente titular de las materias Práctica Profesional I y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Buenos Aires, Argentina).

principio de universalidad? ¿Cuáles son los límites en el derecho-deber y el ejercicio de la patria potestad de los padres?

¿Existen vacíos o aparentes contradicciones entre las disposiciones de las diferentes ramas del derecho; derecho civil, derecho sanitario y derecho penal?
¿Cómo se integran o supeditan sus normas respecto de los postulados del derecho constitucional y convencional de fuente internacional en materia de derechos humanos?

PALABRAS CLAVE

Derechos sexuales y reproductivos. Libertad sexual. Libre ejercicio de la sexualidad. Niñas, niños y adolescentes.

ÍNDICE

I Introducción

- 1.1. Planteo general, motivación y objeto del trabajo
- 1.2. Importancia científica, enunciado del problema y objetivos
- 1.3. Descripción y contexto de los derechos vinculados con la sexualidad.
Características del trabajo

II La delimitación de los “derechos sexuales y reproductivos”

- 2.1. La sexualidad humana
- 2.2. La relación entre sexualidad, reproducción y salud
- 2.3. La libertad en la sexualidad frente al reconocimiento de la salud sexual y la salud reproductiva
- 2.4. El deslinde de los “derechos reproductivos” de la salud reproductiva
- 2.5. Los progresos en el reconocimiento a los derechos de la sexualidad
- 2.6. Los contenidos y alcances de las figuras incluidas en los “derechos Sexuales”
- 2.7. El derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad

III Los derechos humanos y fundamentales afines

- 3.1. Los derechos que contienen y dan protección a los “derechos de la sexualidad”
- 3.2. El derecho a la salud integral
- 3.3. El principio-valor de la libertad
- 3.4. El derecho a la educación
- 3.5. El derecho a la identidad
- 3.6. El derecho de asociación
- 3.7. El derecho a la privacidad

IV Los sujetos de derecho y el ejercicio de la sexualidad

- 4.1. La titularidad del derecho a la libertad sexual como eje de los derechos de la sexualidad
- 4.2. Las reglas de la capacidad y su tránsito al principio de la competencia y la autonomía progresiva
- 4.3. Los derechos de niñas, niños y adolescentes con los alcances del principio del interés superior
- 4.4. El derecho a la privacidad y el ejercicio de derechos personalísimos frente a las reglas civiles de la patria potestad

- 4.5. Las edades para consentir contrastadas con las figuras del derecho penal sexual
- 4.6. Los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a la universalidad de los derechos humanos
- 4.7. Las figuras de la libertad protegida o informada con fundamento en el daño irreversible

V Conclusiones

VI Bibliografía

I Introducción

1.1. Planteo general, motivación y objeto del trabajo

Una posible introducción a la temática faculta a señalar, aún a riesgo de resultar obvio, que la sexualidad es inherente a la personalidad y a la naturaleza humana, tanto que incluso puede entenderse en sentido amplio que ella constituye uno de los elementos necesarios para la vida. Todas las personas somos seres sociales y sexuados, desde el nacimiento y hasta la muerte. Es atinente afirmar que existe un innegable carácter vital en la sexualidad humana y por ello, puede también sostenerse en el ejercicio libre de la sexualidad por parte de cada individuo de la especie.

No obstante, subyace a la vitalidad de la sexualidad humana la certeza de que también somos seres atravesados por la cultura, los contextos sociales, económicos, históricos, políticos y religiosos. Los Estados, las sociedades, los credos y las familias, con su abanico de idiosincrasias, tradiciones y normas expresas y tácitas, han ido regulando como permisos y prohibiciones todo aquello que en algún momento de la civilización humana fue pura libertad. En definitiva, una precoz observación habilita señalar que no ha sido necesariamente pacífico el reconocimiento del derecho al ejercicio de la sexualidad, o de la libertad sexual, a lo largo de la historia humana.

Transcurridas varias décadas desde la aparición en el mundo del nuevo paradigma ético sustentado en el reconocimiento de los derechos humanos, “*el mejor invento del siglo XX*”¹, afirmados sobre los denominados “derechos morales” pero también a partir de las demandas derivadas de la asunción de la propia dignidad de las personas,² puede verificarse que en el proceso de reconocimiento internacional y constitucionalización de una serie de derechos humanos, aún se mantienen determinados aspectos relevantes por zanjar. A raíz de la percepción de esos espacios que no han podido acabar de definirse jurídicamente, surge la necesidad de repensar parámetros, contenidos y contenidos de los derechos que entran en juego cuando se analizan las acciones que hacen a la sexualidad humana.

¹ NINO, S. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2º edición, Buenos Aires, Astrea, 1989.

² ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, CICODE-Trama, 2005, pp.16-35.

El presente trabajo en consecuencia, tendrá por objeto aportar elementos de análisis a fin de intentar concluir si todas las personas son efectivamente titulares del derecho al libre ejercicio de la sexualidad, como eje central entre los diversos derechos sexuales o vinculados con la sexualidad que han sido reconocidos implícita o explícitamente, así como la conveniente y compleja escisión de éstos respecto de los denominados derechos reproductivos o relacionados con la reproducción.

Debe mencionarse también que el núcleo conceptual de la presente investigación estará dado por el examen de los especiales casos de niñas, niños y adolescentes, en atención a sus diferentes etapas de madurez y autonomía frente al derecho y al ejercicio de la sexualidad. Ellos, contrastados con las funciones, prerrogativas, facultades o derechos de padres, jueces, profesionales de la salud y en definitiva del propio Estado en general.

1.2. Importancia científica, enunciado del problema y objetivos

La importancia que suscita el aportar algunas reflexiones a la temática del reconocimiento de estos derechos a las personas que aún no son adultas, se encuentra en la eventual existencia de ciertos enunciados y regulaciones que podrían contradecirse, algunos posibles vacíos y derechos no protegidos en forma eficaz, cuestiones que podrían generar indefensión y falta de certezas; por ende, se entiende que aflora la conveniencia de sumar esfuerzos a efectos de conceptualizar, redefinir y contener jurídicamente aquellos asuntos que hacen al desenvolvimiento humano y vital de las personas, cuyos derechos, tanto respecto de la titularidad como del efectivo ejercicio, se encuentran en proceso de reconocimiento y delimitación a partir del tránsito de niñas, niños y adolescentes, de meros objetos de protección a verdaderos sujetos de Derecho y de derechos.

Entre los propósitos del presente trabajo pueden indicarse; la conveniencia de realizar una clara demarcación que tome en consideración cada uno de los progresos observados en pos del reconocimiento de la existencia de un derecho humano a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad, integrante del grupo de los denominados "derechos sexuales", debiendo agregarse que éstos últimos podrían involucrar o desprenderse como contenido, según en cada uno de los casos, de los derechos a la privacidad, a la intimidad y a la identidad, así como vincularse con el principio de libertad, entre otros.

Debe advertirse además la existencia de una complementariedad que será necesario redefinir validando sus alcances, con los derechos a la integridad sexual, a la salud sexual y a la identidad sexual, entre otros, fijando especial atención en la elaboración de sus contornos y el reconocimiento convencional, constitucional, legislativo, jurisprudencial y doctrinario con especial foco en la República Argentina.

Finalmente, en el núcleo medular de la investigación se avanzará en el estudio del reconocimiento de los derechos vinculados con el ejercicio de la sexualidad por parte de niñas, niños y adolescentes, con atención prioritaria en la afirmación de sus capacidades y competencias sobre la base de la aplicación de los principios de universalidad, autonomía progresiva e interés superior del niño. En otras palabras, se procurará apreciar los concretos alcances y las eventuales limitaciones, si hubiera, respecto del derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad como integrante de la nómina de los “derechos sexuales” distinguidos previamente de los “derechos reproductivos”, en tanto constituir posibles contenidos de derechos humanos y fundamentales respecto de las personas civilmente consideradas como menores de edad.

En razón de lo señalado, algunos de los interrogantes aquí planteados sobre los que se intentará razonar y concluir serán:

¿Existen propiamente los derechos sexuales y los reproductivos?

¿Cuáles son exactamente y cuál es la nómina posible de derechos involucrados entre los denominados “derechos sexuales”?

¿Cuáles son exactamente y cuál es la nómina posible de derechos involucrados entre los denominados “derechos reproductivos”?

¿Cuáles son las relaciones y los vínculos que pueden existir entre los “derechos sexuales” y los “derechos reproductivos”?

¿Cuáles son sus similitudes, diferencias, dependencias, interrelaciones de género-especie, contenidos positivos, facetas negativas y aspectos prestacionales de unos y otros?

¿Cuál es el vínculo y las interrelaciones que se establecen entre la libertad sexual, la salud sexual y su delimitación respecto de la salud reproductiva?

¿Pueden apreciarse reconocimientos convencionales, constitucionales, legales o reglamentarios en cada uno de los derechos?

¿Qué derechos subjetivos, libertades y facultades específicas se encuentran en juego bajo cada uno de los conceptos?

¿Es el derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad un derecho humano o fundamental?

¿Cuál es su alcance y delimitación actual en la Argentina?

¿Son las personas menores de edad (niñas, niños y adolescentes) en sus diferentes etapas y grados de autonomía y competencia, titulares plenos de dichos derechos?

¿Qué ocurre en esos supuestos con la aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos?

¿Cuáles son los límites en el derecho-deber y el ejercicio de la patria potestad de los padres?

¿Existen vacíos o aparentes contradicciones entre las disposiciones y regulaciones provenientes de las diferentes ramas del derecho; derecho civil, derecho sanitario y derecho penal?

¿Cómo se integran o supeditan sus normas respecto de los postulados del derecho constitucional y convencional de fuente internacional en materia de derechos humanos?

1.3. Descripción y contexto de los derechos vinculados con la sexualidad. Características del trabajo

Los derechos en general surgen a partir de demandas que reflejan intereses. A lo largo de la historia reciente, por diferentes motivos y con un abanico amplio de causas, individuos y grupos sociales fueron generando las condiciones para definir, afirmar y delimitar los reconocimientos jurídicos de cada determinada clase de derechos. En la presente investigación no se dejará de lado la atención a los contextos histórico-políticos que han influido sobre el reconocimiento y la definición de las figuras vinculadas a los derechos de la sexualidad y de la reproducción.

A propósito de ello, se hará hincapié en la importancia que acompaña esa estrecha pero a la vez paradójica vinculación, entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos.

Así como el ejercicio de la sexualidad puede ser condición, en la actualidad no necesaria (por ejemplo, en la fecundación asistida, por inseminación artificial o fecundación *in vitro*) para la reproducción, cierto es también que la reproducción es consecuencia, no siempre ni mucho menos necesaria, del ejercicio de la sexualidad.

De forma similar, el ejercicio de los derechos reproductivos requiere un mínimo de goce del valor-bien jurídico-derecho a la salud, pero a su vez se ha entendido que la salud reproductiva, subespecie de los derechos de reproducción, también es uno de los contenidos del derecho a la salud integral. Incluso se ha llegado a plasmar la figura de la salud sexual como un nuevo contenido del citado derecho humano, también fundamental en la Argentina, que a su vez se vincula de diversas maneras con la salud reproductiva y el derecho a la procreación.

Sin perjuicio de lo hasta aquí reseñado, el derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad implica necesariamente la idea de valiosos bienes jurídicos y derechos humanos que han sido receptados como derechos fundamentales en la Argentina; la privacidad, la libertad de intimidad y la identidad, especialmente entrelazados con la noción de un ámbito de autonomía y protección de las denominadas conductas autorreferentes, aquellas que hacen al propio “plan de vida” en la comprensión liberal, democrática y tolerante del constitucionalismo nacional a partir de una norma clave del sistema, el artículo 19 de la Constitución Nacional.³

³ El artículo 19 de la Constitución Nacional reza: “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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

II La delimitación de los “derechos sexuales y reproductivos”

2.1. La sexualidad humana

A título de cuestión preliminar, cabe admitir que resulta por demás pretencioso definir inequívocamente que es la sexualidad. En dicho concepto pueden considerarse elementos históricos, culturales, sociales, antropológicos, psicológicos y lógicamente, según se intentará desentrañar a lo largo del presente trabajo, también jurídicos.

¿Qué es la sexualidad? La respuesta puede incluir: un bien jurídico o un valor inherente al concepto de humanidad en interrelación con diversos derechos humanos.⁴ A título de ejemplo, en la historia relativamente reciente puede observarse una innegable conexión, sin abrir juicio de valor en este momento, entre la sexualidad humana y la moralidad. Probablemente el primer antecedente de quiebre en dicha paridad pueda hallarse en el Informe Wolfenden⁵, publicado en Gran Bretaña en 1957, en el cual se expresaba que debía existir un ámbito o un área de moralidad e inmoralidad netamente privada, ajeno a las previsiones de las leyes. Basado en criterios de tolerancia y neutralidad moral se entendía que no resultaba necesario legislar aspectos sustentados en determinada posición moral o religiosa sobre la base de lo que, años después, sería entendido como un Estado pluralista y tolerante. En dicho informe asimismo se recomendaba que la homosexualidad entre adultos y el ejercicio de la prostitución fuera de ámbitos públicos fuese despenalizada, en tanto no constituían cuestiones propias del Derecho en razón de no lograr probarse la existencia de afectaciones relevantes hacia terceras personas.

También se sostenía que no obstante los intentos sociales por equiparar aquello que es crimen con lo que es pecado, debía abstraerse de la actuación del Derecho todo aquello que estuviera contenido en el ámbito de privacidad no dañoso al que previamente se hacía referencia.

⁴ Desde otra perspectiva, y en una definición lingüística para el mundo hispanoparlante, la Real Academia Española define la sexualidad como el “1. f. Conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo. 2. f. Apetito sexual, propensión al placer carnal.” Diccionario de la Real Academia Española. Consultado en el 04/11/2011, actualizado en octubre del 2012: <http://lema.rae.es/drae/?val=sexualidad>

⁵ Informe del Comité Departamental sobre Delitos Homosexuales y Prostitución, presentado por el director del comité Sir (luego Lord) John Wolfenden y publicado en Gran Bretaña el 04/09/1957. Diversas referencias, entre ellas, <http://gimenagarciafilosofiadelderecho.over-blog.es/article-36322099.html> consultada el 06/11/2011.

En relación con lo antedicho, resulta posible sostener que los precedentes jurisprudenciales norteamericanos que se han constituido en importantes *leading cases* en la materia, los fallos dictados en los casos “Griswold v. Connecticut”⁶ y “Roe v. Wade”⁷ hayan estado influidos por la doctrina sustentada a consecuencia del Informe Wolfenden.

2.2. La relación entre sexualidad, reproducción y salud

Durante las décadas de 1950 y 1960 ciertas referencias a la salud reproductiva o a la reproducción fueron delineadas a raíz de las pretensiones estatales por regular la fecundidad en razón de los temores existentes por las proyecciones de superpoblación en el planeta. En otras palabras, las primeras nociones sobre estos conceptos surgen a partir de la voluntad de los Estados y sus gobiernos, de regular y avanzar sobre aspectos que bien podrían entenderse eminentemente privados e íntimos como son las decisiones personales de reproducirse o no reproducirse. Sin embargo, debe considerarse también que determinadas organizaciones sociales y comunitarias representativas comenzaron a tomar esas primigenias ideas para avanzar en la conquista del reconocimiento de ciertos derechos vinculados con el ejercicio de la reproducción -o de la no reproducción- originariamente más que del ejercicio de la sexualidad en si misma, aunque no se practicaran por entonces claras separaciones entre una y otra figura.

Al respecto, no es un dato a pasar por alto que una de las definiciones universalmente más reiteradas sobre sexualidad humana sea la proveniente de la Organización Mundial de la Salud, en el sentido de ser *“Un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual”*.⁸

⁶ Caso “Griswold v. Connecticut” fallado por la Suprema Corte de los EE.UU. en 1965, 381 U.S. 479. En dicho pronunciamiento se declaró la inconstitucionalidad de una norma estadual que prohibía la utilización de anticonceptivos, con base en el concepto del *right to privacy*.

⁷ Caso “Roe v. Wade” fallado por la Suprema Corte de los EE.UU. en 1973, 410 U.S. 113. En dicho pronunciamiento se declaró inconstitucional la norma estadual de Texas que restringía fuertemente el derecho a abortar, sobre la base del derecho de privacidad de la madre previsto en el *Bill of Rights*.

⁸ La O.M.S. define a la sexualidad humana como: “Un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vive y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas,

De forma concordante, la Organización Panamericana de la Salud ha definido la salud sexual como “...un proceso continuo de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad”.⁹ Es un elemento revelador a considerar, la primitiva y no necesariamente provechosa relación para el pleno reconocimiento de algunos derechos eminentemente individuales entre la salud y la sexualidad.

En similar sentido, se han incluido en el concepto del derecho a la salud la tutela y la promoción de aquello que se ha calificado en forma genérica y en ocasiones confusa, como la salud sexual y reproductiva. A tal respecto, han servido de sostén convencional las normas pertinentes de la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, de la Convención sobre los Derechos del Niño y las conclusiones de las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo.

En la doctrina nacional, ya Bidart Campos efectuaba un reconocimiento constitucional - sin escindir necesariamente los conceptos- a partir del derecho a la salud, pasando por la salud reproductiva y arribando al contenido de los derechos sexuales.¹⁰ En sentido concordante se pronunciaba Lovece al sostener que la libertad sexual se proyecta sobre la conformación familiar y la libre procreación.¹¹

papeles y relaciones interpersonales. La sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no obstante, no todas ellas se vivencian o se expresan siempre. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales.” Organización Mundial de la Salud (2006). Defining sexual health Report of a technical consultation on sexual health 28–31 January 2002. Ginebra. Sexual health document series, p. 10.

⁹ La O.P.S. define la salud sexual del siguiente modo: “La salud sexual es un proceso continuo de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad. La salud sexual se evidencia en las expresiones libres y responsables de capacidades sexuales que conducen al bienestar personal y social, enriqueciendo la vida individual y social. No es simplemente la ausencia de disfunciones, enfermedad y/o malestar. Para poder conseguir y mantener la salud sexual es necesario que se reconozcan y defiendan los derechos sexuales de todas las personas.” OPS/OMS (2000). Consultada en <http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/sa-sexualidad.htm> el 04/11/2011.

¹⁰ El célebre constitucionalista argentino señalaba que “La ampliación evolutiva del derecho a la salud aconseja ahora un nuevo engarce con el tema llamado ‘salud reproductiva’. Las denominaciones son múltiples, y todas guardan parentesco entre sí: derechos reproductivos, derechos sexuales, libertad reproductiva, procreación responsable. El contenido es sumamente denso y rico...”. BIDART CAMPOS, G. “Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003”. *Suplemento de Derecho Constitucional*, LL-2003-C, 2003, pp. 1235-ss. p. 1237.

¹¹ “Las concepciones ampliadas sobre libertad sexual y sus proyecciones en lo referente al ejercicio de opción en la conformación familiar y el derecho a la libre procreación, a una educación y asistencia en materia de salud reproductiva, así como también el reconocimiento a

Consecuentemente, ha sido definida una supuesta “sexualidad sana” como aquella que supone determinadas características y requisitos vinculados con conceptos tan disímiles como la salud, la reproducción, la ética y el placer.¹² Siverino Bavio, por su parte, ha destacado que en una síntesis el contenido de los derechos sexuales y reproductivos se resumiría en que “*toda persona tiene derecho a decidir con quien, cuando y como tiene o no hijos y relaciones sexuales*”.¹³

Esta íntima y no del todo beneficiosa conexión entre una serie, por el momento no del todo determinada, de derechos de índole sexual y otra nómina de contenido más bien reproductivo, constituye una de las observaciones iniciales sobre las cuales se intentará delimitar y clarificar. Puede agregarse que en torno de los derechos vinculados con la reproducción Gil Domínguez ha visualizado el derecho a la “*libertad reproductiva*”, con componentes positivos y negativos respecto de los vínculos de las personas con el Estado y derivado de ello, con un fuerte sesgo de derecho de contenido prestacional.¹⁴

Así, la “*salud reproductiva*” es un derecho fundamental expreso e implícito tanto en la Carta Magna como en los instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional, siendo que la salud y la salud reproductiva son diversas manifestaciones de un mismo derecho fundamental.¹⁵

No obstante lo hasta aquí reseñado, debe advertirse que las expresiones “derechos sexuales” y “derechos reproductivos” no son utilizadas de modo expreso en ninguno de los instrumentos convencionales tanto universales como regionales del ámbito

un respeto sobre la identidad sexual, al cambio de sexo etc. LOVECE, G. “El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual”. *Revista LL-2007-F*, pp. 753 y ss.

¹² Al respecto, se ha enunciado que una sexualidad sana supone: “1) la aptitud para disfrutar de la actividad sexual y reproductiva y para regularla de conformidad con una ética personal y social; 2) la ausencia de temores, sentimientos de vergüenza y culpabilidad, de creencias infundadas u otros factores psicológicos que inhiban la reacción sexual, impidiendo la plenitud del placer; 3) la ausencia de trastornos orgánicos, de enfermedades y deficiencias que entorpezcan la actividad sexual y reproductiva.” En SIVERINO BAVIO, P. “El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2 N° 2, 2010, pp. 244-269, p. 246.

¹³ SIVERINO BAVIO, P. *Op. cit.* p. 247.

¹⁴ GIL DOMÍNGUEZ, A. “Reglas de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva”. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, número 21, 2002, p. 58.

¹⁵ GIL DOMINGUEZ, A. “Ley Nacional de Salud Reproductiva: ¿Resguardo cautelar o temeridad procesal? *Revista La Ley Córdoba (LLC)*, 2003, Marzo, p. 167.

interamericano en materia de derechos humanos. Ello, puede ya adelantarse, no es óbice para obtener su reconocimiento y protección.

En la Argentina, de forma análoga, el legislador nacional se refiere a la “salud sexual y procreación responsable” cuando dicta en 2002 la por entonces novedosa ley nacional 25.673 de creación del “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”. Dicha norma fue rápidamente definida por la doctrina como una ley para la protección y defensa de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito nacional.¹⁶ En ella fueron establecidas diversas pautas relacionadas con la promoción de la salud sexual, la prevención de los embarazos no deseados, el acceso a información y la concreción de prestaciones para el goce de la salud sexual y la procreación responsable. En doctrina se ha resaltado que la ley en cuestión asume la salud reproductiva como el bien jurídico tutelado inicialmente,¹⁷ especie del género bien jurídico salud desde una perspectiva eminentemente de salud pública con objetivos sanitarios globales, en la cual un fin puntual y central es fomentar y garantizar la procreación responsable.¹⁸

Posteriormente, con la sanción de la ley nacional 26.485 en 2009 denominada “Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” se produjo un avance desde la perspectiva del género en la protección de diversos derechos. Entre ellos, a la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (artículo 3, inciso c) y a decidir sobre la vida reproductiva, el número de embarazos y el momento en el que tenerlos (artículo 3, inciso e). Puede también destacarse que en el artículo 37 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en 1996 “Se reconocen expresamente los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia....” razón por la cual

¹⁶ Entre otras, FAMÁ, M. V., HERRERA, M. y REVSIN, M. “Una ley bienvenida”. *Revista LL-2003-C*, pp. 1044 y ss.

¹⁷ Aún más interesante respecto de la omisión del término, el caso de la ley provincial 13.066, de la Provincia de Buenos Aires, que establece la creación del “Programa Provincial de Salud Reproductiva y Procreación Responsable” sin ninguna referencia a los derechos sexuales, sin embargo, en su articulado se plantea la contribución en la educación sexual y la prevención de enfermedades de transmisión sexual en especial en los adolescentes (artículo 2.f).

¹⁸ En tal sentido se expresaban entre otros, RODRIGUEZ, L., GATTI, P. y AROSTEGUI DEL CAMPO, M. T. “Comentarios y reflexiones acerca de la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable”. *Revista Jurídica UCES-Derecho Privado*, 2003, pp. 90-106.

puede verificarse aquí un reconocimiento constitucional, si bien únicamente a nivel local, de los denominados derechos sexuales y reproductivos.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una sentencia del 11/01/2001, con fallo previo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha reconocido la existencia de derechos vinculados en el caso "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".¹⁹ En dicho pronunciamiento se apreció que el derecho a la salud, entendido de un modo integral abarca la salud física, psíquica y social y se encuentra protegido y garantizado por la Constitución Nacional y los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.²⁰ El Máximo Tribunal estableció que debía protegerse el derecho a la salud desde la óptica centralmente psíquica y emocional de la madre por sobre el eventual derecho del feto a la vida, que materialmente era inviable. Dicho fallo fue interpretado como un notable avance en el reconocimiento del derecho humano a la salud integral y la eficaz utilización de su garantía judicial para exigir su cumplimiento por parte de las autoridades públicas.

El reconocimiento en la Argentina de ciertos derechos de la sexualidad y la reproducción se ha efectuado desde una óptica más bien sanitarista, centrada en la salud reproductiva o en la salud sexual. En tal sentido, mediante la sanción de una serie de normas jurídicas, entre ellas la ley nacional 23.798 (Ley de S.I.D.A.), la ley nacional 23.849 (que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño), la ley nacional 24.742 (de creación de los comités hospitalarios de ética), la ley nacional 23.592 (de prohibición de actos discriminatorios), la ley nacional 25.584 (que prohíbe cualquier discriminación a estudiantes embarazadas), la ley nacional 25.929 (de información sobre el embarazo, parto y postparto), la ley nacional 26.061 (de protección

¹⁹ Fallo de la C.S.J.N. publicado en la *Revista LL-2001-A*. pp. 189-ss. La sentencia del T.S.J. de la C.A.B.A. puede consultarse en <http://adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/TSJ/2.pdf> con último acceso el 12/11/2011.

²⁰ En el caso, se encontraba afectado por la negativa administrativa a disponer el adelantamiento del parto en el caso de una mujer embarazada con un feto en su vientre que padecía anencefalia, por lo que no tenía ninguna probabilidad de sobrevivir fuera del seno materno. Debe agregarse que la sentencia del T.S.J. resaltó que el Estado local (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) reconoce en la ley 153 (Ley Básica de Salud) que garantiza el derecho a la salud desde una concepción integral. El artículo 4 de la ley establece como derecho de todas las personas "el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural" (inciso a), y "acceso a vías de reclamo, quejas, sugerencias y propuestas habilitadas en el servicio en que se asiste y en instancias superiores (inciso m) y "ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen" (inciso n).

integral de niñas, niños y adolescentes) y la ley nacional 26.130 (sobre intervenciones de contracepción quirúrgica), entre otras.

Hasta aquí puede apreciarse que del reconocimiento a los derechos vinculados con la sexualidad, parecieran encontrarse supeditados o desprendidos del contenido del derecho a la salud integral, con un fuerte vínculo respecto del derecho a la reproducción y bajo el paradigma de la responsabilidad en su ejercicio. Entre las posibles causas puede mencionarse que en la Argentina, el reconocimiento jurisprudencial y doctrinario del derecho a la salud como un auténtico derecho humano y fundamental de contenido fuertemente social y prestacional, es de antigua data, según se detallará en el capítulo siguiente. Se aprecia también la voluntad estatal de diseñar políticas públicas orientadas a reconocer y proteger el derecho a la salud sexual, directamente vinculado con el derecho a la salud reproductiva, condición necesaria para ejercer el derecho a procrear en situaciones de seguridad y salubridad. No obstante, ello no implica por si mismo el reconocimiento y la implementación de garantías para el libre ejercicio del derecho a la sexualidad no necesariamente reproductiva.

2.3. La libertad en la sexualidad frente al reconocimiento de la salud sexual y la salud reproductiva

Es dificultoso en extremo hallar tanto en fuente convencional, como legislativa, reglamentaria o jurisprudencial -y hasta doctrinal, como aquí se reseñará- una eficaz escisión del derecho a la libertad sexual o al ejercicio de la sexualidad, en sentido amplio o restringido, respecto de la reproducción o de los derechos reproductivos. Puede observarse una especie de condicionante de la libertad sexual basada en la reproducción o al menos en la responsabilidad en la prevención y el cuidado de la salud.

El Estado ha avanzado en el reconocimiento de derechos, pero en ocasiones lo ha hecho interfiriendo en el ámbito de privacidad protegida, calificando cual intimidad o que libertad son beneficiosas, benévolas o esperables, por ejemplo, el cuidado del propio cuerpo. Incluso cuando se fundamentan normas o regulaciones en la prevención o la necesidad de evitar embarazos adolescentes, en muchas ocasiones como sinónimos de no deseados, surge la pregunta: ¿No deseados por quién? ¿Por la mujer adolescente en tanto persona libre o por el Estado?

La libertad sexual podría implicar la potestad, el derecho, la capacidad o bien la competencia -deviene necesario aclarar que no son sinónimos- de expresar o exteriorizar, el sentido de la posibilidad de involucrar a otra u otras personas, el deseo y el disfrute del placer sexual.

Ello debe implicar, como todo derecho que hace a una libertad, la inexistencia de presión, coacción o violencia de ninguna clase. Como elementos que pueden resultar necesarios para el libre ejercicio de la sexualidad, además de la protección de la libertad, la autonomía y la intimidad, se encuentran el acceso a beneficios y mecanismos para el control y la planificación familiar, así como para la prevención y el eventual tratamiento de enfermedades de transmisión sexual.

