

Privacidad y autonomía

Martín D. Farrell*

Quiero defender en este trabajo una versión acotada del derecho a la privacidad para lo cual voy a proceder del siguiente modo: la primer sección describe un intento de reducir la privacidad a otros derechos más básicos, y lo hace para rechazar tal intento. La segunda sección muestra lo que yo considero es el alcance aceptable del derecho a la privacidad. La tercera sección analiza una tentativa -fallida- de convertir a la privacidad en un deber. La cuarta explica cómo se exageró, hasta límites inadmisibles, el alcance del derecho a la privacidad. La quinta sección, finalmente, expone mis conclusiones.

1. LA VISIÓN REDUCCIONISTA

Judith Thomson¹ cree que no hay un derecho específico a la privacidad. Ante todo, no es muy claro si ella se está refiriendo a derechos morales o a derechos legales, pero una de las notas de su trabajo parece indicar que se refiere a los primeros; esto muestra ya una diferencia con mi propósito, por cuanto yo estoy interesado en el derecho legal a la privacidad. De todas maneras, el suyo es un intento que merece ser estudiado.

El derecho a la privacidad, según Thomson, se disuelve en un conjunto de otros derechos, conjunto que no es específico, sino que se superpone con el conjunto de derechos en los que consiste el derecho de propiedad, por una parte, y el conjunto de derechos en los que consiste el derecho sobre la propia persona, por la otra. Más aún: en el conjunto de derechos que llamamos derecho a la privacidad no hay ningún derecho que no se encuentre también en el conjunto de algún otro derecho: el derecho a la privacidad está siempre superpuesto por otros derechos.

Este es, en una exposición sucinta, el intento reduccionista de Thomson. Algunos ejemplos, supongo, pueden contribuir a aclararlo. Alguien utiliza un aparato de rayos-x para contemplar una fotografía que un individuo guarda en su caja de seguridad. ¿Qué ocurre en este caso, pregunta Thomson?. Una violación al derecho de propiedad del dueño de la fotografía, responde. Uno está discutiendo con su cónyuge y alguien utiliza un amplificador para escuchar la pelea. ¿Qué ocurre en este caso, pregunta Thomson?. Una violación al derecho sobre la propia persona, responde. La privacidad se ha reducido, en un caso, al derecho de propiedad y en el otro al derecho sobre la propia persona.

El intento reduccionista en materia de derechos no es difícil de concretar, pero lo que interesa saber es si el intento resulta útil. Así como Thomson reduce el derecho a la privacidad al derecho de propiedad, en algunos casos el derecho de propiedad podría reducirse, a su vez, al derecho a no ser dañado. Y, en otros casos, a la inversa de lo que propone Thomson, podría reducirse

* Abogado, UBA, 1961. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1974. Profesor de las universidades de Palermo y Buenos Aires.

1. Thomson, Judith Jarvis, *The Right to Privacy*, "Philosophy & Public Affairs", Vol.4, 1975.

el derecho de propiedad al derecho a la privacidad. Pero, vale la pena intentar esas reducciones?

Supongamos que un intruso instala una carpa en el jardín de mi casa y se dispone a vivir en ella. Yo podría describir la situación de varias maneras posibles: a) podría decir que me ha causado un daño, porque ya no puedo disfrutar de la belleza de mi jardín, arruinado ahora por la vista de la carpa; b) podría decir, también, que se ha violado mi derecho a la privacidad, porque ya no puedo circular sin ser visto en mi propio jardín, y c) finalmente podría decir que se ha violado mi derecho de propiedad.

No estoy diciendo que alguna de estas tres maneras de describir la situación sea incorrecta; lo que digo es que una de ellas parece describir mejor que las otras lo que la situación abarca y lo que tiene en común con otras situaciones del mismo tipo. En este caso, la descripción que yo apoyo es c): aquí ¡estamos en presencia de la violación de un derecho de propiedad! El bien fundamentalmente afectado es la propiedad, por lo cual el delito cometido tiene rasgos comunes con el robo y con el hurto y no es difícil mostrar esa vinculación. No es que la descripción a) sea incorrecta, cualquier delito contra la propiedad es susceptible de causar un daño. Pero la situación está descrita aquí de un modo muy vago: quien me insulta me daña, quien me lesiona me daña, quien se apodera de mi propiedad me daña. Si identifico la infracción con el derecho de propiedad mi descripción será mucho más precisa (porque estaría bajando del género a la especie).

