Título: Ensayo de la delimitación de las "Acciones privadas de los hombres"
Autor: Legarre, Santiago
Publicado en: LA LEY1999-B, 1266 - LLP 2000, 01/01/1999, 160
Cita Online: AR/DOC/20910/2001

I. En el corazón de la problemática de los derechos humanos se halla el tema de su protección constitucional. El art. 19 de la Constitución Nacional tiene, en ese contexto, una particular importancia. El esclarecimiento de su alcance es la finalidad de este artículo, no sin antes aclarar que el desarrollo y conclusiones que se expondrán a continuación no son definitivos y seguramente exigen ulteriores profundizaciones.

Comenzaré con un necesario análisis filosófico de la cuestión. Después, repasaré la doctrina nacional, concentrándome en los autores clásicos y en los que han abordado in extenso el tema. A continuación me ocuparé de la principal jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por último haré un ensayo de delimitación del ámbito que la Constitución protege en su art. 19.

II. Dentro de la naturaleza visible los seres más parecidos al hombre son los animales. Lo distingue de éstos su capacidad de entender y de razonar que lo habilita para querer libremente el bien y lo inviste de la tantas veces invocada dignidad humana. Aquella capacidad, por ser imperfecta, también permite que el hombre yerre y quiera mal. Por eso se dice que el hombre es un animal potencialmente racional (1). La cualificación de los actos humanos como "buenos" o "malos" constituye la esfera de la moralidad, propia y exclusiva de los hombres. La existencia de bienes básicos --de cuya elección resultan actos buenos-- nos viene dada; no es algo que dependa de nuestra voluntad o creación. Esto lo descubrimos cuando conocemos la realidad con miras a obrar. Entonces, ciertos bienes nos resultan evidentes, es decir, verdaderos sin necesidad de demostración lo cual no queda desmentido por el hecho de que algunos no se percaten de la evidencia, de la misma manera que la ceguera de algunos individuos no desmiente la aptitud visual de la especie. Así, por ejemplo, el conocimiento, la vida, la salud, la amistad. Cuando, desde la perspectiva del conocimiento especulativo, nos preguntamos por qué son ésos los bienes humanos fundamentales, y no otros, encontramos la respuesta en el fin último del hombre: son los bienes que definen nuestra felicidad.

Es de la esencia del hombre, pues, ser libre. El es quien domina su vida moral, eligiendo y decidiendo qué hacer y qué no. La persona individual es el sujeto de la moralidad. Pero dado que la sociabilidad le resulta evidentemente atractiva y necesaria, el hombre se une con sus congéneres en comunidad: la familia --padres e hijos--, las relaciones y asociaciones entre individuos y entre familias, y las sociedades mayores --pueblos, ciudades, Estados--. Todas estas manifestaciones más o menos intensas de amistad son necesarias para la felicidad del hombre y aun para su subsistencia. Como decían los clásicos, fuera de ellas el hombre es bestia; la racionalidad cede su lugar a la animalidad. La familia tiene dentro de su finalidad, de su bien común, que los padres orienten a los hijos en el discernimiento de lo recto; que los ayuden a aprender a ser auténticamente dueños y responsables de su conducta. Por ello la autoridad del padre y de la madre respecto de los hijos es amplia: comprende la formación en la virtud. Mientras que la autoridad del Estado, por estar fundamentada en una finalidad (un bien común) distinta, es restringida. No obstante, la autoridad estatal es responsable de coadyuvar a los padres en su tarea educativa de diversas maneras que varían de acuerdo con las circunstancias. Hay que tener en cuenta que el entorno familiar puede ser una gran ayuda o un gran obstáculo para la educación de los hijos. Las conductas de todos los miembros de la comunidad contribuyen a moldear ese entorno. Pero también, y desde una posición prominente, quienes ejercen la autoridad, mediante el dictado de leyes.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la autoridad estatal respecto de la virtud de los ciudadanos adultos, ya emancipados de la potestad parental?; ¿la felicidad última de los miembros de la comunidad política es parte del bien común? Es bien sabido que la respuesta de Aristóteles a esta última pregunta es afirmativa (2). En cambio, quizás conviene recordar su posición respecto de la pregunta anterior. A lo largo de su "Etica a Nicomáco" el filósofo desarrolla los contenidos del obrar bueno. Culmina explicando que el Estado debe asistir o, en algunos casos, sustituir la disciplina parental respecto de los jóvenes. Y, sin solución de continuidad, afirma que esta

© Thomson Reuters Información Legal

responsabilidad estatal se extiende de la misma forma coercitiva durante toda la vida de los ciudadanos, porque la mayoría obedece más por necesidad que por razonamientos, y por temor a los castigos más que por un sentido de lo que es verdaderamente valioso (3). Es decir, la autoridad del Estado respecto de la gente adulta no sería distinta de la que tiene sobre niños y jóvenes (4). Esto significa una cierta asimilación y confusión entre la función de los padres y la del Estado, lo cual ha dado lugar a que se haya calificado de paternalistas a concepciones como la de Aristóteles(5).

¿Qué cabe decir del art. 19 de la Constitución a la luz de esta teoría? Parece claro que la visión aristotélica del Estado excluye del todo la existencia de "acciones privadas de los hombres" exentas de la autoridad de aquél. Por ello, este proyecto moral y político no se adapta, en este aspecto, al que plasmaron nuestros constituyentes muchos siglos después.

Generalmente se ha sostenido que Santo Tomás de Aquino siguió sustancialmente a Aristóteles en este punto (6). Así parece indicarlo el tratamiento que hace de la ley positiva en la Suma Teológica y en el De regimine principum (7). En estas obras el Aquinate se deja guiar por su maestro griego, a quien cita para concluir con él que es efecto de la ley hacer buenos a los hombres(8). Caben dos aclaraciones interpretativas respecto de este artículo de la Suma. En primer lugar, cuando se refiere al "efecto de la ley", Santo Tomás alude al efecto buscado por la ley o, más propiamente, por el legislador. La palabra effectus no debe llamar a engaño. La ley causa propiamente un determinado efecto en la medida en que su autor lo quiere. La ley hace buenos a los hombres porque (y en tanto que) el legislador tiene la finalidad de hacerlos buenos. Entonces "efecto" es sustituible por finalidad o intención (finis o intentio: el contenido y fin próximos, el objeto inmediato de la elección --en este caso, la elección del autor de la ley--). El corpus del art. 1° de la cuestión 92 ratifica esta opinión cuando, al cualificar las dos maneras en que una ley hace buenos a los súbditos, distingue según cuál sea la intención (intentio) del legislador. La otra lectura posible, que licua el sentido del texto --aun cuando pueda ser acertada como tesis autónoma, no exegética, cuestión que analizaremos oportunamente--, es que hacer buenos a los hombres es un efecto secundario (secundum quid o per accidens; en inglés, side-effect) de las leyes, no buscado por el legislador. Insistimos en que esta interpretación no es satisfactoria. Más aún si se tiene en cuenta que Santo Tomás implícitamente hace suya la afirmación de Aristóteles que cita en el sed contra: "la voluntad de todo legislador es hacer buenos a los hombres". Voluntas aquí es intercambiable por intentio pues intendere es el acto principal de la voluntad que es la intentio. Por último, el lenguaje y el argumento del art. 2° de la I-II cuestión 96 solidifican la conclusión a la que hemos arribado al poner la intentio ya no en el legislador sino, por analogía, en la ley misma: "la ley humana se propone (intendit) dirigir a los hombres a la virtud...".

La segunda aclaración interpretativa en torno del art. 1° de la cuestión 92 es la siguiente. La discusión sobre la que versa está incluida en lo que podríamos llamar la parte general del tratado de las leyes de la Suma Teológica. Recién de la cuestión 93 en adelante se refiere el autor a cada ley en particular (eterna, natural, etc.) y --esto es lo que aquí interesa destacar-- empieza a tratar de la ley humana o positiva tan sólo a partir de la 95. La duda, naturalmente, es: cuando Santo Tomás afirma que es efecto de la ley hacer buenos a los hombres, ¿no se estará refiriendo exclusivamente a la ley natural y a la ley divina, que claramente tienen ese efecto? No. Por el contrario, muchos de los ejemplos que se dan a lo largo del artículo sólo son comprensibles por referencia a la ley humana: los ciudadanos como parte del todo que es la ciudad (ad 3), las leyes tiránicas (4 y ad 4; corpus), la relación entre el legislador y los ciudadanos (sed contra). No cabe, por tanto, pensar que la inclusión de este artículo en la parte general del tratado de las leyes fue un descuido del aquinate. Todo indica que deliberadamente quiso extender la discusión sobre el efecto de la ley a las leyes humanas y concluyó que también éstas tienen por efecto hacer buenos a los hombres.