Dado que el vínculo con el derecho a la salud sexual no es forzoso, puesto que no existe un deber legal de cuidar la propia salud individual, existiría *contrario sensu* al menos la libertad de no protegerse, en el sentido de inexistencia de prohibición. La cuestión es sin dudas problemática en tanto que el ejercicio de la sexualidad puede implicar a otra u otras personas. En tales casos, la generación de alguna clase de daño a otras personas, tanto desde la perspectiva bioética como desde el límite normativo al ejercicio del derecho a la privacidad, resultan preponderantes. Más aún tratándose de casos en los que se pudieran involucrar niñas, niños y adolescentes, temática que será desarrollada en el capítulo pertinente.

Cabe considerar como aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos de la sexualidad, la existencia de servicios de salud sexual y salud reproductiva públicos, accesibles en general y garantizados por tratarse de subespecies del derecho a la salud integral, con protección constitucional y convencional expresa y especial reconocimiento por parte de la Corte Suprema en diversos pronunciamientos en los que refiere al derecho a la salud integral, comprensivo de las dimensiones física, psíquica y social. Entre los muchos ejemplos posibles, en el denominado "*Portal educativo del Estado Argentino*", "*educ.ar*" perteneciente al Ministerio de Educación de la Nación, se afirma que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, siendo condición para su ejercicio por parte de niñas, niños y adolescentes la educación sexual y los servicios de salud sexual y reproductiva.²¹

La enumeración de los derechos de los cuales gozan todas las personas sin discriminación de ninguna clase, según el sitio mencionado incluye: información,

²¹ Disponible en: <http://portal.educ.ar/debates/eid/docenteshoy/otras-publicaciones/derechos-sexuales-y-reproducti.php>. Con última consulta el 06/11/2011.

disfrute de la vida sexual, ejercicio de la preferencia sexual, elección acerca de la tenencia o no de hijos, atención gratuita de la salud sexual y reproductiva, acceso gratuito a métodos anticonceptivos, intimidad, igualdad, no discriminación y educación sexual integral.

Además de lo señalado, debe puntualizarse que la utilización, con cierto consenso general del término “derechos reproductivos” posiblemente se inicia a partir de la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) desarrollada en El Cairo en 1994 y con una importante perspectiva de reivindicación de los derechos de género, ya iniciada con la concreción en 1979 de la CEDAW.²² En el Programa de Acción de la citada Conferencia se define la salud reproductiva como el *“...estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos...”*. Asimismo se señala que la capacidad reproductiva *“...entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear...”*.²³ No debe pasarse por alto que en la Conferencia se eliminó toda referencia a los “derechos sexuales”, que si se encontraban previstos en los papeles de trabajo en borrador, manteniéndose por el contrario el término “derechos reproductivos” de los documentos provisorios, en una asociación que se ha visto frecuentemente con el derecho a la salud.

En contraposición, es menor la asociación posible entre los derechos relacionados con la sexualidad respecto del derecho a la salud. En este caso, el nexo se funda en mayor medida con otros derechos o principios, también de reconocimiento convencional universal y regional, como los que reconocen ámbitos de libertad, y que hacen a la privacidad, la autonomía, la dignidad e incluso a la igualdad y la no discriminación.

Sin perjuicio de ello, adviértase aquí que el desarrollo en el reconocimiento de los derechos reproductivos o vinculados con la reproducción ha sido sensiblemente mayor a partir de considerárselos contenidos en el derecho a la salud integral, mientras que los derechos sexuales o relacionados con la sexualidad han tenido menor y más débil

²² Según reseña VILLANUEVA FLORES, R. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 43, 2006, pp. 390-450, pp. 393-394. La autora da cuenta de que el término “derechos reproductivos” posiblemente fue utilizado por primera vez en los Estados Unidos, con la fundación de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2) en 1979, según fuentes consultadas.

²³ Documento A/CONF.171/13: Informe de la CIPD - Naciones Unidas. Punto 7.2. Disponible en <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>. Última consulta el día 06/11/2011.

reconocimiento expreso, no obstante poder encontrarse contenidos en derechos humanos de fuerte e innegable raigambre.

Una hipótesis a analizar puede dar cuenta de la decisión de los Estados y de los estamentos públicos y privados con intereses en el control poblacional y la regulación de la procreación, o bien de la no procreación, la anticoncepción o la contracepción, por razones poblacionales, políticas, ideológicas y hasta religiosas, en uno u en otro sentido, a favor o en contra de los mayores controles luego instrumentados a través del reconocimiento de derechos o bien de la sanción de diversas prohibiciones.

La reproducción, luego asumida como derecho reproductivo o derecho a la procreación responsable, resulta una cuestión de especial interés de los Estados y los gobiernos (y porque no, de las grandes corporaciones, los conglomerados económicos y las confesiones religiosas). Puede ser conveniente o inconveniente por una multiplicidad de razones, aumentar o reducir la población, instrumentándose a través de medidas públicas tendientes a reconocer, incentivar o por el contrario restringir o hasta prohibir determinadas conductas (en ciertos casos, reconocidos como derechos positivos, en otros, negados como acciones contrarias al orden y a la moral pública).²⁴ Incluso en ejercicio de un supuesto poder de policía en materia de salud reproductiva, instrumentado en la potestad legislativa para limitar derechos individuales, fundamentados a través de la necesidad de tutelar, por ejemplo, la salubridad, la moralidad y la seguridad de la población.²⁵

Desde otra visión, no necesariamente negadora de lo señalado en los párrafos precedentes, puede observarse que ciertos derechos reproductivos vinculados o desprendidos como contenidos en algunos casos del derecho a la salud -al menos el concepto de salud reproductiva, tal vez también el de salud sexual- poseen un componente fuertemente prestacional en tanto requieren para su normal ejercicio de prestaciones por parte del Estado, e incluso de determinados obligados privados.

²⁴ Para ejemplificar lo señalado, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.191 "María Mamérita Mestanza Chávez c/ Perú" respecto de una serie de casos de esterilización forzada de mujeres en zonas rurales durante los años 1996 y 1998. Asimismo la legislación argentina pronatalista: el decreto 659/74 por el que se reguló con importantes restricciones la venta de medicación anticonceptiva (recetas por triplicado) y se prohibió el control de la natalidad. En similar sentido, el decreto 3938/77 ya durante el régimen dictatorial, por el cual se dispuso eliminar las actividades que promuevan el control de la natalidad. Recién en 1986 habría de autorizarse la información y asistencia en materia de "procreación", sobre la base de la decisión libre de la pareja (decreto 2274/86).

²⁵ En tal sentido, PADILLA, M. "Poder de policía y leyes de salud reproductiva". *Revista LL-2001-C*, pp. 1413-1415.

También tienen un doble carácter, si bien derecho individual, también derecho social o colectivo.

Por su parte, los derechos que hacen al ejercicio de la sexualidad o a la libertad sexual, son básicamente derechos individuales y su eventual contenido prestacional no aparece en una primera mirada con tanta claridad. Por lo pronto, si se advierte que se trata de derechos que precisan de la abstención del Estado y de las terceras personas para su normal ejercicio, en el sentido de garantizar la no interferencia en el ámbito de privacidad o indemnidad de las acciones privadas.

En otros términos, si bien los derechos individuales a la salud reproductiva y a la salud sexual pueden catalogarse como derechos personalísimos, también poseen componentes sociales y prestacionales que hacen a la necesidad de asumir políticas públicas en la materia, mientras que el derecho individual al ejercicio de la sexualidad además de netamente personalísimo -o de la personalidad- es directo receptor de los principios de privacidad y autonomía de la persona, como mecanismos de protección para evitar la intromisión injustificada incluso también de tales políticas públicas en su esfera de privacidad protegida.

Resta traer a colación las afirmaciones de Ferrajoli, reseñadas por Levín²⁶ respecto de la situación de los derechos del género femenino, en cuanto el cuerpo de la mujer es "*objeto de derecho*" y de "*derechos de otros*" en el sentido de no ser sujeto autónomo, bajo el sometimiento y la regulación de poderes heterónomos, objeto de apropiación social. La autora cita como interferencias "*...discursos, prácticas médicas, reglas morales, normas, controles religiosos, disputas políticas, intereses económicos*". Asimismo, la nombrada señala con especial claridad que "*...la sexualidad y la reproducción hablan de la libertad del cuerpo [...] y por tanto, pertenecen al ámbito soberano de la persona [...] corresponde que sean regulados como derechos subjetivos desde la esfera de los llamados derechos personalísimos...*"²⁷ En razón de ello, sostiene que las libertades que protegen dichos derechos personalísimos imponen deberes de "no hacer" a los poderes estatales, mientras que los derechos sociales implican en cambio acceso a beneficios, obligaciones públicas de "hacer".

²⁶ FERRAJOLI, L. Prólogo de *Un derecho para dos* de T. PITCH. Madrid, Trotta, 2003, pp.11-17 citado por LEVÍN, S. *El dilema de los derechos sexuales y reproductivos: entre las estrategias de la política y las garantías del derecho*, mención especial Concurso Red Alas, <http://www.red-alas.org/CONCURSO%20RED%20ALAS-ZOE.pdf> . Consultado con último acceso el 06/11/2011 en <http://dc206.4shared.com/doc/q0WbKHft/preview.html> .

²⁷ LEVÍN, S. *Op. cit.*

En conclusión, existe una restricción en la autonomía -de la mujer en palabras de la autora- con un condicionamiento al "*poder individual*" sobre su cuerpo cuando se ubica tanto a los derechos sexuales como a los reproductivos como derechos sociales puesto que entra en escena, por ejemplo, la regla del interés general.

Los derechos sociales, como el derecho a la salud, en tanto requieren de prestaciones estatales susceptibles de apreciación patrimonial para su ejercicio pleno más allá de los contenidos mínimos e indisponibles, precisan de una disponibilidad que se vincula con el nivel de desarrollo económico de cada uno de los Estados y el ulterior reconocimiento constitucional o legal de los diversos contenidos de cada figura o derecho. En tal sentido, resulta coherente la existencia de legislación y reglamentación respecto de los derechos a la salud sexual y a la salud reproductiva.

Sin embargo, otros derechos, los sustancialmente individuales, pueden no contener necesariamente importantes facetas prestacionales. Los derechos de libertad y de intimidad, por lo general, cumplen con tal definición, exigiendo garantías de abstenciones. El problema radica en que dichas abstenciones no solo incluyen al Estado sino también a una serie de terceros con mayor o menor grado de interés en tales asuntos. A título de ejemplo, podría eventualmente implicar el reconocimiento y el respeto de las decisiones autónomas, de los ámbitos de privacidad protegida, por parte de gobernantes, jueces, legisladores, religiosos, profesionales de la salud, e incluso eventualmente de cónyuges o padres de hijos menores.

En definitiva, y en términos de Escobar, para el pleno disfrute de los derechos sociales que hacen a la recepción de los principios de igualdad y dignidad se requiere que el sujeto goce de un mínimo importante de libertad para la toma de sus decisiones bajo un marco de autonomía. En ese mismo razonamiento, para el ejercicio y el disfrute del derecho a la salud integral -en sus subespecies salud sexual y salud reproductiva- se requiere que la persona obtenga prestaciones estatales para un mejor disfrute y ejercicio de los derechos reconocidos. Asimismo, la salud sexual y la salud reproductiva hacen también al pleno ejercicio de la libertad sexual, dado que se necesita un mínimo de prestaciones y un mínimo de igualdad en el ejercicio de los derechos para actuar y elegir con libertad.

En otras palabras, la salud sexual e incluso la salud reproductiva como derechos humanos, podrían a su vez ser necesarios con asento en los principios de igualdad y dignidad, para el ejercicio pleno del derecho a la libertad sexual, razón por la cual

podría entenderse que este derecho de defensa contiene una faceta prestacional como condición para su mejor desarrollo. Asimismo, podría verificarse el tránsito de derecho reaccional hacia un derecho de libertad, en tanto la protección estatal agravada frente a una posible invasión injustificada con la que cuentan los derechos que hacen a la privacidad, considerando además la interrelación e interdependencia de los derechos humanos, en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Suprema, según será desarrollado en el Capítulo III.

2.4. El deslinde de los “derechos reproductivos” de la salud reproductiva

Un aspecto interesante a ser tenido en cuenta, implica transitar desde el reconocimiento de la salud integral, que incluye la salud reproductiva, al concepto de libertad reproductiva que lógicamente contiene una faceta negativa, la libertad para no reproducirse o no concebir, instrumentada a través de la legislación tanto nacional como local sobre planificación familiar, información, educación y suministro de anticonceptivos y contracepción quirúrgica, entre otras²⁸.

Los derechos reproductivos son bastante más que la salud reproductiva. En cuanto a la faceta positiva, las normas sobre atención, información y asistencia a la mujer embarazada, parturienta y de post-parto. Inclusive tratándose de una libertad, el derecho a reproducirse, no necesariamente anexado a algún derecho sexual. Cabe destacar que la Argentina se encuentra pronta a dictar una ley nacional -con reciente media sanción legislativa de la Cámara de Diputados-²⁹ sobre la fertilización asistida reconocida como un derecho de prestación. Entre los fundamentos de quienes sostienen la necesidad de dictar una ley específica se encuentra que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que afecta en forma real y efectiva la calidad de vida, en el entendimiento de que la salud reproductiva involucra la salud integral de cada uno de los miembros de la pareja.

De tal forma, comienzan a delimitarse los bordes de un derecho a la procreación de contenido prestacional respecto de los costos económicos que insumen los tratamientos de fertilización asistida -absolutamente escindido de los derechos de la

²⁸ En la doctrina nacional se ha planteado que el derecho personalísimo a la procreación no debe ser visto como un deber a la procreación, por ejemplo en BENITEZ, E. y GHERSI, C. “Los médicos, el Estado y los derechos personalísimos”. *Revista JA-1997-IV*, pp. 985-ss. (Asimismo en Base de Datos Lexis Nº 0003/000777).

²⁹ La media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación sobre el dictamen de mayoría, si bien sólo del proyecto en general, se dio recientemente, el día 30/11/2011, en oportunidad de la última sesión ordinaria del año.

sexualidad- en cabeza del Estado e incluso de los obligados privados (agentes del seguro de salud, obras sociales y entidades de medicina prepaga³⁰).

Además, puede destacarse que en la Provincia de Buenos Aires fue sancionada a fines de 2010 la ley 14.208, que entendió la infertilidad humana como enfermedad de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud. En razón de ello reconoció en su artículo 1º *“...la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas...”*. Así como es posible derivar del ejercicio sexual la reproducción humana, como también el ejercicio de la libertad sexual sin que traiga aparejada reproducción, no caben dudas de que actualmente puede existir reproducción sin que medie previamente ejercicio de la sexualidad.

Por ello, es posible realizar una enumeración no taxativa de posibles derechos reproductivos, sobre la base de la reseñada por Siverino Bavio³¹, a la cual pueden anexarse algunos otros aspectos no contemplados originalmente por la autora, entre ellos:

- a) El derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e intervalos entre nacimientos, derivación del principio y del derecho a privacidad y a la autonomía personal;
- b) El derecho a la elección libre e informada de métodos anticonceptivos modernos, seguros y efectivos, vinculado con los derechos a la información y a la educación; c) El derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia, estrechamente derivado del derecho a la salud;
- d) El derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad, a partir del principio de igualdad y del derecho y la garantía a la no discriminación en general;
- e) El derecho a acceder a orientación y conserjería sobre cuestiones de infertilidad, que puede ir transformándose en un auténtico derecho prestacional a la reproducción asistida o a la fecundización artificial, considerando la reciente sanción de la ley

³⁰ Como ejemplo, puede citarse el caso de la reciente sanción de la [ley nacional 26.682](#), Ley de creación del Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, agentes privados del seguro de salud, [sancionada](#) el 04/05/2011.

³¹ SIVERINO BAVIO, P. *Op. cit.*, p. 249.

provincial de fertilización asistida y los avances para la sanción de una ley nacional, vinculado con el derecho integral a la salud, a la información y a la educación.

También podría entenderse como un derecho reproductivo:

f) el derecho a formar o no una familia y a elegir libremente la estructura de ésta, con base en el derecho a la privacidad, el principio de diversidad, el derecho y la garantía contra la discriminación, entre otros.

Asimismo, podría incorporarse:

g) el derecho a la integridad corporal, en el sentido de la protección contra la reproducción o no la reproducción, esterilización o contracepción forzada, con especial relación al caso tratado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de las violaciones a los derechos humanos de mujeres denunciadas en el Perú³².

Debe por último observarse que existe una relación entre el derecho a la libertad sexual y los diversos derechos reproductivos dada porque si una persona es titular del derecho al libre ejercicio de la sexualidad, resultaría un contrasentido que ella no sea titular del derecho a evitar la concepción que pudiera ser consecuencia del ejercicio de la sexualidad. Con la excepción de los casos de reproducción sin ejercicio de la sexualidad antes mencionados, en el resto de las situaciones, el reconocimiento de los derechos reproductivos, que incluye el derecho a no reproducirse, puede ser necesario para el desarrollo del libre y pleno ejercicio del derecho que interactúa sobre los derechos sexuales y reproductivos en general, el derecho a la libertad sexual.

2.5. Los progresos en el reconocimiento a los derechos de la sexualidad

Existe una posible referencia a la sexualidad, en todo caso con la debatible fundición en el concepto amplio de salud, en la Plataforma de Acción de Beijing en ocasión de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en 1995.³³

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.191 “María Mamérita Mestanza Chávez c/ Perú” respecto de una serie de casos de esterilización forzada de mujeres en zonas rurales durante los años 1996 y 1998, citado con anterioridad.

³³ En el párrafo 96 de la Plataforma se establece que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”. Consultado en

Asimismo el documento de trabajo conjunto entre la OMS, la OPS y la WAS a partir de la Reunión de Antigua celebrada en 2000, da cuenta de la necesidad de definir con mayor amplitud la “salud sexual”, dado que como contenido del derecho humano a la salud conlleva la existencia de derechos sexuales. Allí se sostuvo que el concepto de salud sexual debe derivarse de la definición de los derechos sexuales pero a su vez debe abarcarlos.³⁴

En el Informe del Relator Especial, Paul Hunt, titulado “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” presentado ante la Comisión de Derechos Humanos en 2004³⁵ se reitera el reconocimiento a la “salud sexual y reproductiva” según los lineamientos de El Cairo, Beijing y demás instrumentos y declaraciones internacionales. En dicho informe se da cuenta del fenómeno de la “mala salud sexual y reproductiva” y de sus graves consecuencias, se observa la relación entre aquella y los derechos a la información y a la planificación familiar, señalándose que el de mayor amplitud es el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, si bien se acepta que una y otra son dimensiones diferentes del bienestar humano. Se define también que el derecho a la salud sexual y reproductiva es comprensivo de la libertad de discriminación y de los derechos al control de la salud y del propio cuerpo.

Asimismo, del derecho a la protección de la salud, información e igualdad de acceso en materia de salud sexual y reproductiva. En otras palabras, sin valorar en este momento su pertinencia estructural, podría resumirse la libertad sexual y reproductiva como uno de los contenidos del derecho a la salud (según se desprende de la página 11 del Informe).

En relación con ello, Miller ha observado que *“la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean*

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> el 05/11/2011.

³⁴ Actas de la Reunión de Consulta entre la O.M.S. y la O.P.S. con la colaboración de la Asociación Mundial de Sexología (WAS) celebradas en Antigua, Guatemala en 2000, disponibles en http://www.paho.org/Spanish/AD/FCH/AI/salud_sexual.pdf . Última consulta el 06/11/2011.

³⁵ Informe del Relator Especial ante la Comisión de Derechos Humanos. Documento E/CN.4/2004/49. Accesible en <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/ba7209312a7728cfc1256e5b003d24ce> . Última consulta el 05/11/2011.

*considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada”.*³⁶

Foucault advierte en tono de mordaz crítica que la única sexualidad reconocida por la ley y el Estado es la vinculada con la pareja legítima a partir de los modelos de familia y matrimonio, como único sostén de la función de procrear. El único espacio para la sexualidad es “*la alcoba de los padres*”, todo lo demás es reducido al silencio y a la negación “*No sólo no existe sino que no debe existir...*”.³⁷ En relación con las formulaciones citadas en el párrafo precedente, cabe traer a colación las reflexiones de Vance citada por Miller, en tanto advirtiera que “*la salud puede ser un espacio peligroso para la sexualidad*”³⁸; y agrega esta última: “*...no todo lo que hace a la sexualidad se puede incluir en la categoría de salud, y ni siquiera en el término más amplio de bienestar...*”.³⁹

Las expresiones reseñadas conllevan una serie de fundamentos que pueden arrojar luz sobre la temática. Por una parte, el desafío que las diferentes sexualidades producen sobre las normas, el criterio de la sexualidad responsable desarrollado a partir de la Plataforma de Acción de Beijing, limitada por ende a determinado esquema de relaciones en una lógica que, es posible suponer extremando los argumentos, podría orillar cierta idea perfeccionista o al menos paternalista.

Asimismo, a partir de ciertas nociones de la autora antes citada surge interrogarse sobre la aparente e inexacta indisolubilidad de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, fundamentalmente desde la mirada de las mujeres, tomándose por ende, y erróneamente, a los derechos sexuales como un subconjunto de los derechos reproductivos.

Podría también sostenerse entonces, que los derechos reproductivos han sido aceptados equívocamente como un contenido del derecho a la salud, en la faceta de la

³⁶ MILLER, A. “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”. GRUSKIN, S. (editora). *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*, Lima, Centro de la Mujer Flora Tristán, 2001, p.87. Citada por VILLANUEVA FLORES, R. *Op. cit.*, pp. 390-450, p. 399.

³⁷ FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2º edición, 2008, pp. 9-10.

³⁸ VANCE, C. citada sin referencia por MILLER, A. “Derechos sexuales” compendio de ideas de los debates en el marco del Programa para el Estudio de la Sexualidad, el Género, la Salud y los Derechos Humanos, en <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/alicemiller.pdf> . pp. 1-14. p. 8 consultada el 05/11/2011.

³⁹ MILLER, A. *Derechos sexuales, cit.*, p. 8.

salud reproductiva. En otros términos, la sexualidad sana y responsable, supeditada centralmente a la reproducción.⁴⁰ Miller se refiere a conceptos tales como “salud sexual” y “sexualidad saludable” que generalmente acaban por definir todo aquello que es catalogado como normal, natural, sano o esperable.

Por ello, cuestiona la sobreprotección estatal sanitaria, en contraposición con el deseable ejercicio de derechos desde la óptica de los principios de privacidad, autonomía y dignidad.

La sexualidad como derecho de libertad puede incluir el derecho a la reproducción y el derecho a la libre determinación de la persona, la decisión de tener o no relaciones sexuales tanto como la decisión de concebir o no. A partir de allí los conceptos de reproducción y sexualidad, que pueden estar unidos, comienzan a distanciarse. Si bien Miller incluso alcanza a sostener que no es necesariamente beneficioso extender el alcance de los derechos humanos a la sexualidad,⁴¹ no obstante, sobre la base de los principios de la autonomía y de no dañar, es posible hallar el límite que puede tener el ejercicio de los derechos vinculados con el goce de la sexualidad, en otros términos, el ejercicio de la libertad sexual.

Sin perjuicio de requerir especial atención respecto a ciertos límites de dudosa legitimidad sustentados en criterios tales como la “moralidad” o la “salud pública”.

En conclusión, puede aceptarse como marco para los derechos sexuales el principio de no discriminación y de igualdad, el derecho de dignidad de la persona y la interconexión e interdependencia de todos los derechos humanos.

⁴⁰ Sostiene la autora que: “la sexualidad abarca elementos de deseo, conducta social y comunicación que siguen estando por fuera de las políticas sanitarias. Debemos luchar contra las demandas que parecen reducir la sexualidad sólo al cuerpo, y cuestionar la medicalización histórica de la sexualidad...”. MILLER, A. *Derechos sexuales, cit.*, pp. 8-9.

⁴¹ Se ha dicho también que: “...he desarrollado más la idea de ‘por qué los derechos humanos son malos para la sexualidad’, señalando en qué medida el trabajo relacionado con derechos exige una intensificación del monitoreo -de la vigilancia estatal-; que tiende a cristalizar las identidades y las conductas; y que tiende a querer convertir lo que protege en algo ‘noble’. MILLER, A. *Derechos sexuales, cit.*, p. 10.

2.6. Los contenidos y alcances de las figuras incluidas en los “derechos sexuales”

Se ha sostenido en la doctrina especializada que existen tres perspectivas de observación hacia los derechos sexuales; 1. Una aproximación evolutiva, cuya finalidad es la aplicación a nuevos sujetos de Derecho y a nuevas situaciones de hecho, aquellos derechos sexuales ya existentes con un criterio de necesidad (podría agregarse de demandas, de derechos morales); 2. Una aproximación devolutiva, en la cual se identifican los derechos sexuales con demandas sectoriales concretas y determinadas para grupos de pertenencia; 3. Una perspectiva revolucionaria, con eje en el principio de igualdad y la no discriminación, en la dignidad de las personas y la independencia de la declamación respecto de la realización efectiva de los derechos.⁴²

Desde una perspectiva diametralmente opuesta, en la doctrina nacional de forma minoritaria se ha planteado que los denominados derechos sexuales deben derivar “*del derecho humano fundamental al matrimonio y a la familia...*” dado que “*La sexualidad humana es una sexualidad ordenada...*”⁴³ basada en el orden natural y centrada en el amor. Así, se ha sostenido que debe promoverse la educación plena de la sexualidad sobre la base del amor varón-mujer, la identidad del matrimonio y la familia y “*...la promoción del entusiasmo de los jóvenes por el matrimonio y la familia desde el testimonio y el liderazgo de los padres...*”. Vale agregar que también se ha defendido la promoción de la educación sexual con los padres como sujetos activos naturales y la procreación responsable basada en métodos ecológicos o naturales, es decir, la denominada “*planificación familiar natural*”. En similar sentido “*...conforme al orden natural, el impulso sexual del varón está orientado hacia la complementación con la mujer, y viceversa, como lo demuestra la estructura moral, psíquica y finalmente anatómica...*”⁴⁴

En todo caso, si bien ausente de un reconocimiento lo suficientemente pormenorizado en la legislación, puede advertirse que existen diversas formas de reconocimiento a los derechos sexuales o relacionados con la sexualidad en la Argentina.

⁴² MILLER, A. *Las demandas por derechos sexuales*, en III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, Lima, CLADEM, 2002, pp. 121-140, citada por VILLANUEVA FLORES, R. *Op. cit.*, p. 391.

⁴³ CONEN, C. “La cuestión de los ‘derechos sexuales’ en la ley 25.673”. *Revista JA 2003-II*, pp. 1132-ss. Base de datos Lexis Nexis N° 0003/009657.

⁴⁴ MAZZINGUI, J. “La interrupción del embarazo: El aborto”. BORDA, G. (Dir.). *La persona humana*, Buenos Aires, LA LEY, 2001, p. 67.

Como ya se mencionara, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce abiertamente la existencia de los derechos sexuales, tal como recordara la jueza Conde en el fallo “T., S.”, ya citado, al remarcar que “..el art. 37 la Constitución de la Ciudad reconoce los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y de violencia, como derechos humanos básicos y, en especial, el derecho a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos...”; así también la sanción de la ley nacional 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; el dictado de diversas normas provinciales y municipales análogas en la materia⁴⁵ y la sanción de la ley nacional de educación sexual.

Asimismo se ha establecido en la jurisprudencia que *“Cada ciudadano individualmente puede decidir según su voluntad y conciencia porque el Estado no obliga o impone sobre el ejercicio de la sexualidad la oportunidad de procrear”*, según los considerandos del fallo “Mujeres por la vida c/ Ministerio de Salud”.⁴⁶ El Tribunal Superior de Justicia local, por su parte, en el caso “Liga de Amas de Casa” señaló que *“El XIII Congreso Mundial de Sexología de Valencia (29 de junio de 1997) sostuvo que la salud sexual es un derecho humano básico y fundamental”*.⁴⁷ En esa misma línea, se ha planteado en la doctrina nacional que la sexualidad es mucho más que la mera reproducción en tanto se encuentra relacionada con las conductas autorreferentes del artículo 19 de la Constitución federal, aquellas que pertenecen a la voluntad personal, tanto como las opciones sexuales que se ubican en el ámbito del proyecto de vida de cada persona.⁴⁸

⁴⁵ Entre otras, La Pampa en 1991 (ley 1363), en 1996, Chaco (ley 4276), Córdoba (ley 8535), Mendoza (ley 6433), Corrientes (ley 5146) y Río Negro (ley 3059). En 1997, Neuquén (ley 2222), en 1998 Misiones (decreto 92/1998). En 1999 Jujuy (ley 5133) y Chubut (ley 4950). En 2000 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 418) y La Rioja (ley 7049). En 2001, Tierra del Fuego (ley 509). En 2002, San Luis (ley 5344) y Santa Fe (ley 11888). En 2003 la Provincia de Buenos Aires (ley 13066), Entre Ríos (ley 9501) y Santa Cruz (ley 2656), más programas de salud sexual y reproductiva en Catamarca, Formosa, Salta, San Juan (incorporada al sistema de la ley nacional por ley 5930), Santiago del Estero (adhirió a la ley nacional) y Tucumán, etc.