Curiosamente, la descripción menos correcta parece ser la descripción b), que es la que recurre a la privacidad. No niego que instalar una carpa en mi jardín afecte mi privacidad. La pregunta es qué tiene en común este hecho con, por ejemplo, el de escuchar conversaciones ajenas mediante micrófonos ocultos o el de obtener imágenes con cámaras ocultas? Lo distintivo de la infracción se pierde, a mi juicio, si vinculamos el ejemplo de la carpa con el derecho a la privacidad.

Y lo mismo ocurre, pienso, si vinculamos el ejemplo de Thomson del individuo que consigue ver una fotografía ajena celosamente guardada mediante un aparato de rayos-x con el derecho de propiedad. No es que este caso no pueda describirse como una violación al derecho de propiedad (como también podría describirse, desde luego, como la comisión de un daño); es que se pierde lo específico de la infracción.

El intento reduccionista es muy fácil de llevar a cabo. Así como se puede reducir la privacidad a la propiedad, se puede reducir también en muchos casos la propiedad a la privacidad.

Y ¿qué ocurre con los derechos sobre la persona? Thomson los identifica con derechos que no son muy importantes, y sus propios ejemplos tratan de destacar este rasgo: pellizcar la rodilla de una persona, cortarle el pelo a un hombre mientras duerme, o pintarle el codo de verde. También aquí, por una parte, el intento reduccionista funciona a dos puntas: es posible describir el corte de pelo como una infracción a un derecho sobre la propia persona o como una violación de su privacidad (y, por qué no, como la comisión de un daño).

Pero los tres ejemplos de Thomson parecen apuntar a un rasgo común: son infracciones menores, como ella acepta, ¿pero respecto de qué? De la integridad personal, desde luego. Si aumentamos gradualmente la gravedad de

la infracción lo advertiremos claramente: en lugar de pellizcar la rodilla, la golpee con un martillo; en lugar de cortar el pelo, corto el lóbulo de la oreja; en lugar de pintar el codo de verde lo unto con un ácido. Esto es lo que tienen de común estos ejemplos; y la privacidad no tiene nada que ver con este tipo de derechos.

En resumen: cualquiera puede reducir un derecho a otro (y éste al primero, también); lo que interesa es saber si vale la pena hacerlo. En el caso de la privacidad la reducción no funciona porque se pierde el carácter distintivo de la protección que se busca alcanzar. Al perderse ese carácter distintivo de la protección, a su vez, se pierde también la posibilidad de razonar por analogía; pellizcar la rodilla de una persona no guarda ninguna relación analógica relevante con espiarla mientras se encuentra en su dormitorio. (O mirémoslo de otra manera: el carácter distintivo de la protección hace las veces de axioma, y de allí surgen los teoremas; pero los teoremas dependen -obviamente- de la elección del axioma, y los intentos reduccionistas no concluyen presentando buenos axiomas).

Voy a rechazar, entonces, la visión reduccionista de Thomson y a sostener que existe un derecho específico a la privacidad, que no se disuelve en otros derechos. Sin embargo, todavía no he dicho ni una palabra acerca de en qué consiste ese derecho, y a eso voy.

2. LA VISIÓN MODERADA

Como vimos, sostener que existe un derecho específico a la privacidad no resuelve definitivamente la cuestión porque puede haber grandes discrepancias respecto del alcance que se le asigna a ese derecho. Yo voy a abogar, específicamente, por un alcance restringido; me parece que es el alcance que históricamente se le asignó, pero no pretendo utilizar como argumento en mi favor la coincidencia de mi posición con la perspectiva histórica de este derecho.

La visión moderada fue expuesta por Warren y Brandeis en un artículo clásico². A diferencia de Thomson no hay en él ninguna posibilidad de duda: sus autores están interesados en derechos legales y no en derechos morales.

Curiosamente, hay partes del artículo que recuerdan la posición de Thomson. Así, por ejemplo, Warren y Brandeis piensan que el principio que impide la publicación indeseada de los papeles personales es el que proviene de un derecho a la inviolabilidad de la persona, lo cual recuerda al derecho sobre la propia persona que invoca Thomson.

Incluso Warren y Brandeis parecen, por momentos, más reduccionistas que la misma Thomson, y derivan el derecho de propiedad del derecho sobre la propia persona (como, dicho sea de paso, hizo Locke). Y es interesante ver cómo, sin darse cuenta, algo más adelante ellos, inversamente, derivan el derecho sobre la propia persona del derecho de propiedad, mostrando la posibilidad de ese doble juego al que me referí en el apartado anterior.