Sin embargo, recientemente John Finnis ha sugerido que la lectura tradicional de Aquino es incorrecta. El profesor de Oxford se apoya en pasajes menos conocidos de otras obras de Santo Tomás, sobre cuya base propone una nueva interpretación --armónica-- de los textos tradicionales(9). Concluye que para el aquinate la ley humana tiene una finalidad más modesta que la sugerida por Aristóteles, a saber la de establecer la justicia y la paz en la comunidad a la cual está destinada. Solamente cuando se demuestra que una determinada conducta

© Thomson Reuters Información Legal

compromete aquellos valores, directa o indirectamente, tiene la autoridad pública título suficiente para intervenir. En tanto que ello no ocurra, la corrección moral de la vida de las personas queda reservada a ellas mismas, a sus familias y, en los términos del art. 19 de nuestra Carta Magna, a Dios.

La doctrina tomista, tal como la entiende Finnis, es compatible con nuestro diseño constitucional. Si el estado debe limitarse a promover la justicia y la paz, respetará una esfera de privacidad como la establecida por el art. 19 de la Constitución. Esta doctrina no puede ser tildada de paternalista, pues el Estado distingue su rol del de los padres y les respeta sus naturales competencias. Sí, en cambio, es una posición perfeccionista --según la terminología hoy en boga-- ya que la promoción de la justicia y la paz en la sociedad requiere que quien ejerce la autoridad plasme en las leyes juicios de valor sin los cuales no puede afirmarse, por ejemplo, que cierta política es justa. Las políticas impuestas autoritativamente no pueden ni deben prescindir de valoraciones morales, contrariamente a lo sostenido por la tesis de la neutralidad. No pueden de hecho, porque todo ejercicio del poder estatal supone una decisión que proyecta consecuencias, buenas o malas, sobre la vida de los miembros de la comunidad. Luego, tampoco deben ya que, en definitiva, si se va a decidir hacer (o dejar de hacer) algo que afecta a todos, más vale elegir con apoyo en buenas razones. En este sentido, el perfeccionismo ofrece un saludable resguardo contra la arbitrariedad gubernamental pues permite e incluso exige la discusión pública acerca de las razones esgrimidas para imponer por acción u omisión legal un determinado orden de conducta. Por el contrario, la pretensión de neutralidad esconde la inevitable consecuencia de que, si no hay parámetros de perfección objetivos que puedan defenderse y argumentarse públicamente, lo que se decida (o deje de decidir) será una manifestación dogmática de ejercicio del poder por parte de un individuo o de una mayoría legislativa que habrá impuesto su concepción de la moral argumentando paradójicamente que en el campo público no deben hacerse juicios de valor. La reciente sanción del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires es una prueba acabada de todo esto. La sociedad no es quién para emitir juicio sobre la prostitución, se dijo. No hubo lugar para debatir si la prostitución era buena o mala y si lo prudente era legalizarla y, en caso afirmativo, con qué alcance. La pretendida ignorancia de la cuestión moral acarreó la conocida consecuencia: se impuso el criterio, moral o inmoral --no hubo autorización para debatirlo en esos términos--, de la mayoría, que las profesionales del sexo supieron interpretar como un guiño de ojo a su actividad(10).

Hemos mencionado al pasar la teoría de la neutralidad, que compite con el paternalismo y el perfeccionismo en lo referente al grado de interferencia del Estado en la vida de los individuos(11). Cabe anotar que esta teoría campea hace tiempo en la arena político-jurídica anglosajona aunque en los últimos años ha sufrido duros embates desde distintos frentes, especialmente en virtud del renacimiento del perfeccionismo(12) y el auge del comunitarismo (13).

III. Creo que el señalado en el apartado precedente es el marco ético adecuado para entender qué significa la Constitución Nacional cuando establece que 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 (art. 19). A continuación, analizaremos esta norma en el contexto del derecho constitucional argentino. Prestaremos atención, por un lado a la doctrina de los autores clásicos y, por otro, a los contemporáneos que han tratado de una manera integral el tema.

El repaso de los antecedentes históricos del art. 19 se halla notablemente facilitado por la investigación de Arturo Enrique Sampay volcada en su monografía Las acciones privadas de los hombres (14). A ella remito en honor a la brevedad sin dejar de hacer notar que de aquel estudio se sigue que la norma que analizamos estuvo presente, casi en su redacción actual, desde los albores de nuestra organización institucional.

La doctrina nacional de los primeros tiempos fue relativamente parca en lo que al art. 19 de la Constitución se refiere. Esto se explica, en parte, si se tiene en cuenta que en los cursos de derecho constitucional lo relativo a la primera parte de la Constitución --declaraciones, derechos y garantías-- ocupa, en general, no más de un capítulo(15). Ultimamente, en cambio, nuestros constitucionalistas suelen dedicar tanta extensión al tratamiento

© Thomson Reuters Información Legal

de la parte orgánica como a la dogmática.

Joaquín V. González sostuvo una interpretación de la primera parte de la norma según la cual el ámbito de las acciones privadas está limitado a la interioridad de las personas; la ejecución de lo pensado o lo querido ya es algo que cae lícitamente dentro de la esfera de la regulación legal, y se aplica la segunda parte del art. 19: se podrá o no ejecutar la acción pergeñada según que esté o no prohibida por una ley (16). Creo que esta tesis es un tanto simplista pues --al menos hoy en día-- no parece que hiciera falta un precepto constitucional expreso para preservar los pensamientos de la intervención estatal. La Corte, no obstante, otorgó ese alcance a la norma, hasta recientemente (17). González vuelve a tratar el tema de las acciones privadas al referirse al art. 18 de la Carta Magna. Entonces afirma:

"Si la persona es inviolable y está protegida tan ampliamente por la Constitución, es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos; así la conciencia, el cuerpo, la propiedad y la residencia u hogar de cada hombre. La palabra domicilio abraza estos dos últimos sentidos. Hogar es la vivienda, y por excelencia el centro de las acciones privadas que la Constitución declara reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19), allí donde se realizan la soberanía del individuo y los actos y sagrados misterios de la vida de la familia; la residencia es quizá menos íntima, pero lleva el mismo sentido de independencia y caracteres menos fundamentales y permanentes. El domicilio es el espacio en el cual un hombre tiene poder superior al del Estado mismo... Este derecho de resguardar la vida privada fue reconocido desde la más remota antigüedad..."(18).

De esta manera, González parece fundir en una sola norma los preceptos de los arts. 18 y 19 y otorgar a este último un alcance mayor que la mera tutela de la interioridad. Acciones privadas serían también, las que se desarrollan "en casa" sin perjuicio de la posibilidad del allanamiento de ésta en ciertas circunstancias. He aquí una delimitación interesante del concepto de acciones privadas que se caracteriza por su claridad. Volveremos sobre él más adelante.

Montes de Oca en cierto sentido sigue a González, pues trata conjuntamente los arts. 18 y 19, bajo el título de las garantías individuales. Más aún, invierte el orden y trata primero el 19 "porque consideramos que se hace así más fácil la inteligencia de la materia"(19). Sostiene sorprendentemente que:

"La primera parte del art. 19 no requiere explicación. Es evidente que las acciones que de ningún modo ofendan la moral, el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Los hombres, que en el ejercicio de su libertad, hieren los intereses de sus semejantes, no caen en la órbita de acción del derecho; la ley fundamental de la Nación se apoya simplemente en las normas jurídicas que rigen el desenvolvimiento social; la esfera de la moral pura le es extraña"(20).

Quizás sea evidente lo que señala Montes de Oca. Lo que no parece en modo alguno evidente es cuál sea el parámetro para determinar cuándo una acción deja de ser privada.