⁴⁶ Fallo de la Cámara Federal de Córdoba, Sala A, en la causa “Mujeres por la vida A. C. sin fines de lucro, (F. Cba.) c/ Ministerio de Salud y A. S. de la Nación. Sentencia dictada el 19 de marzo de 2003, publicada en *LA LEY-2003-D*, pp.332-ss.

⁴⁷ Según el voto concurrente del juez Russo en la causa “Liga Amas de Casa, C. y U. de la R. Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad” del T.S.J. de la C.A.B.A. con sentencia del 14/10/2003, disponible en <http://adaciudad.org.ar/pdfs/fallos/TSJ/7.pdf> con último acceso el 12/11/2011.

⁴⁸ BIDART CAMPOS, G. *La constitución que dura*, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 389 y ss.

Puede apreciarse entonces que existe una serie de derechos vinculados con la sexualidad que van más allá de la actividad sexual con fines de procreación, de aquella desarrollada en el ámbito del matrimonio civil o la vinculada estrictamente al resguardo de la salud o la salubridad, en el sentido del derecho sanitario de índole sexual. Si bien en este aspecto se percibe cierta falencia en su pleno reconocimiento, dada la reiterada conexión que se ha forjado entre los conceptos de salud con los derechos de la reproducción y los derechos de la sexualidad. Sin perjuicio de ello, la Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPF) ha elaborado una declaración de derechos sexuales sustentada bajo el marco conceptual de que ellos son derechos humanos relacionados con la sexualidad.⁴⁹

En ella se enumeran una serie de principios básicos que pueden sintetizarse: 1. La sexualidad es una parte integral de la personalidad de cada ser humano; 2. Los derechos y protecciones garantizados para las personas menores de dieciocho años difieren de los de los adultos, sobre la base de las capacidades evolutivas del menor; 3. La no discriminación es subyacente a todos los derechos humanos; 4. La sexualidad y el placer de ella derivado son independientes de la reproducción; 5. La inclusión de la libertad y la protección del daño; 6. Los derechos sexuales están sujetos a limitaciones exclusivamente legales en relación con los derechos y libertades de los demás; 7. Son de aplicación las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos. Consecuentemente, se enumeran articulados los derechos a la igualdad (1º), a la participación sin discriminación (2), a la vida, libertad, seguridad e integridad (3), a la privacidad (4), a la autonomía personal (5), a la libertad de pensamiento, expresión y asociación (6), a la salud y los beneficios científicos (7), a la educación e información (8), al matrimonio, formación y planificación de familia e hijos (9) y a la reparación de daños (10).

Asimismo en la Declaración de Valencia de los Derechos Sexuales, en oportunidad del XIII Congreso Mundial de Sexología, Sexualidad y Derechos Humanos desarrollado en 1997 (revisada en la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología - WAS en 1999) se han definido los derechos sexuales como “derechos humanos fundamentales y universales”. En el mismo sentido “inalienables, inviolables e insustituibles de nuestra condición humana”.

⁴⁹ En: <http://www.ippf.org/NR/rdonlyres/782CFA13-BEF5-4370-B186-687606DB32E9/0/SexualRightsShortSpanish.pdf> . Con acceso el 05/11/2011.

Entre ellos se enumeran:

- a) El derecho a la libertad sexual;
- b) El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo;
- c) El derecho a la privacidad sexual;
- d) El derecho a la equidad sexual;
- e) El derecho al placer sexual;
- f) El derecho a la expresión sexual emocional;
- g) El derecho a la libre asociación sexual;
- h) El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables;
- i) El derecho a información basada en el conocimiento científico;
- j) El derecho a la educación sexual integral;
- k) El derecho a la atención de la salud sexual.⁵⁰

En una similar línea de trabajo, una serie de organizaciones fundamentalmente de cuño feminista han encarado la denominada “Campaña por la Convención de los derechos sexuales y los derechos reproductivos” a efectos de generar los debates necesarios que posibiliten la concreción de una convención interamericana sobre la materia.⁵¹ En dicho proyecto se sostiene como objetivo *“respetar, proteger, garantizar y promover el ejercicio completo, libre y dignificante de los derechos sexuales y reproductivos para todas las personas”*. Son sus ejes la necesidad de garantizar mayor libertad y equidad en el ejercicio de los derechos vinculados con la sexualidad, la transformación de la moral de contenido religioso en la ética de los derechos humanos y el reconocimiento normativo de la diversidad, la pluralidad y la autonomía.

Otra posible enumeración de derechos sexuales podría clasificarlos en:

- a) El derecho a vivir una sexualidad placentera, responsable y libremente decidida, sin más límites que los expresamente señalados por la ley;
- b) El derecho a la libre elección de prácticas sexuales;

⁵⁰ Disponible en <http://www.redeser.org/decladerecsexu.pdf>. Con último acceso el 05/11/2011.

⁵¹ Disponible en <http://www.convencion.org.uy>. Con último acceso el 05/11/2011.

- c) El derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que se desprenden de su ejercicio cotidiano⁵²;
- d) El derecho a la integridad corporal y la autonomía en el control del propio cuerpo;
- e) El derecho de alcanzar el más alto nivel de salud sexual posible;
- f) El derecho a la confidencialidad en el tratamiento de la sexualidad, particularmente de las y los adolescentes y jóvenes;
- g) El derecho de acceder a una educación sexual integral para la vida afectiva y sexual desde la temprana edad posibilitando el bienestar y desarrollo de la persona en el ejercicio de la sexualidad en forma plena, libre e informada;
- h) El derecho a esperar y exigir igualdad, consentimiento completo, respeto mutuo y responsabilidad compartida en las relaciones sexuales.⁵³

En conclusión, las referencias a los derechos de la sexualidad o a los “derechos sexuales” pueden enlazar o englobar diversos derechos a ser protegidos. En una enumeración no taxativa ni definitiva pueden entonces encontrarse:

- a) El derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad, entendido como la libertad de elección y exteriorización basada en la decisión libre, consentida y autónoma de la persona humana con sustento en los principios de libertad y el derecho a la privacidad, según se analizará en el capítulo siguiente, así como su pasaje de derecho reaccional a derecho de libertad, con una posible faceta prestacional dada por su interdependencia con el derecho a la salud integral;
- b) El derecho a la salud sexual subgénero del derecho a la salud entendida de modo integral, por lo que bien podría ser un derecho social con contenido prestacional, relacionado en ocasiones con la salud reproductiva pero no supeditado a ella y consistente en la prevención, protección y el cuidado de la salud de la persona en todo aquello relacionado con el ejercicio de la sexualidad, que implica el reconocimiento del deber de brindar prestaciones por parte del Estado y los obligados privados, debiendo agregarse que puede actuar también como necesario para un mejor ejercicio del derecho de libertad sexual;

⁵² El Comité de vigilancia del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) entendió en su Observación General Nº 20 que la orientación sexual no pueden ser obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos. En consonancia, la Argentina sancionó en 2010 la [ley 26.618](#), denominada Ley de Matrimonio Igualitario.

⁵³ SIVERINO BAVIO, P. *Op. cit.*, p. 248.

c) El derecho a la integridad sexual fuertemente vinculado con el anterior, en el sentido de la protección estatal, incluso de índole penal, frente a la invasión, agresión, forzamiento o violencia ejercida sobre el propio cuerpo y las decisiones autónomas de la persona, no obstante, en este caso enmarcado en el contenido individual del derecho a la salud y a la integridad psico-física que requiere protección estatal generalmente desde la óptica del derecho penal;

d) El derecho a la identidad sexual vinculado con la decisión personal respecto a la elección del género propio, que hace a reconocer qué se es y quién se es, desligado del concepto puramente biológico atento que la identidad sexual se relaciona con una integridad psico-social y en el marco del ejercicio de los derechos a la identidad y a la privacidad, razón por la cual se interrelaciona y se ubica anexo al derecho a la libertad sexual en cuanto ambos pueden desprenderse de los mismos preceptos constitucionales;

e) El derecho a la orientación sexual similar y posiblemente dependiente del anterior, en este caso con especial relación a la elección y la decisión personal, autónoma, privada y libre del objeto de placer sexual, lógicamente puesto en sujetos, por lo que también podría encontrarse anexo al derecho a la libertad sexual por provenir de las mismas normas fundamentales;

f) El derecho a la protección contra la coerción o la violencia sexual vinculado o tal vez análogo o consecuencia del derecho a la integridad sexual, en el sentido de garantizar la protección estatal contra cualquier tipo de agresión o invasión no consentida sobre aspectos de la persona vinculados con su sexualidad, derecho defensivo y de libertad que obliga al Estado a dictar legislación y ejercer el poder de sanción penal para garantizar el normal disfrute del derecho que en síntesis, hace no sólo a la integridad, sino también a la libertad sexual;

g) El derecho a la protección contra la discriminación sexual en relación con el derecho a la identidad sexual y subgénero del derecho humano a la protección general contra la discriminación reconocido en instrumentos internacionales y regionales, que puede implicar también una faceta defensiva y de libertad, respecto de otros derechos que hacen a la sexualidad, por la que el Estado se compromete a garantizar su ejercicio y sancionar sus ilegítimas afectaciones⁵⁴;

h) El derecho a la educación y a la información sexual relacionado especialmente con niñas, niños y adolescentes, en tanto se encuentran en desarrollo hacia la adultez. Reconocido en instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos, así como en la legislación interna argentina, por ejemplo en la ley nacional

⁵⁴ En tal sentido, la ley nacional 23.592 también llamada "Ley Antidiscriminatoria" que incluye la discriminación sexual.

de educación sexual. Se trata de un derecho eminentemente social, subespecie del derecho a la educación, por lo que tiene un importante contenido prestacional obligatorio para el Estado y para los sujetos de Derecho beneficiarios de aquel.

Se interrelaciona con el derecho a la salud sexual, siendo la educación sexual condición para el disfrute de aquella y en última instancia también con la libertad sexual, puesto que para el ejercicio libre se requiere haber contado con educación e información oportuna y de calidad, tal como sostuvieran los organismos internacionales, según se observará en el capítulo siguiente.

En definitiva, hasta aquí no subsisten dudas respecto de la existencia y el reconocimiento de diversa índole sobre una serie de derechos cuyos contenidos dan cuenta de sus características de "sexuales". Además, subyace un sólido nexo entre los derechos de la sexualidad y una serie de principios, derechos humanos y fundamentales, tales como la libertad, la salud integral y principalmente la privacidad pero también, entre otros, la identidad y la educación, tal como será desarrollado en el Capítulo III.

2.7. El derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad

Debe cuestionarse si el derecho al libre ejercicio de la sexualidad o derecho a la libertad sexual proviene o se contiene en los derechos a la salud integral, en los genéricos derechos de la personalidad o personalísimos,⁵⁵ en el derecho a la libertad de intimidad, en el derecho a la privacidad (comprensivo y mayor que la intimidad en términos de Nino) o bien podría sostenerse la existencia de un hipotético derecho al goce y al placer sexual sin más. El derecho a la libertad sexual implica la facultad de disposición y de "señorío" sobre el propio cuerpo, concretamente alcanzado por el derecho a exteriorizar las conductas y las acciones privadas, en este caso vinculadas con la sexualidad, en tanto no se cause con ellas un daño relevante a otras personas.

⁵⁵ Se han definido los derechos personalísimos como aquellos que nacen con el sujeto, inherentes e inseparables de la persona humana, incluyen aspectos relacionados con la individualidad y la autonomía personal. Según CIFUENTES, S. *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 148.

Las demandas individuales y sectoriales han ido consolidando mediante la regulación normativa, determinados derechos reconocidos en fuente convencional o constitucional. La protección de los derechos de la sexualidad implica reconocerlos como derechos esencialmente, en origen, individuales, contenidos en las estructuras de diversos derechos humanos y fundamentales a partir del resguardo de la libertad y la privacidad. No resulta casual que estos derechos no tengan una definición concreta en los instrumentos convencionales universales y regionales. La falta de mención al concepto “derechos sexuales” es otro dato relevante a considerar especialmente.

Las normas de la legislación interna, sancionadas no sin arduas negociaciones y fuertes resistencias, se han centrado en los derechos vinculados con la protección de la salud integral y los derechos reproductivos, bajo las premisas de la planificación, la evitación de determinadas conductas y consecuencias, la prevención, la responsabilidad y el cuidado de la salud individual, concretando asimismo prestaciones estatales que la faceta prestacional de los derechos amerita. Existe un tratamiento fuertemente protectorio del Estado hacia las personas adultas. Mucho mayor en el caso de las personas que todavía no lo son, tal como se observará en el capítulo pertinente.

Como ya se anticipara, el ejercicio del derecho a la libertad sexual involucra la capacidad de expresar y de exteriorizar, en tanto regularmente involucra a otra u otras personas, el deseo y el disfrute del placer sexual. Por tanto requiere de un espacio o ámbito de libertad y privacidad protegidas, la inexistencia de presión, coacción o cualquier clase de violencia, así como el resguardo de las decisiones esencialmente autónomas de la persona, con la premisa de la no interferencia estatal ni de personas ajenas en dicho ámbito de indemnidad de las denominadas conductas autorreferentes de los sujetos.

También pueden involucrarse en la temática, valoraciones morales que subyacen en los conceptos anteriormente mencionados, por ejemplo las condiciones de una “sexualidad sana” o de una “sexualidad responsable”, objetivos a los que apuntan algunas legislaciones o regulaciones estatales. En el caso de determinados derechos reproductivos se advierten valoraciones tales como la “reproducción o la procreación responsable”.

Si bien lo señalado implica el ingreso a un terreno difícil por el carácter sustancialmente valorativo, en cualquier caso todo el Derecho implica algún grado de

valoración social, podría sostenerse tanto que resulta una intromisión injustificada en un ámbito de privacidad protegido constitucionalmente (el modo en el que se ejerce el derecho a la libertad sexual) como que en realidad constituye un razonable límite impuesto como regulación del derecho fundamental al contenido de libertad sexual de derecho a la privacidad.

Puede entenderse como un derecho a la sexualidad, en el sentido del derecho personalísimo a vivir de forma sexuada (si que es fuera posible vivir de modo absolutamente asexuado) y en ejercicio de tal libertad sexual, bajo el concepto de ser quien se quiere ser, como y de que forma se quiere desarrollar la vida.

En otras palabras la elección del *propio plan de vida* o del proyecto de vida personal, que incluye las decisiones sobre la propia sexualidad entendida de modo amplio, en última instancia un desarrollo del derecho a la privacidad o a la libertad de intimidad, de innegable matriz liberal e individual y que requiere por lo tanto la garantía estatal para su pacífico ejercicio. Sin perjuicio de lo expuesto, en los casos de determinados delitos penales (por ejemplo en la violación) la libertad sexual es precisamente uno de los bienes jurídicos protegidos por el tipo legal correspondiente.⁵⁶

Para Gil Domínguez, la libertad sexual es uno de los bienes protegidos constitucionalmente.⁵⁷

En tal sentido dicho autor propone que se trata de un valor constitucional tan importante que hace ceder incluso al valor vida en formación para el caso de una posible colisión entre derechos fundamentales.⁵⁸

⁵⁶ Se ha dicho que la "libertad sexual" que viene a sustituir a la "moralidad sexual", buscando consolidar la idea de justificar las intervenciones jurídico-penales, solo en la medida en que se encuentre comprometida la esfera individual de autodeterminación de la persona" CHAIA, R. y GARCIA, J. "Cuando resignarse no equivale a querer", publicado en Base de Datos *elDial.com* - DC1723 el 27/10/2011.

⁵⁷ Sostiene el constitucionalista que: "No surge del bloque de la constitucionalidad federal ningún precepto que establezca un derecho a la vida desde el momento de la concepción absoluto, inviolable, natural. Por el contrario, emana que a partir del momento de la concepción la vida humana en formación es merecedora de protección constitucional, pero dicha cobertura (amén de no ser sinónimo de tutela penal sino de utilización de la vía tuitiva más idónea, proporcional y necesaria) no es absoluta, sino que, en el supuesto de colisión entre la vida humana en formación y otros bienes constitucionales (vgr, la vida, la salud, la libertad sexual, el ámbito familiar) es posible desde la óptica de la vigencia y la validez constitucional que se prioricen estos bienes por sobre la vida humana en formación". GIL DOMINGUEZ, A. "La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación anencefálica: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional". *Revista LLBA-2001*, pp. 1293-ss.

Cabe traer a colación los fundamentos de la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia, al entender que *"...cualquier violación en contra de la libertad y voluntad de la mujer, atentatoria de su libertad sexual, sería inconstitucional..."*. Asimismo dicho Tribunal ha sostenido que *"...corresponde al Estado establecer políticas de prevención, persuasión y educación, con el propósito que las personas entiendan las consecuencias de su libertad sexual y reproductiva..."*. Por último se ha mencionado que *"...acorde con el mismo Estado Social de Derecho, no pueden basarse en la represión, la cual es la última ratio en un Estado de Derecho, sino que deben estar fundamentadas en una libertad responsable."*⁵⁹

En similar línea argumentativa, los términos de la Declaración de Valencia citada con anterioridad: *"La libertad sexual abarca la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual. Sin embargo, esto excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida"*.⁶⁰

En todo caso se trata de la libertad de tener o no tener toda clase de relaciones sexuales, con quien o quienes se quiere, cuando y como se quiere. Analizada ya la necesaria separación entre la libertad sexual respecto de los derechos de la reproducción, si bien el libre ejercicio de la sexualidad puede involucrar el derecho a evitar la concepción,⁶¹ para concluir, en el capítulo siguiente se estudiará el principio de no dañar como posible límite al libre ejercicio de la sexualidad, dado que el daño a

⁵⁸ Se ha expresado que: "...si el embarazo es producto de una violación, y se produce una colisión contra la vida humana en formación, el aborto está permitido prevaleciendo jerárquicamente el valor libertad sexual de la mujer sobre el valor vida humana en formación...". GIL DOMÍNGUEZ, A. *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 138.

⁵⁹ Sentencia C-355/06 dictada el día 10 de mayo de 2006, Corte Constitucional de Colombia. Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal. Disponible en <http://www.pasto.gov.co/phocadownload/Genero/Sentencia%20C-355.pdf> con último acceso el 12/11/2011.

⁶⁰ Declaración de Valencia de los Derechos Sexuales, XIII Congreso Mundial de Sexología, Sexualidad y Derechos Humanos desarrollado en 1997 (revisada en la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología - WAS en 1999).

⁶¹ Se ha sostenido que: "Como el sexo está indiscutiblemente unido a la procreación también creemos necesario tratar en nuestro estudio la cuestión de las consecuencias de la libertad sexual; es decir si la libertad sexual lleva insito el derecho a evitar la concepción, y si el derecho a la contracepción es ilimitado..." MEDINA, G. "Bioética, libertad sexual y Derecho". *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, 2001 Tomo 21. En Base de Datos Lexis N° 0029/000009.

terceros es justamente el tope que posee el derecho fundamental a la privacidad con sustento en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por último, como ya se sostuvo en el acápite anterior, el derecho a la libertad sexual interdependiente e interrelacionado con los derechos a la identidad y a la libre orientación sexual, bien podría verificarse como un derecho en origen reaccional pero actualmente en pasaje hacia consolidarse como un derecho de defensa, en razón de que el Estado protege la indemnidad de dicha libertad sexual en su vinculación tanto con la integridad sexual, como con la prohibición de discriminación sexual y la protección contra cualquier tipo de violencia o coerción sexual.

A su vez, y para finalizar, debe reiterarse que cuenta con una faceta prestacional dada por la vinculación con las subespecies de los derechos sociales a la salud y a la educación, es decir los derechos a la salud sexual y a la educación e información sexual. Resta señalar que la libertad sexual deriva de la libertad entendida como la capacidad individual para la elección autónoma, aquella capacidad para la autonomía en términos de los constitucionalistas españoles en cuanto principio-valor trascendental.⁶²

En tal sentido, los derechos sociales también han de servir y se fundan en la libertad en tanto la satisfacción de determinadas necesidades básicas implica el aumento de capacidad de autonomía de los sujetos, en otras palabras, es condición necesaria para disponer de mayor capacidad para la autonomía.

⁶² ESCOBAR ROCA, G., MARTÍNEZ SORIA, J. y GARCÍA MANRIQUE, R. Material de la asignatura Derechos Sociales, Lección 2: "Marco constitucional de los derechos sociales", Máster DD. HH. - PRADPI, 2010, pp. 8-9, 17.

III Los derechos humanos y fundamentales afines

3.1. Los derechos que contienen y dan protección a los “derechos de la sexualidad”

Los diversos derechos de la sexualidad y en especial el derecho al libre ejercicio de la sexualidad pueden ser conexos, afines, encontrarse contenidos o bien derivarse de ciertos derechos humanos que además han sido receptados como derechos fundamentales en la Argentina.

En algunos casos, los derechos de la sexualidad se reconocen expresamente, como dispone el artículo 37 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en tanto establece que “Se reconocen expresamente los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos...”, en otros casos pueden no reconocerse explícitamente debiendo formularse una construcción analítica para su delimitación y derivación de figuras similares, de tal forma, puede admitirse que cuanto menos implícitamente los derechos de la sexualidad pueden desprenderse de una serie de derechos constitucionales.

Los derechos que hacen al ejercicio de la sexualidad pueden encontrar alguna clase de contención al menos en los derechos a la privacidad, comprensivo de la intimidad, a la dignidad, a la salud integral, a la educación y en el principio-valor de libertad. El derecho a la libertad sexual podría encontrarse amparado en aquel ámbito de protección de la individualidad exento de interferencias estatales y de otros terceros, que en la Argentina se ha denominado derecho a la privacidad. Como se analizará en el acápite pertinente incluso puede verificarse una posible relación de género-especie entre algunos derechos de la sexualidad respecto del derecho a la identidad y cierto vínculo con el derecho de asociación.

Debe considerarse también que en la Argentina las normas contenidas en una serie de instrumentos regionales y universales sobre derechos humanos cuentan con jerarquía constitucional, según dispone el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Esta apertura constitucional al catálogo de derechos humanos implica un cambio de paradigma en cuanto a su reconocimiento como auténticos derechos fundamentales si bien en origen de fuente supranacional.

Dicho reconocimiento conlleva en ocasiones el deber estatal de dictar medidas positivas para efectivizar y regular tales derechos, según dispone el artículo 75, inciso 23 de la Carta Magna.⁶³ De alguna forma, puede apreciarse que tanto la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en sus artículos 12 y 16, como la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3, 12 y 16, más la declaración de la Argentina ratificada el 04/12/1990, e incluso la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19, al igual que la propia Constitución Nacional en sus artículos 75 incisos 22 y 23, 19, 33 y 16 contienen normas que implican algún grado de vinculación implícita con los denominados derechos de la sexualidad.

Por último, debe tomarse en cuenta que la reglamentación de los derechos constitucionales, en tanto generan restricciones a su ejercicio, debe efectuarse mediante legislación tanto en sentido formal como material de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁴ siendo una previsión oportunamente a analizar en el marco del presente trabajo.

⁶³ Art. 75.- “Corresponde al Congreso: [...] inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos [...] inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

⁶⁴ Opinión Consultiva Nº 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf con último acceso el 05/11/2011.

3.2. El derecho a la salud integral

En el Capítulo II se establecieron los nutridos vínculos existentes entre sexualidad, salud y reproducción. Como ya se expusiera, fueron los organismos internacionales - OMS, OPS, entre otros- quienes anudaron los diferentes conceptos plasmándose en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, la CEDAW (artículos 12 y 16), su Protocolo, y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3, 12 y 16). De acuerdo a lo mencionado previamente, las causas fueron diversas y los efectos no siempre provechosos para el pleno ejercicio de ciertos derechos individuales sin intromisiones del Estado. En un transitar análogo, puede anticiparse que en la Argentina sucedió algo similar. Las primeras menciones y reconocimientos a los todavía difusos “derechos sexuales y reproductivos” aparecen en la legislación sanitaria que regula el derecho humano a la salud. Por ello es posible sostener que existió un primer y tenue reconocimiento de los derechos sexuales y los derechos reproductivos a partir del derecho a la salud entendido de modo integral.

Si bien el derecho a la salud implica el reconocimiento de un derecho individual, también ha sido considerado un valor o un bien jurídico relevante. Incluso ha sido admitido como derecho social con un sólido contenido prestacional. A su vez, implica la salud pública como un bien jurídico eminentemente colectivo. No obstante, originariamente la salud fue entendida como un derecho individual anexo a la vida, no enumerado o implícito y básicamente relacionado con el Estado en calidad de sujeto pasivo cuyo deber era exclusivamente no dañar, interpretándose que surgía de los artículos 33 y 14 de la Constitución federal.

Con transcurrir del tiempo y el progreso en el reconocimiento de derechos, el derecho a la protección y a la atención de la salud, vinculado con el reconocimiento del concepto de “calidad de vida” fue tornándose un derecho “más social”, un derecho de prestaciones que dio y da lugar a obligaciones exigibles al Estado⁶⁵ convirtiéndolo en lo que Bidart Campos ha llamado muchas veces “*un derecho viejo con contenidos nuevos*”.

⁶⁵ KRAUT, A. *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 195 y ss.

Asimismo, el ya citado artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna lo reestablece con la reforma constitucional de 1994 como derecho de cada persona, pero también de incidencia colectiva e integrante del conjunto de los derechos humanos fundamentales, un bien colectivo: la “*salud pública*”.⁶⁶

Los tratados internacionales con rango constitucional se refieren a la salud bajo la noción amplia a la que ya se ha hecho referencia, contemplando al Estado como garante del acceso igualitario y equitativo al más alto nivel posible de salud, tanto física, como psíquica y social, entendida de un modo integral.⁶⁷ Así, el derecho a la salud como bien privado, si bien parte del ámbito de reserva o autonomía de la persona -que será analizado respecto del derecho a la privacidad- se establece luego como derecho a prestaciones de salud por parte del Estado o los obligados privados, encontrándose en la Argentina plenamente constitucionalizado.⁶⁸

Es, por último, un principio jurídico como criterio de valoración, aspiración, máxima general y pensamientos directores de actividad legislativa⁶⁹. En palabras de Bidart Campos “*Salud como derecho, como bien jurídico y como valor.*”⁷⁰

⁶⁶ BIDART CAMPOS, G. *La constitución que dura, cit.*, p. 175.

⁶⁷ Entre las normas que reconocen el derecho a la salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 12, la Declaración Americana en el art. 11, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial en el art. 5º, la Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer en su preámbulo y en el art. 12 inc. 1º, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 9º y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) en el art. 10, inc. 1.

⁶⁸ Lorenzetti sostiene que la constitucionalización del derecho a la vida y a la salud se ha desarrollado plenamente en el derecho comparado, siendo una tendencia innegable y sólida que se refleja también en la Convención Americana de Derechos Humanos, constituciones provinciales y legislación nacional (ley 23.661, entre otras). LORENZETTI, R. *Responsabilidad civil de los médicos* Tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 129-ss.

⁶⁹ El derecho a la salud puede ser entendido desde dos facetas. Por una parte, el derecho a la salud como bien jurídico privado, integrante del ámbito de intimidad personal, derecho negativo en cuanto los terceros nos pueden avanzar sobre él, salvo con consentimiento del titular o causa legal. Rigen al respecto la tutela preventiva y resarcitoria. AA. VV. citados en LORENZETTI, R. *Op. cit.*, pp. 134 y ss.

⁷⁰ BIDART CAMPOS, G. *La constitución que dura, cit.*, p. 193.

Ha existido en la jurisprudencia de nuestros tribunales una firme tendencia hacia su reconocimiento⁷¹ cada vez con mayores y más importantes efectos. Entre otros, puede citarse el fallo “Campodónico de Beviacqua”⁷² en el cual la Corte destacó el deber del Estado de promover y facilitar prestaciones de salud, así como el de garantizar el derecho a la salud comprendido en el derecho a la vida, con acciones positivas, como obligación derivada del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte fue avanzando en el reconocimiento amplio del derecho a las prestaciones de salud y la consecuente responsabilidad del Estado, por ejemplo, en los casos “Policlínica”⁷³ y “Monteserrín”.⁷⁴

En ellos entendió que la protección del derecho a la salud de menores de edad resultaba exigible frente al Estado como obligado y garante, admitiendo la existencia de responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en la suscripción de tratados internacionales.⁷⁵

⁷¹ La Corte Suprema en el caso “Los Saladeristas” (31:274) fallado en el siglo XIX, reconoció que los poderes públicos estaban obligados a proteger la salud pública y no autorizar la instalación de una industria que pudiera afectarla. En el fallo “Baricalla de Cisilotto” (310:112) el Tribunal derivó el derecho a la salud comprensivo del derecho a la vida y reconoció la obligación estatal con relación a la prestación de salud. En “Asociación Benghalensis c/ Ministerio de Salud y Acción Social” de 2000 (323:1339) la Corte confirmó la sentencia de los tribunales inferiores en cuanto se condenaba al estado nacional a prestar asistencia, dar tratamiento y suministrar medicamentos en forma regular y oportuna a los portadores de V.I.H-SIDA. En “Viceconte c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, con sentencia del 02/06/1998 (*Revista LL-1998-F-102*) la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal obligó al Estado nacional a que dispusiera las medidas necesarias para la fabricación de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina, conocida como “mal de los rastrojos”.