Pero Warren y Brandeis, en realidad, no están de acuerdo con la estrategia reduccionista. ¿Cuál era, ante todo, la preocupación que motivaba su trabajo?. En el año 1890 la esposa de Warren, que pertenecía a la aristocracia de Boston,

2. Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review* 4, 1890.

organizó en su casa una serie de reuniones sociales, que uno de los diarios locales cubrió -y describió- de una manera embarazosamente detallista; y la situación empeoró aún más cuando se celebró la boda de una de las hijas del matrimonio Warren³. Esto explica, sin duda, una de las frases iniciales del artículo: “La prensa ha sobrepasado en todas las direcciones los límites obvios del decoro y la decencia”.

Ellos creían qué existía un derecho del individuo “a ser dejado solo”, derecho que no podía derivarse del derecho de propiedad sin recurrir a una ficción, o sin emplear el término en un sentido exageradamente extenso e inusual. Se trataba de un derecho a ser protegido respecto de la invasión de la prensa exageradamente activa, de los fotógrafos, y de los poseedores de cualquier otro diseño que reprodujera escenas o sonidos.

Abogaban para que la ley protegiera a aquellas personas cuyos asuntos no constituyeran la preocupación legítima de la comunidad, de modo de impedir que ellas fueran arrastradas a una publicidad indeseada e indeseable; lo que ellas prefirieran mantener privado no debía hacerse público en contra de su voluntad. El objeto del derecho, en la curiosa frase de sus autores, consistía en “proteger la privacidad de la vida privada”.

Contrariamente a Thomson, pues, Warren y Brandeis creen en la existencia de un derecho a la privacidad que no puede reducirse a ningún otro derecho. Y este derecho no tiene por cierto ningún alcance misterioso: ciertos detalles de la vida privada están resguardados de la curiosidad de los extraños (y especialmente de la prensa). Con este alcance, el derecho es perfectamente comprensible. Mi idea es que el derecho a la privacidad comienza a perder inteligibilidad, y a motivar perplejidades, sólo cuando se abandona la visión moderada y se la reemplaza por la visión desmesurada, a la que me he de referir luego.

Pero veamos algo más de cerca la forma de caracterizar a la privacidad dentro de la visión moderada, que es la única que voy a defender. Una manera adecuada de caracterizar a la privacidad de una acción es atendiendo al lugar en el que ella se realiza. Si la señora Warren hubiera celebrado una fiesta en un parque público de Boston difícilmente se le hubiera ocurrido invocar el derecho a la privacidad para obstaculizar la labor de los periodistas. Una boda puede ser un acto público -como lo fue la del príncipe de Gales, por ejemplo- o un acto privado, como quería la señora Warren que fuera la de su hija.

Esto no significa, por cierto, que para que una boda sea privada no debe ser presenciada por nadie más que sus participantes: lo que importa no es la cantidad de personas involucradas sino la existencia de un cierto control. La señora Warren podía haber invitado a mil personas a la boda de su hija, pero puesto que ella controlaba el acceso de los asistentes ninguna persona no invitada podía presenciarla, y esto convertía a la boda en privada.

El derecho a la privacidad protege a sus poseedores de la publicidad indeseada respecto de aquellas acciones realizadas en lugares privados, y un lugar privado es aquel respecto del cual se ejerce un control sobre el ingreso de los asistentes.

3. Prosser, William, “Privacy”, *California Law Review* 48, 1960.

Para que una acción sea privada en esta acepción, y resulte así protegida, es indiferente que se trate de una acción que el individuo sólo llevaría a cabo en un lugar privado (realizar el acto sexual, por ejemplo) o que se trate de una acción que el individuo no tendría inconveniente en realizar también en público (silbar, por ejemplo). Si yo deseo silbar en mi dormitorio, sin que nadie registre el sonido de mi silbido, estoy protegido por el derecho a la privacidad. Volvéré sobre estos ejemplos en la última sección de este trabajo.

3. LA VISIÓN DISTORSIONADA

El derecho a la privacidad comienza a tener problemas cuando se altera el alcance con el que originariamente fue concebido. Pero hay dos maneras de deformar su alcance original. Una de ellas consiste en emplear el derecho para cubrir acciones que no tienen nada que ver con la privacidad, y voy a estudiarla en la sección siguiente. Pero ahora quiero concentrarme en otro tipo de deformación: aquella que pretende convertirlo de derecho en deber.

Supongamos que la señora Warren -en un acto de inesperada benevolencia- hubiera permitido el ingreso de periodistas a la boda de su hija. Nadie hubiera cuestionado su conducta, me imagino: quien tiene un derecho, puede dejarlo de lado. Pero si la privacidad fuera un deber -en cambio- la solución sería obviamente distinta.