Lucio V. López afirma, respecto del art. 19, que:

"Este principio tiene por objeto el evitar que la autoridad de los mandatarios públicos no pese más de lo que debe pesar sobre las personas y los bienes de los gobernados. Cualquiera que sea la vaguedad de esta regla, ella significa que todos los derechos no enunciados en leyes o reglamentos son patrimonio de los habitantes y de los ciudadanos de una nación, siempre que ellos no sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres, y que no ofendan derechos de la comunidad o de terceras personas"(21).

Esta conceptualización es susceptible de crítica, pues deja a merced de las leyes la decisión de cuándo una acción es privada: cuando una ley regula un tema, automáticamente sale de la órbita del art. 19. Ello no puede ser así pues dicha norma tiene precisamente la finalidad de prevenir en algunos casos el avance legislativo sobre la privacidad. Deja esto en claro la formulación que hace Agustín de Vedia, quien sostiene que en virtud del art. 19:

"... la autoridad de la ley o de los magistrados no se ejerce sino sobre aquellos actos positivos que son

© Thomson Reuters Información Legal

susceptibles de afectar el orden, la moral pública, o los intereses de tercero. Todo lo demás queda abandonado exclusivamente a la conciencia del individuo o a una sanción puramente moral, estando por consiguiente, fuera de la acción represiva de la ley"(22).

De Vedia concluye, además, que la inclusión de la norma que analizamos "importa reconocer y consagrar la libertad de conciencia o la libertad de cultos"(23).

Por su parte, José Nicolás Matienzo afirma que el art. 19 hace bien en limitar el alcance de la intervención estatal pues:

"... la ley podría imponer restricciones que no interesan a la sociedad en conjunto, u ordenar ciertas reglas que serían inconvenientes... Una legislación que no se ajustase a la garantía ofrecida a la libertad individual por el artículo 19 de la Constitución, sería abusiva y tiránica. La libertad consiste, radicalmente, en obrar sin restricciones, mientras no se perjudique con esto a los demás.

Entre las acciones humanas posibles, hay muchas que entendemos que no son susceptibles de alterar el orden ni perjudicar la moral. Dentro de esa esfera, la Constitución desea que la ley no intervenga"(24).

Finalmente, González Calderón sigue básicamente la línea de Joaquín González, a quien cita ampliamente, en el sentido de relacionar las acciones privadas del art. 19 con la protección del domicilio del art. 18 (25). Por otra parte, al igual que De Vedia, entiende que del art. 19 surge la protección de la libertad de conciencia, que cesa cuando las ideas o creencias se manifiestan exteriormente, ya que a partir de aquí procede la intervención estatal (26).

Como conclusión de la doctrina nacional de los primeros tiempos, podemos decir que, en general, el análisis se limitó a reiterar los contenidos del precepto que estudiamos. No se profundizaron cuestiones como los conceptos de orden y moral pública, o la posible diferencia entre éstos y la noción de "derechos de terceros", y, más importante todavía, la delimitación entre lo público y lo privado. El esclarecimiento de estos temas hubiera permitido precisar el ámbito tutelado por la norma y el alcance de la autoridad estatal. Probablemente ello no fuera muy necesario en los primeros tiempos de nuestra organización institucional, al parecer menos problemáticos en este aspecto, de estar a lo reflejado por la escasez de casos jurisprudenciales sobre la materia.

Hasta mediados de los años '60 no existían en nuestro país obras que se dedicaran a analizar integralmente el tema de "las acciones privadas de los hombres y la moral pública". En 1965 se publicó la monografía de Sampay que ya mencionamos y, al año siguiente, el libro "La moral pública y las garantías constitucionales", de Carlos Valiente Noailles (27). Ambos trabajos merecen una consideración en cierto detalle, pues brindan una valiosa guía para el estudio de la cuestión. Cabe adelantar que los dos sostienen una concepción restrictiva de la privacidad y amplia de la moral pública.

Sampay considera que el art. 19 "condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del contexto de ideas de nuestra civilización" (p. 49). Su inteligencia de la norma gira en torno a la idea de que el Estado sólo debe encargarse de los aspectos exteriores de las relaciones de justicia. Luego, quedan fuera de su autoridad, e incluidas en el concepto de "acciones privadas", tanto las acciones internas como las exteriores "que no sean públicas, vale decir, que no caigan bajo el imperio de la virtud de la justicia" (p. 25). Las primeras son privadas por dos razones. En primer lugar, por la imposibilidad natural o material del hombre de conocerlas. La segunda es una razón de orden moral: "el Estado no debe reglar esos actos porque su potestad legislativa tiende exclusivamente a la paz y honestidad exterior de los miembros de la comunidad, con las cuales no se vinculan los que se consuman en el interior del ser humano" (p. 31). En esto Sampay sigue la jurisprudencia de la Corte vigente cuando escribió su libro (Fallos 171:103, entre otros). Pero, como dije, extiende las acciones privadas a aquellas que, siendo exteriores, no ofendan de ningún modo el orden o la moral pública ni perjudiquen a un tercero es decir, aquellas que no son materia de la virtud de la justicia (p. 37). Aunque admite, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, que la ley mande alguna cosa de las otras virtudes considerándola bajo la razón de justicia.

© Thomson Reuters Información Legal

Para este autor es relevante la cualificación de "pública" que hace la Constitución al definir la moral cuya afectación autoriza la intervención estatal:

"... es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen, según ya advertimos, los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir a aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población (p. 20).

Si se considera que el adjetivo publicus, esto es, populicus, denota la cualidad de pertenecer a un populus, es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en un orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional "moral pública" significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden..." (p. 38).

En cambio, Sampay no parece otorgar demasiada importancia a la diferenciación que hace el art. 19 entre orden, moral pública y derechos de terceros, pues los tres hacen referencia a la virtud de la justicia:

"Por tanto, el primer precepto de la parte proemial del artículo 19, a saber, no ofender el orden... lleva incoado los otros dos preceptos, porque no quebrantar la moral de los actos humanos públicos y no perjudicar a un tercero, es proceder conforme a la justicia, mediante la cual se causa y mantiene aquel orden" (p. 38).

Valiente Noailles, por su parte, sostiene que existen dos esferas de conducta, la de lo estrictamente privado y la de lo parcial o totalmente público (p. 28). "La redacción del artículo 19 impone la necesidad de distinguir conceptualmente entre lo público y lo privado" (p. 59). La norma implica:

-- la intangibilidad de la conciencia y del fuero íntimo

-- el derecho a no ser molestado en razón de acciones estrictamente privadas

-- el derecho a que no se difundan detalles de la vida privada de uno

-- el deber estatal de proteger la moral pública (p. 29)

Nótese que el autor incluye en el concepto de privacidad lo que otros juristas distinguen bajo el nombre de derecho a la intimidad (28): los datos íntimos de una persona. Más adelante define "lo estrictamente privado" como "lo particular y personal de cada uno" y "lo que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente sin ceremonia alguna", siguiendo la definición del Diccionario de la Real Academia (p. 38). La inclusión de la ejecución exterior de actos internos implica una aceptación de la ampliación del concepto de privacidad respecto de la antigua jurisprudencia de la Corte que la recluía, como vimos, a la interioridad. Al igual que algunos autores clásicos que hemos citado, afirma que lo privado también está protegido por otras normas de la Constitución: las que consagran la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y los papeles privados y la protección integral de la familia (idem). Y añade que "al carácter de reservado de la definición del diccionario, debe agregarse el requisito de ser algo que se da aisladamente, aquí o allá, sin conexión con otras conductas del mismo tipo. Porque si se sale de lo particular para caer en lo general, aparece el peligro público y las acciones dejan de ser privadas" (p. 60).

Valiente Noailles se apresura a aclarar algo, que constituye, a mi modo de ver, la médula de su teoría:

"Pero esta definición de lo estrictamente privado, presenta dificultades prácticas. Porque no hay nada, salvo el pensamiento, de lo que pueda afirmarse que es, de por sí, estrictamente privado. En todas las demás acciones privadas pueden estar de alguna manera afectados el orden público, la moral pública o el derecho de terceros. Desde luego que aludimos a una mera posibilidad que impide descartar apodícticamente, de antemano en un terreno cualquiera excepto el del pensamiento, que pueda estar comprometido alguno de aquellos puntos.

