

# DECLARACIONES DE DERECHOS: PROBLEMAS BASICOS (II) DERECHOS DE IGUALDAD, LIBERTAD Y LIBERTAD DE EXPRESION

**Geoffrey Marshall**

Profesor del *Queen's College* de Oxford

## I. IGUALDAD

Las Declaraciones de Derechos que contienen garantías de igualdad a veces simplemente señalan, que a los ciudadanos no se les puede negar la igual protección de las leyes o que ellos son iguales ante la ley o en la aplicación de la ley. Sin embargo, en muchas ocasiones añaden que no deben ser discriminados, objetos de prejuicio, ni favorecidos por ciertas causas. El artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn menciona el sexo, la raza, la lengua, el país de origen y la religión. La Carta Canadiense<sup>1</sup> prohíbe la discriminación en todos estos ámbitos, pero añade, además, otras cuatro características: el color, la edad, y la incapacidad física o mental. Los preceptos españoles referentes a los derechos y libertades vetan la discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>2</sup>.

Surgen dos cuestiones importantes cuando examinamos estas listas. Primero, ¿existe algún otro rasgo candidato a ser incluido en la lista de las causas vetadas a la discriminación? (tamaño, forma, atractivo físico). Segundo, ¿por qué elegimos estas características en particular? Una respuesta podría ser que son atributos humanos permanentes, inalterables o involuntarios y por los que sus poseedores no deberían ser penalizados. Pero ciertamente esto no ocurre en todos los casos. Las creencias religiosas, por ejemplo, pueden ser voluntariamente aceptadas o rechazadas. Además, aquellas características que son involuntarias no siempre se consideran un fundamento inadecuado para la diferencia de trato. La capacidad mental, que es relativamente inalterable, generalmente es considerada como un fundamento adecuado para la discriminación en la búsqueda de empleo o en la selección de

<sup>1</sup> Ley Constitucional de 1982, Sección 15.

<sup>2</sup> Artículo 14 de la Constitución española.

candidatos en las admisiones para instituciones académicas. Rápidamente esto nos lleva a la conclusión de que cualquier característica humana puede ser considerada en algunas circunstancias básica para la diferencia de trato, recompensa o distribución y que lo que las declaraciones de igualdad y las cláusulas antidiscriminatorias prohíben no es la diferenciación, sino la diferencia de trato no racional, injusta o inadecuada. No parece probable, sin embargo, que sea posible para una Declaración de Derechos o una ley antidiscriminatoria establecer en términos generales cuándo son injustas o irracionales las diferencias de trato a grupos distintos o a clases de personas. Incluso con respecto a una simple característica puede ser necesario proceder de forma distinta de un caso a otro. La discriminación por edad constituye un buen ejemplo. Está claro que la igualdad constitucional no requiere que no tenga que existir discriminación por razón de edad en relación con el voto o con el acceso a todas las prestaciones sociales. La igualdad en la protección de la ley no prohibiría la privación de derechos de voto o de venta de productos alcohólicos a los menores de diez años. Sin embargo, en la mayoría de las sociedades estaría prohibido privar del derecho de voto a los ciudadanos mayores de sesenta años.

Hay algunos supuestos relacionados con la edad que presentan mayor dificultad. Pensemos, por ejemplo, en si es o no adecuado promulgar leyes que obliguen a la jubilación forzosa a una edad determinada. En 1976 el Tribunal Supremo Americano sostuvo la constitucionalidad de una cláusula de jubilación forzosa (a los cincuenta años) para los oficiales de la policía estatal<sup>3</sup>. Hay quien denominó a esta cláusula de «gerontofobia» (*ageism*), argumentando que (al igual que el racismo y el sexismo) implican la utilización de criterios indiscriminados e injustos no relacionados necesariamente con la capacidad. Otros, sin embargo, argumentaron que en el presente clima económico en que el trabajo escasea la cláusula de jubilación forzosa resulta adecuada como medio de justicia intergeneracional. Como dijo Edmund Burke, la sociedad es un conglomerado a través del tiempo que abarca a los que actualmente viven y a los que están por nacer (los muertos son quizá compañeros dormidos). Por ello el hecho de nacer después no debería perjudicar las expectativas de empleo por parte de algunos ciudadanos. Desde este punto de vista la jubilación forzosa es una forma de acción positiva contra la discriminación (o de discriminación a la inversa o benigna).