⁷² Fallo de la C.S.J.N. “Campodónico de Beviacqua, Ana c/ Ministerio de Salud del 24/10/2000 (323:3235). Allí se ha dicho, “la cláusula federal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28 inc.s 1º y 2º)”.

⁷³ Fallo de la C.S.J.N. “Policlínica Privada c/ Municipalidad de Buenos Aires” de fecha 11/06/1998 (321:1684).

⁷⁴ Fallo de la C.S.J.N. “Monteserrín, Marcelino c/ Estado Nacional - M. S. y A. S.” de fecha 16/10/2001 (324:3571).

⁷⁵ Asimismo se sostuvo en ambos casos que el gasto en salud es una inversión prioritaria. Dicho criterio fue sostenido también en los fallos de la C.S.J.N.: “Orlando, Susana” y “Ortiz, Ana María”, de fecha 24/05/2005. Asimismo en “Floreanci, Andrea C. c/ Estado Nacional” de fecha 11/07/2006.

En el derecho internacional de los derechos humanos es pauta de interpretación el principio de progresividad, por el cual los Estados partes se encuentran obligados a avanzar en forma eficaz en pos de la plena realización del derecho a la salud integral.

Este principio rige también en el ámbito interno de acuerdo a lo sostenido por la Corte en los fallos “Monteserrín” y “Campodónico de Beviacqua”.

En la Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales efectuada en el año 2000, se avanzó sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, de acuerdo con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Allí se entendió que la salud es un derecho humano indispensable para el ejercicio de los demás derechos, en tanto se encuentra estrechamente vinculado con otros derechos humanos, interpretándose asimismo que la norma del Pacto incluye facetas como la libertad sexual y genésica, es decir, los derechos sexuales y los derechos reproductivos, los cuales asimismo se vinculan con el derecho a la autodeterminación y a la libertad personal. Además, se enfatizó en la prohibición de discriminación a partir de la igualdad de trato y el acceso al ejercicio efectivo del derecho por parte de grupos y poblaciones vulnerables.⁷⁶

El reconocimiento de la salud en la Argentina en origen como un derecho fundamental de cuño individual y luego como un derecho social derivado de la constitucionalización de las normas de fuente convencional, posiblemente haya contribuido para que se anuden los conceptos de salud, reproducción y sexualidad, como ya se analizara en el Capítulo II. Consecuentemente, la legislación argentina que reconoce facetas de los derechos de la sexualidad y la reproducción se formaliza en gran medida desde el derecho sanitario y a partir del derecho fundamental a la salud. Son ejemplos de ello, la legislación en materia de salud con alguna especial injerencia en los aspectos sexual y reproductivo, sancionadas en cumplimiento de los compromisos de la Argentina en materia de derechos humanos.⁷⁷

⁷⁶ Sobre el particular se ha ampliado, expresándose que: “El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la salud y el cuerpo de uno, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como asimismo el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.” MALJAR, D. “Responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud según la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revistas SJA 29/6/2005- JA 2005-II-*, pp. 1195-ss. En Base de Datos Lexis Nº 0003/011357 - 0003/011359.

⁷⁷ Entre ellas, la ley que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, las normas pertinentes de la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley de

En todas ellas se parte del reconocimiento del derecho humano a la salud entendido de modo integral, que por ende abarca diversas cuestiones que hacen a la sexualidad y la reproducción.

Debe apreciarse que el beneficio de la relación entre salud, sexualidad y reproducción surge del carácter social que obtiene el derecho a la salud integral, faceta que implica la obligación estatal de brindar determinadas prestaciones. Por otra parte, en la Argentina se encuentra suficientemente asentado el carácter de fundamental del derecho a la salud, no solamente valor jurídico, principio o bien jurídico relevante, tal como ha señalado la propia Corte Suprema federal en los casos antes citados.

Sin perjuicio de lo expuesto, el reconocimiento de la salud pública desde el derecho sanitario en su origen, también parte de un principio protectorio que se origina en los cimientos mismos del sistema capitalista, que busca proteger, fomentar y regular la salud de los trabajadores para el normal desarrollo la producción.⁷⁸

Asimismo, la legislación y regulación estatal de cuestiones vinculadas con la sexualidad, bajo un criterio sustancialmente reproductivo, ha sido consecuencia de objetivos nacionales referidos a políticas de población, tendientes a repoblar, controlar o restringir la natalidad de sus habitantes. Por ello, la vinculación de la sexualidad con las políticas públicas, la salubridad, la sanidad o en todo caso la salud, resulta en ocasiones conveniente por el carácter social del derecho con su contenido prestacional, en otras puede resultar riesgoso por la intervención estatal sobre derechos esencialmente individuales y personalísimos. Como se observara en el Capítulo II, se establecen en las normas reguladoras de los derechos criterios y fomentos para una sexualidad “reproductiva, normal, sana y saludable”.

S.I.D.A., la Ley de Creación de los Comités Hospitalarios de Ética, la Ley que prohíbe cualquier discriminación a estudiantes embarazadas, la Ley de Información sobre el embarazo, parto y postparto, las normas pertinentes de la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley sobre Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, Ley de Medicina Prepaga, etc.

⁷⁸ Previamente sucedía lo que magistralmente reseña Foucault “Las condiciones de vida del proletariado, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX, muestran que se estaba lejos de tomar en cuenta su cuerpo y su sexo, por importaba que aquella gente viviera o muriera; de todos modos se reproducían”. FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 121, con cita de MARX, K. *El capital*, libro I, cap. VIII, 2, “La hambruna de plustrabajo”, México, Siglo XXI, 1975.

Respecto de la intervención del derecho a la privacidad en razones de salud pública, la Corte federal entendió en el caso "B.R.E."⁷⁹ que constituía una reglamentación razonable del derecho a la salud, la facultad estatal discrecional y amplia (de la Policía Federal Argentina) sobre sus agentes en materia de exámenes de salud, incluyéndose la detección del virus del VIH-SIDA. La Corte admitió que el personal policial posee un ámbito más restringido de privacidad que los particulares por el hecho de pertenecer a la institución, en otras palabras, se prescinde de consentimiento del sujeto dado que la protección de la salud en su faceta de salud pública se encuentra por encima del derecho a la intimidad, para la protección de terceros por el riesgo de contagio.

La salud pública por sobre la autonomía de la voluntad y la intimidad, incluso como intervención justificada a fin de limitar o regular otros derechos constitucionales.⁸⁰ Sobre este punto cabe traer a colación la reflexión de Escobar, por cuanto la libertad de someterse o no a un tratamiento médico forma parte del contenido del derecho a la salud "...la decisión de ejercer el derecho es una decisión libre, que sólo compete a su titular. Una asistencia sanitaria impuesta atentaría contra el derecho a la salud, en su faceta de derecho de libertad...".⁸¹ Tal como se anticipara, el sometimiento de ciertas conductas que hacen al ámbito de la intimidad o la privacidad a las normas reguladoras del derecho público sanitario, puede entrañar algún peligro sobre el libre ejercicio de determinados derechos. Supeditar el ejercicio de la sexualidad exclusivamente al ámbito de la salud, puede excluir aspectos relevantes que requieren ser contemplados desde la órbita de otros derechos.

En los antecedentes parlamentarios de las leyes nacionales de Contracepción Quirúrgica y de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable se establecen vínculos entre el derecho a la salud y el derecho a la privacidad o intimidad. Entre los fundamentos de la primera, el diputado que expusiera el dictamen de comisión sobre el que luego habría de aprobarse la norma, sostuvo que "...esta norma consagra el derecho individual y la autonomía de la voluntad. Avanza de manera concreta en la implementación de los contenidos de los ya mencionados pactos

⁷⁹ En un sentido similar, al caso "B.R.E." puede apreciarse como ejemplo la institución denominada "visita higiénica" derivada del concepto de "higiene sexual", por el que se permitía a los conscriptos en época del servicio militar obligatorio, salidas periódicas a efectos de satisfacer posibles o presuntos deseos sexuales. Las salidas estaban instrumentadas y establecidas como una norma reglamentaria del derecho sanitario, el denominado "higienismo".

⁸⁰ Fallo de la C.S.J.N. en autos "B.R.E." c/ Policía Federal s/ Amparo, sentencia del 17/12/2006. Fallos 319:340.

⁸¹ ESCOBAR ROCA, G. *El derecho a la protección de la salud en España*, Material de Trabajo de la Asignatura Derechos Sociales, curso 2010, Máster en DD.HH.-PRADPI, p. 23.

internacionales que hoy tienen jerarquía constitucional... ”.⁸² En el debate parlamentario previo a la sanción de la última norma mencionada, la diputada expositora del dictamen que el cuerpo aprobara para luego convertirse en ley, sostuvo que las finalidades de la norma eran “...posibilitar el acceso de varones y mujeres -especialmente de estas últimas- a ejercer libremente la sexualidad, o sea sus derechos sexuales y la posibilidad de elegir cuántos hijos desean tener y en qué momento.... ”.⁸³

A la luz de lo expuesto, si bien la salud sexual y la salud reproductiva pueden hallarse contenidas en el derecho fundamental a la salud integral, de acuerdo a lo reseñado hasta aquí parece bastante más dificultoso desprender del derecho a la salud, con su contenido social, sanitario y protectorio, determinados derechos de la sexualidad como la libertad sexual o el libre ejercicio de la sexualidad. Tal vez la relación podría observarse a la inversa. El derecho a decidir libremente la vida sexual de una persona, el derecho a elegir, el derecho a exteriorizar el placer, entre otros, parecieran *prima facie* no surgir del derecho a la salud puesto que hacen a una libertad de intimidad. Por el contrario, podrían en todo caso requerir de determinada protección para garantizar su ejercicio sin interferencias, y eventualmente de ciertas prestaciones del Estado derivadas de las prestaciones de los derechos a la salud y la educación. En el caso, los derechos humanos a la salud sexual y la educación e información sexual, interrelacionados, posibilitarían un mejor ejercicio del derecho a la libertad sexual.

3.3. El principio-valor de la libertad

Resulta improbable el reconocimiento de un derecho autónomo a la libertad en la Constitución federal. Así como en España se acepta la existencia de un principio general de la libertad, en la Argentina se ha sostenido que se trata de un valor y un principio,⁸⁴ si bien también puede consentirse que se trata de un principio general como en el constitucionalismo ibérico. El principio de la libertad comprende en la

⁸² Debate parlamentario, sesión del 28/06/2006, presentación del diputado por Santa Fe, Sylvestre Begnis, versión provisional tomada de la página web de la Cámara de Diputados de la Nación con posterioridad a la sesión. Asimismo el diputado Acuña Kunz sostuvo en dicha sesión que “...no se puede interferir sobre la libre determinación autorreferente de las personas, intentando imponer su voluntad nada más y nada menos que un canon moral ajeno...”.

⁸³ Debate parlamentario, Orden del día 1147 y Orden del día 1000, presentación de la diputada Cristina Guevara, versión provisional tomada de la página web de la Cámara de Diputados de la Nación con posterioridad a la sesión.

⁸⁴ BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* Tomo I-B, Buenos Aires, Ediar, edición 2000-2001, p. 47.

Constitución y en la fuente supranacional con rango constitucional la afirmación de que toda persona es sujeto de Derecho⁸⁵ derivado de la prohibición de la esclavitud que preceptúa el artículo 15 de la Carta Magna y de la concreción de un espacio de intimidad y privacidad protegida de acuerdo a lo establecido en su artículo 19, y que será especialmente desarrollado en el acápite correspondiente.

Puede además traerse a colación la nota del preámbulo constitucional, en tanto como uno de los fines del Estado se encuentra “...asegurar los beneficios de la libertad...”. Es de este principio-valor que deriva el principio humanista básico por el cual se entiende que “todo lo que no está prohibido está permitido”, enlazándose también con el concepto que acuñara Bidart Campos, que ha sido conocido como la “libertad de intimidad” análogo al inglés “right of privacy”.⁸⁶ El citado jurista recordaba las palabras de Nino a fin de diferenciar la intimidad como aquella esfera personal exenta del conocimiento de terceros, de la privacidad como la facultad irrestricta de llevar a cabo acciones privadas que no produzcan daño a otras personas, en ambos casos, bajo la protección de la llamada zona de reserva personal propia de la autonomía de la persona humana. Es decir, la privacidad es más amplia y abarcadora que la intimidad, por lo que la primera comprende a la segunda.

Debe considerarse también que la libertad de intimidad del artículo 19 de la Constitución se establece en los artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires señaló en torno al planteo de inconstitucionalidad de la ley 418 modificada por ley 439 (Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable local) en la causa “Liga de Amas de Casa” que “...los destinatarios de la ley tienen la decisión de acceder o no a las prestaciones que la legislación local pone a su disposición sin que el Estado o los particulares puedan interferir en ello...”.⁸⁷

⁸⁵ En similar sentido los artículos 1 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁶ BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, cit., pp. 50-51.

⁸⁷ Causa “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, sentencia del T.S.J. de la C.A.B.A. del 14/10/2003. Disponible en http://www.ciudadyderechos.org.ar/jurisprudencia_lf.php?id=T.S.J.&id3=191 con último acceso el 15/11/2011.

En otros términos, el acceso a las prestaciones relacionadas con el reconocimiento de la salud sexual, por ende de la libertad sexual, hace en última instancia a una decisión personal sustentada, entre otros derechos, también en el principio de libertad.

En tanto no puede afirmarse que la libertad se trate de un auténtico derecho fundamental o humano, sino un principio-valor o un principio general, difícilmente pueden encontrarse contenidos otros derechos, en el caso, los vinculados con el ejercicio de la sexualidad. Resulta útil el concepto para ajustar la interpretación que deberá dárseles a las normas constitucionales y supranacionales aplicables vinculadas con los derechos a la privacidad o a la intimidad, entre otros. Por ello, será desarrollada con mayor amplitud la implicancia del principio en el análisis a efectuarse en el acápite 3.7 respecto del derecho a la privacidad que reconoce el artículo 19 de la Carta Magna.

3.4. El derecho a la educación

Al margen de los vínculos que se destacaron entre la salud y los derechos reproductivos, y entre éstos y los derechos sexuales, se ha trabado también una relación de reconocimiento de ciertos derechos de la sexualidad, básicamente a la información y a la educación sexual sobre la base del derecho humano y fundamental a la educación. En la Argentina, con la sanción de la ley nacional 26.150 denominada Ley Nacional de Educación Sexual, en 2006, se reconocen la responsabilidad y la potestad estatal respecto del otorgamiento de información y educación sexual a niñas, niños y adolescentes. En dicha norma se expresan como objetivos: la transmisión de conocimientos respecto de la educación sexual integral (artículo 1, inciso b), la promoción de actitudes responsables ante la sexualidad (inciso c) y la prevención de problemas relacionados con la salud sexual y reproductiva y la igualdad de trato entre géneros (artículo 3). Sin embargo, se advierte que no se define en todo el texto de la norma que es exactamente la educación sexual.⁸⁸ La norma recoge el principio de autonomía progresiva del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto prevé la educación desde el nivel inicial, de acuerdo con las etapas de madurez y desarrollo intelectual de niñas y niños. El artículo 9, inciso b. establece como objetivos

⁸⁸ Por el contrario, la ley local 2.110, sancionada en 2006 para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires define en su artículo 3: "La Educación Sexual Integral comprende el conjunto de actividades pedagógicas destinadas a favorecer la salud sexual, entendida como la integración de los aspectos físicos, emocionales, intelectuales y sociales relativos a la sexualidad, para promover el bienestar personal y social mediante la comunicación y el amor".

“Promover la comprensión y el acompañamiento en la maduración afectiva del niño, niña y adolescente ayudándolo a formar su sexualidad y preparándolo para entablar relaciones interpersonales positivas.”

La obligatoriedad de brindar información sobre la sexualidad implica reconocer al menos implícitamente la existencia de derechos que hacen al ejercicio de la sexualidad, con una faceta prestacional dada por su conexión con el derecho social a la educación incluso por sobre la concepción clásica del concepto de patria potestad, según se desarrollará en el capítulo siguiente. Debe señalarse también que el Comité de los Derechos del Niño estableció en su Observación General N° 3, de 2003, que se encuentran entre los derechos de mayor relevancia “...*el derecho a una atención sanitaria preventiva, a la educación sexual y a educación y servicios de planificación de la familia (art. 24 f)*”.⁸⁹

El Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz, en cumplimiento de la resolución 8/4 del Consejo de Derechos Humanos⁹⁰ dio cuenta de la especial atención que debe brindársele al derecho humano a la educación sexual, fundado en la dignidad humana y en las normas internacionales en materia de derechos humanos. Señaló que en virtud de la interdependencia entre la sexualidad, la salud y la educación, resulta imprescindible el acceso de todas las personas a servicios e información respecto del cuidado de la salud sexual y reproductiva. También sostuvo que si bien la sexualidad, inherente a la humanidad, puede estar en forma incorrecta ligada únicamente a la reproducción con base en cuestiones culturales, ideológicas o religiosas, los Estados deben velar para que se brinde educación a la totalidad de la población.

Por otra parte fue denunciada la desigualdad de género, así como la obligatoriedad de otorgar y recibir educación sexual integral, no solo biológica, desde las primeras etapas de la formación, adaptándose a las diferencias etarias y culturales como condición para la capacidad de cuidar la salud personal y ejercer la sexualidad positiva y responsablemente. Asimismo fue reiterada la definición de la UNESCO sobre educación sexual, que la conceptúa como un “*enfoque a la enseñanza sobre el sexo y las relaciones que resulte apropiado a la edad, relevante culturalmente, y proporcione*

⁸⁹ Observación General N° 3 del Comité de los Derechos del Niño. Consultada por última vez el 13/11/2011 en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC3_sp.doc .

⁹⁰ Documento A765/162 disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99 con último acceso el 15/11/2011.

*científicamente información precisa, realista y sin prejuicios...*⁹¹ De acuerdo con el Relator Especial, la educación sexual integral debe brindar herramientas para la toma de decisiones respecto de la sexualidad, siendo que no brindarla es dejar a niñas, niños y adolescentes librados a su suerte. La falta de acceso a educación sexual y reproductiva es un impedimento para cumplir el deber estatal de garantizar los derechos a la vida, a la salud, a la no discriminación, a la educación y a la información, contenidos en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁹² Por último, se recordó que los órganos de vigilancia de los tratados recomendaron de forma expresa la educación obligatoria en materia de salud sexual y reproductiva.⁹³

El Relator Especial reafirmó también que entre otras obligaciones, los Estados deben brindar educación sexual integral especialmente a niñas, niños y adolescentes, con disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de acuerdo a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto del derecho a la educación. En sentido similar, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes en su

⁹¹ Además se agrega que “La educación sexual proporciona oportunidades para explorar los valores y actitudes propios y la construcción de la toma de decisiones, habilidades de comunicación y reducción de riesgos sobre muchos aspectos de la sexualidad”. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Documento A765/162 disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99 con último acceso el 15/11/2011.

⁹² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹³ Se reseña que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer insta a los Estados a que brinden educación sexual de manera obligatoria y sistemática en las escuelas, incluida la formación profesional. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño recomienda que los Estados incluyan la educación sexual en los programas oficiales de enseñanza primaria y secundaria. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño han afirmado que los derechos a la salud y a la información exigen que los Estados se abstengan de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto. El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados que integren la educación sexual en el currículum escolar, etc. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales, ha expresado preocupación por la eliminación de la educación sexual del currículum escolar, así como por la elevada tasa de embarazos no deseados y de abortos entre jóvenes y adolescentes, solicitando la adopción de medidas para ayudar a las jóvenes a evitar embarazos no deseados, incluido el fortalecimiento de los programas sobre planificación familiar y educación sexual. En su observación general 1422, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta el derecho a la salud, como un derecho incluyente “que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud”, entre las que destaca el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”. (Del Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la educación sexual).

artículo 23 plantea que la educación comprende la educación sexual, que debe impartirse en todos los niveles educativos para la información y un ejercicio pleno y responsable del derecho. Asimismo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 24, último párrafo, que el Estado local: “Incorpora programas en materia de derechos humanos y educación sexual.” Por todo ello puede afirmarse que la educación sexual es un derecho, y dado que surge de un derecho social, también genera la responsabilidad por una prestación obligatoria por parte del Estado.

Por último, debe señalarse que el derecho a la educación en general se encuentra también previsto en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño como un auténtico derecho social que genera obligatoriedad en el cumplimiento de las prestaciones,⁹⁴ cuestiones que serán oportunamente retomadas en el desarrollo del Capítulo IV.⁹⁵ Sin perjuicio de ello, puede concluirse reconociendo que los derechos humanos a la información y la educación sexual impactan de lleno en el ejercicio del derecho a la libertad sexual. Como ya se mencionara, la información y la educación hacen a la libertad como condiciones; a mayor igualdad y dignidad en el disfrute de los derechos sociales, mayor grado de capacidad y autonomía para elegir, para ejercer satisfactoriamente los derechos que hacen a la libertad.

En otros términos, la educación sexual; general, oportuna y de calidad deviene necesaria para un mejor desenvolvimiento en el ejercicio del derecho a la libertad sexual.

⁹⁴ El artículo 28 de la Convención comienza estableciendo que: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación...” Por su parte, el artículo 29 reza en su inicio: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas...”.

⁹⁵ Se ha sostenido también que “La educación sexual no sólo permite que el tránsito hacia la pubertad se desarrolle como un proceso natural, sino también que los menores que son víctimas de agresiones sexuales -aún en el propio ámbito familiar en el que reciben pautas de conducta de parte de quienes ejercen la patria potestad- puedan comprender la naturaleza ilícita de ellas” ESCARDÓ, F. *Los derechos del niño*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, p. 69, citado por la jueza Conde en el voto concurrente del fallo “Liga de Amas de Casa” del T.S.J. de la C.A.B.A.

3.5. El derecho a la identidad

Bidart Campos sostiene que el derecho a la identidad personal se encuentra, por una parte, estrechamente ligado al concepto del derecho a la intimidad, por el cual la persona elige vivir su modo de vida hacia su *"mismidad"* sin necesidad de proyección externa y posiblemente contemplado en la ya clásica nómina de los derechos personalísimos; pero por otra parte, contempla una exteriorización de la identidad, en la cual cada persona humana tiene el derecho de elegir libremente, sin interferencias del Estado ni de ningún otro tercero *"...su propio plan o proyecto personal de vida autorreferente; o sea, el que no dañe a otros, no obstante que a veces pueda disgustarles o serles desagradable"*⁹⁶ con base en el artículo 19 de la Carta Magna. Entre los ejemplos que propone el citado autor se encuentra justamente el derecho a la identidad sexual, sobre la base del derecho a la diferencia o a "ser diferente" que contempla el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a partir de las nociones que se desprenden de los artículos 17 d., 20.3, 29.c y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La referencia puede servir para vincular el derecho a la identidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que no obstante su expresa recepción en otros sistemas constitucionales, en el constitucionalismo argentino no ha tenido desenvolvimiento, puesto que se ha desprendido del derecho a la privacidad como resguardo del principio general de libertad, que ha sido delimitado como aquel ámbito de protección de las conductas autorreferentes del artículo 19.

El derecho a la identidad es el derecho de realizarse como una cierta y determina persona, emparentado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la jurisprudencia y la doctrina italianas. Según Rivera *"cada sujeto tiene un interés generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular"*.⁹⁷ También puede decirse que el derecho a la identidad hace a la verdad personal de cada uno de los seres humanos.

⁹⁶ BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, cit.*, pp. 64-65.

⁹⁷ RIVERA, J. C. "Los derechos personalísimos en el proyecto de reforma al Código Civil". *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2001. En Base de Datos Lexis Nº 1014/001711.

De tal modo, la idea de inherente a la personalidad y la unión con la noción de humanidad tienden un puente con el concepto primigenio sobre la sexualidad humana en tanto inherente a la existencia y a la vida misma de la persona. Tanto como no sería posible una persona sin sexualidad en sentido amplio, de igual manera no sería posible una persona sin identidad, en tanto condiciones de la personalidad o de la propia humanidad. En definitiva, se es quien se es por la existencia de una identidad.

La Corte Suprema, con el voto del juez Petracchi en un caso en el que se discutía la filiación y la verdad genética, señaló que la identidad hace al derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en la cual está comprometida la dignidad personal.⁹⁸ También el Máximo Tribunal reconoció la existencia del derecho constitucional a la identidad, entre otros en el fallo "D. de P. V., A. c/ O., C. H."⁹⁹. En otro pronunciamiento la Corte estableció que *"El derecho a la Identidad se compone de una faz dinámica, y una recta interpretación constitucional debe contemplarla y ampararla."*¹⁰⁰

En tanto la igualdad no es un derecho fundamental autónomo, sino, como en el caso de la libertad se trata de un principio-valor o un principio general inmanente al sistema constitucional argentino, el derecho a la identidad se combina con el derecho a la diferencia o de protección a las minorías, considerando además que la igualdad jurídica o ante la ley se encuentra plasmada en el artículo 16 de la Carta Magna¹⁰¹. Asimismo, la norma del artículo 75 inciso 23 en cuanto dispone el deber de *"...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato."* Incluso el artículo 12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando reza: *"La Ciudad garantiza: 1. El derecho a la identidad de las personas..."*. Por otra parte, se ha establecido en la jurisprudencia de los tribunales que *"Toda persona goza*

⁹⁸ Fallo de la C.S.J.N. "M., J." sentencia del 13/11/1990, publicada en *Revista LL-1991-B*, pp. 470-ss.

⁹⁹ Fallo de la C.S.J.N. "D. de P. V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad" con sentencia del 01/11/1999. Fallos 322:2701.

¹⁰⁰ Voto de los ministros Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni en la causa "A., F" (Fallos: 312:371) con sentencia del 13/03/2007.

¹⁰¹ Artículo 16 de la C.N.: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas."

*del derecho a que se le reconozca socialmente y atribuya una identidad sexual congruente con su realidad personal... ”.*¹⁰²

En relación con el último pronunciamiento reseñado, Bidart Campos sostuvo que precisamente la identidad sexual es uno de los contenidos del derecho constitucional a la identidad desde una perspectiva no estática sino dinámica, mientras que Gil Domínguez reafirmó la existencia del derecho fundamental a la identidad, el cual abarca y se encuentra “...orientado hacia la visibilidad de las opciones sexuales distintas a las que el discurso jurídico oficializa como únicas y posibles...”. A fin de no dejar lugar a dudas el jurista citado agregaba que “*Existe un derecho fundamental y un derecho humano a la identidad sexual que titulariza toda persona. Sus contenidos estructurales son oponibles al Estado y a los demás particulares...*”.¹⁰³ Ghersi, por su parte, ha sostenido que el derecho sobre el propio cuerpo coincide con el derecho a obtener una nueva identidad sexual, cuando existe una mutación respecto entre su sentir y la conformación biológica.¹⁰⁴

Un cabal ejemplo de reconocimiento legislativo, si bien en un futuro próximo, al derecho a la identidad sexual se encuentra también en el proyecto para el dictado de una norma nacional denominada Ley de Identidad de Género, con reciente media sanción de la Cámara de Diputados, del cual pueden destacarse algunos aspectos de relevancia. Entre ellos se plantea que “...*toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, a ser tratada de acuerdo con su identidad de género...*” (Artículo 1º).

¹⁰² Del Voto del juez Dalla Vía en el fallo “K., F. B.” sobre modificación registral de sexo, con sentencia del 30 de abril de 2001 (Tribunal de Familia Nº 1 de Quilmes). Asimismo se sostuvo también que “...desde es perspectiva liberal amplia que encuentra fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional, dentro del principio de la libertad personal, donde se encuentra encuadrado el derecho que cada persona tiene a que se le reconozca socialmente y se le atribuya una determinada identidad sexual, la misma que corresponde a su verdad personal, a su particular, “manera de ser”. La identidad sexual se enmarca dentro de la situación jurídica subjetiva referente a la identidad personal, en cuanto esta última es la síntesis o complejo de lo que significa la personalidad entendida como una totalidad, de manera que la verdad sexual se inserta dentro del más amplio espectro de la verdad personal, se constituye como un importante aspecto del concepto genérico de la identidad personal.” Publicado en *Suplemento de Derecho Constitucional* del 19/10/2001, *Revista LL-2001-F*, pp. 217-ss.

¹⁰³ GIL DOMINGUEZ, A. “Derecho a la identidad y visibilidad”. *Revista LLC-2006*, pp. 320-ss.

¹⁰⁴ GHERSI, C. *Derecho y reparación de daños. 5. Daño a la persona humana en sus derechos a la personalidad e integridad*, Buenos Aires, Universidad, 2005, p. 85.