Eso explica que la Corte haya podido decir, con verdad: "El poder judicial penetra en el hogar de cada hombre, juzga su propiedad, su reputación, su vida, todo (Fallos 176:73; voto del doctor Calderón)" (ps. 38-39).

Entiendo que en el pasaje transcripto el autor admite que el límite del accionar estatal válido en relación con la vida de las personas no puede fijarse de antemano y no constituye, por lo tanto, una cuestión de principio. Por

© Thomson Reuters Información Legal

el contrario, es una cuestión prudencial que debe analizarse de acuerdo con las circunstancias del momento.

A continuación, Valiente Noailles realiza una interesante afirmación:

"... es cierto que no existe una moral pública distinta de una moral privada. El sentido moral es uno solo para lo público o para lo privado. Hay sí inmoralidades públicas o inmoralidades privadas. Las primeras son las que atacan la moral pública y a ellas se refiere la expresión constitucional...

... No puede pretenderse otra cosa, porque defender la moralidad pública con indiferencia por la moralidad privada, sería defender solamente una abstracción hipócrita (ps. 52-53)".

Sin embargo, en sintonía implícita con los principios antropológicos que expuse más arriba, el autor sostiene que "proteger y aun promover la moralidad de los habitantes no es compelerlos a ser morales, con lo que como en tiempos de Calvino, se obligaría a los individuos a ser tartufos, destruyendo lo que se quiere proteger" (p. 55).

A continuación, explica cómo puede vulnerarse la moral protegida por el art. 19. Ello ocurre:

-- cuando se impone a alguien la contemplación o audición de algo que ofende sus sentimientos morales

-- cuando públicamente o por un medio de difusión pública se incurre en expresiones de por sí susceptibles de ofender a alguien en sus sentimientos morales

-- cuando públicamente o por un medio de difusión pública se incurre en expresiones de por sí susceptibles de desmoralizar a la comunidad, haciendo decaer su grado de moralidad, su fuerza creadora o la cohesión comunitaria (29).

-- cuando de algún modo se incurre en expresiones susceptibles de desmoralizar a niños y menores en general, aunque puedan ser indiferentes para adultos (ps. 57-58).

Finalmente, nos detendremos en el contenido de la moral que, según Valiente Noailles, protege la Constitución Nacional. Para empezar, descarta el criterio sociológico de acuerdo con el cual moral pública es igual a usos sociales o conciencia social del momento. Le parece que esta pauta es imposible de determinar en la práctica. Y por otra parte, la moral social puede estar corrompida, en cuyo caso sería claro que ello no merece tutela constitucional. En cambio, nuestro autor piensa que debe buscarse el contenido de la moralidad ante todo en la letra y espíritu de la Constitución (p. 70). Sostiene que ésta "no es neutral en esta materia ni abdica a favor de usos sociales del momento" (idem). A continuación, enumera las normas y principios constitucionales relevantes:

-- el art. 1°, en cuanto instituye la forma republicana de gobierno (30)

-- los artículos que valoran la educación, el trabajo y la familia (5; 14; 14 bis; 25)

-- los artículos que dan "preeminencia constitucional al culto católico" (2°; 67 incs. 15; 19 y 20; 86 incs. 8° y 9°; 76; 80). De conformidad con ellos "no queda duda que cuando se trata de juzgar si se ha promovido la elevación de moral pública como es obligación estatal hacerlo o si se la ha lesionado en un caso determinado, debe atenderse al contenido de la moral cristiana antes que a los 'usos y costumbres de la mayoría' (ps. 70-79).

Concluye que la moral pública de que habla la Constitución comprende:

-- la necesidad y el sostén de un código moral elevado y útil a la convivencia y al progreso material y espiritual

-- la necesidad de una conformidad de las conductas individuales con ese código-decencia de las costumbres, vigencia de las virtudes

-- la disposición anímica de la sociedad y de cada uno de sus individuos para cumplir su función creadora dentro de la comunidad (p. 84).

Como se ve, Valiente Noailles tiene una concepción sumamente ambiciosa y amplia de la "moral pública" y

© Thomson Reuters Información Legal

llega a admitir que para su delimitación puede válidamente recurrirse a los contenidos del credo cristiano.

Para culminar con este apartado expondré las principales conclusiones del libro de Germán J. Bidart Campos "Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal", publicado en 1980 (31).

El autor sostiene que no puede haber real oposición entre libertad y moral pública: "... según la Constitución, no hay libertad contra la moral pública". Cuando la moral pública está en juego "el poder del Estado está capacitado para actuar. Y en tal caso no avanza indebidamente sobre ninguna libertad"(32).

Coincide con Valiente Noailles, a quien cita, en que la moral es una sola y gobierna todas las conductas humanas, tanto las íntimas o privadas, como las sociales o públicas (33).

"¿Por qué, entonces, la Constitución no usó a secas la palabra moral? ¿Por qué le añadió el adjetivo pública? Es importantísimo decir algo sobre esto. No es que haya dos morales. Pero sí es cierto que hay conductas inmorales privadas y conductas inmorales públicas. Ambas atacan la moral, pero las privadas no suelen herir el bien común, en tanto que las segundas, sí. Las primeras escapan a la jurisdicción del Estado, y las segundas provocan su actuación. Entonces lo que la Constitución quiere decir es que las conductas inmorales privadas que no dañan al bien común corren por cuenta de su autor, y son juzgadas sólo por Dios, no pudiendo la autoridad tomar injerencia en ellas; pero las conductas inmorales públicas que dañan el bien común no gozan de esta exención, no son inmunes al poder del Estado: sobre ellas la autoridad juzga, decide, sanciona, prohíbe"(34).

¿Qué es, en definitiva, la moral pública?

"La moralidad pública encierra todas las condiciones de eticidad de las conductas sociales, a tenor de pautas objetivas dadas por el criterio constitucional que recepta la moral cristiana, y por el sentimiento moral medio de la comunidad en sus valoraciones"(35).

Bidart Campos sostiene que no basta que una acción sea privada para que quede bajo el amparo del art. 19 de la Constitución. Además de ser privada, no debe ofender a la moral pública. A su vez afirma que una acción inmoral pública puede no herir la moral pública. Para que ello ocurra, "hace falta que se dé un peligro real y actual a las buenas costumbres, que incite a conductas inmorales similares, que estimule deseos de imitación, etc."(36). Elabora la siguiente clasificación:

a) Acciones privadas que son inmorales y que no dañan la moral pública (por ej.: la embriaguez de una persona en su domicilio, que bajo el efecto del alcohol se echa a dormir tranquilamente).

b) Acciones privadas que son inmorales y que sí dañan la moral pública (por ej.: la tenencia de estupefacientes para uso personal (37); la embriaguez de un diputado que, bebiendo en su casa, asiste al Congreso con su capacidad disminuida por efecto del alcohol y no cumple bien su función --argumento del art. 58, Constitución--).

c) Acciones públicas que son inmorales y que no dañan la moral pública (por ej.: la convivencia concubinaria que es conocida públicamente como aparente matrimonio).

d) Acciones públicas que son inmorales y que sí dañan la moral pública (por ej.: las exhibiciones obscenas) (38).

Dedicaremos la siguiente sección a estudiar la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa al art. 19 de la Constitución, que ha crecido considerablemente en los últimos años.

IV. Para comenzar cabe decir, con Valiente Noailles, que "por regla general, la Corte alude a la 'moral pública' sin entrar demasiado en los alcances de esa expresión"(39). Por ello, no me referiré a todos los fallos en que menciona el concepto o cita el art. 19, sino sólo a los que abordan su contenido.

El primer fallo en que el tribunal definió una conducta como excluida del art. 19 de la Constitución fue el registrado en Fallos 103:255 (1905). En esa ocasión se declaró constitucional una ley que además de prohibir los juegos de azar, sancionaba la tenencia de billetes de loterías clandestinas. Sostuvo que "al prohibir... la posesión

© Thomson Reuters Información Legal

de sus billetes, no se atenta contra las acciones privadas de la Constitución Nacional, sino que se prohíbe el juego, cuya influencia va a afectar a la familia, al bienestar de terceros y los intereses de la Nación".