### *Grupos en desventaja*

Podrían utilizarse argumentos similares en relación con otros grupos a los que no haya sonreído la fortuna. Los deficientes mentales son uno de estos grupos. ¿Hasta qué punto les corresponde una re-

<sup>3</sup> *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U. S. 307 (1976).

compensa social a causa de su tara? ¿Pertencen los pobres (o los muy pobres) a este grupo? ¿Y las mujeres? ¿Y los homosexuales y las lesbianas? Si así fuera, ¿debería interpretarse la legislación que les afecta de una manera determinada?

Este tema ha provocado diferencias en la jurisprudencia de Estados Unidos. El procedimiento de revisión del Tribunal Supremo en la aplicación de la cláusula de igualdad depende en parte de si los grupos en cuyo nombre se hacen las reclamaciones son minorías que a lo largo de la historia o por otra causa han sido o son propensas a ser tratadas con desprecio o a estar infrarrepresentadas en el proceso político. Si están dentro de esta clase, las leyes que les afectan deben examinarse de una forma más minuciosa e intensa. En algunos casos se afirma que el fundamento reside en que invocan una clasificación legislativa potencialmente sospechosa<sup>4</sup>.

La constatación de estos hechos sociales e históricos obviamente no va a ser fácil y debe ser políticamente controvertida, puesto que las inevitables diferencias de opinión en la elaboración de tales juicios son precisamente aquellas que dividen a los políticos conservadores de los liberales. El juez Bork (cuya nominación para el Tribunal Supremo rechazó el presidente Reagan), por ejemplo, ha argumentado (extrajudicialmente) que los pobres no son una minoría no representada. Por el contrario, dijo que se ha producido una explosión de la legislación de bienestar durante los últimos años y una redistribución masiva de la riqueza. Los pobres, termina, han tenido acceso libre al proceso político y han tenido éxito en ello<sup>5</sup>.

### *Respuestas judiciales*

La cuestión de si un grupo determinado reúne o no los requisitos para acceder al privilegio de someter las normas administrativas o legislativas que le afectan a un examen judicial más intenso parece inevitablemente conformar un amplio e inusual elemento de juicio político y social. El que las normas sobrevivan tras el minucioso examen depende del número de las restantes quejas que frecuentemente son respondidas de distinta manera por diferentes jueces. En 1979, en *New York City Transit Authority v. Beazer*<sup>6</sup> se aplicó la prohibición de emplear a trabajadores que consumían narcóticos a empleados que tomaban metadona, sustancia utilizada en el tratamien-

<sup>4</sup> Aunque la ausencia de ello no impide siempre al Tribunal declarar inconstitucionales leyes o reglamentos que son considerados inadecuadamente discriminatorios. En *City of Cleburne v. Cleburne Learning Center*, 105 S. Ct. 3249 (1985), se declaró inconstitucional una ordenanza urbanística que impedía la construcción de una residencia para enfermos psíquicos (pese a no ser objeto de un examen estricto).

<sup>5</sup> «The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution» (1979), *Washington University Law Quarterly*, 695 y ss.

<sup>6</sup> 440 U. S. 568 (1979).

to de adicción a la heroína. La mayoría del Tribunal Supremo determinó que el grupo penalizado no era una clase de personas caracterizadas por algún trato impopular o afiliación partidista como para crear una tendencia al prejuicio por parte de la mayoría gobernante. Se admitió que la regla elaborada por la Transit Authority era más amplia de lo necesario, puesto que los usuarios de la metadona podrían haber sido excluidos de determinadas categorías profesionales específicas relacionadas con la seguridad en el transporte, más que de otros trabajos muchos de los cuales podían realizar. De todas formas, se dijo que las decisiones de los empleadores, aunque desacertadas, eran decisiones relacionadas con la política de personal y que, aunque no eran completamente racionales, no deberían ser anuladas por el Tribunal.