Asimismo, se define en el artículo 2 la identidad de género como “...*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo...*”. Respecto del ejercicio del derecho se propone en el artículo 3 que “*Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de prenombre e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida.*”¹⁰⁵

En virtud de lo expuesto, una primera conclusión que resulta de la combinación del derecho a la identidad con el principio de igualdad impone que cualquier restricción, limitación o discriminación razonable para el ejercicio de derechos relacionados con la sexualidad, debe encontrarse como mínimo, fundada en ley material y formal. Sin perjuicio de lo expuesto, la necesidad de legislar para reconocer y delimitar en forma expresa el derecho humano y fundamental a la identidad en su subespecie de derecho a la identidad sexual, íntimamente relacionado con el derecho al libre ejercicio de la sexualidad y con el derecho de orientación sexual, hace al cumplimiento de los compromisos internacionales suscriptos por la Argentina respecto de lo establecido en los instrumentos sobre derechos humanos.

3.6. El derecho de asociación

El derecho de asociación ha sido reconocido expresamente en el artículo 14 de la Constitución, en tanto refiere a la asociación “*con fines útiles*”;¹⁰⁶ expresión que fuera interpretada en el sentido de fines lícitos y que comprende la libertad asociativa que implica la elección de las personas, condiciones y tipo de asociación, fines, ingreso, el derecho de no asociarse y el reconocimiento de personalidad jurídica.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Proyecto de ley de identidad de género, con dictamen de mayoría en las Comisiones de Legislación General y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación, consultado en <http://cha.org.ar/2011/hoy-en-diputados-debate-por-la-ley-de-identidad-de-genero/> con último acceso el 15/11/2011. La media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación sobre el dictamen de mayoría se dio recientemente, el día 30/11/2011, en oportunidad de la última sesión ordinaria del año.

¹⁰⁶ Artículo 14 de la Constitución Nacional: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: [...] de asociarse con fines útiles...”.

¹⁰⁷ Según conceptúa GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Tomo I, Buenos Aires, LA LEY, 4ta. edición, pp. 170-171.

Al respecto, en el fallo “ALITT”¹⁰⁸ por el cual una asociación de travestis y transexuales solicitó la personería jurídica y le fuera originariamente denegada, la Corte Suprema efectuó una interpretación amplia respecto del bien común que establece la legislación inferior, específicamente el artículo 33 del Código Civil para las personas jurídicas. Asimismo delimitó el fin útil con criterio negativo, en tanto aquel no sea ilícito o contrario a las cláusulas inmutables de la Constitución original, sustentando el pronunciamiento en el respeto a la diversidad y a las minorías.

Sin embargo, en otro sentido, la Sala A de la Cámara Civil, en el fallo “Asociación de Swingers”¹⁰⁹ denegó el pedido de personería jurídica a la citada asociación. En este caso, se entendió que aún con el consentimiento recíproco de los cónyuges para mantener relaciones sexuales con terceras personas, sin engaño ni ocultamiento, se transgreden los principios básicos del matrimonio que conforma el orden público familiar, siendo que el deber de fidelidad del artículo 198 del Código Civil presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge. En el fallo se sostuvo que con el matrimonio “...cada cónyuge renuncia a su libertad sexual, en el sentido de que pierde el derecho a unirse carnalmente con otra persona diversa del otro cónyuge, pero adquiere un derecho propiamente dicho al acceso conyugal...” agregando el Tribunal que en el matrimonio los cónyuges tienen uno sobre el otro un derecho personal absoluto que resulta oponible *erga omnes*.

En otros términos podría sostenerse que la norma del Código Civil implica una intervención sobre el derecho fundamental a la libertad sexual. Si bien de fuente legislativa formal y material, se encuentra anclada en valoraciones morales, asumiendo que probablemente mayoritarias, no por ello necesariamente aplicables a toda la población bajo el marco del denominado “orden público del derecho de familia”. Podría traerse a colación la frase que reseña Ferrajoli, y que resulta pertinente a la cuestión en debate, en la cual analógicamente ejemplifica “*La sanción penal es a la venganza como el matrimonio es al instinto sexual...*”¹¹⁰

¹⁰⁸ Fallo de la C.S.J.N. “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia”, sentencia del 21/11/2006, publicado en *Revista LL-2006-F*, pp. 730-ss.

¹⁰⁹ Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala A, “Asociación Argentina de Swingers c/ Inspección General de Justicia” sentencia del 12/03/2003, publicado en *Revista LL-2003-E*, pp. 499-ss.

¹¹⁰ FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, p. 294.

Respecto del último pronunciamiento mencionado, en la doctrina nacional se ha dicho: *"...nuestro sistema constitucional en el que no hay planes de vida homologados y el derecho a las conductas autorreferentes está protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional, así como por los tratados incorporados con su misma jerarquía en 1994..."*¹¹¹

En tal sentido se sostuvo también que el principio de la autonomía personal propio de una sociedad pluralista implica el respeto por las conductas ajenas a la moral media o mayoritaria de la sociedad; en tanto no representen daño a terceros, se encuentran ajenas a las potestades estatales. Por ello, la promoción del estilo de vida swinger, alternativo en materia sexual a la estructura matrimonial tradicional, implica que la finalidad de la agrupación se relaciona con garantizarse el respeto que les corresponde por el ejercicio del derecho constitucional de "libertad de elección sexual" con anclaje en el artículo 19 de la Constitución.

En sentido concordante se ha dicho también que el derecho fundamental a la no discriminación prohíbe acciones como la asumida por el Estado, a través de la Inspección General de Justicia, cuando deniega el pedido de personería de la Asociación de Swingers, en tanto *"...configuró un acto que excluyó a un grupo de personas del ejercicio de un derecho fundamental en la esfera social y cultural por razones de orientación sexual o ejercicio de la libertad sexual..."*¹¹²

En razón de los fundamentos expuestos, se ha concluido que si el Estado es quien limita el ejercicio de derechos fundamentales por encontrarse en las denominadas categorías prohibidas *"...tiene la obligación de demostrar la razonabilidad y la proporcionalidad de su decisión. No parece muy razonable ni proporcionado que el Estado le imponga a dos personas adultas de que manera deben ejercer su sexualidad."*¹¹³ Podríamos agregar que la limitación o restricción al derecho fundamental de asociación, en este caso, de índole sexual, debe fundarse en ley formal y material.

¹¹¹ BASTERRA, M. "¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en "guardián" de la elección sexual de las parejas? El caso de los Swingers". *Revista LL-2003-E*, pp. 506-ss.

¹¹² GIL DOMÍNGUEZ, A. "Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda" *Revista LL-2003-E*, pp. 501-ss.

¹¹³ GIL DOMÍNGUEZ, A. *Op. cit.*, pp. 501-ss.

Queda pendiente el interrogante acerca de si la norma del Código Civil respecto del deber de fidelidad de los cónyuges avanza indebida o irrazonablemente sobre la libertad sexual de personas adultas, bajo el fundamento siempre complejo, de los principios que hacen a las buenas costumbres, el valor de la moralidad y la moral pública, aplicados a situaciones particulares que pueden encontrar protección en el derecho fundamental a la privacidad y el respeto del ámbito de autonomía de las conductas que hacen al propio plan de vida.

Puede observarse como el derecho de asociación, incluso cuando admite cuestiones muy cercanas al ejercicio de la sexualidad como al reconocimiento de la identidad sexual, en última instancia termina anclándose en el principio de la libertad que se instrumenta centralmente en el derecho fundamental a la privacidad. Pueden retomarse también los fundamentos del fallo “ALITT” en tanto la Corte reconoció que se encuentra amparado por el artículo 14 de la Constitución federal y normas análogas de los tratados internacionales de igual jerarquía, que en materia de libertad de asociación existe una interacción tal como ocurre respecto del derecho de reunión con la libertad de expresión o de prensa, dado que tienen su origen en la libertad individual. En otros considerandos también se destacó que si existe un grupo de personas que quiere organizarse para preservar su dignidad ante posibles afectaciones, la protección constitucional de ese derecho justamente es la que legitima la asociación perseguida.

Para ello la ley debe reconocerla siempre y cuando no se ofenda el orden y la moral pública, ni se perjudique a un tercero, un ámbito infranqueable de libertad. Los precisos bordes y demarcaciones del concepto de “moral pública” han sido históricamente una cuestión por demás compleja y trascendental respecto del reconocimiento de determinados derechos individuales que hacen a las acciones privadas de los sujetos. Una posible respuesta podría actualmente estar dada en la ética de los derechos humanos.

Con relación al principio constitucional de la igualdad, la Corte puntualizó en el precedente analizado que la igualdad democrática implica el “derecho a ser diferente”, contrapuesto a la “igualación” como ideal totalitario. Podría interpretarse entonces que el derecho a ser diferente delimitado en “ALITT” se corresponde con el derecho a la orientación sexual estrechamente vinculado con el derecho a la identidad sexual, y que en el caso actúa punta de lanza en el reconocimiento del derecho de asociación.

En todos los casos, los diferentes reconocimientos hacen en definitiva a reconocer, proteger y garantizar el pleno ejercicio del derecho que se interrelaciona con todos ellos, actuando como derecho “matriz” de aquellas libertades que hacen a la sexualidad, el derecho a la libertad sexual.

3.7. El derecho a la privacidad

El principio de la autonomía individual es uno de los fundamentos rectores de los derechos humanos, en el sentido propuesto por Nino.¹¹⁴ Asimismo otorga el marco de protección a las conductas autorreferentes de las personas y su espacio de indemnidad bajo el resguardo del artículo 19 de la Constitucional, de acuerdo con las expresiones de Bidart Campos, quien también acuñara el concepto de “libertad de intimidad” en tanto en ella ni el Estado ni los particulares pueden interferir, delimitándose un ámbito de privacidad que incluye acciones y omisiones que no perjudican a terceros y hacen a la moral autorreferente que no se proyecta a la moral social.¹¹⁵ Desde la noción de la falta de afectación a terceros, la previsión constitucional del artículo 19 es plenamente compatible con el principio de la existencia de daño como único fundamento para la intervención o coacción estatal, que fuera propuesto por J. S. Mill ya en 1859.¹¹⁶

Respecto de la norma constitucional, fue Sampay¹¹⁷ quien tomó en cuenta la influencia de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa como origen del artículo 19 en el sentido de que la ley no tiene “el derecho” de prohibir más acciones que las nocivas para la sociedad. Una influencia liberal que contribuyó al reconocimiento del derecho a la autonomía individual desde el texto fundacional original. Asimismo, la Corte Suprema ha reconocido el ámbito material de la intimidad a partir del *leading case* “Ponzetti de Balbín” en el que se estableció que el artículo 19 de la Constitución protege “...un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física...”.

¹¹⁴ NINO, C. *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 205.

¹¹⁵ BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, cit., pp. 50-63.

¹¹⁶ MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Barcelona, Aguilar, 1980, p. 32.

¹¹⁷ SAMPAY, A. *La filosofía jurídica del Art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Bibliográfica Omega, 1956.

Se estableció también que el derecho a la intimidad puede ceder únicamente cuando media un interés superior en resguardo de la libertad de los demás, siendo que *“...la intromisión en la vida privada solamente puede ser realizada con base en una autorización legal...”*.¹¹⁸

En “Bazterrica” la Corte remarcó la *“...prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, que responde al hecho de que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan...”*¹¹⁹. En “Portillo” el Máximo Tribunal dio cuenta de los riesgos de la intromisión del Estado en materias que hacen al fuero íntimo que comprende un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en los que la persona puede basar su propio plan de vida, los cuales deben ser protegidos.¹²⁰

El en ya citado “Ponzetti de Balbín” la Corte observó que el derecho a la privacidad del artículo 19 comprende también otros aspectos *“...tales como la intangibilidad corporal...”* remarcando que *“...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona...”*. En “Bahamondez” la Corte señaló la necesidad de resguardar *“...el respeto por la persona humana, valor jurídicamente protegido, con respecto de los cuales los demás tienen carácter instrumental...”*.¹²¹ Entre los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados merece centrar la atención en ya mencionado caso “ALITT”.¹²²

¹¹⁸ Causa “Ponzetti de Balbín” c/ Editorial Atlántida”, con sentencia de la C.S.J.N. del 11/12/1984. Fallos 306:1892. En dicho caso se confirmó la sentencia condenatoria a un medio periodístico por publicar fotografías invadiendo sin autorización la privacidad de un político que se encontraba internado en terapia intensiva de un centro asistencial, próximo a su muerte.

¹¹⁹ Causa “Bazterrica” con sentencia de la C.S.J.N. del 29/08/1986. Fallos 308:1392. En el caso se declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la tenencia para uso personal de estupefacientes por ser violatoria del derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, doctrina luego revertida en 1990 mediante el caso “Montalvo” y nuevamente receptada por el Máximo Tribunal a través del precedente “Arriola y otros” en 2009.

¹²⁰ Causa “Portillo” con sentencia de la C.S.J.N. del 18/04/1989. Fallos 312:496. En el caso se cuestionó la obligatoriedad de un servicio exclusivamente de índole militar para quien profesaba el culto de los Testigos de Jehová.

¹²¹ Causa “Bahamondez” con sentencia de la C.S.J.N. del 06/04/1993. Fallos 316:479. En el caso se analizó el derecho de una persona mayor de edad, que profesaba el culto de los Testigos de Jehová, a negarse a ser transfundido. También se dijo que “Respecto del marco constitucional de los derechos de la personalidad, los mismos se relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, el art. 19 de la Constitución Nacional concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa” (voto de los jueces Barra y Fayt).

¹²² Causa “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia” fallado por la C.S.J.N. el 21/11/2006. Fallos 329:5266.

En dicha sentencia, se revirtió y superó el estándar que había sido concretado en el fallo “CHA”¹²³ respecto del rechazo al otorgamiento de personería jurídica a asociaciones de personas homosexuales. Entre los principales fundamentos se destacó que uno de los pilares del sistema constitucional argentino es el respeto a la dignidad y la libertad humana. Ello sustancialmente implica el respeto y la protección de valoraciones, creencias y estándares éticos de las minorías.

En “Sejean”¹²⁴ la Corte integró el concepto del artículo 33 de la Constitución, que contempla el derecho implícito a la dignidad humana con el límite del artículo 19, es decir, que no haya afectación a la moral pública ni a terceros. Por último en “Arriola y otros”¹²⁵ la Corte retomando los principios de “Bazterrica” señaló que las acciones desarrolladas en el ámbito privado de protección del artículo 19 no deben ser castigadas en tanto no haya peligro o daños para terceros. Entendió también que el principio de reserva contenido en el artículo 19 implica que la intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, es decir la afectación a un bien jurídico ajeno, no es legítima.

En los votos minoritarios del ya mencionado “Bahamondez” se reconoció la existencia de un derecho a la autodeterminación, supeditando el bien jurídico o derecho a la salud individual al derecho fundamental a la autonomía individual con asiento en los artículos 14 y 19 de la Carta Magna. También se sostuvo que dichas normas otorgan al individuo un ámbito de libertad *“...en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...”* agregándose por último que resulta especialmente importante evitar convertir al artículo 19 *“...en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior.”* (Disidencias de los jueces Belluscio y Petracchi).

Puede agregarse que Gil Domínguez¹²⁶ sostiene que el plan de vida vinculado con la sexualidad desde la óptica de una pareja centrado en la obtención de goce y placer, se encuentra protegido por los artículos 19 de la Constitución, 11 de la Convención

¹²³ Causa “Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia” con sentencia de la C.S.J.N. del 22/11/1991. Fallos 314:1531.

¹²⁴ Causa “Sejean c/ Sejean” con sentencia de la C.S.J.N. del 27/11/1986. Fallos 308:2268.

¹²⁵ Causa “Arriola y otros” con sentencia de la C.S.J.N. del 25/08/2009. Fallos 332:1963.

¹²⁶ GIL DOMINGUEZ, A. *Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda*, cit., pp.501-ss.

Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Expresamente señala que las normas establecen la categoría de la “libertad de intimidad”. Dicha categoría abarca la totalidad de las conductas autorreferentes, con el límite último en la existencia o generación de daño. La afectación al orden y a la moral pública viene dada por la posible generación de daños directos e inmediatos sobre los derechos fundamentales de otras personas; debería agregarse, previo examen de ponderación respecto de la eventual colisión de derechos. También podría sostenerse que la redacción original de “moral pública” en la norma constitucional podría tal vez hoy ser reentendida como la “ética de los derechos humanos”, tal como se mencionara anteriormente.

En sus críticas al fallo “Asociación de Swingers”, Basterra¹²⁷ ha entendido que los derechos de autonomía personal y de protección de la dignidad humana, el respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y a las conductas autorreferentes, se integran en el artículo 19 de la Constitución. Refiere la pertinencia de las antiguas palabras del juez Cooley -citado por el juez Petracchi en el ya citado caso “Bazterrica”- con las que definiera la privacidad como “*el derecho a ser dejado a solas*” por el Estado, para permitirle al sujeto la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida.¹²⁸ También fue Bidart Campos¹²⁹ quien elaboró la doctrina sobre el derecho a la libertad de intimidad, entendiendo que el artículo 19 no protege exclusivamente las acciones que no se exteriorizan a la esfera pública, puesto que una cantidad de acciones y conductas humanas pueden exteriorizarse hacia terceros, dejando aquello que es denominado la “*interioridad*”; sin embargo, debe afirmarse que se continúa bajo el ámbito de la protección a la privacidad dado que ésta excede el denominado “*fuero interno*”, siendo el espacio de protección constitucional mucho más que la mera intimidad “interior”.

¹²⁷ BASTERRA, M. *Op. cit.*, pp. 506-ss.

¹²⁸ En el voto del juez Petracchi en el fallo de C.S.J.N. en “Bazterrica” [308:1392] se señala “...el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad,... resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y solo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria”.

¹²⁹ BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, cit.*, pp. 50-63.

No obstante todo lo expuesto, en la línea de la sentencia dictada en el caso “Asociación de Swingers”, cercano a las tesis perfeccionistas, se ha sostenido respecto del derecho a la “libertad sexual”, derivado del artículo 910 del Código Civil¹³⁰ y entendido como reglamentario de la libertad civil garantizada en el artículo 19 de la Constitución, que a partir de la celebración del matrimonio, en palabras de Cifuentes “...se produce una ligazón que impide la expansión total del sexo.”¹³¹ De tal modo, se diferencia la etapa de la “soltería” en la cual no existen mayores limitaciones respecto del ejercicio de la libertad sexual, con la excepción de los actos tipificados en el Código Penal, mientras que para los casados, no existe, según el autor reseñado, posibilidad de disponer de la libertad sexual con otras personas que no sean su cónyuge. Legarre, por su parte, interpreta el alcance del artículo 19 bajo los paradigmas de la racionalidad, la finalidad de bien común del Estado y las facultades amplias del padre y la madre respecto de sus hijos para el discernimiento de lo recto. Ha estimado que la corrección moral de la vida se encuentra reservada a las personas, a sus familias y a Dios, estimando que el llamado perfeccionismo brinda protección contra la arbitrariedad estatal, criticando por ello las pretensiones de neutralidad y entendiendo que todo acto malo repercute de alguna forma en la sociedad. Para concluir, ha señalado que los principales destinatarios de la protección del artículo 19 son los adultos, puesto que un elemento central para distinguir acciones privadas es la existencia del consentimiento.¹³²

En los términos de J. S. Mill, Nino y Bidart Campos, el perfeccionismo resulta incompatible con el principio de autonomía de las personas, en el cual se enmarca la Constitución federal y se asume explícitamente en el artículo 19. En tal sentido se ha dicho que “El derecho a la privacidad, propio del proyecto o plan personal de vida y de las conductas que Bidart Campos denomina ‘autorreferentes [...] comprende y protege conforme a la nueva ley: la libertad sexual, la libertad de contracepción, el ejercicio libre de la sexualidad y la planificación familiar...”¹³³. Puede agregarse que el ejercicio de los derechos que hacen al disfrute de la sexualidad no necesariamente reproductiva, hace al derecho de privacidad que puede exteriorizarse todo lo que los sujetos deseen

¹³⁰ Código Civil de la República Argentina: Artículo 910: “Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”.

¹³¹ CIFUENTES, S. “Hechos y actos jurídicos”. BELLUSCIO, A. Director, ZANNONI, E. Coordinador. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 102-147, p. 105.g

¹³² LEGARRE, S. “Ensayo de la delimitación de las acciones privadas de los hombres”. *Revista LL-1999-B*, pp. 1266-ss.

¹³³ TINANT, E. “La Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable y los Derechos Humanos”, *Revista JA-2003-II*, pp. 1123-ss. En Base de Datos Lexis Nº 0003/009656.

mientras no se quiebre el último límite, infranqueable, de la producción de daño inmediato, directo y relevante a terceras personas.

Por todo ello, el derecho a la privacidad comprensivo del derecho a la intimidad, confiere un ámbito de libertad en el cual cada ser humano puede adoptar aquellas decisiones que le conciernen en lo más profundo de su ser, de su individualidad, sin interferencia alguna por parte del Estado o de otras personas, siempre que dichas decisiones no violen derechos de terceros. Esta cláusula constitucional evidentemente es limitativa. Esto significa que ni el Estado ni otras personas pueden o deben intervenir o interferir en aquellas cuestiones que se encuentran vinculadas con la moral subjetiva de cada individuo. Asimismo, el principio de autonomía individual reafirma que el Estado debe facilitar la concreción de cada persona y la satisfacción de sus ideales, generando un tránsito de este derecho en origen reaccional a la categoría de derecho de libertad.

De vuelta al maestro Bidart Campos, ya dos décadas atrás interpretaba que las decisiones personales del matrimonio -podríamos reconducir hoy de una pareja o incluso de un individuo- respecto de la procreación, aquellos asuntos que hacen a la privacidad de la vida sexual y en última instancia a su propia autonomía personal, en tanto no perjudiquen la moral pública ni dañen derechos de terceros, resultan ajenos a la intromisión estatal, dado que éste no puede convertirse en planificador de la procreación ni tampoco inmiscuirse en derechos personalísimos que son propios del denominado “plan personal”, y de los cuales no derivan efectos nocivos para otras personas.¹³⁴

Como conclusión y en virtud de lo hasta aquí comentado, surge de forma precisa que el derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra plenamente contenido en la norma del artículo 19 de la Constitución federal, siendo que además, este derecho actúa interrelacionado e interdependiente con los restantes derechos que hacen a la sexualidad, entre ellos, el derecho a la identidad sexual, el derecho a la salud sexual, el derecho a la orientación sexual, el derecho a la no discriminación sexual, el derecho a la educación e información sexual, el derecho a la salud sexual, el derecho a la protección contra la violencia sexual y el derecho a la integridad sexual, dado que cada uno de ellos obtiene alguna clase de reconocimiento, al menos implícito, por ende protección en las normas fundamentales revisadas.

¹³⁴ BIDART CAMPOS, G. “La tutela médica del Estado providente y la privacidad matrimonial”. *Revista ED-145*, pp. 439-ss.

IV Los sujetos de derecho y el ejercicio de la sexualidad

4.1. La titularidad del derecho a la libertad sexual como eje de los derechos de la sexualidad

En los capítulos precedentes pudieron clarificarse las características de los llamados derechos sexuales y su diferenciación respecto de los reproductivos, haciendo eje en la interrelación y la interdependencia del derecho a la libertad sexual como factor común aglutinante a todos los derechos de la sexualidad y como condición para el disfrute de los demás,¹³⁵ con las excepciones respecto del ejercicio del derecho a la reproducción sin práctica de la sexualidad, en el ejemplo de la reproducción o fertilización asistida (por inseminación artificial o fecundación *in vitro*). Pudo verificarse además el grado de alcance en sus reconocimientos explícitos e implícitos en las normas que configuran derechos fundamentales y humanos.

Sin embargo, al momento de reflexionar respecto de si todas las personas poseen la titularidad plena de los derechos que hacen a la sexualidad, principalmente el derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad, surgen nuevos y mayores interrogantes.

El derecho a la libertad sexual como derecho fuente que interrelaciona e interactúa con los restantes derechos de la sexualidad surge del derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna. Asimismo el artículo 11, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” y en sentido análogo, el artículo 17, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La privacidad también se encuentra contemplada en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyendo un derecho de la personalidad o personalísimo, descripción que implica que lógicamente no puede ser ejercido en representación por personas que no sean las titulares del derecho.

¹³⁵ Si bien en sentido inverso, y en virtud de la mencionada interrelación e interdependencia, los derechos a la salud sexual y a la educación sexual, entre otros, también son condiciones para un mejor ejercicio del derecho de libertad sexual.

Sobre la base del concepto de la sexualidad, que hace a la humanidad, a la vida y a la personalidad tanto como los clásicos derechos humanos de la más pura tradición liberal (como por ejemplo los derechos a la vida, a la privacidad o a la intimidad en general) el derecho a la libertad sexual se combina a partir de los avances del constitucionalismo social con las estructuras de los derechos sociales -básicamente los derechos a la salud sexual y a la educación sexual- y obtiene su componente prestacional bajo el marco conceptual de los principios de igualdad y dignidad de la persona humana.

Para volver una vez más a Bidart Campos, respecto de los derechos sexuales y los derechos reproductivos ha afirmado *"...en el derecho constitucional argentino son derechos humanos de doble fuente a) la interna, con base en el citado art. 33; [de la Carta Magna] b) la internacional, con base en tratados que por el art. 75 inc. 22 tienen jerarquía constitucional..."*. Debe remarcarse que el constitucionalista argentino finaliza el concepto señalando que *"...hay un puñado de aspectos que hacen parte del derecho a la intimidad o privacidad, en la medida que ciertas decisiones -aunque sean compartidas por dos o más personas- son autorreferentes cuando no refractan perjuicios a terceros."*¹³⁶

Urge reconocer que la temática se inicia con ciertas paradojas¹³⁷ y entrecruces. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 1º que niño es "todo ser humano menor de dieciocho años de edad" salvo disposición legislativa estatal en contrario. La Organización Mundial de la Salud define la adolescencia como el período que ocurre entre los diez y los diecinueve años de edad y la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes los define como las personas entre los quince y los veinticuatro años.¹³⁸ En la Argentina, la mayoría de edad recientemente se ha establecido en los dieciocho años (hasta hace poco tiempo era a los veintiún años).

¹³⁶ BIDART CAMPOS, G. *La Constitución que dura, cit.*, p. 389.

¹³⁷ "El mundo de los niños está lleno de paradojas" sostiene KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "El derecho del menor a su propio cuerpo". BORDA, G. (Dir.). *La persona humana*, Buenos Aires, LA LEY, 2001, p. 249.

¹³⁸ Artículo 1. Ámbito de aplicación: "La presente Convención considera bajo las expresiones "joven", "jóvenes" y "juventud" a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad..." Disponible en http://www.crin.org/docs/FileManager/ibero_american_convention_youth.pdf con último acceso el 20/11/2011.

Por otra parte, el Código Civil aún mantiene las antiguas categorías de menores adultos, púberes e impúberes, mientras que la legislación moderna en materia de reconocimiento de diversos derechos humanos utiliza la categoría de niñas, niños y adolescentes.

Además, en forma explícita la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 39, 1er. párrafo que “La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes.” La definición es análoga a la interpretación que efectúan los organismos internacionales competentes, que se suma a las nociones de la jurisprudencia de la Corte Suprema y a las posiciones mayoritarias de la doctrina nacional según se irá pormenorizando en el presente capítulo. Niñas, niños y adolescentes, personas plenas, sujetos activos de Derecho y titulares de derechos, entre ellos, el respeto a su privacidad con sustento en el artículo 19 de la Constitución federal.

En otras palabras, puede anticiparse que la norma constitucional no refleja un dato menor, se garantiza respetar como derecho aquella libertad de la que se goza, de la cual se disfruta.

Debe también considerarse que la ley nacional 25.673 ha establecido que el alcance de las disposiciones de la norma -si bien sobre salud sexual, una faceta de la sexualidad y de la salud- es para toda la población, sin discriminación alguna (artículo 3). Además, el artículo 2, inciso c. establece como uno de los objetivos promover la salud sexual de los adolescentes. El artículo 4 dispone que “...la presente ley se inscribe en el marco del ejercicio de los derechos y obligaciones que hacen a la patria potestad. En todos los casos se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Por su parte, en el artículo 4 del decreto reglamentario de la ley precitada (decreto 1282/03) se aclaran aún más los alcances: “A los efectos de la satisfacción del interés superior del niño, considéreselo al mismo beneficiario, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evolución de sus facultades.”

Debe considerarse especialmente la Observación General N° 3 del Comité de los Derechos del Niño¹³⁹ en la cual el órgano de vigilancia de la Convención sostuvo que es materia de preocupación la discriminación basada en el sexo, señalando que *“...los tabúes o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual de las muchachas, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios.”* Más aún, se sostuvo que los Estados no deben censurar, ocultar o tergiversar informaciones referidas a la salud, la educación y la información sobre sexualidad y en cumplimiento del artículo 6 (derecho a la vida, supervivencia y desarrollo) de la Convención *“...deben velar por que el niño tenga la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que le protejan a él y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad.”* Asimismo, en la Observación General N° 4¹⁴⁰ el citado Comité afirmó que *“La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva...”*.