El siguiente caso es del año 1928 (Fallos 150:419). Se trataba de una ley sanjuanina que imponía una multa a los médicos que no prestaban servicios gratuitos de asistencia pública. La Corte sostuvo que la norma "se aparta del terreno de la legislación positiva para invadir el fuero interno de la conciencia, reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados (Constitución, art. 19)" y que "no se puede inculcar por ley y mediante apremios pecuniarios, el culto de virtudes superiores que radican sustancialmente fuera del alcance de los preceptos legales y jurídicos". Esta concepción de la función de la ley nos remite al debate que hemos abordado en la sección II, supra. Parece sumamente acertado el matiz "sustancialmente", pues indirectamente las leyes pueden redundar en la adquisición de virtudes por parte de los súbditos.

En Fallos 171:103, la Corte definió con claridad qué acciones consideraba privadas en los términos de la normativa constitucional. Esta definición es de gran importancia pues, como adelanté, fue mantenida por la jurisprudencia hasta hace poco. Para resolver que los delitos subversivos del orden social sólo pueden "tomar sus formas en la hipótesis de que las ideologías que los sustentan se tradujeran en hechos o en actividades", consideró que:

"Es cierto que las acciones privadas están reservadas a Dios, (pero) el precepto del artículo 19 es todavía más exacto cuando trata de las ideas que no se exteriorizan en acciones".

En Fallos 296:15 (La Ley, 1977-A, 35), el Tribunal ratificó esta definición al resolver a favor de la constitucionalidad de una norma de la ley de matrimonio civil (Adla, 1881-1888, 497) que establecía la infidelidad de los esposos como causal de culpabilidad del divorcio. El Procurador, cuyo dictamen compartió la Corte, sostuvo que:

"En la medida que la valoración jurídica de una conducta humana sea necesaria para atribuir o negar derechos subjetivos al interesado o a terceros --tales como alimentos, vocación sucesoria, tenencia de hijos, etc.-- no cabe considerar como inconstitucional una norma que autoriza el enjuiciamiento de comportamientos que, aunque privados, se han traducido en hechos exteriores y objetivos que permiten tomarlos como presupuestos de determinadas consecuencias, por estar en juego, precisamente, los derechos de terceros a los que se refiere el art. 19 de la Constitución Nacional".

En la misma línea la Corte dijo en esa causa que:

"Que, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados está claramente delimitando, así sea en forma negativa, su ámbito específico, en el sentido de que aquellas son las que "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". Acciones privadas son, pues, las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, sin concretarse en actos exteriores que pueden incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan y por las cuales, a su vez, son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal, fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política (énfasis agregado).

Las primeras pertenecen al ámbito de la moral individual y están reservadas sólo al juicio de la propia conciencia y al de Dios y escapan, por ende, a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados. Las segundas, que configuran conductas exteriores con incidencia sobre derechos ajenos y proyección comunitaria, entran en el campo de las relaciones sociales objetivas que constituye la esfera propia de vigencia de la justicia y el derecho; estas conductas, por ende, están sometidas a la reglamentación de la ley en orden al bien común y a la autoridad de los magistrados, encargados de adecuar y aplicar aquélla a los casos particulares.

Las primeras conforman el amplio espectro de las acciones humanas "ajurídicas", esto es, que quedan fuera

© Thomson Reuters Información Legal

de la competencia del ordenamiento jurídico; podrán estimarse buenas o malas moralmente, pero no admiten la calificación de lícitas o ilícitas según el derecho. Las segundas, caracterizadas supra, constituyen conductas jurídicas --sean conformes o disconformes a la norma legal-- en tanto forman parte del complejo de relaciones humanas que cae bajo la específica competencia del orden jurídico (considerando 4°; el énfasis está agregado, para resaltar cómo la Corte comparte la doctrina de la unidad del orden moral)"(40).

En el consid. 5° de la misma sentencia se afirma --con precisión, como veremos-- que las acciones exteriores que ofenden los bienes tutelados por el art. 19 son "materia adecuada para ser reglamentada por ley".

En el caso "Colavini" (Fallos 300:254 --La Ley, 1978-B, 448--) la Corte reiteró esta doctrina al resolver que la tenencia de estupefacientes para uso personal no es una acción privada del art. 19:

"En nuestro régimen constitucional resulta admisible afirmar que existen ámbitos de conducta humana que no pueden ser abrazados por la regulación estatal... De tal precepto constitucional (el artículo 19) se desprende un primer límite a la potestad estatal de regular la convivencia social. El derecho sólo puede ocuparse de "acciones"; por el contrario, todo cuanto se desarrolle y permanezca en el fuero interno del individuo sin alcanzar ningún grado de exteriorización pertenece a su ámbito de intimidad en el que no puede caber injerencia legislativa alguna" (del dictamen del Procurador, que la Corte hizo suyo; cit. ommissis).

Aunque también cabe hacer notar que en "Colavini" hubo una ampliación implícita del ámbito protegido:

"A su vez, no todas las acciones interesan al ordenamiento jurídico. Este, en su tarea de preservar la paz social protegiendo aquello que la colectividad valore positivamente, sólo puede atender a las acciones que perturben, de alguna manera, el bien común, es decir, las que afectan el orden y la moralidad pública o perjudiquen los derechos de terceros. Las acciones que no tienen tal incidencia, en cambio, quedan reservadas al solo juicio de Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" (idem).

En Fallos 302:458 (La Ley, 1980-C, 506) la Corte, al declarar constitucional la ley que establece restricciones a los padres en la elección del nombre de sus hijos, resolvió que dicha elección "trasciende la esfera del mero interés individual de las personas y compromete el interés general, al ser un medio necesario para una fácil individualización de aquéllas, lo que a su vez es exigencia de todo orden social; y porque, además, el idioma constituye un factor de indudable importancia en orden a la identidad espiritual de una nación" (del consid. 8°).

En Fallos 302:604 (La Ley, 1980-C, 280) se consideró recluidas en el ámbito de protección del artículo 19 a las creencias de un Testigo de Jehová y se revocó la resolución administrativa que ordenaba su expulsión del país a causa de aquéllas. Se reafirmó en este caso el "criterio de la interioridad" de Fallos 171:103 y 296:15. Tal criterio resultaba aplicable al caso:

"...habida cuenta de que el único motivo por el cual se aplicó la medida cuestionada al recurrente consiste en haber contestado, en el formulario de la Dirección Nacional de Migraciones, rubro Religión, ser Testigo de Jehová; declaración que sólo implica haber manifestado el credo religioso que profesa, lo que ubica su actitud entre las 'acciones privadas' supra referidas no susceptibles de ser alcanzadas por el ordenamiento jurídico positivo ni, por ende sancionadas por la autoridad pública" (del consid. 6°).

Y en Fallos 305:1627 también se ampararon las creencias de una madre, Testigo de Jehová, que recibió de su marido una impugnación de la tenencia de los hijos de los dos fundada en la religión de aquélla. La Corte dijo que:

"... el a quo ha basado su pronunciamiento casi exclusivamente en hechos o comportamientos eventuales y futuros, que podrían derivarse de la convicción religiosa de la madre, pero no lo ha fundado en conductas exteriores jurídicamente relevantes que, conforme a la doctrina que surge de Fallos 302:604, estén sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional)" (del consid. 6°).

El "criterio de la interioridad" fue abandonado rotundamente por la Corte en el caso "Ponzetti de Balbín"

© Thomson Reuters Información Legal

(Fallos 306:1892 --La Ley, 1985-B, 120--), cuando se afirmó que:

"En relación directa con la libertad individual, (el artículo 19) protege jurídicamente 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 y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen"(41).

Sobre la base de este nuevo criterio, el Tribunal cambió su jurisprudencia en materia de tenencia de drogas en el caso "Bazterrica" (Fallos 308:1392 --La Ley, 1986-D, 550--). En este caso, además, se contradijo la doctrina de la unidad del orden moral, sostenida como vimos, por Valiente Noailles y Bidart Campos, entre otros.