La minoría disidente (los magistrados White y Marshall) sostenían también que el que las normas de empleo no distinguiesen a los usuarios de metadona de los usuarios de otras drogas más peligrosas constituía una clasificación discriminatoria, siendo una carga impuesta arbitrariamente a grupos en situación no similar. Esto constituía una distinción arbitraria y peyorativa. Al contrario que la mayoría del Tribunal, ellos estaban en principio dispuestos a utilizar esta conclusión a fin de cambiar la decisión política de la Transit Authority por considerarla inconsistente con los requisitos del principio de igualdad en la protección de la ley. Al hacerlo, utilizaron un examen más estricto. El fundamento de ese examen era la asunción de que los usuarios de metadona constituían una minoría que merecía una protección judicial especial. La adicción a la heroína —argumentaron—, era un problema especial de los pobres y la población adicta se componía en su mayoría de minorías raciales a quienes el Tribunal previamente había reconocido como desprovistos de poder político e históricamente sujetos al rechazo de la mayoría.

Si la categorización de grupos particulares para recibir un trato especial favorable o benigno es una violación de la igualdad ante la ley o más bien un ejemplo de trato igual dependerá de si la diferencia de trato entre la clase de personas preferidas y las otras es razonablemente requerida por los objetivos perseguidos por la legislación que son aceptados por considerarse moral y políticamente legítimos, necesarios u obligatorios. Existe una gran variedad en justificaciones aplicables a políticas legislativas que acogen o permiten la diferenciación de trato basada en la raza. Entre ellas se encuentra la compensación de las injusticias históricas, la promoción de la diversidad étnica en el empleo o en determinadas profesiones, y la creación de modelos sociales<sup>7</sup> para los miembros de minorías raciales desfavorecidas.

No es sorprendente que las sentencias que aplican el principio de igualdad hayan tenido resultados imprescindibles, ya que implican la combinación de dos complejos procesos, a saber, afirmaciones judiciales de amplio alcance acerca de la legalidad y adecuación de políticas legislativas y, además, la aplicación de una discutida teoría cons-

<sup>7</sup> Véase *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S. Ct. 1842 (1986).

titucional acerca de hasta qué punto debe permitirse la utilización judicial de los valores sustantivos para desplazar a los juicios de los legisladores o de las autoridades administrativas.

## II. LIBERTAD

Las Declaraciones de Derechos nunca garantizan la pura y simple «libertad» por una razón obvia. Tal garantía sería desesperanzadamente vaga y vacía. Lo que puede considerarse como derecho de libertad en las constituciones puede descomponerse en una serie de títulos como son la seguridad personal, la movilidad, la propiedad, intimidad y las garantías de procedimiento o de *due process* junto con la ausencia de restricciones en varias clases de libertad y comunicación, derecho de reunión y derechos de acción política. Todos ellos han de examinarse por separado. Un dato obvio y familiar es que ninguno de ellos está simplemente garantizado sin matizaciones. La quinta y la decimocuarta enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos son un ejemplo de que los ciudadanos pueden ser privados de la vida, libertad o propiedad si los legisladores estatales y federales se ajustan al *due process of law*.

### «Due process»

En su acepción originaria en el *common law* en Inglaterra el *due process* estaba ligado con la regularidad de procedimiento y la idea de que los procedimientos jurídicos y las sanciones eran llevados a cabo de acuerdo con la ley de la tierra (*law of the land*). Lo que le ocurrió a la idea de *due process* en Estados Unidos se describe a veces diciendo que ha adquirido un sentido «sustantivo» que disponía la necesidad de que las leyes fueran «debidas» o «justas», además de tener que ser elaboradas o promulgadas regular y adecuadamente. Son bastante bien conocidas algunas decisiones judiciales<sup>8</sup> que hablan del *due process* como representante de una actitud evolutiva de justicia entre el individuo y los poderes públicos, o de esos cánones de decencia y *fairness* que expresan las nociones de justicia del mundo angloparlante. Estas nociones estaban dirigidas especialmente a que los poderes públicas trataran adecuadamente con las personas acusadas de haber cometido delitos o faltas. La idea de que una amplia aplicación judicial de nociones de justicia o razonabilidad pudieran ser aplicadas no sólo a los procesos penales, sino también a la legislación en general y particularmente a la regulación social o económica alarmó a muchos constituyentes después de la guerra, puesto que ello