En consecuencia *“...se alienta asimismo a los Estados Partes a respetar estrictamente el derecho a la intimidad y la confidencialidad...”*. El órgano de vigilancia finaliza con una firme recomendación por la cual se *“...insta a los Estados Partes a [...] elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva...”*.

En la Argentina, y en la misma línea de reconocimiento de derechos que hacen a la sexualidad a quienes aún no son adultos, puede mencionarse que en el voto concurrente de la jueza Ruiz en la causa “Liga de Amas de Casa”¹⁴¹ con fallo del Tribunal Superior de Justicia local se enuncia que la concepción de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos ya había sido consagrada por la jurisprudencia internacional aún antes de la aprobación de la Convención. Menciona el caso resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 1977 en el que se sostuvo que *“la Ley Fundamental ha incluido la esfera sexual e íntima del ser humano como parte de su esfera privada [...] Esas prescripciones de la Ley Fundamental le aseguran al ser*

¹³⁹ Observación General N° 3 [2003] El VIH/SIDA y los derechos del niño. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC3_sp.doc.

¹⁴⁰ Observación General N° 4 [2003] La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC4_sp.doc.

¹⁴¹ Voto de la jueza Ruiz en la Causa “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, sentencia del T.S.J. de la C.A.B.A. del 14/10/2003, disponible en http://www.ciudadyderechos.org.ar/jurisprudencia_lf.php?id=T.S.J.&id3=191 con último acceso el 15/11/2011.

humano el derecho a determinar su definición sexual... ”. Para finalizar con la cita de la jurisprudencia “...Si la relación del ser humano con la sexualidad está, sin embargo, bajo la protección de la Constitución, entonces ese derecho [...] lo tienen también los jóvenes...”.

En razón de lo expuesto se analizarán seguidamente una serie de tópicos vinculados a las especiales características que hacen a la titularidad del derecho a la libertad sexual como contenido del derecho fundamental y personalísimo a la privacidad por parte de los sujetos de Derecho -niñas, niños y adolescentes- que centralizan el presente trabajo.

4.2. Las reglas de la capacidad y su tránsito al principio de la competencia y la autonomía progresiva

Aun cuando en la Argentina no existen previsiones de fuente constitucional para delimitar la mayoría o la minoría de edad, atento que la Convención sobre los Derechos del Niño posee jerarquía constitucional sus normas ingresan en el denominado Bloque de Constitucionalidad Federal, razón por la cual puede sostenerse que la calificación de persona menor de edad se aplica a todo aquel que no ha cumplido los dieciocho años.¹⁴²

En tal sentido, en el año 2009 se sancionó en la Argentina la ley nacional 26.579 por la cual se reformó la norma del Código Civil que establecía la mayoría de edad a los veintiún años, adaptándola a la edad prevista en la fuente convencional.¹⁴³ Al respecto, en el fallo “M.D.E. y otro” la Corte federal estableció que el contenido de las normas de fuente convencional es un *“mandato constitucional”*.¹⁴⁴

¹⁴² Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

¹⁴³ Las normas del Código Civil quedaron redactadas de la siguiente manera: Artículo 126: “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.” Artículo 127: “Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de CATORCE (14) años cumplidos, y adultos los que fueron de esta edad hasta los DIECIOCHO (18) años cumplidos.” Artículo 128: “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) años”.

¹⁴⁴ Causa “M.D.E. y otro” con sentencia de la C.S.J.N. del 07/12/2005, publicada en *Revista LA LEY* del 05/05/2005, p. 4-ss.

Entre los fundamentos de la sentencia pueden mencionarse: “...*estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía...*” con especial referencia a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19).

Surge un primer interrogante a partir de los conceptos de capacidad y de consentimiento. El Código Civil establece que se posee capacidad a los dieciocho años, no obstante, el concepto de consentimiento da cuenta que constituye una manifestación de la voluntad de la persona, que de acuerdo a los conceptos civilistas, requiere sea integrada con intención y discernimiento. Éste último dado lo dispuesto en el artículo 921 del *corpus* se adquiere a los catorce años.¹⁴⁵ Sin perjuicio de ello, niñas y niños son personas humanas, titulares de derechos y como tales son sujetos de Derecho. Sobre el particular se ha sostenido que los derechos del menor de edad los tiene justamente por su condición de persona, reconociéndosele derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación.”¹⁴⁶

Se ha afirmado también que determinados menores de edad, si bien relativamente incapaces según la clasificación del Código Civil, deben considerarse capaces de aceptar y consentir por sí mismos determinados tratamientos, incluso si mediare temor o pudor, sin que le sea revelada información a sus padres o curadores en tanto hagan a aspectos relacionados con la intimidad.¹⁴⁷

Del voto concurrente de la jueza Conde en el reiterado fallo “Liga de Amas de Casa”, respecto de la constitucionalidad de la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable local, pueden sustraerse algunas definiciones de importancia: las normas civiles establecen dos categorías de menores sujetos a patria potestad: los incapaces absolutos de hecho hasta los catorce años de edad, quienes no pueden realizar por sí

¹⁴⁵ Artículo 921: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.”

¹⁴⁶ GORVEIN, S. y POLAKIEWICZ, M. “El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo”. *Revista ED-165*, pp. 1283-ss.

¹⁴⁷ HIGHTON, E. y WIERZBA, S. “Consentimiento informado”. GARAY, O. *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, LA LEY, 2003, pp. 200-201.

ningún acto jurídico según el artículo 54 del Código Civil y los incapaces relativos de hecho, de más de catorce años (y con la nueva ley) hasta los dieciocho, quienes pueden realizar válidamente los actos que la ley expresamente autoriza según dispone el artículo 55 del cuerpo legal.

De lo expuesto se sostiene que *“...tal demarcación de facultades de actuación de los menores resulta razonable en relación con los derechos que conllevan la asunción de responsabilidades y obligaciones para las cuales, eventualmente, el menor no goza de la madurez suficiente...”* como por ejemplo contraer matrimonio. No obstante, la jueza del Tribunal Superior concluye que *“...no encuentra justificación suficiente cuando de lo que se trata es de ejercer derechos personalísimos.”* Coherentemente como ya se adelantara, los derechos personalísimos por definición no son susceptibles de ser ejercidos por otras personas que no sean los sujetos titulares del derecho en tanto hacen en este caso, al derecho a la privacidad y al ámbito de autonomía personal que derivan de las normas, principios constitucionales y convencionales desarrollados en el capítulo precedente.

En el mismo sentido deben analizarse las obligaciones a las cuales el Estado se compromete al suscribir y dotar del máximo rango a los instrumentos universales y regionales de derechos humanos, compromiso que implica la necesidad de reconocer derechos de las personas menores de edad en cuanto hacen a su propia condición humana, si bien relacionados con las prerrogativas paternas del instituto de la patria potestad *“...en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”* según dispone el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En tal sentido sostiene la doctora Conde que *“Los menores evolucionan desde un estadio de incompetencia absoluta para ejercer por sí los derechos de los que son titulares, hacia una madurez gradual, que culmina cuando adquieren la plena capacidad de ejercicio...”*. A partir de ese punto es cuando cesa su sujeción a la patria potestad de los padres, sin embargo no sucede lo mismo respecto de los derechos personalísimos puesto que en las normas civiles no hay ninguna clase de reconocimiento de las etapas de evolución psicofísica ni de madurez que hagan a la competencia para participar de decisiones sobre cuestiones trascendentes para sus vidas, entre ellas, las vinculadas a los derechos reproductivos, debiendo agregarse también por evidente conexidad, los derechos relacionados con su sexualidad.

La capacidad no es entonces sinónimo de la competencia.¹⁴⁸ La primera es utilizada en el ámbito de los contratos y por seguridad jurídica las normas establecen edades determinadas para la mayoría de edad, mientras que la competencia incumbe a los derechos personalísimos. Por ello *“...no se alcanza en un momento preciso, sino que se va formando, requiere una evolución...”*¹⁴⁹ vinculándose con el discernimiento. El reconocimiento de los derechos personalísimos requiere del respeto de las diferentes etapas de evolución de las personas menores de edad, en las cuales de acuerdo con los criterios de edad y madurez, el o la menor adquiere mayor autonomía en la atención de sus necesidades, deseos y criterios.

Además, se afirma que “los derechos reproductivos y sexuales” tanto como el derecho a la salud son derechos humanos de carácter personalísimos, escapándose de la clasificación de capacidad para actos jurídicos contractuales. Asimismo, se subraya la jerarquía superior al Código Civil de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto no fija una edad determinada para el ejercicio de los derechos reconocidos, además, para los simples actos lícitos es irrelevante que el sujeto tenga capacidad puesto que basta con que pueda expresar su voluntad que se forma por el discernimiento, en otras palabras la *“...aptitud de ‘entender’ y distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente; abarcando en su valoración las probables consecuencias del acto...”* La jueza Conde concluye reafirmando que *“...la noción de competencia presupone la existencia de ese discernimiento, directamente enfocada a la realización de un determinado acto vinculado con los derechos personalísimos del sujeto...”*.

En una misma línea argumental el juez Casás en su voto concurrente sostiene que *“...no resulta razonable desconocer el derecho del menor a tomar un conocimiento de las derivaciones de la actividad sexual, enmarcada en el ámbito de su vida privada...”*¹⁵⁰ destacándose que ha merecido la protección de normas con jerarquía constitucional como son los artículos 12 y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴⁸ Se menciona en doctrina que “Competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana...”. Consiste en un proceso evolutivo, capacidad progresiva, que van desarrollando las potencialidades propias del ser humano antes de alcanzar la mayoría de edad estricta o rígida estipulada en la legislación civil infraconstitucional. La capacidad progresiva de la Convención lógicamente está por sobre la norma del Código, según KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Op. cit.*, p. 255.

¹⁴⁹ Del voto concurrente de la jueza Conde en ya citado fallo “Liga de Amas de Casa” del T.S.J. de la C.A.B.A.

¹⁵⁰ Del voto concurrente del juez Casás en el ya citado fallo “Liga de Amas de Casa” del T.S.J. de la C.A.B.A.

De posible aplicación analógica, en materia de tratamientos médicos Lorenzetti¹⁵¹ acompaña diversas posiciones del derecho comparado llegando siempre a una conclusión similar: debe requerirse el consentimiento de niñas, niños y adolescentes en todo lo que hace a sus derechos personalísimos. Indica que resultan aplicables al respecto los artículos 12 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normas que considera directamente operativas. Sostiene además que el derecho a la confidencialidad es parte del derecho a la privacidad y de la esfera íntima de la persona “...del derecho a estar solo y a no ser molestado...” con basamento en el artículo 1071 bis del Código Civil. Al respecto, puede agregarse que dicha norma recepta el derecho fundamental del artículo 19 de la Carta Magna tal como entendiera la Corte en el ya mencionado caso “Ponzetti de Balbín”.

En similar sentido, Fernández Sessarego¹⁵² señala que la capacidad de goce o genérica es aquella inherente a la naturaleza humana entendida como la posibilidad propia de la libertad subjetiva para su transformación en actos, la libertad como poder de decisión. De tal manera, resulta sumamente cuestionable pretender limitar o restringir la capacidad que hace a la libertad humana, como podría ser -si bien el autor no lo abarca- el ejercicio de la libertad que hace a la sexualidad.¹⁵³

En conclusión, la capacidad genérica -jurídica no patrimonial o no contractual- también llamada de goce, por provenir de la propia personalidad es un atributo de todas las personas humanas en tanto todas ellas son capaces de Derecho en razón de ser sujetos. Sin embargo, ello no implica necesariamente la capacidad para el ejercicio de determinados derechos que hacen al desarrollo y madurez de la persona, sin olvidar que en razón de los principios sustentados en la Convención sobre los Derechos del Niño, la capacidad para ejercer derechos personalísimos o de la personalidad que hacen a su propia humanidad ha de ser la regla y no la excepción.

¹⁵¹ LORENZETTI, R. *Op. cit.*, pp. 213-215, 236-243.

¹⁵² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?” *Revista JA (Jurisprudencia Argentina)* número especial del 15/03/2000, p. 29-ss.

¹⁵³ Si bien pareciera que ello es lo que ocurre al menos en la dimensión de las personas adultas, donde la libertad sexual es la regla, no obstante podría verificarse una intervención legislativa sobre el derecho fundamental en forma de impedimento para el caso de las personas casadas (el deber de fidelidad) tal como se reflejara en el capítulo precedente. Cabe cuestionarse si la fidelidad exigida en el matrimonio no resulta una invasión de una determinada concepción moral o del Estado en un ámbito de privacidad.

Debe señalarse por otra parte, que el concepto de la autonomía progresiva surge de los artículos 5 y 12 de la Convención, receptados también por el artículo 3 de la ley nacional 26.061 cuando refiere a las competencias que niñas, niños y adolescentes van adquiriendo en el proceso de crecimiento y desarrollo de sus personalidades. La competencia, flexible, hace a la madurez. En sentido análogo se expresa el decreto reglamentario local (decreto 2316/03) de la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 153) al establecer en su artículo 3 que “Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado [...] Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y maduración para ello; en especial tratándose del ejercicio de los derechos personalísimos...”.

Por su parte, la Ley de Derechos del Paciente (ley nacional 26.529) dispone en su artículo 2, inciso e. último párrafo, que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley Nº 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. Asimismo, el decreto 1282/03 reglamentario de la ley que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (ley nacional 25.673) en su artículo 4 párrafo tercero establece que “Las personas menores de edad tendrán derecho a recibir, a su pedido y de acuerdo a su desarrollo, información clara, completa y oportuna; manteniendo confidencialidad sobre la misma y respetando su privacidad.”

En la doctrina nacional se ha sostenido que la autonomía progresiva configura “...*la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo...*”.¹⁵⁴ Respecto de dicha madurez el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General Nº 12¹⁵⁵ ha entendido que ella hace referencia “...*a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.*”

¹⁵⁴ LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, pp. 418-ss.

¹⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc.

Aun desde la escuela clásica del derecho civil, Borda ha reconocido que los menores impúberes, menores de catorce años, en contraposición con la norma rígida del Código original de Vélez Sarsfield poseen discernimiento, afirmándose por ende que *“...por el contrario, lo tienen para numerosos y muy importantes actos lícitos...”* entre los que ejemplifica actos de posesión de cosas, celebración de pequeños contratos que hacen a la vida cotidiana, etc.¹⁵⁶ Si bien no surge del autor, puede razonarse si no es un contrasentido reconocerles a niñas, niños y adolescentes derechos que hacen a cuestiones materiales y a la vez negarles automáticamente el ejercicio de ciertos derechos personalísimos que hacen propiamente a su condición humana. Lógicamente debe reconocerse que todo lo vinculado con la sexualidad encierra valoraciones morales, religiosas y culturales tan diversas y profundas que se torna un tema de por sí muchas veces complejo y espinoso. A título de ejemplo, se ha llegado a sostener de forma muy minoritaria que ninguna norma reconoce el ejercicio de los derechos sexuales a los adolescentes, siendo que el ámbito legítimo para tal actividad es exclusivamente el matrimonio.¹⁵⁷

También Llambías reconoce que en realidad no se verifica una incapacidad absoluta de los menores impúberes.¹⁵⁸ Puede entonces admitirse que los menores de edad, aun los definidos civilmente como impúberes tienen determinadas capacidades, las cuales estarán dadas de acuerdo con su conocimiento, conciencia y aptitud madurativa. Kemelmajer de Carlucci señala que la edad de una persona es una cuestión de grado *“...una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación...”*.¹⁵⁹ En similar sentido, Beloff acentúa que niñas y niños son definidos como sujetos plenos de derechos, no siendo menores incapaces ni personas incompletas sino personas que están creciendo *“...Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una parte de ella...”*.¹⁶⁰

¹⁵⁶ BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil* - Parte general T. I, 12ª. edición, Buenos Aires, 1999, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot. En Base de Datos Lexis Nº 1117/002828.

¹⁵⁷ SOLANET, A. “La ideología avanza sobre el derecho”. *Revista ED* del 08/10/2003.

¹⁵⁸ LLAMBÍAS, J. *Tratado de derecho civil* - Parte general Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 450.

¹⁵⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “El derecho del menor sobre su propio cuerpo”, conferencia dictada en las I Jornadas de Bioética y Derecho, 23/08/2000, citada en RUGGIERE, S. “Derecho a la salud: el respeto por la voluntad del paciente”. En Base de Datos www.elDial.com - Código: DC658.

¹⁶⁰ BELOFF, M. “Un modelo para armar y otro para desarmar. Protección integral de derechos vs. Derecho en situación irregular” *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

En otras palabras puede definirse que si la capacidad genérica deviene de la personalidad, negársela a las y los menores de edad representaría no reconocer su plena condición de sujetos de Derecho, en contraposición con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido se ha sostenido en la doctrina que *"...si el derecho básico de todo ser humano es el derecho a la autonomía, resulta consecuente que cualquier intervención del estado o de otros particulares en las cuestiones referentes al bien del sujeto, resulte esencialmente injusta y violenta..."*. Como conclusión se advierte entonces que *"...se trata de lo que en el pensamiento liberal se llama, siguiendo en esto a Kant, 'paternalismo', y constituye el modo más oprobioso de tiranía que puede concebirse, aunque por definición esté ordenado al bien del sujeto autónomo"*.¹⁶¹

En definitiva, así como la capacidad ha sido entendida en el derecho civil clásico - previamente a las definiciones de la fuente internacional y su integración en el Bloque de Constitucionalidad- como un atributo de la persona en el sentido de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, el discernimiento es la aptitud para apreciar o considerar cada una de las acciones que elige la persona en el sentido de libertad de elección, de acción, derivado del concepto de las acciones privadas exteriorizadas que protege el artículo 19 de la Carta Magna. El discernimiento no puede ser rígido, ni existe una única regla para determinarlo. Se relaciona directamente con el principio de la autonomía progresiva que van adquiriendo conforme a su madurez y competencias niñas, niños y adolescentes como marca la Convención. El concepto de capacidad de la norma infraconstitucional puede encontrarse superado por el principio de la evolución de sus facultades o competencias, que proviene del Bloque de Constitucionalidad Federal en lo que hace al ejercicio de derechos fundamentales de las y los infantes.

Por otra parte, tal capacidad o incapacidad civil ha de tener un carácter transitorio y eminentemente relativo puesto que se refiere solamente a determinados aspectos y durante un período de tiempo, por ello -modernamente se entiende que se trata de una capacidad progresiva, entendida como un proceso. Al no tratarse de una regla rígida, si bien puede perderse claridad e incluso no ser del todo previsible, es entendida como la solución más adecuada a los estándares de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes como un todo indivisible e interdependiente.

¹⁶¹ MASSINI CORREAS, C. y ZAMBRANO, P. "Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?" BORDA, G. (Dir.). *La persona humana, cit.*, p. 123.

No podría sostenerse en modo alguno desde el paradigma de los derechos humanos que las personas que gozan de discernimiento -en el sentido de competencia para decidir y elegir- no sean plenos titulares de los derechos fundamentales que hacen a la privacidad, a la autonomía personal y a las denominadas conductas autorreferentes, según lo analizado en el capítulo precedente, como aquellas acciones privadas exteriorizadas que no causan daño a terceros. Entre ellas y bajo la protección del derecho fundamental a la privacidad, el derecho a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad del que en principio también gozan niñas, niños y adolescentes en tanto sujetos de Derecho y de derechos.

4.3. Los derechos de niñas, niños y adolescentes con los alcances del principio del interés superior

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que niñas, niños y adolescentes, es decir personas que no han cumplido los dieciocho años, son también sujetos de Derecho, según puede desprenderse de sus artículos 12, 16, 24 y 29. Las y los infantes tienen el derecho de expresar su opinión, de ser escuchados/as, de obtener protección legal, de disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como a la intimidad y a la confidencialidad. Como se fundamentara en el apartado anterior, cuentan con aptitud suficiente para ejercer libremente y por sí mismos sus derechos de la personalidad o personalísimos.

Puede añadirse que el principio rector de la Convención se ubica en el artículo 3, punto 1. En él se preceptúa que en las medidas concernientes se deberá atender al “interés superior del niño”. En la doctrina especializada se ha dicho que este principio jurídico de neto corte garantista asume el paradigma de la protección integral del niño y la niña por sobre la protección irregular. Se consideran entonces sujetos de Derecho, con los efectos de “...dejar de lado las políticas asistencialistas en donde los adultos determinan la seguridad y el bien del niño...”.¹⁶² También se ha sostenido sobre el punto que este interés consiste en “salvaguardar la dignidad del menor en tanto persona”.¹⁶³

¹⁶² JIMÉNEZ, P. y GARCÍA MINELLA, G. “Los niños y adolescentes argentinos. El nuevo milenio y sus derechos constitucionales”. *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 2000. Citados por GIL DOMINGUEZ, A. “Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *Revista LL-2004-B*, pp. 411-ss.

¹⁶³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. *Op. cit.*, p. 264, con cita de PRIEUR, S. *La disposition par l`individu de son corps*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 1999, Nº 444.

Bidart Campos, por su parte, ha señalado en torno del ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos por parte de las y los menores de edad con discernimiento que *“Sin que se impida en el caso de menores la participación de los padres, ha de darse espacio a la decisión del menor en procura de su interés superior...”*¹⁶⁴

Cohherentemente, niñas, niños y adolescentes deben gozar de la protección del Estado con relación al ejercicio de los derechos que hacen a su sexualidad. Este ha sido el criterio legislativo asumido en la Argentina que reconoce a las y los infantes beneficiarias/os de las políticas de prevención y atención en materia de salud sexual y salud reproductiva -derechos de contenido prestacional que implican por sí el ejercicio del derecho individual a la libertad sexual- sin discriminar entre mayores de edad y quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad legal.

Se establece expresamente en la legislación respecto de niñas, niños y adolescentes que *“...se entiende por interés superior del mismo, el ser beneficiarios, sin excepción ni discriminación alguna, del más alto nivel de salud y dentro de ella de las políticas de prevención y atención en la salud sexual y reproductiva en consonancia con la evaluación de sus facultades”* según los considerandos del decreto 1282/03, reglamentario de la Ley nacional de creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, que a su vez dispone en su artículo 2, inciso d. como objetivos *“Promover la salud sexual de los adolescentes”* y en el artículo 3º establece que *“El programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna”*.

En sentido análogo el Comité de los Derechos del Niño, órgano de control de la Convención, ha señalado que es obligación de los Estados proveer servicios de educación sexual y salud reproductiva como medio idóneo para prevenir embarazos no deseados, abortos voluntarios y patologías mortales, debiendo considerarse que en el fallo *“M.D.E. y otro”* previamente citado, la Corte Suprema afirmó con claridad que el Comité de los Derechos del Niño es el intérprete autorizado de la Convención.

Asimismo, en el precedente *“Casal”*¹⁶⁵ el Máximo Tribunal federal sostuvo que las interpretaciones de los Comités de seguimiento de los tratados son fuente vinculante

¹⁶⁴ BIDART CAMPOS, G. *La Constitución que dura, cit.*, p. 390.

¹⁶⁵ Fallo *“Casal, Matías E.”* con sentencia de la C.S.J.N. del 20/09/2005. Fallos 328:3399. Se sostiene en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *“Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”*, dictada el 02/07/2004, respecto al derecho del condenado a un recurso accesible y

para interpretar el alcance de las obligaciones internacionales, refiriéndose especialmente en dicho caso a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debe considerarse que el mencionado Tribunal regional sostuvo en la Opinión Consultiva OC-17/2002¹⁶⁶ que el principio del interés superior *"...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos..."*. De acuerdo con ello, debe ser tomado como un punto de referencia a fin de asegurar la efectiva concreción de todos los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello incluye que los Estados y las familias deben dar máxima prioridad a la infancia a fin de que el niño tenga derecho al más alto nivel posible de salud y educación.

Se ha dicho también que la expresión "interés superior del niño" implica que el desarrollo del infante y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas en todos los órdenes relativos a su vida.¹⁶⁷ La Corte Suprema de Justicia, por su parte, tiene dicho que *"El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo..."*. Respecto de la posible y relativamente indeterminación de la expresión ha sostenido en el mismo precedente que *"...resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos."*¹⁶⁸

sencillo para obtener una revisión integral de la sentencia, según establece el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶⁶ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 del 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

¹⁶⁷ La Corte Suprema sostuvo en el fallo "Mazzeo" (Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad – M. 2333. XLII. Fallos 330:3248) que en la aplicación de las normas derivadas de tratados internacionales sobre derechos humanos *"...el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana..."*. Asimismo, en "Girolidi" (Girolidi, Horacio D. y otro, sentencia del 07/04/1995. Fallos 318:514) *"...a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional..."*

¹⁶⁸ Causa "S., C. s/ adopción" con sentencia del 02/08/2005, voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti. Fallos 328:2870.

En el reiterado voto concurrente de la jueza Conde del fallo “Liga de Amas de Casa” se ha sostenido también que en el tránsito hacia la autonomía pueden observarse diversos estadios de acceso a los derechos que garantiza la Convención, operativos en función de la madurez psicofísica de niñas, niños y adolescentes. La doctora Conde interpreta que el primer escalón se constituye por el principio “del mejor interés del niño”, luego, en un nivel superior se encuentra el derecho a la información, después el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado y finalmente la autodeterminación o decisión autónoma, libre de coacción y derivada de los propios valores o creencias. Debe agregarse que interés superior no debe ser erróneamente interpretado en un puro sentido paternalista o perfeccionista -en los términos del autoritarismo más o menos benévolo que define Leach-¹⁶⁹ por el contrario, debe interactuar con los restantes principios en materia de derechos humanos bajo el paradigma del más y mejor disfrute posible de todos los derechos. De tal modo, los derechos de los adultos no son absolutos ni superiores a los de la infancia, por el contrario, pueden limitarse frente a los derechos de niñas, niños y adolescentes sobre la pauta de su interés superior. No son solamente objetos de protección sino también titulares de derechos, como se desprende de los fundamentos sostenidos en la ya mencionada OC-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.4. El derecho a la privacidad y el ejercicio de derechos personalísimos frente a las reglas civiles de la patria potestad

En sus investigaciones históricas sobre la sexualidad, Foucault evoca que el derecho sobre la vida y la muerte del poder soberano respecto de los súbditos fue uno de sus privilegios característicos durante mucho tiempo.

Es un elemento revelador que de él derivara formalmente la institución de la *patria potestas* que entre otras cuestiones implicaba para el padre de familia romano el derecho de “disponer” de la vida de sus esclavos y también de sus hijos, bajo la comprensión de que “...él se la había dado, él podía quitársela...”¹⁷⁰

¹⁶⁹ LEACH, P. 1995, p. 208, citada por ALSTON, P. y GILMOUR-WALSH, B. “El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales”, Comité Español de UNICEF, p. 13. Material de la asignatura Derecho de los Niños, Máster DD. HH. - PRADPI, 2011.

¹⁷⁰ FOUCAULT, M. *Op., cit.*, p. 127.

Respecto del instituto contemporáneo de la patria potestad, Borda ha entendido que éste es un derecho natural de todo padre que hace al cumplimiento de una función social en torno del interés y la protección de los hijos.¹⁷¹ Zannoni, por su parte, sostiene que la patria potestad es el conjunto de relaciones jurídicas sustentadas en la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores que implican una potestad o un poder.¹⁷² Sin perjuicio de ello, en la moderna doctrina también se ha expresado que dentro de las familias deben establecerse relaciones más democráticas, en las que se respeten y se den cumplimiento a los derechos humanos que igualmente irradian sus efectos hacia dentro de las relaciones intrafamiliares.¹⁷³

El primer párrafo del artículo 264 del Código Civil define la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral. Sobre dicha autoridad, la jueza Conde en el fallo “Liga de Amas de Casa”, citado en el acápite 4.3. sostuvo sobre dicha autoridad que “...se reconoce a los padres no es un fin en sí misma, pues se encamina a cumplir con las finalidades a las que, de forma expresa, alude la norma; que son la protección y la formación integral de los hijos”. Por ello, y en sentido consecuente ha agregado que “...la transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia, es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones sociales de la familia misma.”

Con meridiana claridad la magistrada finaliza fundamentando respecto de los riesgos que entraña el ejercicio y el abuso del poder “*Cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos, y aún despóticos, vínculos de sujeción al poder paterno...*”.¹⁷⁴ Sin embargo, sostiene también que en el

¹⁷¹ BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil*, T. II – Familia, 8va. edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 118-119.

¹⁷² ZANNONI, E. *Derecho de Familia*, T. 2, 3ra. edición, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 680-681.

¹⁷³ GORVEIN, S. y POLAKIEWICZ, M. *Op. cit.*, pp. 1283-ss.