"Que, sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva. Conviene distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 de la Constitución Nacional aclarando aquellos conceptos"(42).

En casos posteriores de tenencia de estupefacientes para uso personal la Corte comenzó a hacer distinciones según dónde tenía lugar la acción. En Fallos 310:2836, se consideró ajena al art. 19 la tenencia en una plaza por parte de dos personas, una de las cuales había inducido a la otra a consumir. En Fallos 312:1892 se dijo lo mismo de la tenencia de droga con el propósito confesado de ser consumida en una fiesta.

Los fallos "Ponzetti de Balbín" y "Bazterrica" marcaron un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A partir de entonces, y hasta 1989, en que su composición fue ampliada, se sostuvo un criterio más amplio de "acciones privadas" que se tradujo en la inclusión en el ámbito protegido por el art. 19 conductas como la elección de un proyecto de vida matrimonial disoluble (caso "Sejean", Fallos 308:2268) (43) y la objeción de conciencia al servicio militar (caso "Portillo", Fallos 312:496 --La Ley, 1989-C, 405--) ambas prohibidas por leyes, que fueron declaradas inconstitucionales por violar el derecho a la privacidad.

A pesar de que la Corte, en su nueva composición, no cambió significativamente la configuración conceptual genérica de la moral pública, sí modificó en cambio el criterio que regiría la tenencia de estupefacientes para uso personal, en el caso "Montalvo" (Fallos 313:1333 --La Ley, 1991-C, 80--) (44). Esta conducta pasó entonces a estar excluida de las acciones privadas del art. 19.

En Fallos 314:1531 (La Ley, 1991-E, 679) el tribunal se pronunció en el caso "Comunidad Homosexual Argentina" a favor de una resolución administrativa que había denegado la solicitud de personería jurídica a dicha entidad. Entre otros conceptos, la Corte dijo en uno de los votos que conformaron la opinión mayoritaria:

"Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño. Que la condición homosexual no resulta exclusivamente materia privada de los hombres lo demuestra, con creces, los objetivos estatutarios de la recurrente que persigue precisamente la personería jurídica al amparo del artículo 33 del Código Civil y, en definitiva, un título de aprobación estatal"(45).

© Thomson Reuters Información Legal

El último fallo del que nos ocuparemos recayó en los autos "Bahamondez"(46). Si bien la mayoría decidió que el caso era abstracto, tanto dos de los jueces que la integraron, como los cuatro que votaron en disidencia, sentaron doctrina constitucional relacionada con el artículo 19 de la Constitución. En efecto, sostuvieron que la decisión de una persona del culto de los Testigos de Jehová, de oponerse a una transfusión sanguínea, se hallaba recluida en el ámbito protegido por aquella norma constitucional.

V. Intentaré ahora, con la ayuda de todo el material consultado, elaborar algunas precisiones del elusivo concepto que nos ocupa. En primer lugar, debemos recordar que la propia persona es responsable de la rectitud moral de su conducta; sólo uno mismo puede hacerse bueno, eligiendo libremente el bien. Pero para el descubrimiento y discernimiento de lo bueno el hombre cuenta, en primer término, con la guía de su familia. Durante la infancia y la juventud esa educación tiene una importancia vital y es razonable que también la comunidad, incluido el Estado, asuma una responsabilidad formativa. Al menos de un tipo negativo, evitando la propagación de ideas o conductas que conspiren contra la formación que deben brindar las familias. El Estado, en este sentido, tiene el deber de favorecer un entorno o ambiente social sano y de preservar la moralidad (pública) de las costumbres.

En segundo lugar, creo que los principales destinatarios de la protección constitucional de una esfera de privacidad son los adultos. Para empezar es necesario aclarar que cualquiera sea el alcance de esa esfera, el reconocimiento de que ciertos actos gozan de inmunidad frente a la autoridad pública no importa reconocer su bondad moral (47). El Estado no deja de entrometerse en una elección inmoral privada porque sea moralmente neutra sino porque es privada. Juega aquí la idea de la tolerancia: el Estado tolera un mal pues no le compete interferir con su comisión; interferencia que, por otra parte, causaría males mayores. En otras palabras, la conducta mala tolerada es ajena al Estado no por ser moral ("privada") sino por ser privada. La distinción entre libertad moral y libertad jurídica --equivalente a la dualidad "derecho moral y derecho legal" de la tradición anglosajona-- expresa adecuadamente esta cuestión. No existe libertad moral para hacer el mal, y las leyes no podrían concederla. Pero, con las limitaciones que, por ejemplo, establece nuestro art. 19, existe una libertad jurídica de realizar ciertas acciones malas, que consiste en una ausencia de coacción por parte del Estado.

El juicio moral del Estado sobre la moralidad de las conductas privadas de los miembros de la sociedad es no sólo inevitable sino necesario, pues permite obtener una conclusión de suma relevancia: todas las acciones privadas buenas están completamente fuera del alcance de la autoridad estatal, ya que, por definición, no ofenden el orden, la moral pública ni perjudican a un tercero. El fundamento de la posibilidad de aquel juicio fue inteligentemente señalado por Valiente Noailles cuando dijo que "el sentido moral es uno sólo para lo publico o para lo privado" (cf. supra).

En tercer lugar, la exclusión de ciertas acciones inmorales del ámbito de interferencia estatal no se debe a que no afecten o no integren el bien común de la sociedad en cuyo seno dichos actos tienen lugar. Es evidente que todo acto malo repercute de algún modo en la comunidad. Hasta los pensamientos perversos terminan proyectándose muchas veces en aberraciones. Lo que ocurre es que las acciones privadas no forman parte del bien común político, que es el fin del Estado y delimita su ámbito apropiado de competencia. Ese bien común es limitado y no alcanza, por tanto, todos los aspectos del bien común simpliciter. La razón de ser de esta limitación es, por un lado, el principio de subsidiariedad. Compete al propio individuo y a las familias el educar la moralidad privada. Si se entrometiera allí, el Estado se comportaría como un elefante en un bazar. Por otro lado, recordamos, siguiendo a Finnis (cfr. supra), que la finalidad de la comunidad política es menos ambiciosa que la de otras organizaciones "menores" --familia, iglesia(s), etc. Consiste en procurar la justicia y la paz; no en hacer buenos (ni santos) a los hombres (48)-- aunque la procura de aquéllas pueda traer como consecuencia (side-effect) la facilitación del perfeccionamiento moral personal. Ahora bien, nuestra Constitución incluye en lo público y político, y por tanto, lo que es de competencia estatal, a la moral pública como límite de la privacidad. Ello plantea dos interrogantes: ¿Cuáles acciones son privadas? ¿Cuál moral (pública) debe tenerse en cuenta, para saber si una acción privada está reservada exclusivamente al juicio de Dios?

© Thomson Reuters Información Legal

Evidentemente los pensamientos, la interioridad --con independencia de su rectitud moral-- son privados. Es el campo de las acciones exteriores inmorales el que ofrece mayores dificultades. Creo que la pauta más adecuada es de tipo espacial: privado es lo que ocurre en un lugar privado. Esta pauta se entronca, como vimos, en una antigua tradición doctrinal, tanto en la Argentina como en el derecho constitucional comparado(49). Las acciones que tienen lugar en público, en consecuencia, se hallan fuera del marco del art. 19 de la Constitución y son potencialmente alcanzables por la potestad estatal. Digo potencialmente porque razones prudenciales pueden llevar en muchos casos a contener el ejercicio de dicha potestad y tolerar ciertas acciones públicas inmorales para evitar males mayores o promover otros bienes. Por ejemplo, la actitud de una persona que, en virtud de sus creencias religiosas, se niega a cumplir con el imperativo ético de preservar la vida frente a la advertencia médica de que con una mera transfusión de sangre puede salvarla, realiza una acción pública objetivamente contraria al orden moral. Pero dado que muchas personas obran de tal manera de buena fe, el Estado, para respetar la libertad religiosa, puede (y debe) en algunos casos abstenerse de imponer coactivamente la transfusión eventualmente salvadora.