<sup>8</sup> Los más conocidos son los del Magistrado Frankfurter, en *Joint Anti-Fascist Committee v. McGrath*, 341 U. S. 123 (1951), y *Rochin v. California*, 342 U. S. 432 (1957).

suponía exponer las medidas legislativas progresistas o liberales a potenciales obstáculos constitucionales que ellos pensaban sin garantía alguna. Les parecía que algo como esto había ocurrido en Estados Unidos en los años treinta e incluso antes, cuando los jueces con un tipo de mentalidad conservadora habían declarado inconstitucionales leyes estatales que restringían la jornada o las condiciones de trabajo por considerarlas violaciones de la decimocuarta Enmienda que salvaguarda el *due process*. De acuerdo con esto, en los proyectos de elaboración de las garantías que mencionaban la libertad o la propiedad, se introdujeron algunas frases matizadoras tales como «de acuerdo con la ley», sustituyendo a veces al *due process* en la creencia de que esto permitiría una más amplia gama de intervención en los campos económico y social y evitaría la posibilidad de que se recortara esa intervención con limitaciones sustantivas judicialmente impuestas.

Sin embargo, no siempre se tuvo éxito al intentar evitar la intervención judicial, puesto que era posible que palabra «ley» por sí misma fuera interpretada como significando no toda mera norma o ley, sino sólo las leyes que se ajustaban a los requisitos y límites constitucionales (por ejemplo, al principio de igualdad, al de irretroactividad de las normas, a la prohibición de *bills of attainder* o a la de castigos crueles e inusuales).

Esto sugiere que lo que le ha ocurrido al requisito del *due process* en los Estados Unidos y en otras partes no está bien descrito por el hecho de decir que ha adquirido un *sentido* diferente —sustantivo, además de procedimental—. En el Reino Unido son pocas las restricciones impuestas al legislador. En otros países, incluyendo los Estados Unidos, los requisitos para que una ley sea válida pueden ser más complejos. No está claro cuáles de estas restricciones son de procedimiento y cuáles son sustantivas. ¿Es la prohibición de la retroactividad de las normas de naturaleza procedimental o sustantiva? Es fácil comprobar cómo en constituciones en que los poderes que elaboran las leyes están divididos y limitados, el que una medida legislativa no cumpla cualquiera de las restricciones básicas de la constitución puede estigmatizarse como un fallo en la obligación de que las leyes sean debidamente elaboradas.

Puede considerarse que el vicio que debe ser evitado y que se ha supuesto que se ha incrustado en algunas decisiones del Tribunal Supremo Norteamericano no es tanto la admisión de un sentido más sustantivo o de más amplio contenido del *due process*, sino el que la decisión judicial en algunos casos no relacione violaciones de *due process* con garantías específicas establecidas claramente en la Constitución, como distintas de las nociones no explícitas, cuya inclusión implícita en la Constitución es dudosa, además de estar sometida a debate. Algunos ejemplos obvios son el uso judicial de conceptos implícitos o intersticiales tales como una ilimitada libertad contractual, o una noción expansiva de intimidación, sacada del término general «libertad». Históricamente fue la primera de estas ideas la que con-

dujo a los liberales a rechazar el así llamado *sustantive due process*, y más recientemente la última ha sido la que más ha atraído el disgusto de algunos conservadores particularmente en asuntos relativos al comportamiento social y sexual. En Canadá, donde la Carta protege «la vida, la libertad, y la seguridad de la persona», algunos temían el resurgimiento de la intervención judicial en materia de regulación y libertad económica. Pero hasta ahora ha habido pocos indicios de este tipo de libertarismo económico judicial.