Desde luego que nadie sostendría que existe un deber de mantener privada una boda, y que nadie objetaría -entonces- el eventual permiso de la señora Warren. Pero hay ciertas situaciones que son más complicadas que esta.

Charles Fried⁴, por ejemplo, cree que la privacidad está estrechamente vinculada con ciertas relaciones tan importantes como el respeto, el amor, la amistad y la confianza, relaciones que, sin privacidad, él entiende que serían inconcebibles. Para que exista intimidad, según Fried, uno debe:

“compartir información acerca de nuestras propias acciones, creencias o emociones que uno no comparte con todos, y que uno tiene el derecho de no compartir con nadie. Al conferir este derecho, la privacidad crea el capital moral que nosotros gastamos en la amistad y en el amor”.

Hasta aquí no aparece, por cierto, ninguna afirmación controvertible. Pero Sher⁵ interpreta la posición de Fried como implicando que:

“El capital que puede gastarse sabiamente también puede ser dilapidado; y una clara implicación de la versión de Fried es que el comportamiento indecente es un desperdicio. Es un desperdicio porque dilapida una cantidad limitada de información privilegiada del agente respecto de sí mismo (...) Su auto-exposición resulta entonces indecente exactamente de la forma en que todo desperdicio es indecente”.

Sher parece estar sosteniendo que Fried considera, en ciertos casos, a la privacidad como un deber y no como un derecho. Desde el punto de vista

4. Fried, Charles, “Privacy”, *Yale Law Journal* 77, 1968 y Fried, *An Anatomy of Values*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.

5. Sher, George, *Beyond Neutrality*, Cambridge University Press, 1997.

moral esta interpretación es defendible, pero - a diferencia de Thomson- Fried es tan claro como Warren y Brandeis en el sentido de que él está interesado en derechos legales, y no en derechos morales. Y desde el punto de vista legal, Fried concibe a la privacidad como un derecho, que puede utilizarse incluso de una manera moralmente objetable. Así, afirma que:

“el concepto de privacidad requiere, como hemos visto, un sentido de control, y un poder reconocido y justificado de controlar aspectos de nuestro entorno.

En muchas sociedades desarrolladas el único modo de otorgar a una persona el grado total del sentido y el hecho del control es otorgándole un título legal al control. Un derecho legal al control es el control que está menos expuesto a objeciones y argumentos, es el tipo de control que consideramos con más seriedad. Consideremos la analogía con el poder respecto de las disposiciones testamentarias. Un testador está sujeto a todo tipo de obligaciones, presiones y argumentos; ciertas cosas son tan ultrajantes que, él difícilmente se animaría a hacerlas. Sin embargo, dentro de límites muy amplios, en último análisis, él es libre después de todo para hacerlas. Y tanto el hecho de que ciertas disposiciones son ultrajantes, inmorales, incorrectas, cuanto el hecho de que, sin embargo, el testador es libre de llevarlas a cabo son conjuntamente importantes para definir la autonomía y la personalidad de una persona en la situación particular”.

Me parece que el ejemplo del testador es particularmente claro, y por eso me he permitido esta larga cita para aclarar la posición de Fried. Él cree que existen ciertas conductas que son inmorales, pero que -igualmente- están dentro de nuestra esfera legal, en el sentido de que estamos legalmente autorizados a llevarlas a cabo. Volvamos por un momento al ámbito de la privacidad. Para ser un buen amigo yo necesito mantener un “espacio privado”, tal que la gente en general lo desconozca, y yo pueda descubrirlo a mis amigos, aunque en grados diferentes, grados que -a su vez- dependerán del grado de amistad. Pero supongamos que un individuo opta, en cambio, por dejar de lado la totalidad de su espacio privado y ubica cámaras y micrófonos en su casa para que cualquier persona que desee pagar una suma determinada pueda presenciar todas sus actividades por Internet. (El ejemplo, dicho sea de paso, no es imaginario). Desde luego que Fried diría que ese individuo no puede ser un buen amigo, y yo coincido con él. (No todos lo harían, sin embargo. Reiman⁶ cree que esta posición convierte a la amistad en un bien que se encuentra en el mercado y cuyo valor depende de su escasez; para él, el derecho a la privacidad pertenece a los individuos, tengan ellos o no la posibilidad de tener amigos). Pero mientras Fried diría que el individuo en cuestión violó un deber moral respecto de la amistad, lo cierto es que no diría que ese individuo violó un deber legal, y es el ámbito legal el que le concierne especialmente, como hemos visto. De modo que la interpretación de Sher no es la correcta.