¹⁷⁴ La jueza Conde recuerda también que la norma sobre patria potestad del Código Civil original disponía: “La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”. La norma sólo hablaba de derechos de los padres y no aludía a los deberes de éstos en la configuración del sistema, como la actual. Posteriormente, comienza a establecerse un régimen de protección de la infancia, en el que el

derecho argentino, a partir de la configuración de una relación derecho-deber se consagró una cláusula en beneficio de los hijos, por la cual la autoridad paterna que deriva de la institución de la patria potestad debe ser ejercida siempre en función del interés de los hijos.¹⁷⁵ Asimismo se fundamenta en el citado voto que *“Toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación es la de permitir el desarrollo de un sujeto autónomo...”*¹⁷⁶ En dicho razonamiento pueden compartirse las expresiones de la jueza del Tribunal Superior dado que las atribuciones con las que cuentan quienes ejercen la patria potestad sobre las personas menores de edad no pueden constituirse en un elemento útil a efectos de restringir o eliminar derechos humanos personalísimos de niñas, niños o adolescentes.

Debe traerse también a colación del ejercicio de los derechos personalísimos, el precedente *“Saguir y Dib”*¹⁷⁷ fallado por la Corte Suprema en 1980. En el caso, el Tribunal dispuso autorizar -no obstante que la ley de transplante y ablación de órganos entre personas vivas disponía que solamente podían disponer de ellos los mayores de

Estado, a través de los jueces, podía actuar en concurrencia con la actividad de los padres y se modificó el texto del artículo 264: “La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos”. A partir de allí, finaliza la jueza, “...y a través de la sanción de diversas normas el contenido de la noción de patria potestad está sustentado en la relación derecho-deber y en la coordinación de actividades desarrolladas por la familia y por el Estado.”

¹⁷⁵ Voto de la jueza Conde, con cita de BÍSCARO, B. “La patria potestad ejercida en interés de los hijos”. *Revista LL-1989-A*, pp. 574-ss.

¹⁷⁶ Agrega la doctora Conde que “Los menores van adquiriendo “competencias” en función de su madurez psíquica, grado de educación alcanzado, circunstancias sociales, entorno familiar, etc. Al ser humano no le viene dada la autonomía sino que ésta se forja a través de la educación, que aparece, así como la principal función de los padres.- De esta forma, y teniendo especialmente en cuenta las pautas establecidas en la Convención de los Derechos del Niño (que integra la Constitución Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 22 inc. 75), ha quedado definido el perfil actual de la patria potestad en consonancia con las modernas orientaciones jurídicas en la materia.- Puede afirmarse, por consiguiente, que la noción de subordinación a la autoridad paterna no depende sólo de lo reglado en la legislación infraconstitucional de nuestro país sino también de lo dispuesto en los tratados y pactos internacionales que la Constitución incorpora a su texto, siendo —incluso— de orden jerárquico superior lo establecido en ellos frente al supuesto de controversia con la ley civil [art. 31 CN].- Así definido e integrado el concepto de patria potestad, se destacan lineamientos básicos e insoslayables del régimen de tutela aplicable a los menores de edad, en virtud de los cuales no se discute que: 1) el niño es titular de todos los derechos inherentes a su condición de persona, 2) goza, además de derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación; 3) los padres o encargados de la custodia del niño son los responsables de su crianza y educación y de velar por su bienestar y 4) el mejor interés del niño es el principio que rige toda la actividad relacionada con ellos” con cita de GORVEIN, N. y POLAKIEWICZ, M. *Op. cit.*, pp. 1283-ss.

¹⁷⁷ Causa “Saguir y Dib, Claudia G. s/ autorización” con sentencia de la C.S.J.N. del 06/11/1980. Fallos 302:1284.

dieciocho años- a una adolescente de diecisiete años, a donar un riñón para ser implantado en el cuerpo de su hermano que padecía una grave enfermedad dado que entre ambos existía histocompatibilidad. El caso es sumamente interesante por una razón histórica: esta interpretación favorable al ejercicio de los derechos personalísimos que hacen a la privacidad de quienes no son adultos reconocidos, procede de la Corte en su conformación más conservadora, puesta en funciones en época del último proceso militar que gobernó la Argentina. Incluso así, y con el riesgo que implicaba dicha cirugía y la pérdida del órgano para la dadora, se entendió que ella era consciente y se encontraba capacitada por su madurez para asumir tal decisión.

En sentido análogo, en la doctrina nacional se han definido los derechos personalísimos -aquellos que en otros ámbitos se han nominado derechos de la personalidad- como los *"...derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical..."*¹⁷⁸

Pueden observarse las soluciones dadas en la jurisprudencia extranjera y en el derecho comparado. A título de ejemplo, en los Estados Unidos a través del precedente *"Bellotti vs. Baird"*¹⁷⁹ se declaró la inconstitucionalidad de una norma del Estado de Massachussets que restringía el acceso de una adolescente menor de edad a un aborto sin la autorización paterna. La Corte Suprema federal norteamericana resolvió en dicha causa que quienes no habían alcanzado la edad legal podían suplir la notificación a sus padres con la alternativa de una autorización judicial en un proceso estrictamente confidencial. En Gran Bretaña, en el precedente *"Sue Axon v. The Secretary of State for Health"*¹⁸⁰ y sobre la base del anterior precedente *"Gillick"*¹⁸¹ se entendió que una menor de edad legal podía decidir por sí misma, sin informar ni pedir el consentimiento de sus padres o representantes legales respecto de cuestiones que hacen a su derecho a la privacidad, como ser medidas anticonceptivas, enfermedades de transmisión sexual e interrupción del embarazo siempre y cuando la menor tuviera madurez suficiente pese a tener menos de dieciséis años. Se afirmó también que en tanto no se la pueda persuadir de que informe a sus padres, siendo muy probable que la menor continúe practicando relaciones sexuales podría verse afectada su salud en caso de no

¹⁷⁸ CIFUENTES, S. *Derechos personalísimos, cit.*, p. 200.

¹⁷⁹ Causa *"Bellotti vs. Baird"* C.S. de los EE.UU. conocida como Bellotti II. 443 US 622.

¹⁸⁰ Causa *"Sue Axon v. The Secretary of State for Health, The Family Planning Association"*, 23/01/2006, EWHC 37.

¹⁸¹ Causa *"Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority"*, 1986, 1 AC 112.

iniciar el tratamiento, razón por la cual el interés de la menor recomendaba la confidencialidad.

Debe agregarse que en “*Gillick*” la Cámara de los Lores británica ya había establecido que los derechos de los padres existen únicamente para beneficio de sus hijos. Asimismo en España, la Ley Orgánica 2/2010 (sobre Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo) ha colocado en un primer nivel de protección el ámbito de la autonomía personal permitiendo el ejercicio de la libertad sexual y reproductiva. En dicha norma se ha reconocido la libertad de decidir sobre la interrupción del embarazo a menores de dieciséis y diecisiete años, si bien suministrando información a representantes legales o padres -quienes ejerzan la patria potestad- ello puede prescindirse si se alega fundadamente que le provocará un conflicto grave, en otras palabras, la existencia de un daño. La regla general entonces resulta el reconocimiento de la autonomía de la mujer adolescente de más de dieciséis años para tomar estas importantísimas decisiones (como es el ejercicio de un aborto) que hacen a su derecho humano a la privacidad.

El juez Maier, en su voto concurrente en el caso “Liga de Amas de Casa” sostiene que es razonable la definición dada en la ley local cuestionada en su artículo 5, por la que se dispone que los destinatarios y destinatarias son “...la población en general, especialmente las personas en edad fértil.” El magistrado destaca que frente a un eventual conflicto entre la voluntad de el o la niño, niña o adolescente en edad fértil y la de sus padres la *“...decisión tomada por la ley nº 418 parece asignar prioridad a la voluntad del niño o adolescente...”*. En vistas de tal razonamiento se concluye que el artículo 5 de la ley local 418 concede o bien reconoce *“...un derecho subjetivo al niño o adolescente en edad fértil para recibir servicios de asesoramiento y asistencia en materia de salud reproductiva [...] y de capacidad para ejercer ese derecho autónomamente.”*

En razón de lo señalado concluye el juez su fundamento indicando que *“Pretender que para cada decisión personal ligada a la intimidad o a la educación del niño o adolescente se requiere el permiso o autorización de los padres parece absurdo, y contraviene claramente los términos y el espíritu de la Convención.”*¹⁸² Con relación a la constitucionalidad de la ley local 418 confirmada en el fallo reseñado, en la doctrina

¹⁸² Del voto del juez Maier en la causa “Liga de Amas de Casa” del T.S.J. de la C.A.B.A. citada con anterioridad.

nacional se ha sostenido que el Tribunal Superior “...reafirmó el imaginario de una sociedad abierta y pluralista en donde cada hombre, cada mujer, cada niño y cada niña pueda gozar de sus sexualidad sin condicionamientos sociales o económicos, sin tabúes ni obstáculos dogmáticos...”.¹⁸³ Resta señalar que la norma en cuestión ha recogido las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1997, en el cual exhortara a que las decisiones que involucren afectaciones a la integridad física o moral, vida, libertad, desarrollo, educación, salud u otros derechos de los menores de edad sean tomadas a la luz del interés más ventajoso para el niño.¹⁸⁴

Debe razonarse en virtud de lo analizado hasta aquí que niñas, niños y adolescentes pueden tomar sus propias decisiones respecto de cuestiones que hacen a la salud sexual y a la salud reproductiva, tanto es así que el propio Estado asume sus obligaciones respecto de las prestaciones en materia de procreación, no procreación, educación e información sexual. Con anterioridad se sostuvo que dichos derechos interactúan a su vez como coadyuvantes para el pleno y libre ejercicio del derecho que se interrelaciona con todos ellos; el derecho a la libertad sexual.

A su vez se ha conceptualizado que éste resulta uno de los contenidos del derecho humano y fundamental a la privacidad, como la toma de decisiones autónomas y protegido por el ámbito de las acciones autorreferentes, privadas -en el caso sobre el propio cuerpo y mente, el deseo y su sexualidad- que trascienden la mera intimidad. También puede destacarse que este derecho a la privacidad respecto de la faceta vinculada con la sexualidad hace al derecho a decidir autónomamente en ejercicio de la voluntad. Ésta, a su vez, está formada por el discernimiento que implica la madurez de la niña, el niño o el adolescente, con los requisitos de que éste se manifieste sin violencia, manipulación, presión ni coerción de ninguna clase. Accesoriamente debe requerirse que dicho derecho fundamental sea respetado, garantizado y protegido por el Estado.

De regreso a Nino, debe recordarse el constitucionalista ha sostenido que por “privacidad” se entiende la posibilidad irrestricta de realizar acciones “privadas” en el sentido de ser “... acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer...”.¹⁸⁵

¹⁸³ GIL DOMÍNGUEZ, A. “Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *cit.*, pp. 411-ss.

¹⁸⁴ Informe Anual de la C.I.D.H., 1997, Capítulo VII.

¹⁸⁵ NINO, C. *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 327.

Por su parte, el célebre J. S. Mill citado por Nino, ha afirmado al respecto que “...*hay una esfera de acción respecto de la cual la sociedad, como diferente al individuo, tiene un interés sólo indirecto si es que tiene interés alguno; ella comprende toda aquella porción de la vida y conducta de una persona que la afecta sólo a ella, o, si también afecta a otros, es por su propio consentimiento y participación libre, voluntaria y consciente*”.¹⁸⁶ No debe dejarse de señalar que el mencionado jurista ha remarcado que el artículo 19 de la Carta Magna surge por la inspiración del convencional constituyente Sáenz en la Declaración de los Derechos del Hombre, texto que impone con meridiana claridad la exigencia del daño a terceros para perder el carácter de acción privada.¹⁸⁷

El otro gran constitucionalista argentino, Bidart Campos, ha afirmado que en la hipótesis de menores en edad fértil que acuden a los efectores por sí mismos -el artículo 5 de la ley local 418 establece prestaciones públicas respecto de derechos de la sexualidad y la reproducción, inclusive para menores sin presencia de sus padres- debe interpretarse de aplicación el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto hace a la “*evolución de sus facultades*”. En otras palabras, si el o la menor tiene “*discernimiento suficiente*”. Se ha remarcado además la pertinencia de los artículos 3.1, 12, 13 y 14 de la Convención, para finalizar señalando que la norma implica “...*la coordinación de la patria potestad con la autonomía personal de los hijos menores que han alcanzado la edad del discernimiento propio*”.¹⁸⁸ Por su parte, Del Mazo ha expresado sobre el tema en tratamiento que “...*es necesario abandonar el espíritu paternalista que inspira toda la normativa en materia de patria potestad y adecuarla también a la nueva realidad*”.¹⁸⁹

Es por todo lo expuesto que pueden cuestionarse los alcances de la figura clásica de la patria potestad.¹⁹⁰ Dicha institución civil como conjunto de derechos y obligaciones parece difícil de sostener al menos en el sentido en el cual se la ha conocido hasta la actualidad; siendo que niñas, niños y adolescentes son sujetos de Derecho y de

¹⁸⁶ MILL, J. S. *Utilitarianism. On Liberty. Essay on Bentham*, pp. 136-137 citado por NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 304-305.

¹⁸⁷ NINO, C. *Fundamentos de derecho constitucional, cit.*, p. 317.

¹⁸⁸ BIDART CAMPOS, G. *La Constitución que dura, cit.*, pp. 393-395.

¹⁸⁹ DEL MAZO, C. “Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, julio de 2010, pp. 212-ss.

¹⁹⁰ En el derecho comparado existen figuras de reforma en las que se denomina la patria potestad con expresiones más adecuadas, por ejemplo, responsabilidad parental o autoridad parental (Código de Familia de Venezuela, ley 5476; Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, ley 2026; Código de Familia de Panamá, entre otras).

derechos, sería al menos confuso que otras personas tuvieran algún tipo de derecho sobre ellos, ya sea limitando o restringiendo derechos personalísimos. En tal sentido ha apuntado Dolto¹⁹¹ al sostener que el adolescente debe decidir con la mayor libertad posible sin sustituirse su propia voluntad, porque dicho con otras palabras, proteger y garantizar derechos parece ser otra cosa. El derecho a la autodeterminación, como derecho personalísimo, solo puede ser ejercido por su titular. En forma análoga se ha señalado también en la doctrina que *“Las formas como los individuos organicen su sexualidad, y su capacidad reproductiva no pueden ser motivo de ordenación jurídica porque son actos meramente internos que hacen a su vida privada...”*¹⁹²

En otras palabras, el derecho al libre ejercicio de la sexualidad como contenido del derecho fundamental a la privacidad, en cuanto es un derecho personalísimo no puede ser restringido indebidamente por una prerrogativa paterna -la patria potestad- que hace a una figura civil de jerarquía inferior al principio del interés superior sustentado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.5. Las edades para consentir contrastadas con las figuras del derecho penal sexual

En los párrafos precedentes se concluyó preliminarmente que la patria potestad que ejercen padres o representantes no puede ser opuesta al derecho a la libertad sexual de niñas, niños y adolescentes en tanto se trata de un derecho personalísimo sostenido en el derecho fundamental y humano a la privacidad. Sin perjuicio de ello, debe advertirse que en tanto los derechos no son absolutos, por especiales y fundadas razones y bajo estrictos mecanismos que hacen a la vigencia del Estado de Derecho, ciertos contenidos de derechos reconocidos en la Constitución pueden sufrir alguna clase de intervención.

En el caso, como ya se ha señalado, el reconocimiento no ha sido explícito ni puede en modo alguno afirmarse que se trata de un derecho absoluto que no admita restricciones, más aún tratándose de limitaciones sustentadas en lo que se interpreta como el propio beneficio de niñas y niños, con sustento en el principio del interés superior.

¹⁹¹ DOLTO, F. *La causa de los adolescentes*, Buenos Aires, Seix Barral, 1992.

¹⁹² MEDINA G. “Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades”. *Revista JA-2002-I*, pp. 553-ss.

Por ello, la legislación infraconstitucional ha establecido mediante normas penales, límites etarios que impactan indirectamente sobre el ejercicio del derecho a la libertad sexual, a través de la creación de tipos legales que sancionan actos en los que el legislador ha entendido, se involucra sexualmente a determinadas personas menores de edad que no se encuentran en condiciones de elegir con plena y total libertad.

En otras palabras, la legislación interpreta que en determinada franja etaria las personas no poseen el discernimiento necesario para el ejercicio de estos especiales derechos personalísimos que hacen a la sexualidad.

Soler ha señalado respecto de los delitos sexuales -entre ellos, la violación- que los tipos penales se estructuran como atentados a la libertad sexual a través de violencia física, coacción o violencia moral en el sentido de intimidación. El bien jurídico tutelado entonces es con claridad la libertad sexual *"...que no puede ser vulnerada separadamente de la libertad personal misma..."*.¹⁹³ Respecto del sujeto pasivo se establece dado el bien protegido que *"...basta que se trate de una persona..."* excluyéndose sólo los actos de ofensa a un cadáver. Frente a los casos de personas privadas de razón o de la capacidad de resistir, así como personas menores, actualmente que no hayan cumplido los trece años luego de una última reforma legislativa, se entiende desde la dogmática penal que el asentimiento o disenso del sujeto pasivo no tiene relevancia jurídica.

Al respecto, el Código Penal argentino refiere en su Título III a los delitos contra la integridad sexual, modificando por ley 25.087 -sancionada en 1999- la anterior fórmula extensamente criticada en la doctrina, que los definía como delitos contra la honestidad. Creus ha definido la integridad sexual como el normal ejercicio de la sexualidad asentado sobre la libertad del individuo.¹⁹⁴

Por su parte, Buompadre sostiene que el bien jurídico integridad sexual es un aspecto de la libertad personal en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad, por lo que *"...la integridad sexual hace referencia a la*

¹⁹³ SOLER, S. *Derecho penal argentino* T. III, 4ª edición 1987, 10ª reimpresión (Actualizador: BAYALA BASOMBRIÓ, M.), Buenos Aires, Tea, 1992, pp. 305-307.

¹⁹⁴ CREUS, C. "Delitos sexuales según la ley 25.087". *Revista JA* del 21/07/1999, Nº 6115, pp. 2-9 citado por DONNA, E. *Derecho penal parte especial* T. I, 2ª edición, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzol-Culzoni, 2003, p. 485.

*libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad.*¹⁹⁵ Asimismo Donna¹⁹⁶ concluye que no obstante el bien jurídico es la libertad sexual, en lo que respecta a los menores de trece años el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona, puesto que el interés del Derecho está dado por evitar que otras personas tengan injerencia en su personalidad a través de su sexualidad. En virtud de ello, se sostiene que cuando la víctima es menor de trece años habrá abuso sexual aun con su consentimiento en tanto la norma interpreta la falta de madurez mental del menor para entender el significado del acto sexual.

Donna también ha afirmado que no se presume falta de capacidad de consentimiento sino presunción *juris et de jure* sobre la validez del consentimiento jurídico.

Respecto del delito de estupro Donna ha entendido que el bien jurídico protegido es la libertad individual de los menores y la protección del individuo aun inmaduro, es decir la libertad y la conformación sexual de la víctima, de más de trece y menos de dieciséis años y siempre que exista seducción mediante aprovechamiento.¹⁹⁷ Creus, por su parte, sostiene que el bien jurídico protegido es la normalidad temporal en el trato sexual, siendo que la ilicitud está dada por la temprana edad y la inexperiencia de la víctima en tanto se verifica un *"consentimiento insuficiente"*.¹⁹⁸

Debe destacarse también que tal como interpretara Zaffaroni¹⁹⁹ cuando el legislador tutela un ente lo hace porque lo valora, esa valoración se traduce en una norma que eleva el ente a bien jurídico, luego, elabora un tipo penal y el bien jurídico es entonces penalmente tutelado. La legislación protege la integridad de la persona y sus derechos de índole sexual, el derecho individual a disponer de su sexualidad. Justamente en el delito de abuso sexual se protege como bien jurídico la integridad sexual, es decir, la libertad sexual del individuo, su autodeterminación en la vida sexual en libertad tanto respecto del libre desarrollo de la personalidad del menor como de la intimidad sexual del mayor que no consiente la acción.²⁰⁰

¹⁹⁵ BUOMPADRE, J. "Delitos contra la integridad sexual (un paradigma de lo que no hay que hacer)", *Revista de Ciencias Penales*, 1999, pp. 49-ss. citado por DONNA, E. *Op. cit.*, p. 485.

¹⁹⁶ DONNA, E. *Op. cit.*, pp. 485-ss.

¹⁹⁷ DONNA, E. *Op. cit.*, pp. 577-590.

¹⁹⁸ CREUS, C. *Derecho penal parte especial* T. I, Buenos Aires, Astrea, 4ª edición actualizada, 1993, p. 207.

¹⁹⁹ ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

²⁰⁰ CREUS, C. *Op. cit.*, pp. 190-ss.

La naturaleza del bien jurídico protegido es la de los derechos personalísimos, en el sentido ya analizado, de derechos individuales, innatos y absolutos. Se ha dicho también que *“la libertad sexual se configura como parte de una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales...”* En razón de ello se interpreta en la misma cita que la *“...integridad sexual debe interpretarse como protección de la autonomía en el trato sexual...”*²⁰¹

Debe observarse que a partir de la reforma en los presentes tipos penales operada por la ley 25.087, se impone “una escala progresiva de libertades sexuales” que implica que hasta los trece años no se puede consentir acto con contenido sexual, mientras que entre los trece y los dieciséis años no se puede consentir con personas mayores y significativa diferencia de edad o bien con especial preeminencia respecto del menor. Sin embargo, en la doctrina penal se ha sostenido sobre este particular con suma claridad que *“Si a partir de los trece años, las personas están aptas para consentir actos de índole sexual, mal se pueden establecer estas ‘escalas valorativas’ que en definitiva no hacen más que imponer una moral sexual.”*²⁰²

Más allá de las disquisiciones sobre dichas valoraciones, no caben dudas respecto de que las normas penales actúan como una intervención que en principio luce legítima, razonable y fundamentada sobre el ejercicio del derecho humano y fundamental a la privacidad de niñas, niños y adolescentes -en su faceta de contenido sexual- limitando mediante la previsión de una sanción penal, en el primer tipo legal estudiado, a quien se relacione sexualmente con sujetos menores de trece años en el entendimiento de que dadas sus especiales condiciones de inmadurez y falta de discernimiento para una comprensión madura de la sexualidad, como medida de protección y en su beneficio -con sostén en el paradigma del interés superior- se restringe el ejercicio del derecho a la libertad sexual. Ello no implica *per se* que niñas y niños dejen de ser titulares de la capacidad jurídica o de goce en tanto se trata de contenidos de derechos personalísimos o de la personalidad.

En otros términos podría sostenerse entonces que niñas y niños menores de trece años no se encuentran de acuerdo con la ley penal, maduramente aptas/os o en condiciones de comprender y discernir las implicancias y consecuencias que pueden aparejar el

²⁰¹ CHAIA, R. y GARCÍA J. A. *Op. cit.*

²⁰² TENCA, A. “De la eliminación del tipo penal de corrupción de menores”. *Revista LL-BA-2011*, agosto, pp. 721-ss.

ejercicio -la capacidad de o para el ejercicio- del contenido de libertad sexual de su derecho a la privacidad. Los tipos específicos del Código Penal reformado en lo referido a los delitos contra la integridad sexual se convierten de tal modo en una intervención de origen legislativo sobre el derecho fundamental, con basamento en la necesidad de proteger el interés superior de niñas y niños dada su condición o situación de inmadurez para la realización de actos de contenido sexual, y justamente para resguardar su propio derecho a la libertad sexual.

Si bien puede entenderse tal presunción como de raíz paternalista, no deja por ello de ser razonable y sustentarse en principios que hacen al marco de protección de los derechos humanos de aquellas personas que se encuentran en tránsito progresivo hacia la adultez. El límite o justificación bien podría estar dado en el interés superior, el resguardo y la garantía de su libertad de elección en el sentido de la libertad protegida o informada que se desarrollará seguidamente, e incluso en el propio derecho fundamental a la salud integral y a la integridad personal de los menores contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras previsiones de fuente constitucional y convencional.

Tal como se expresara en capítulos precedentes, es el derecho fundamental a la salud individual de los menores no maduros ni autónomos el que justifica la intervención y la restricción del derecho fundamental a la privacidad. Inclusive podría justificarse también en el propio derecho a la libertad sexual, cuya capacidad para el ejercicio no estarían los menores de trece años momentáneamente en condiciones de asumir plenamente.

Respecto de la adecuación al estándar del principio de proporcionalidad debe señalarse que resulta adecuado e idóneo. La restricción al derecho fundamental a la privacidad en lo relacionado con la libertad sexual de los menores de trece años con causa en la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la integridad personal aparece como adecuada e idónea; en todos los ordenamientos jurídicos se establecen limitaciones al ejercicio de los derechos personales sobre la base de la afectación a otros derechos fundamentales o bienes jurídicos valiosos, lo que no es otra cosa que la estructura en la que se asienta el derecho penal actual. Respecto del requisito de la necesidad o indispensabilidad, parece justificado en la necesidad de proteger a niñas y niños, así como evitar los abusos que podrían sustentarse en su inexperiencia e inmadurez.

En torno a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto puede observarse un equilibrio entre el derecho y su límite puesto que solamente se restringe temporalmente -hasta que el o la menor cumpla determinada edad- por otra parte, lógicamente no hay sanción alguna para el menor sino para el adulto. Asimismo, el beneficio que se intenta obtener con la medida de restricción es un bien jurídico relevante: la indemnidad psico-física en lo referente a la sexualidad de los menores de trece años evitando de tal modo el aprovechamiento del que podrían ser víctimas; razón por la cual puede verificarse la necesaria ponderación o equilibrio entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos que resultan implicados en la temática.

4.6. Los derechos de niñas, niños y adolescentes frente a la universalidad de los derechos humanos

Respecto de la universalidad de los derechos humanos se ha sostenido en la doctrina que *"...o bien los derechos humanos se tienen universalmente por pertenecer a la especie humana; o bien son una concesión graciosa del Poder-consenso a los súbditos..."*. Por ello, a efectos de garantizar el sentido originario de los derechos humanos debe asegurarse *"...su universalidad e intangibilidad por el solo hecho de pertenecer a la especie humana (sin distinción de edad, sexo, color de piel, religión, etc.)..."*.²⁰³ También se ha dicho que el principio básico de universalidad debe ser entendido de forma relativa, sin que implique la existencia de exactos e iguales derechos para todas las personas, cuestión que no tendría en cuenta a los grupos específicos generalmente en situación de desventaja, cuyos integrantes tienen derechos específicos porque tienen necesidades específicas, entre ellos las personas menores de edad.²⁰⁴

Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que ha existido una tendencia en apariencia natural por la que se observaba a niñas, niños y adolescentes como materia de investigación, en el sentido de ser objetos de la protección de padres y del Estado. Con la conceptualización proveniente de fuente constitucional original y convencional de igual rango, como de las normas del derecho civil y del derecho sanitario, ha comenzado un proceso tendiente a respetar, proteger y garantizar mediante acciones positivas, políticas públicas, reconocimientos y delimitación legislativa los derechos de

²⁰³ BASSET, U. "La universalidad de los derechos humanos, ¿sigue siendo tal?". *Suplemento de Derecho Constitucional*, diciembre de 2008, 69. *Revista LL-2009-A*, pp. 839-ss.

²⁰⁴ ESCOBAR ROCA, G. Material de la asignatura Teoría y Práctica de los Derechos Humanos, Capítulo IV "Sujetos de los Derechos", Máster DD. HH. - PRADPI, 2010, p. 1.

niñas, niños y adolescentes en su calidad de sujetos de Derecho y de derechos, en otras palabras, sujetos portadores de subjetividad.

La tensión entre el principio de autonomía progresiva y el principio de protección subyace en las diversas legislaciones que establecen criterios disímiles para niñas, niños y adolescentes, tal el caso de las intervenciones legislativas en materia penal respecto de las y los menores de trece años y de los especiales casos de menores de entre trece y dieciséis años, desarrolladas en el acápite precedente. Estos derechos pueden concebirse entonces, en una posición extrema, como una expansión de la universalidad de los derechos de todas las personas; o bien por el contrario, como derechos especiales destinados a personas que tienen necesidades y capacidades diferentes de los adultos. La dicotomía entre la autonomía y la libertad, por un lado, y la protección y el resguardo por otro, no es un asunto sencillo de resolver. La paridad total entre niñas, niños y adolescentes, respecto de los adultos es una posición actualmente insostenible sobre fundamentos jurídicos, sociológicos, psicológicos y físicos. Proteger sin generar una cautela o protección excesiva que objetive a quienes sin duda son sujetos, así como generar limitaciones basadas en concepciones religiosas, políticas o morales que puedan ser contrarias al ejercicio de derechos y libertades, en otras palabras a su interés superior, resulta complejo de dilucidar. ¿Es posible que el Estado y los padres actúen protegiendo derechos y a la vez otorgando mayores libertades? La protección integral y el reconocimiento de la calidad de sujetos con capacidad o autonomía progresiva que establecen la Convención, las leyes y la jurisprudencia nacional e internacional podrían ir en tal sentido.

La Convención sobre los Derechos del Niño también posee innegables aspiraciones de universalidad, sin embargo no zanja los conflictos que surgen respecto del universalismo de los derechos humanos frente al relativismo o al multiculturalismo, sin perjuicio de que ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se estableciera la existencia de la dignidad humana en todas las personas y la igualdad, sin discriminación, en el goce de los derechos para el desarrollo de la personalidad. En otros términos, el paradigma es la especie humana como máxima humanista en contraposición con la idea de razas.