### *Libertad y moralidad privada*

De hecho, en los últimos tiempos en Europa y en Norteamérica el debate constitucional sobre la libertad no ha girado tanto en torno a cuestiones de libertad económica como de temas a los que a menudo se llaman de moralidad privada o personal. Los temas a debate más importantes han sido los derechos al aborto, al uso de anticonceptivos, y a la legislación penalizadora de las relaciones homosexuales entre adultos. La idea de «intimidad», aunque está específicamente protegida en la Convención Europea y es frecuentemente invocada en los Estados Unidos como un valor constitucional implícito, es quizá un hierro candente. Los temas a tratar pueden considerarse como dudas sobre las limitaciones permisibles en lo relativo a la libertad individual, cuestión que ha sido debatida durante el pasado siglo bajo la rúbrica de «límites de la acción estatal», o «los límites del paternalismo legal», o lo que Mill en su ensayo *Acerca de la Libertad* llamó «los límites de la autoridad estatal sobre la individual». Esto describe exactamente la cuestión afrontada por los tribunales norteamericanos en la decisión de qué restricciones pueden imponerse a la libertad conforme al *due process* y también el problema afrontado por los jueces canadienses al decidir qué límites a la vida, la libertad y la seguridad de la persona garantizados por la Carta son compatibles con los principios fundamentales de la justicia. En este campo la cuestión de los estándares de la interpretación judicial de la Constitución es tan aguda como lo es la interpretación de la Constitución en la aplicación del principio de igualdad (que puede también estar en juego en alguno de estos casos de garantía de la libertad). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha tenido que decidir si las leyes que penalizan la homosexualidad entre adultos son socialmente necesarias en una sociedad democrática. Los jueces de ese tribunal no siempre están preparados para sostener que los ingleses, los irlandeses, los alemanes y los italianos tienen las mismas necesidades sociales<sup>10</sup>. En 1981, sin embargo, establecieron en *Dudgeon v.*

<sup>9</sup> Esta consideración fue importante, por ejemplo, donde se permite la pena capital «conforme a la ley». Véase David PANNICK, *Judicial Review of Death Penalty* (1982), cap. 2.

<sup>10</sup> La utilización de la expresión «margen de apreciación» de la legislación nacional implica bajar el estándar a lo que en Estados Unidos sería el nivel inferior de revisión de la constitucionalidad, o sea, al requisito de la racionalidad.

UK<sup>11</sup> que la necesidad social de que continúe la prohibición de actos homosexuales masculinos en Irlanda del Norte no era un interés público lo suficientemente fuerte. En 1988 con la República de Irlanda se llegó a la misma conclusión<sup>12</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos mantuvo leyes de Georgia de este tipo indicando que la sodomía no era un derecho fundamental protegido por la decimocuarta enmienda y que el legislador de Georgia había mostrado una gran necesidad de invadir la libertad y la intimidad de los ciudadanos en la medida necesaria para evitar dicha sodomía<sup>13</sup>.

### *Libertad, seguridad e integridad corporal*

La libertad y la seguridad de la persona pueden referirse a una variedad de inmunidades personales que van desde la restricción o la constricción física o la amenaza de la fuerza física hasta lo que John Stuart Mill llamó la soberanía del individuo sobre su propia mente y cuerpo. En Estados Unidos el Tribunal Supremo no ha aceptado un derecho ilimitado de los individuos para hacer lo que les plazca con sus propios cuerpos, pero ha reconocido algunas libertades, derechos e intereses íntimos y personales que incluyen el derecho a utilizar anticonceptivos<sup>14</sup> y para poner fin al embarazo<sup>15</sup>. La extensión de la así llamada esfera privada fundamental permanece incierta. Algunos creen, aunque otros no, que se ha establecido una amplia área de libertad en todas las relaciones sexuales (al menos entre adultos, sanos, capaces y con plenos derechos civiles) o en lo que a veces se llama «estilos de vida personal»<sup>16</sup>.

En la interpretación del derecho a la libertad de la Carta Canadiense la mayoría de los jueces canadienses han sido más cautos. La Sección 7 de la Carta establece que «toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad y a no ser privado de ellos excepto de acuerdo con los principios fundamentales de la justicia». En una decisión de 1985<sup>7</sup> se dijo que «no puede darse a los principios fundamentales de la justicia un contenido exhaustivo, pero sí tendrá significados concretos cuando los tribunales se enfrenten a las alegaciones de violaciones de la Sección 7». En 1988, en *Morgentaler v. The Queen*<sup>18</sup>, el Tribunal Supremo aceptó la pretensión de que el derecho constitucional de libertad y seguridad de la persona otorgaba a la

<sup>11</sup> ECHR, Series A, 23 septiembre 1981, vol. 45: 4 EHRR 149.

<sup>12</sup> Véase *Norris v. Ireland* (*The Times*, 31 octubre 1984).

<sup>13</sup> *Bowers v. Hardwick*, 106 S. Ct. 2841 (1986).