Claro está, sin embargo, que del hecho de que Fried no sostenga que la privacidad es un deber jurídico no se sigue que nadie lo sostenga. ¿Qué podría

6. Reiman, Jeffrey, *Critical Moral Liberalism*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

argumentarse, entonces, frente a quien pensara de este modo? Que cada individuo puede elegir libremente su plan de vida en tanto no dañe a un tercero sin su consentimiento, desde luego, lo cual nos conduce de la privacidad a la autonomía. Si alguien decide ganar dinero abandonando su intimidad, y resignando su capacidad de ser un buen amigo, mientras exhibe su vida por Internet, yo puedo criticarlo pero no puedo castigarlo legalmente.

Pero todo esto sería convincente sólo respecto del ejemplo que he presentado aquí. Al fin y al cabo, yo estoy prevenido de lo que voy a ver si pago la tarifa que me permite acceder a la intimidad de una persona, por lo cual difícilmente podría invocar un dado si la pantalla de mi computadora me la presenta excretando. Pero, ¿ocurre lo mismo si el individuo en cuestión decide excretar en la calle, en pleno día y sin requerir ningún permiso? La respuesta es obviamente negativa, pero también es obvio que la privacidad no está en juego en este caso.

Ya he dicho que la privacidad es una cuestión de lugar, y un acto no es privado si se realiza en una calle pública; el individuo que pretende excretar en público haría el ridículo si invoca su derecho a la privacidad. Esto está claro, sin duda. No obstante, y derecho a la privacidad aparte, ¿cuál es entonces el fundamento para castigar a quien excreta en público, conducta que legítimamente Fried querría criticar? El principio del daño, entendido aquí como ofensa a un tercero sin su consentimiento⁷. Si un individuo excreta en público ocurren dos cosas: a) él no puede invocar en su defensa el derecho a la privacidad, y b) él puede ser castigado invocando el principio del daño. La privacidad, en conclusión, no tiene nada que ver con este tipo de conductas, por lo cual ellas no deben preocuparnos para determinar el alcance de este derecho.

4. LA VISIÓN DESMESURADA

Hasta aquí, moviéndonos con prudencia, parece que marchamos por el buen camino. En contra de la visión reduccionista he mostrado que es posible concebir un derecho a la privacidad, lo he interpretado con un alcance restringido, vinculándolo al lugar en el cual se realiza la acción, la que debe protegerse especialmente de la acción de la prensa (los invasores profesionales de la privacidad son más temibles que los aficionados), y he sostenido que este derecho no puede confundirse con un deber jurídico a mantener en ciertos casos la privacidad.

Los problemas empiezan cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos no sólo acepta la existencia de un derecho a la privacidad sino que comienza a asignarle un alcance desmesurado, logrando desvirtuarlo por completo.

El proceso comienza en *Griswold v. State of Connecticut*⁸, donde la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Connecticut que castigaba a cualquier persona que empleara cualquier medicamento, artículo medicinal, o instrumento, para impedir la concepción.

La Corte comenzó señalando que ciertas garantías específicas contenidas en el *Bill of Rights* tenían zonas de penumbra y que varias de esas garantías

7. Feinberg, Joel, *Offense to Others*, Oxford University Press, 1985.

8. 381 U.S. 479, 1965.

creaban también zonas de privacidad. La Corte aceptaba que los derechos que surgían de esas zonas de penumbra eran controvertidos, pese a lo cual concluyó que el derecho a la privacidad era un derecho legítimo. Sin embargo, faltaba todavía -como es obvio- un segundo paso que la Corte debía dar: considerar que ese caso concreto se encuadraba dentro del derecho a la privacidad. La Corte respondió por la afirmativa: se preguntó si podía permitirse a la policía revisar el sagrado recinto del dormitorio conyugal en busca de anticonceptivos y respondió que la idea resultaba repulsiva a la noción de privacidad que rodeaba la relación entre esposos.

Me parece que *Griswold* plantea dos cuestiones distintas: a) la de decidir si la Constitución reconoce un derecho a la privacidad, y b) aún contestando el interrogante anterior por la afirmativa, la de decidir si el derecho a la privacidad era el fundamento más adecuado para una decisión favorable a los actores. Examinadas estas dos cuestiones conjuntamente, ellas proporcionan tres respuestas posibles a la situación planteada en *Griswold*: a) existe un derecho a la privacidad, y ese derecho fundamenta la decisión en favor de los actores; b) no existe un derecho a la privacidad, y esta circunstancia impide darle la razón a los actores; c) existe un derecho a la privacidad, pero no fundamenta en este caso la decisión favorable a los actores.