Lo que sigue es, entonces, definir cuándo una acción que se realiza en privado ofende al orden y a la moral pública, o perjudica a un tercero. Ello no ocurre, como ya dije, con las acciones buenas por su objeto (50). Estas están exentas de la autoridad de la ley. La pauta del perjuicio a un tercero --coincidente con la filosofía de John Stuart Mill-- parece de fácil comprobación. Si se actúa sin el consentimiento de una persona para violar sus derechos, la acción excede el ámbito del art. 19 aunque se desarrolle en privado. Pero la Constitución agrega los conceptos de orden y moral pública. Entiendo que estas pautas son de carácter residual y deben aplicarse una vez que se concluya que una acción no perjudica a un tercero. Luego, si la acción perjudica a un tercero, ya está claro que no está protegida por la privacidad constitucional. Pero aunque no aparezca un tercero en concreto visiblemente dañado, la acción privada tampoco gozará de la protección constitucional del art. 19 si ofende otros aspectos del bien común que el Estado debe promover, esto es, el orden y la moral pública (51).

El concepto de moral pública supone que existe una distinción dentro del buen obrar: público y privado. Esta distinción estaba ausente en los clásicos y aun en muchos modernos. La moral pública consiste, como parte del bien común, en la moral de la comunidad como tal. No en la que de hecho tiene (la mayoría), que puede ser, a veces, una inmoralidad pública; ni en la que eventualmente se acuerde (consenso), que puede dejar de lado a quienes no participan en el acuerdo (52). Consiste, en cambio, en las manifestaciones del recto obrar moral de los ciudadanos que más inmediatamente proyecten sus efectos en los demás; o que contribuyan a dar forma adecuada al entorno en el cual conviven. Mientras que la "moral privada" sería aquella parte del obrar de los miembros de la comunidad que carece de significativas repercusiones en los demás miembros. Aunque cabe reiterar que la moral es una sola porque los principios sobre los que se basan sus aspectos públicos son los mismos que los que fundamentan la "moral privada". La distinción público-privado es simplemente un recurso tendiente a definir la competencia estatal.

Quedan, entonces, exentas de la autoridad del Estado las acciones privadas que no ofendan la moral pública, tal como la he definido. Este concepto incluye implícitamente el de orden. Es necesario un fino sentido prudencial para saber distinguir cuáles acciones privadas ofenden la moral pública. Si participa más de una persona, el consentimiento es una pauta importante que, además, lleva implícito el requisito de que los participantes sean adultos. Pero no es una pauta decisiva. Por ejemplo, la sodomía consensual entre adultos en privado, bien que inmoral, no afecta la moral pública (53). Pero la circunstancia de que un grupo de personas participen organizadamente en ciertas actividades inmorales plantea un supuesto relevantemente distinto, pues le da una connotación social que impide calificarla de privado, aunque se realice en privado. Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad de sadomasoquistas, adecuadamente resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos(54). ¿Qué decir de la tenencia de estupefacientes en un lugar privado destinada a uso personal? Esta acción privada pone en peligro bienes públicos relevantes, como la salud pública, comprendida en los conceptos de orden y moral pública tutelados por la Constitución y, por tanto, no cuenta con protección constitucional (55).

Como la privacidad y la moral pública son dos componentes del bien común --que no compiten entre sí, sino

© Thomson Reuters Información Legal

que se complementan(56)--, comparten con aquél la característica de no ser conceptos susceptibles de una definición apriorística y fija. Pueden variar con las circunstancias y exigen una delimitación prudencial de acuerdo con ellas. Lo que sí es un requisito moral insoslayable, recogido por la Constitución en su art. 19, es que los individuos gocen en todas las circunstancias de cierta privacidad. Sin ella, como dice Valiente Noailles, se obligaría a los individuos a ser tartufos, en perjuicio de la necesaria autenticidad que fundamenta las relaciones interpersonales fecundas. Más aún, puede ser que consideraciones prudenciales aconsejen no interferir en acciones privadas que ofenden la moral pública. Si bien tratándose de ese tipo de acciones no existe un derecho legal --menos aún moral-- a la no interferencia, en algunos casos el Estado puede abstenerse de intervenir para evitar males mayores o promover algún bien. Ya que no hay que perder de vista que la interferencia en una conducta privada que afecta la moral pública requiere la previa invasión de la privacidad. Y puede ser que, a resultas de la investigación correspondiente, se concluya que no había una acción nociva para la sociedad, en cuyo caso ya sería tarde para reparar la afectación a la legítima intimidad que el Estado debe proteger.

En conclusión, la determinación de cuándo una acción se halla protegida por el art. 19 de la Constitución requiere un doble test. Primero hay que definir si la acción es privada o no. Si se trata de una acción privada, hay que ver si "ofende el orden y la moral pública o perjudica a un tercero". Puede ser interesante confrontar con esta metodología la jurisprudencia sintetizada más arriba. Entonces se observará que en algunas ocasiones fue seguida por nuestra Corte Suprema y en otras no. Así, por ejemplo, la decisión en Fallos 296:15 --especialmente el dictamen del Procurador General de la Nación, que el tribunal hizo suyo-- afirma que la infidelidad matrimonial es una acción privada, pero ofende a un tercero (el cónyuge). En cambio, en los casos de tenencia de drogas para uso personal posteriores a "Bazterrica" y anteriores a "Montalvo" (citados más arriba), a la Corte le bastó la comprobación de que la tenencia fuera o no privada para decidir si estaba protegida por el art. 19. Cuando se verificaba que la acción tenía lugar en público, se resolvía correctamente que la acción no estaba entre las "acciones privadas". El error estribaba, sin embargo, en desechar sin más la competencia de la autoridad pública para intervenir con la sola comprobación de que la acción se desarrollaba en privado. Pues, como vimos, una conducta puede ocurrir en privado y tener, no obstante, significativas proyecciones sobre la moral pública.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)A título anecdótico, pero revelador, cabe hace notar que el conocido filósofo Alasdair MacIntyre va a titular su próximo libro: "Por qué el animal potencialmente racional debe vivir las virtudes".

(2)ARISTOTELES, "Política", iii. 5. 1280 b.

(3)ARISTOTELES, "Etica a Nicómaco", x. 9. 1179 b-1180 a: "Pero es difícil encontrar desde joven la dirección recta para la virtud si no se ha educado uno bajo tales leyes, porque la vida templada y firme no es agradable al vulgo, y menos a los jóvenes. Por esta razón es preciso que la educación y las costumbres estén reguladas por leyes, y así no serán penosas, habiéndose hecho habituales. Y no basta seguramente haber tenido la educación y vigilancia adecuadas en la juventud, sino que es preciso en la madurez practicar lo que antes se aprendió, y acostumbrarse a ello, y también para eso necesitamos leyes y, en general, para toda la vida, porque la mayor parte de los hombres obedecen más bien a la necesidad que a la razón, y a los castigos que a la bondad. Por eso piensan algunos que los legisladores deben invitar y exhortar a la práctica de la virtud por amor del bien en la seguridad de que atenderán sus exhortaciones los que están adelantados en la formación de buenos hábitos; imponer castigos y correcciones a los desobedientes y sin disposición natural para el bien; y desterrar a los incurablemente miserables; pues el bueno y el que tiende en su vida a lo que es noble obedecerá a la razón, y el hombre vil que sólo aspira al placer debe ser castigado con el dolor, como un animal de yugo. Por eso dicen también que los dolores que se les inflijan han de ser tales que se opongan lo más posible a los placeres que ellos aman" (cfr. Edición Bilingüe y Traducción de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 171).

(4)El análisis de Aristóteles expuesto en el texto es semejante al de MARTIN RHONHEIMER ("Derecho a

la Vida y Estado Moderno", Ed. Rialp, Madrid, 1998), quien sostiene:

"Parece obvio que la distinción entre el nivel moral y el nivel jurídico-político presupone el abandono de una visión, por así decir, 'aristotélica' de la función de la 'polis' y de la ley civil... Para el filósofo griego corresponde a la ley conducir a los hombres hacia la virtud. Aristóteles piensa que es un deber de las leyes de la 'polis' --concebida todavía según la tradición platónica, como empresa educativa-- obligar a los hombres viciosos, con la amenaza del castigo, a comportarse según la virtud" (p. 20). "Se inaugura, así, toda una tradición que concibe la educación de los hombres en la virtud moral, como la función por excelencia de la ley civil. Esta tradición está también presente en el pensamiento, preexistente en la patrística --por ejemplo en San Ireneo--, pero sobre todo en San Agustín. Ha sido en concreto el cristianismo, con su típico dualismo, quien ha hecho imposible la concepción unitaria de la ética aristotélica de la 'polis'... Será al final San Agustín, que incluye el orden temporal en cuanto realidad 'caída', quien reserve a la Iglesia el papel de guiar a los hombres hacia la salvación y a la integridad moral, demandando al Estado el papel de ocuparse del bien temporal, y, sobre todo, de la paz entre los hombres (ps. 20-22).