<sup>14</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 470 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972).

<sup>15</sup> *Roe v. Wade*, 410 113 1973.

<sup>16</sup> Acerca del derecho de los policías a llevar el pelo largo, véase *Kelley v. Johnson*, 425 U. S. 238 (1976), salvando la constitucionalidad.

<sup>17</sup> *Re BC Motor Vehicle Act* (1985), 2 S. C. R. 486.

<sup>18</sup> (1985), 1 S. C. R. 30.

mujer un vago derecho a elegir si poner o no fin al embarazo. El abogado de los acusados que eran médicos practicantes de abortos a quienes se pretendía aplicar el Código Penal canadiense por conspirar para llevar a cabo abortos argumentó (confiando en parte en la doctrina norteamericana) que el derecho conferido por la Constitución era un «derecho de amplio contenido al libre proyecto de vida personal y de promoción de la autonomía individual. Incluía ésta un derecho a la intimidad y a tomar decisiones libres sobre la propia vida»<sup>19</sup>.

Ninguna de estas pretensiones fue aceptada por la mayoría del Tribunal. El presidente del Tribunal se limitó a analizar sólo las frases «seguridad de la persona», y «principios fundamentales de la justicia». Es más, desde su punto de vista, los estándares procedimentales de los principios fundamentales de la justicia eran los que no se cumplían por los preceptos reguladores del aborto contenidos en el Código Penal. Pensó que estaba claro que ese precepto interfería con la integridad física y corporal de la mujer. Siendo así, tuvo que determinar si la interferencia en cuestión respetaba los principios fundamentales de la justicia. No se podía decir que lo hicieran —concluyó—, puesto que los procedimientos y restricciones incorporados en la ley para acceder al aborto hacían indebidamente difícil o ilusoria la defensa ante una acusación penal. El magistrado Beetz pensó también que una mujer embarazada no podía estar segura si en el caso de que su vida esté en peligro se tiene que enfrentar a una norma penal que le impide recibir tratamiento médico efectivo y a tiempo.

Estos juicios se basaban claramente en el tipo de prestaciones sanitarias para la práctica del aborto, particularmente asequibles bajo la ley en Canadá. Sin embargo, la opinión de la magistrada Wilson fue más allá. Atendía no sólo a la cuestión de seguridad de la persona, en peligro por los fallos procedimentales de la ley, sino también a la garantía de libertad de la Sección 7. Se argumentó que esto confería a todo individuo «un grado de autonomía personal sobre decisiones personales importantes que afectan íntimamente su vida privada». No se pedía al Estado necesariamente que aprobase dichas decisiones, sino que se limitase a respetarlas. La Sección 257 del Código Penal violaba la integridad física y psicológica de la persona de la mujer al privarla del poder de decisión sobre su aborto y dándoselo a un comité. Por sus implicaciones, tal precepto suponía una violación del derecho a la libertad y estaría en desacuerdo con los principios fundamentales de la justicia, por muy justo que fuera procedimiento legalmente establecido, puesto que no permitiría completa libertad para decidir a favor o en contra del aborto. La magistrada Wilson opinaba también que cualquier violación de los otros derechos especificados en la Carta mostraría que el precepto impugnado sería una restricción de la libertad que no respetaría los principios fundamen-

<sup>19</sup> También se argumentó que la ley del aborto violaba la libertad de conciencia, que constituía un castigo cruel e inusual y que infringía la igualdad entre hombres y mujeres.

tales de la justicia y en su opinión la ley del aborto violaba la libertad de conciencia, protegida por el artículo 2.a) de la Carta.

Claramente, la interpretación que hace Wilson de la Sección 7 se acercaba más a la expresada en los casos norteamericanos cuyos derechos de autonomía o intimidad en ciertas esferas de acción se han descubierto en la primera, quinta y decimocuarta Enmiendas. Citó en su sentencia al magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Blackmun, quien, en una sentencia que reafirmaba la doctrina sentada en *Roe v. Wade*, afirmó que *nuestra Constitución contiene la promesa de que se mantendrá en gran medida ajeno al alcance de los poderes públicos una cierta esfera privada de libertad individual*<sup>20</sup>. Añadía la magistrado que también la Carta canadiense contenía un valor informador consistente en un respeto similar hacia el poder de decisión de un individuo en asuntos de relevancia fundamentalmente personal que dicha Carta garantiza a todo individuo un grado de autonomía personal acerca de «decisiones importantes que afectan íntimamente su vida privada».