Antes de saber cuál es la respuesta correcta veamos qué es lo que estaba en juego en *Griswold*. Sería fácil sostener -tal vez- que ese caso abarcaba un acto privado, puesto que involucraba un acto sexual, del tipo de los que usualmente se realizan en lugares privados. Pero creo que el hecho de usar anticonceptivos debe separarse del acto sexual, como cosa distinta de éste. En otras palabras, no hay en este caso un “acto-sexual-usando-anticonceptivos”, como un todo, sino que hay un acto sexual, por una parte, y el uso de anticonceptivos, por la otra. Es sólo este segundo acto el que se buscaba proteger en *Griswold*, puesto que nadie discutía que los esposos podían practicar el acto sexual en privado dentro del estado de Connecticut.

Pero si se distingue el hecho de usar anticonceptivos del acto sexual (usando anticonceptivos), respecto del primer hecho muchas personas no tendrían inconveniente en hacerlo público. En realidad los actores en *Griswold* hacían algo más que esto: ellos hacían propaganda en favor de los anticonceptivos, puesto que proporcionaban información y consejo médico a personas casadas acerca de los medios adecuados para prevenir el embarazo. No sólo ellos no tenían ninguna preferencia por mantener sus asuntos en privado sino que preferían que el tema fuera público, ya que necesitaban de la publicidad para lograr sus fines.

Aconsejar respecto del uso de anticonceptivos no es un acto vinculado necesariamente con la privacidad, y tampoco lo es el usar anticonceptivos (como algo distinto del acto sexual usando esos anticonceptivos). Muy pocas personas aceptarían realizar un acto sexual en público (con o sin anticonceptivos) pero muchas no tendrían inconveniente alguno -en cambio- en difundir en público que emplean anticonceptivos en sus relaciones sexuales realizadas en privado.

No es que no exista un derecho a la privacidad, por cierto. Lo hay, y puede encontrarse un fundamento constitucional a partir de una interpretación de la novena enmienda (que los jueces de la Corte Suprema de los Estados

Unidos, extrañamente, son renuentes a emplear en esta dirección); pero es un derecho que protege el tipo de actividades que le preocupaba a la señora Warren, no el tipo de actividades que realizaban los actores en *Griswold*. Los actores en *Griswold* tenían razón, pero no por estar protegidos por el derecho a la privacidad: la tenían en virtud de la protección a la libertad consagrada en la enmienda catorce. Los actores no querían “ser dejados solos”, en la terminología de Warren y Brandeis; al contrario: necesitaban de la atención del público respecto de sus actividades. Las dos cuestiones que plantea *Griswold*, entonces, se responden de esta manera: a) la constitución reconoce un derecho a la privacidad, pero b) este derecho no puede basar una decisión favorable a los actores, que tenían razón -sí- pero por diferentes motivos.

Si *Griswold* representa el comienzo de la visión desmesurada *Roe v. Wade*⁹ constituye ciertamente su concreción. Allí la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que prohibía el aborto en cualquier etapa del embarazo, salvo en caso de peligro para la vida de la madre, y lo hizo invocando el derecho a la privacidad. Jane Roe misma había sostenido que la ley de Texas coartaba su derecho a la privacidad personal y la Corte recogió su argumento. Después de recordar que la Constitución protegía ciertas reglas de privacidad, el juez Blackmun entendió que este derecho a la privacidad era lo suficiente amplio como para abarcar la decisión de una mujer respecto de terminar o no su embarazo. *Roe*, como *Griswold*, llegó a una decisión correcta sobre la base de malos argumentos. Porque, al igual que en el caso de los anticonceptivos, hay que distinguir también dos aspectos del aborto: a) el derecho a llevar a cabo el aborto, y b) el derecho a que el aborto no se haga público. Este último derecho tiene su sustento en la privacidad, desde luego: si una mujer desea mantener su aborto en privado (y lo realiza en un lugar privado), vulnera su privacidad la circunstancia de que se lo convierta en un hecho público en contra de su voluntad. Pero este no era el caso de Jane Roe. Lo que ella reclamaba era el derecho a llevar a cabo el aborto, y este derecho no puede fundarse en la privacidad. Es perfectamente posible que una mujer desee ejercer el derecho a llevar a cabo un aborto pero renuncie, al mismo tiempo, a que ese aborto no se haga público, tal vez como un ejemplo para otras mujeres en su misma condición. Incluso una mujer puede desear ejercer su derecho a que el aborto se lleve a cabo y pedir que ese aborto se filme, como una ilustración para otras mujeres; supongo que resultaría irónico mencionar a la privacidad en este contexto. Los dos derechos son independientes, entonces. El derecho a mantener el aborto en privado deriva del derecho a la privacidad, como es obvio. Pero, ¿de dónde proviene el derecho a llevar a cabo el aborto?. La respuesta es la misma que en *Griswold*: proviene de la autonomía, la que se concreta jurídicamente en la referencia a la libertad formulada en la enmienda catorce. El aborto es una de aquellas cuestiones que envuelven elecciones íntimas y personales, que son decisivas para la dignidad personal y la autonomía, y que resultan centrales para la libertad protegida por la enmienda catorce. Así lo sostiene ahora la Corte, a partir de su decisión en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al v. Robert P. Casey*¹⁰. Es