Sin embargo, este enunciado teórico puede ser aún una meta lejana en la práctica. Debe advertirse que la igualdad no significa un igualitarismo irracional que no contemple las lógicas diferencias de los individuos de la especie, entre ellos, los casos

de niñas, niños y adolescentes, sus especiales condiciones de madurez, autonomía y capacidad progresiva. No obstante, ese resguardo no puede implicar una renuncia a los principios de igualdad, dignidad, no discriminación, así como más y mejor acceso al goce de los derechos. La protección no puede servir para la dominación ni para subordinación, y ello, en el caso de las relaciones de los adultos con quienes todavía no lo son, es un asunto complicado; en palabras de García Méndez, la historia de la infancia es la historia de su control.²⁰⁵

A fin de arrojar luz a la cuestión pueden traerse a colación las expresiones de Baratta, quien ha propuesto el pasaje de niñas, niños y adolescentes a la categoría de ciudadanos, creando el concepto de ciudadanía en la niñez y sosteniendo que en tanto la ciudadanía es el *status* jurídico de plena participación en los estamentos públicos y estatales, la ciudadanía integral requiere y presupone la vigencia de derecho y de hecho de los principios y normas constitucionales del Estado social y democrático de Derecho.

De igual forma, la titularidad de todos los derechos fundamentales incluso los políticos y de participación. Por ende *"...el pleno ejercicio de esos derechos tiene como condición el ejercicio de todos los otros derechos fundamentales, de los derechos civiles y de libertad y de los derechos económicos, sociales y culturales..."*.²⁰⁶ Asimismo el jurista italiano ha sostenido que *"...la titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia..."*. Debe reflexionarse sobre cuanta implicancia ha de tener en el pleno reconocimiento del derecho a la libertad sexual de las personas menores de edad las valoraciones morales, las posiciones ideológicas y las creencias religiosas, asumidas expresamente o en muchos casos implícitas de los adultos; padres, legisladores y gobernantes. En sintonía con Baratta, el hecho de que niñas, niños y adolescentes no tengan en general derechos políticos y electorales ni puedan disponer libremente de sus derechos patrimoniales no resulta un detalle a ser pasado por alto respecto de la temática que involucra el reconocimiento de derechos.

²⁰⁵ GARCÍA MÉNDEZ, E. "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina". Disponible en www.iin.oea.org/prehistoria_e_Historia_Control_Socio_penal.pdf con último acceso el 24/11/2011.

²⁰⁶ BARATTA, A. "Infancia y democracia", en *Infancia, ley y democracia en América Latina*. GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.). Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, pp. 22-ss. Disponible en <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%204.pdf> con último acceso el 20/11/2011.

Respecto específicamente de los derechos que hacen a la sexualidad se ha dicho también que *“Cuando hablamos de autonomía en el campo de la sexualidad la misma está íntimamente relacionada al concepto de empoderamiento [...] el ejercicio pleno de derechos sobre la base del respeto y la integración del otro en tanto también sujeto de derechos...”*. Expresamente, se ha definido que en esta temática el empoderamiento significa *“...sentirse y considerarse con poder para tomar decisiones sexuales y reproductivas autónomas y responsables, respetuosas e informadas...”*. Como consecuencia de ello, se establece como necesario *“...generar condiciones que permitan el desarrollo de este proceso de construcción de sujetos autónomos/as en la dimensión sexual de la vida. Importa subrayar que la autonomía sexual es una dimensión de la autonomía del sujeto...”*.²⁰⁷ El ejemplo analizado en capítulos precedentes respecto de las políticas públicas de prevención del denominado “embarazo adolescente”, bajo los criterios valorativos y morales de los adultos es quizás uno de los símbolos del paradigma paternalista de tutela por sobre una protección respetuosa de sus derechos y de su autonomía, de la libertad para elegir y decidir; el control de aquello definido como riesgoso con criterios basados en el derecho sanitario de tipo higienista.

En todo caso, la restricción o limitación sobre el ejercicio de derechos fundamentales ha tomarse con sumo cuidado y al menos debe generar más beneficios que perjuicios para los sujetos involucrados, desde un sentido humanista. Además de contar con previsión legislativa formal y material, la intervención sobre el derecho no debería ser implícita o sujeta a interpretaciones difusas en lo que hace al ejercicio de derechos, en este caso, del derecho a la libertad sexual como contenido del derecho a la privacidad.

No obstante corresponde reconocer que los derechos que hacen a la libertad como una inmunidad en el ámbito privado en origen han sido destinados al mundo adulto, al hombre y a quien era propietario.²⁰⁸

Sin embargo, desde las necesidades e intereses, para llegar modernamente hasta el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes, dicha asunción no se

²⁰⁷ LÓPEZ GÓMEZ, A. Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. Disponible en http://www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.php?lvl=author_see&id=101 con último acceso el 22/11/2011.

²⁰⁸ Sobre el particular Foucault ha señalado respecto del sistema que “...el control de la sexualidad infantil lo hace mediante una difusión simultánea de su propio poder y del objeto sobre el que se ejerce” Asimismo: “...la idea de que a menudo se ha buscado por diferentes medio reducir todo el sexo a su función reproductora, a su forma heterosexual y adulta y a su legitimidad matrimonial...” FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 44 y p. 99.

ha formalizado sin una cuota de ambigüedad, como puede ser la falta de reconocimiento explícito en algunos casos o el uso discrecional que pueda dársele al principio del interés superior.

Ello no implica perder de vista la razonable protección de las personas que aún no son adultas y de sus derechos frente a los posibles abusos de los que pueden ser víctimas, pero debe considerarse especialmente no convertir a niñas, niños y adolescentes en rehenes de una exagerada cautela por parte del Estado bajo el fundamento de sus políticas públicas o de los padres con justificación en el instituto de la patria potestad, que en última instancia coloque nuevamente a quienes son sujetos de Derecho en el lugar de objetos de otros.

4.7. Las figuras de la libertad protegida o informada con fundamento en el daño irreversible

Fernández Sessarego, al explicar los dos momentos de la libertad -sin que por ello deje de ser unitaria- ha reconocido en el segundo la vocación de realizarse en conducta humana intersubjetiva, en acto, en comportamiento. Ha dicho que *“Es el ejercicio de la decisión libre. Como apunta Sartre al respecto ‘la libertad se hace acto’ por lo que ‘el acto es la expresión de la libertad’*. En ese mismo sentido, en la expresión citada del filósofo francés: *“no somos libres de dejar de ser libres”*.²⁰⁹

En similar entendimiento se han pronunciado los miembros del movimiento existencialista al referirse a la libertad como el “ser” del hombre, el tener conciencia que las personas somos libertad. Por su parte, Baratta ha sostenido que niñas, niños y adolescentes en tanto seres humanos deben tener acceso a los derechos civiles y de libertad, sin embargo, reconoce que en la actualidad solamente los seres humanos adultos son personas sujetos plenos del ordenamiento jurídico y moral. Los infantes *“...pueden encontrar protección en el estado civil producto del pacto social, pero no forman parte de él [...] los excluye del pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía...”*.²¹⁰ El penalista italiano ha sostenido también que los derechos de niñas, niños y adolescentes resultan objeto de una triple restricción: *“1. En forma indirecta cuando en el derecho de familia, resultan automáticamente subordinados al derecho de*

²⁰⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. “Apuntes sobre el daño a la persona”. BORDA, G. (Dir.). *La persona humana, cit.*, pp. 16-19.

²¹⁰ BARATTA, A. *Op. cit.*, pp. 22-ss.

cuidado de los padres. 2. En forma condicional, cuando la indisponibilidad de fondos legítima el incumplimiento por parte de los adultos. 3. En forma de no existencia...”.²¹¹

Si bien se ha reconocido frecuentemente que la fórmula del interés superior no equivale necesariamente al puro deseo de los infantes, tampoco podría sostenerse que son los adultos quienes deban decidir exclusivamente, en el lugar de niñas, niños y adolescentes respecto de sus deseos e intereses. Los derechos de los padres y las prerrogativas del Estado deben interactuar en función de los derechos de niñas, niños y adolescentes, si bien no es sencillo delimitar los alcances para el ejercicio de tales deseos, ni cuando se asumen como intereses y finalmente se reconocen como derechos. Una hipótesis posible para justificar la restricción es sostener que se trata de especies de derechos obligatorios o derechos-deberes, provenientes del paternalismo jurídico que interpreta que el sujeto puede hacer elecciones erradas o inconvenientes, por lo tanto se protege con restricciones a fin de preservar bienes o valores jurídicamente relevantes, evitando que se dañe a sí mismo. A título de ejemplo puede citarse la adopción de determinadas medidas obligatorias respecto de las facetas sociales de los derechos a la salud y a la educación, inclusive salud sexual, educación sexual y procreación responsable; entre ellas, la educación primaria obligatoria o el calendario de vacunación básica obligatoria.

En el caso de infantes puede producirse una intervención del Estado en sentido paternalista -el interés superior puede ser ejemplo de ello- pero surge el interrogante de: ¿Cuáles son los límites respecto a la discrecionalidad en el ejercicio del poder de los adultos? Una posible salida está dada en las edades del consentimiento jurídicamente relevante para las relaciones sexuales que surgen del derecho penal, si bien debe admitirse que las regulaciones y las legislaciones civiles y sanitarias contrastadas pueden no ser todo lo claras y coherentes que debieran.

La figura de la libertad protegida o informada respecto del ejercicio del contenido de libertad sexual del derecho fundamental y humano a la privacidad por parte de niñas, niños y adolescentes se aproxima a la respuesta. Vinculado con ello Dolto decía que *“Los padres educan a los niños como los príncipes gobiernan a los pueblos”*. También señalaba con excepcional fortaleza que *“...para el adulto es un escándalo que el ser humano en estado de infancia sea su igual...”*.²¹² No caben dudas a esta altura de la

²¹¹ BARATTA, A. *Op. cit.*, pp. 22-ss.

²¹² DOLTO, F. *La causa de los niños*, Buenos Aires, Paidós, 1986.

investigación que niñas, niños y adolescente son titulares de los derechos fundamentales y humanos relacionados con el ejercicio de su sexualidad, no obstante, se ha verificado que los límites o restricciones impuestos a su ejercicio son mayores que en el caso de los adultos, con la salvedad de las diferencias en el tratamiento de la legislación penal según la edad.

Esa mayor restricción se justifica en la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo progresivo y en última medida su propia elección autónoma. Aunque parezca paradójico, para proteger o garantizar una libertad o un derecho de libertad, se impone alguna suerte de restricción al propio sujeto titular en cuanto a su ejercicio. Una libertad protegida, primeramente, y luego la información y la educación como necesarias para un mejor goce y aprovechamiento del derecho de libertad sexual: la libertad informada. Y aunque parezca paradójico, superado el pensamiento *liberacionista* puro sin sustento en la realidad, no ha sido planteada hasta el momento una mejor solución para compatibilizar todos los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como su desarrollo libre y en definitiva resguardarlas/os de posibles abusos, coerción, manipulación o violencia.

En tal sentido, sirven de ejemplos los límites etarios al ejercicio del derecho al matrimonio o al ejercicio de los derechos al trabajo²¹³ sobre la base del paradigma de la protección.

Asimismo las medidas para evitar posibles abusos, acciones irracionales o perjuicios en los intereses de los sujetos que generen daños irreversibles.²¹⁴

²¹³ Al respecto, la sanción en 2008 de la Ley de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente (ley nacional 26.390) prohíbe el trabajo de menores de dieciséis años, disponiendo que aquellos menores de entre catorce y dieciséis años pueden emplearse en trabajos familiares. Asimismo, la ley nacional 26.579, de 2009 (que fijó la mayoría de edad en los dieciocho años, adaptando el Código Civil a la Convención) se combina con la ley nacional 26.449 que dispuso la unificación de las edades mínimas para hombre y mujer, por lo que quedan establecidas en dieciocho años, con la excepción del artículo 168 del Código Civil que dispone que los menores adultos (mayores de catorce años) pueden casarse con el asentimiento de los padres, del tutor o del juez. Sin embargo, en sentido opuesto determinadas actividades presumiblemente lúdicas que los menores de catorce años desempeñan, en muchos casos, niñas y niños menores de diez años, como las categorías infantiles de carreras de *kart* (*kartings*, pequeños rodados a motor) en la Argentina con inicio a los ocho años, o los concursos de belleza de niñas aun más pequeñas en los Estados Unidos, en ambos casos con autorización paterna, sin embargo, también podría llegar a sostenerse que se trata de actividades riesgosas que pueden causar perjuicios o daños, en ocasiones hasta irreversibles en los y las infantes. Debería reflexionarse también sobre el posible daño ocasionado a menores con consentimiento o asentimiento paterno en diversas prácticas religiosas, sin perjuicio del caso extremo de la mal llamada "circuncisión femenina".

La protección a los derechos fundamentales y humanos a la privacidad, a la integridad física y psíquica imponen a los Estados, además de la no injerencia, tratándose de niñas, niños y adolescentes la obligación de protegerlas/os frente a posibles interferencias por parte de terceras personas, adultas, en tanto se trata de personas especialmente vulnerables como ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ya comentada OC-17/2002.

Es cierto que de tal forma el derecho fundamental a la privacidad de niñas, niños y adolescentes que da continente al derecho a la libertad sexual, sufre alguna clase de menoscabo o restricción mayor que en el caso de los adultos, no obstante, como se ha demostrado en el presente trabajo, tanto desde la institución de la patria potestad incluso con las limitaciones y moderaciones actuales, como a partir de las pautas de la legislación y reglamentación centrada en el derecho sanitario con un innegable contenido de moralidad paternalista, llegando hasta la interpretación del interés superior del niño resuelta en última instancia exclusivamente por los adultos, todas ellas implican que la declamada universalidad de los derechos humanos es al menos relativa respecto de sus titulares y en cuanto al libre ejercicio de los mismos.

En razón de ello, frente a la posibilidad de un perjuicio o un daño que pudiera ser irreversible en los términos de Freeman, el Estado impone respecto de las personas que todavía no son adultas, y de acuerdo a las diversas etapas etarias, un sistema de libertad informada y de libertad protegida que implica el reconocimiento de la titularidad de los derechos pero un control y hasta una restricción sobre el ejercicio efectivo de algunos de ellos para proteger y garantizar su indemnidad, asumiendo las normas la falta de madurez necesaria para determinados actos que pudieran ocasionar consecuencias dañosas para los titulares del derecho fundamental, como ser la norma penal respecto de niñas y niños que no han cumplido los trece años de edad.

²¹⁴ En el sentido propuesto por FREEMAN, M. "The Limits of Children's Rights" en FREEMAN, M. y VEERMAN, P. (eds.). *The Ideologies of Children's Rights*. Martinus Nijhoff, 1992, p. 38, citados por DÍAZ CRÉGO, M. material del Módulo I de la materia Derecho de Menores, año 2011, Máster en DD. HH. - PRADPI, p. 6.

V CONCLUSIONES

1. El ejercicio del derecho a la libertad sexual contenido en el derecho humano y fundamental a la privacidad se encuentra protegido de interferencias externas provenientes de creencias, estereotipos o reglas sustentadas únicamente en la moralidad o en concepciones religiosas, relacionándose además con el ámbito de autonomía personal e indemnidad de las conductas denominadas autorreferentes, que si bien trascienden la mera intimidad o interioridad del sujeto, continúan bajo la protección de las normas constitucionales que reconocen el derecho a la privacidad, en interrelación con el derecho a la identidad y el principio-valor de libertad, entre otros.
2. Deben distinguirse conceptualmente los derechos que hacen a la reproducción, denominados derechos reproductivos, de aquellos relacionados con el ejercicio de la sexualidad, llamados derechos sexuales. El derecho a la libertad sexual, si bien interactúa con todos los demás derechos de la sexualidad y con numerosos derechos reproductivos, no debe supeditarse en modo alguno al mero ejercicio de la reproducción, dado que la sexualidad es un elemento vital que hace al disfrute y al placer, independientemente de los fines reproductivos. Todos los derechos sexuales, tanto como los derechos reproductivos son derechos humanos, por ende universales.
3. La salud sexual y la salud reproductiva son facetas reconocidas del derecho humano y fundamental a la salud integral, requiriendo por ello de prestaciones estatales en virtud de tratarse de derechos eminentemente sociales. La salud sexual se vincula con la libertad sexual en tanto ésta funciona como eje estructural de los derechos sexuales, así como la libertad reproductiva respecto de los derechos reproductivos, en todo caso encontrándose protegidas por el derecho humano y fundamental a la privacidad que requiere además respetar, proteger y garantizar su indemnidad frente a interferencias estatales y de terceras personas.
4. El acceso al derecho a la salud sexual, de igual forma que el acceso al derecho a la salud reproductiva, como contenidos del derecho social a la salud, resultan necesarios para un mejor y más pleno disfrute del derecho individual a la libertad sexual o al libre ejercicio de la sexualidad, bajo la interpretación de los principios de igualdad y dignidad de la persona humana, que implican la concreción de un

mayor acceso a beneficios y prestaciones para un más provechoso ejercicio de los derechos que hacen a la libertad, en este caso, de índole sexual.

5. De igual manera interactúan como necesarios para un mejor y más pleno disfrute del derecho individual a la libertad sexual, los derechos a la información y a la educación sexual, como contenidos del derecho social, humano y fundamental a la educación; todo ello en aplicación de los principios de universalidad, igualdad y dignidad de las personas y bajo los criterios del funcionamiento interrelacionado e interdependiente de todos los derechos humanos.
6. El derecho a la libertad sexual, en tanto se trata de un contenido del derecho humano y fundamental a la privacidad vinculado con el derecho a la identidad y los principios de libertad, igualdad y dignidad, tiene sus límites en la producción de daño directo e inmediato a terceras personas, en el sentido de afectación relevante contraria a su voluntad, ya sea mediante amenaza, coerción, intimidación, presión o cualquier forma de violencia.
7. Niñas, niños y adolescentes son sujetos de Derecho y de derechos, por lo tanto poseen la titularidad de todos los derechos de la personalidad o personalísimos dado que hacen a su propia naturaleza humana con sustento en los principios de universalidad de los derechos y dignidad de las personas; entre ellos, son titulares del derecho humano y fundamental a la privacidad que contiene el derecho a la libertad sexual. La institución civil de la patria potestad no puede oponerse como único fundamento para la restricción en el goce de derechos humanos y fundamentales de personas menores de edad.
8. La capacidad para el ejercicio del derecho a la libertad sexual por parte de niñas, niños y adolescentes está dada por las nociones de competencia y autonomía progresiva que van desarrollando y adquiriendo en función de su evolución a partir de las condiciones de madurez y discernimiento para el ejercicio pleno de los derechos personalísimos que hacen a la libertad, la dignidad y la humanidad de las personas.
9. El interés superior, el beneficio desde una visión humanista y la especial protección de la libertad de niñas, niños y adolescentes en lo referente al más pleno disfrute de todos sus derechos humanos y fundamentales, interdependientes e interrelacionados, puede implicar la intervención legislativa, razonable y fundada, en el ejercicio de ciertos derechos de los que son titulares, cuando no cuenten con la madurez y el discernimiento suficientes, entre ellos, el

derecho a la libertad sexual cuando se trate de niñas y niños que no han cumplido los trece años de edad, de acuerdo a las previsiones de las normas del Derecho Penal argentino.

10. A efectos de evitar la generación de daños irreparables en el desarrollo, la integridad psico-física y en la personalidad de niñas, niños y adolescentes, las normas jurídicas establecen un sistema de libertad protegida y de libertad informada bajo el paradigma de la protección integral de las personas menores de edad y de sus derechos; flexible y dinámico de acuerdo con las diferentes etapas evolutivas y madurativas. La protección integral de las personas que aún no son adultas no debe representar una tutela exagerada que coloque a quienes son sujetos de Derecho y de derechos en lugar de objetos de otros.

V Bibliografía

- BARATTA, A. "Infancia y democracia", en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, pp. 22-ss. Disponible en <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%204.pdf> con último acceso el 20/11/2011.
- BASSET, U. "La universalidad de los derechos humanos, ¿sigue siendo tal?". *Suplemento de Derecho Constitucional*, diciembre de 2008, 69 – *Revista LL-2009-A*.
- BASTERRA, M. "¿Puede un Estado pluralista, no confesional erigirse en "guardián" de la elección sexual de las parejas? El caso de los Swingers". *Revista LL-2003-E*.
- BELOFF, M. "Un modelo para armar y otro para desarmar. Protección integral de derechos vs. Derecho en situación irregular" *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Del Puerto, 2004.
- BENITEZ, E. y GHERSI, C. "Los médicos, el Estado y los derechos personalísimos". *Revista JA-1997-IV*(Asimismo en Base de Datos Lexis Nº 0003/000777).
- BIDART CAMPOS, G. "Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003". *Suplemento de Derecho Constitucional*, LL-2003-C, 2003.
- BIDART CAMPOS, G. *La constitución que dura*, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- BIDART CAMPOS, G. "La tutela médica del Estado providente y la privacidad matrimonial". *Revista ED-145*.
- BIDART CAMPOS, G. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* Tomo I-B, Buenos Aires, Ediar, edición 2000-2001.
- BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil* T. II Familia, 8va. edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.

BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil* Parte general T. I, 12ª. edición, Buenos Aires, 1999, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot. En Base de Datos Lexis Nº 1117/002828.

CHAIA, R. y GARCÍA J. A. "Cuando resignarse no equivale a querer. Reflexiones en torno a un fallo que analiza la validez del consentimiento y su prueba en las relaciones sexuales". En Base de Datos *elDial.com* - DC1723 del día 27/10/2011.

CIFUENTES, S. "Hechos y actos jurídicos". BELLUSCIO, A. Director, ZANNONI, E. Coordinador. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, Buenos Aires, Astrea, 1994.

CIFUENTES, S. *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

CONEN, C. "La cuestión de los 'derechos sexuales' en la ley 25.673". *JA 2003-II*. Base de datos Lexis Nexis Nº 0003/009657.

CREUS, C. *Derecho penal parte especial* T. I, Buenos Aires, Astrea, 4ª edición actualizada, 1993.

DEL MAZO, C. "Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26.529". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, julio de 2010.

DOLTO, F. *La causa de los adolescentes*, Buenos Aires, Seix Barral, 1992.

DOLTO, F. *La causa de los niños*, Buenos Aires, Paidós, 1986.

DONNA, E. *Derecho penal parte especial* T. I, 2ª edición, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzol-Culzoni, 2003.

ESCOBAR ROCA, G. *El derecho a la protección de la salud en España*, Material de Trabajo de la Asignatura Derechos Sociales, curso 2010, Máster en DD.HH.-PRADPI.

- ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, CICODE-Trama, 2005.
- FAMÁ, M. V., HERRERA, M. y REVSIN, M. "Una ley bienvenida". *Revista LL-2003-C*.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. "Apuntes sobre el daño a la persona" en *La persona humana* BORDA, G. (D.) LA LEY, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. "La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?" *Revista JA* edición del 15/03/2000.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995.
- FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad 1. La voluntad del saber*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2ª edición, 2008.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia: política jurídica y derechos humanos en América Latina". Disponible en www.iin.oea.org/prehistoria_e_Historia_Control_Socio_penal.pdf con acceso el 24/11/2011.
- GARCIA, J. "Cuando resignarse no equivale a querer", publicado en Base de Datos *elDial.com* - DC1723 el 27/10/2011.
- GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Tomo I, Buenos Aires, LA LEY, 4ta. edición.
- GHERSI, C. *Derecho y reparación de daños. 5. Daño a la persona humana en sus derechos a la personalidad e integridad*, Buenos Aires, Universidad, 2005.
- GIL DOMÍGUEZ, A. "Reglas de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva". *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, número 21, 2002.
- GIL DOMINGUEZ, A. "Constitución, patria potestad y salud reproductiva en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". *Revista LL-2004-B*.

GIL DOMINGUEZ, A. "Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda".
Revista LL-2003-E.

GIL DOMINGUEZ, A. "La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación anencefálica: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista LLBA-2001.*

GIL DOMINGUEZ, A. "Ley Nacional de Salud Reproductiva: ¿Resguardo cautelar o temeridad procesal? *Revista LLC, 2003, Marzo.*

GIL DOMÍNGUEZ, A. *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

GIL DOMINGUEZ, A. "Derecho a la identidad y visibilidad". *Revista LLC-2006.*

GORVEIN, S. y POLAKIEWICZ, M. "El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo". *Revista ED-165.*

HIGHTON, E. y WIERZBA, S. "Consentimiento informado". GARAY, O. *Responsabilidad profesional de los médicos*. Buenos Aires, LA LEY, 2003.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "El derecho del menor a su propio cuerpo". BORDA, G. (Dir.). *La persona humana*, Buenos Aires, LA LEY, 2001.

KRAUT, A. *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

LEGARRE, S. "Ensayo de la delimitación de las acciones privadas de los hombres".
Revista LL-1999-B.

LEVIN, S. *El dilema de los derechos sexuales y reproductivos: entre las estrategias de la política y las garantías del derecho*, mención especial Concurso Red Alas, <http://www.red-alas.org/CONCURSO%20RED%20ALAS-ZOE.pdf> . Consultado con último acceso el 06/11/2011 en <http://dc206.4shared.com/doc/q0WbKHft/preview.html> .

LEVIN, S. *El dilema de los derechos sexuales y reproductivos: entre las estrategias de la política y las garantías del derecho*, En <http://www.red-alas.org/CONCURSO%20RED%20ALAS-ZOE.pdf> . Consultado con último acceso el 06/11/2011 en <http://dc206.4shared.com/doc/q0WbKHft/preview.html> .

LLAMBÍAS, J. *Tratado de derecho civil - parte general, Tomo I*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009.

LÓPEZ GÓMEZ, A. Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. Disponible en http://www.inau.gub.uy/biblio/pmb/opac_css/index.php?lvl=author_see&id=101 con último acceso el 22/11/2011.

LORENZETTI, R. *Responsabilidad Civil de los Médicos Tomo I*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.

LOVECE, G. "El principio de la autonomía de la voluntad. Sus límites en la sociedad actual". *Revista LL-2007-F*.

MALJAR, D. "Responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud según la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Revistas SJA 29/6/2005- JA 2005-II*. En Base de Datos Lexis Nº 0003/011357 - 0003/011359.

MASSINI CORREAS, C. y ZAMBRANO, P. "Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿Existe un derecho a disponer de la propia vida?" BORDA, G. (Dir.). *La persona humana*, Buenos Aires, LA LEY, 2001.

MAZZINGUI, J. "La interrupción del embarazo: El aborto". BORDA, G. (Dir.). *La persona humana*. Buenos Aires, LA LEY, 2001.

MEDINA G. "Excelente fallo bioético que protege el derecho a la libertad sexual fijando límites y responsabilidades". *Revista JA-2002-I*.

MEDINA, G. "Bioética, libertad sexual y Derecho", *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, 2001 Tomo 21. En Base de Datos Lexis Nº 0029/000009.

MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Barcelona, Aguilar, 1980, traducción de J. Sainz Pulido.

MILLER, A. "Derechos sexuales" compendio de ideas de los debates en el marco del Programa para el Estudio de la Sexualidad, el Género, la Salud y los Derechos Humanos, en <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/alicemiller.pdf> . pp. 1-14. p. 8 consultada el 05/11/2011.

NINO, C. *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

NINO, C. *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2005.

NINO, C. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2º edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.

PADILLA, M. "Poder de policía y leyes de salud reproductiva". *Revista LL-2001-C*, pp. 1413-1415.

RIVERA, J. C. "Los derechos personalísimos en el proyecto de reforma al Código Civil". *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Buenos Aires, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2001. En Base de Datos Lexis Nº 1014/001711.

RODRIGUEZ, L., GATTI, P. y AROSTEGUI DEL CAMPO, M. T. "Comentarios y reflexiones acerca de la Ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable. Revista Jurídica UCES - Derecho Privado, 2003.

RUGGIERE, S. "Derecho a la salud: el respeto por la voluntad del paciente". En Base de Datos *www.elDial.com* - DC658.

SAMPAY, A. *La filosofía jurídica del Art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Bibliográfica Omega, 1956.

SIVERINO BAVIO, P. "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2 N° 2, 2010.

SOLANET, A. "La ideología avanza sobre el derecho". *Revista ED* del 08/10/2003.

SOLER, S. *Derecho penal argentino* T. III, 4ª edición 1987, 10ª reimpresión (Actualizador: BAYALA BASOMBRIÓ, M.), Buenos Aires, Tea, 1992.

TENCA, A. "De la eliminación del tipo penal de corrupción de menores". *Revista LL-BA-2011*, agosto.

TINANT, E. "La Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable y los Derechos Humanos", *Revista JA-2003-II*. En Base de Datos Lexis N° 0003/009656.

VILLANUEVA FLORES, R. "Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos". *Revista IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número 43, 2006.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

ZANNONI, E. *Derecho de Familia*, T. 2, 3ra. Edición, Buenos Aires, Astrea, 1998.