La naturaleza y el ámbito de esta esfera de importante poder de decisión inmune o autónomo es el eje de la cuestión. No se delimita con precisión si se describe como un poder en el que las decisiones relevantes son «fundamentales» o «personales» o decisiones «que afectan a la vida privada» del titular del poder de decisión. La decisión de resolver un contrato, cometer un crimen o incurrir en bigamia es una decisión personal que bien puede entenderse como importante o fundamental. Y dado que por vida privada de estos efectos hay que entender justo ese área de actividad individual que debe quedar libre de interferencias, la noción de «privacidad-intimidad» o de ímpeto sobre la «vida privada» no adelanta nada. La magistrado Wilson, comentando *Roe v. Wade*, cita el ejemplo de «decisiones personales tales como la educación, el cuidado de los hijos, la procreación, el matrimonio o el uso de los anticonceptivos». Pero ciertamente no todas las decisiones relativas al cuidado o educación de los hijos tienen garantizada la inmunidad frente a su regulación normativa. Ni tampoco la tienen todas las decisiones que afectan al matrimonio. Así que queda todavía por responder la pregunta de *qué* decisiones de las que tienen que ver con estas cuestiones deben situarse fuera del alcance de los poderes públicos. En Estados Unidos la decisión de la mayoría en *Bowers v. Hardwick*<sup>21</sup> excluyó de la esfera privada de libertad individual al menos algunas decisiones relacionadas con la vida sexual allí donde los parlamentos de los Estados las contemplaban como no ortodoxas.

En Canadá, en el caso *Morgentaler*, el presidente del Tribunal trató la cuestión del alcance de la garantía de libertad constitucional de una forma más restringida refiriéndola a la «interferencia estatal en

<sup>20</sup> *Thornborough v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986), pp. 2184-2185.

<sup>21</sup> 106 S. Ct. 2841 (1986).

la integridad corporal» y el derecho a la seguridad de la persona. No era necesario —concluyó— determinar si ese derecho se extendía a la protección de otros intereses centrales para la autonomía personal, tales como la intimidad o intereses no relacionados con la justicia penal. El concepto de «intereses relacionados con la justicia penal» no es, sin embargo, una frase que defina de una vez por todas un determinado código de conducta. Si se tipifica como delito determinado acto (por ejemplo, la sodomía entre consintientes), la cuestión de si la prohibición infringe la autonomía o la integridad corporal parecería entonces estar conectada con la justicia penal.

Parece claro que el área protegible por la garantía de la libertad no puede ser delimitada fácilmente con la ayuda de este tipo de frases (frecuentemente usadas en las sentencias) tales como «autonomía», «intimidad», «decisiones libres acerca de la vida de cada uno» o «libertad en la conformación de los estilos personales de vida». Algunos estilos de vida —por ejemplo, si supusieran una devoción pongamos que al canibalismo o a la poligamia— no serían tolerados por la mayoría de las sociedades occidentales o no se pensaría que deberían estar protegidas por el derecho constitucional a la vida y a la libertad. La esfera de acción privada o protegida está obviamente limitada y la fijación de sus fronteras requiere la utilización de algún tipo de principio racional como el principio del daño de Mill o una teoría que rechace el paternalismo del legislador o de la Administración y que defina claramente los significados que deban atribuirse a todos aquellos términos.

Los límites a la libertad constitucionalmente garantizada compatibles con el *due process* o razonablemente justificados en una sociedad democrática sólo pueden ser identificados con cierta consistencia mediante la aplicación de estas u otras teorías rivales del mismo tipo. Dado que el rechazo a los frenos paternalistas de la acción individual forman parte importante del credo de las sociedades liberales, resulta quizá extraño que no haya sido mencionado específicamente como un límite al legislador (como, por ejemplo, los requisitos de generalidad, igualdad o irretroactividad) de los que normalmente figuran en las Declaraciones de Derechos.

(Traducción: Ana RECARTE VICENTE-ARCHE.)