9. 410 U.S. 113, 1973.

10. 112 S. CT. 2791, 1992.

discutible que el resultado de *Casey* sea mejor que el de *Roe*; yo mismo, por ejemplo, hubiera preferido mantener la división del embarazo en trimestres, adoptada en *Roe* y rechazada en *Casey*. Pero lo que no puede discutirse es que el fundamento de *Casey* es mejor que el de *Roe*; en realidad, el fundamento de *Roe* era tan malo que ponía en riesgo a una buena solución. Es predecible, entonces, que la visión desmesurada haya llegado a su fin y que el derecho a la privacidad sea reconocido en el futuro sólo con el alcance que le asigna la visión moderada. *Roe* fue la cúspide de la visión desmesurada y *Casey* el comienzo de su fin. Lo interesante es que esto no significa que los ciudadanos de los Estados Unidos tengan ahora menos derechos; tienen los mismos derechos, pero con mejores fundamentos. Nadie niega que los ciudadanos de Connecticut puedan emplear anticonceptivos; muchos niegan que este derecho tenga algo que ver con la privacidad. La autonomía está reemplazando a la privacidad, a medida que la visión desmesurada se convierte en la visión moderada.

5. CONCLUSIÓN

Salvo cuando se lo hace con el alcance de la visión moderada, invocar la privacidad suele traer problemas, pues en esos casos la autonomía es un mejor fundamento del derecho que la privacidad. Veamos un último caso en el cual la invocación de la privacidad hubiera traído problemas: *Bowers v. Hardwick*¹¹, una de las decisiones más cuestionables de la Corte Suprema de los Estados Unidos. No me interesa aquí tanto analizar los fundamentos de la decisión cuanto examinar ciertas circunstancias fácticas del caso. Cuando Michael Hardwick fue arrestado por practicar sexo oral homosexual, las circunstancias del caso fueron las siguientes: él trabajaba en un bar de homosexuales y uno de los clientes se emborrachó una noche, por lo cual Hardwick tomó las llaves del auto del cliente y lo llevó hasta su propia casa para que durmiera y se recuperara, antes de volver a conducir el vehículo. El cliente se quedó dormido en el sofá del living, y esa misma tarde arribó a la ciudad la pareja de Hardwick. Este había dejado entreabierta la puerta de su casa, y por ella entró a las 8 y 30 de la mañana siguiente un oficial de policía. Encontró en el living al cliente, que estaba todavía bajo los efectos del alcohol, y fue el cliente mismo quien señaló el dormitorio donde se encontraban Hardwick y su pareja, a lo cual siguió el arresto de ambos¹².

Supongamos ahora que la señora Warren hubiera dejado entreabierta la puerta de su casa y que un periodista hubiera entrado por ella a la casa. Una vez adentro, el periodista interroga a un invitado acerca del lugar donde se encuentra la hija de la señora Warren, el invitado -borracho o no- se lo indica, y el periodista, así informado, procede luego a tomar unas fotografías de la novia. Si consideramos el caso desde el punto de vista del derecho a la privacidad, es muy claro que en este caso la señora Warren hubiera tenido menos derecho a la privacidad que si la puerta de su casa hubiera estado

11. 478 U.S. 186, 1986.

12. Huff, Leslye, "Deconstructing Sodomy", *The American University Journal of Gender & the Law*, vol. 5, 1997.

firmente cerrada, y nadie hubiera ayudado al periodista en su búsqueda. “¡La puerta estaba abierta, señor juez!”, podemos imaginarnos al periodista defendiéndose ante el Tribunal. Y no sería un mal argumento, por cierto. Pero veamos ahora el caso de Hardwick. El no tiene menos derecho a mantener una relación homosexual entre adultos que consienten por la sola circunstancia de que la puerta de su casa estuviera entreabierta. Hardwick había tomado las precauciones necesarias como para no incurrir en ninguna exhibición obscena, de modo que cuando el oficial de policía entró en su dormitorio lo que debería haber hecho es retirarse pidiendo disculpas. Si esto es así, resulta claro que el derecho de Hardwick no proviene de su privacidad, puesto que -como he dicho- es sin duda menos privada una casa con la puerta abierta que una casa con la puerta cerrada, y es mucho menos privada una casa con la puerta abierta y uno de sus habitantes indicando -sin oponerse- la habitación donde se encuentra su dueño. Nadie sugiere, sin embargo, que el derecho de Hardwick hubiera disminuido por estas circunstancias; y no disminuyó, por cierto, puesto que su derecho se fundaba en la autonomía y no en la privacidad. Esta circunstancia fue claramente advertida por los abogados que alegaron en el caso¹³. El fiscal general adjunto de Georgia, por una parte, mencionó reiteradamente el derecho a la privacidad, para tratar de mostrar que Hardwick se encontraba fuera del alcance de su protección. En cambio Laurence Tribe, que representaba a Hardwick, optó claramente por otro fundamento, como lo muestra este diálogo que sostuvo con el juez White: White: “Profesor, ¿en qué cláusula de la Constitución se basa usted, o deberíamos basarnos nosotros, para invalidar esta ley?”. Tribe: “En la cláusula de la libertad de la enmienda catorce, juez White, que ha recibido un significado y contenido adicional por las decisiones de más de medio siglo”. En resumen: yo creo en la existencia de un derecho a la privacidad, que no se reduce a otros derechos. Pero la privacidad se limita a la protección de la intimidad en ciertos lugares, preferentemente respecto de la intrusión de la prensa. (Obviamente, para estar protegidos, esos actos realizados en privado no deben causar un daño no consentido a terceros). He caracterizado a las acciones privadas por el lugar donde ellas se realizan, de modo que una misma acción puede o no ser privada, de acuerdo al lugar en que ella se lleve a cabo: silbar en mi dormitorio es una acción privada, pero silbar en un parque público no lo es. El derecho a la privacidad me protege en el primer caso, impidiendo que se me fotografíe o se me grabe en la intimidad; obviamente no me protege en el segundo caso. Puede objetarse, sin embargo, que esta caracterización fracasa en capturar algunos rasgos importantes de la privacidad. Hay una diferencia, por ejemplo, entre acciones realizadas en privado y acciones propiamente privadas. Silbar en mi dormitorio es una acción realizada en privado, pero muchas personas (incluyéndome a mí) no tendrían inconveniente alguno en llevarla a cabo en público. Realizar el acto sexual en mi dormitorio, en cambio, es algo diferente: a mí me molestaría que alguien la presenciara y no la llevaría a cabo en público. Tal vez una distinción de este tipo está, detrás de la caracterización de los

13. Irons, Peter y Guitton, Stephanie (eds.), *May It Please the Court*, New York, The New Press, 1993.

“negocios privados” que formula Benn¹⁴. Pero no me parece que el alcance del derecho a la privacidad se determine mejor recurriendo a esta distinción. Aunque yo no tenga inconveniente en silbar en público, igual estoy protegido de los intrusos cuando decido silbar en mi dormitorio, protegido con igual estrictez que cuando decido realizar el acto sexual en mi dormitorio: el lugar es lo que cuenta. Y si alguien decide realizar el acto sexual en público resultaría insólito que invocara el derecho a la privacidad en su favor. Con este alcance, como dije, yo creo que existe el derecho a la privacidad, y este es el alcance de la visión moderada. La privacidad, en cambio, no tiene nada que ver con la distribución de anticonceptivos, con el aborto o con la homosexualidad entre adultos que consienten. El derecho a llevar a cabo estas tres conductas no puede fundarse en la privacidad, como sostiene la visión desmesurada, sino en la autonomía. Pretender fundar el derecho a la distribución de anticonceptivos, al aborto, o a la práctica de la homosexualidad entre adultos que consienten en la privacidad es comprometer el futuro mismo de esos derechos. Una buena solución no basta; lo que se requiere es que se llegue a la buena solución con buenos fundamentos, y el buen fundamento en estos casos es la autonomía, no la privacidad. Para matar la Hydra de la intolerancia, aceptemos que la autonomía comparte más rasgos con Hércules que la privacidad.

14. Benn, Stanley, “Privacy, Freedom and Respect for Persons”, en J.R.Pennock y J.W.Chapman (eds.), *Nomos XIII: Privacy*, New York, Atherton Press, 1971.