(5)NINO, Carlos, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las 'acciones privadas de los hombres'?", LA LEY, 1979-D-743.

(6)Por ejemplo, GEORGE, Robert, "Making men moral", 28-32, Clarendon Press, Oxford, 1993.

(7)También conocido como "De regno".

(8)Suma Teológica, I-II q. 92, a 1, titulada "Si el efecto de la ley es hacer buenos a los hombres".

(9)La tesis está desarrollada en el último libro de Finnis, a cuya versión manuscrita tuve acceso, titulado "Aquinas. Moral, Political and Legal Theory". En el mismo sentido, Rhonheimer, sostiene: "Hablando de la relación entre ley civil y ley moral, la (carta encíclica papal) 'Evangelium Vitae' afirma que 'el cometido de la ley civil es diverso y de ámbito más limitado que el de la ley moral' (EV, 71). Por lo tanto, en la ley civil existe un 'límite', y también una específica 'diversidad' de cometidos. Ley moral y ley civil no obedecen a la misma lógica práctica. La ley civil está impregnada de una racionalidad ético-práctica 'específica' y en un ámbito también 'específico'... La ley moral regula los comportamientos correspondientes dirigidos a hacer bueno 'mi propio obrar' --los actos realizados por cada uno--, para que 'yo sea o llegue a ser justo o bueno'. La ley civil, sin embargo, intenta regular 'las relaciones entre los hombres' para que convivan en paz, seguridad y libertad, así como para que se establezca entre ellos aquella justicia que garantice una adecuada libertad, no sólo política, sino también económica. No se propone, por lo tanto, hacer buenos a los hombres, si bien es cierto que la acción legislativa pública tiene una gran responsabilidad en promover y favorecer las condiciones y el ambiente donde sea posible vivir una vida buena, virtuosa y digna del hombre" (op. cit., ps. 15-17).

Pero Rhonheimer mantiene una posición intermedia entre la lectura tradicional, aristotélica, de Santo Tomás, y la nueva que propone Finnis:

"En él (Santo Tomás) encontramos tanto la tradición patrística como la aristotélica". Después de citar la I-II, 96, 2, anota: "Parece evidente que tal afirmación está muy lejana del espíritu aristotélico. Santo Tomás no niega que también la ley civil deba crear un ambiente favorable a la virtud humana. Pero estas condiciones son antes que nada condiciones de justicia, de relaciones entre los hombres, que constituyen los fundamentos para que los hombres puedan vivir la vida buena. Santo Tomás ya sabe distinguir entre 'peccato' y 'crimen': no todo aquello que en conciencia es pecado puede ser materia de legislación humana. Tal materia se limita a aquello que es ordenable al bien común de la sociedad civil... El término 'buena disciplina' (en la cuestión 96, 3) alude al comportamiento externo, intrahumano, característica propia de esa limitación y especificidad de la ley humana que no concierne 'simpliciter' a la bondad del hombre, o del ciudadano, sino a la conservación del orden social en paz y justicia, o al 'bien común' de los hombres que viven en sociedad... Es necesario, sin embargo, añadir que ni la tradición patrística-agustiniana ni el pensamiento de Santo Tomás corresponden a una diferenciación de principio, teóricamente elaborada, entre el ámbito de la perfección virtuosa de la persona y el ámbito

© Thomson Reuters Información Legal

jurídico-político... A pesar de que, para Santo Tomás, la realidad social y la autoridad del Estado sean 'naturales' --y no, como para San Agustín, consecuencia del pecado original--, tampoco, según el aquinate, es un deber específico de la ley humana el de hacer bueno al hombre. Se trata, en el fondo, de una reserva típica cristiana, evocadora del principio de dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios" (op. cit., ps. 23-26).

(10)La decisión de la legislatura porteña, además del rechazo popular, mereció la irónica y acertada crítica del profesor Néstor Sagüés ("Los vecinos y la Constitución", La Nación, 23 de marzo de 1998, p. 21).

(11)Véase mi artículo "Orientación sexual y derecho", ED, 168-1122.

(12)De lo cual es prueba la llamada "nueva escuela del derecho natural", representada por Germain Grisez, John Finnis, Robert P. George y Gerard V. Bradley, entre otros. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., "La nueva escuela de derecho natural anglosajona", inédito y mi artículo "El iusnaturalismo positivista de John Finnis", en prensa en El Derecho.

(13)Respecto de esta corriente puede consultarse, en nuestro medio, el trabajo de MASSINI CORREAS, "La exigibilidad jurídica de las normas morales: iusnaturalismo, liberalismo y comunitarismo", ED, 170-887

(14)Ed. Omega, Buenos Aires, 1965. Hay otra edición de 1975, por la cual cito en este artículo: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.

(15)Más aún, ni Estrada, ni Zavalía, por ejemplo, hacen referencia relevante alguna al art. 19 de la Constitución. (Cfr. ESTRADA, José Manuel, "Curso de Derecho Constitucional", Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, y ZAVALIA, Clodomiro, "Jurisprudencia de la Constitución Argentina", Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, Buenos Aires, 1924).

(16)GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", p. 101, Angel Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, decimoséptima edición (sin fecha).

(17)Caso "Ponzetti de Balbín" (Fallos 306:1892). Cfr. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, t. I, p. 370, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.

(18)GONZALEZ, ob. cit., ps. 194-195.

(19)MONTES DE OCA, M. A., "Lecciones de Derecho Constitucional", p. 537, Imprenta La Buenos Aires, Buenos Aires, 1896.

(20)Idem.

(21)LOPEZ, Lucio V., "Curso de Derecho Constitucional", p. 117, Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1891.

(22)DE VEDIA, Agustín, "Constitución Argentina", p. 101, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907.

(23)Idem. En el mismo sentido, NOAILLES, Carlos Valiente, "La Moral Pública y las Garantías Constitucionales", p. 28, La Ley, Buenos Aires, 1966. En p. 38 insiste: "Lo privado está protegido por el artículo 19 y también por otras normas de la Constitución, que consagran la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia epistolar y de los papeles privados y la protección integral de la familia".

(24)MATIENZO, José Nicolás, "Lecciones de Derecho Constitucional", ps. 288-289, Librería La Facultad, Buenos Aires, 1926. El concepto de libertad de Matienzo, que transcribimos en el texto, sólo podría ser acertado si se refiere a la libertad civil o jurídica; no, en cambio, a la libertad moral. Volveré sobre esta distinción en la sección V.

(25)GONZALEZ CALDERON, Juan A., "Derecho Constitucional Argentino", t. II, ps. 172-173, tercera edición, J. Lajouane & Cía Editores, Buenos Aires, 1931.

(26)Idem, ps. 64-65.

© Thomson Reuters Información Legal

(27)Op. cit. supra.

(28)Cfr. NINO, Carlos S., "Fundamentos de Derecho Constitucional", p. 327, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992. Coincido con Nino en que la protección de la intimidad entendida en el sentido de los datos privados, la imagen, el honor, etc., es algo conceptualmente distinto de las "acciones privadas" a las que se refiere el artículo 19 de la Constitución y requiere un estudio separado. En efecto, no son acciones y tampoco tiene sentido pensar que puedan en algunos casos ofender la moral pública o perjudicar a terceros. La Corte, no obstante, en algunos casos, como "Ponzetti de Balbín", ya citado, ha mezclado las dos cosas.

(29)Nótese la coincidencia de este criterio con la posición sostenida por Lord Devlin en su célebre polémica con Hart. (Cfr. GEORGE, op. cit., cap. 2).

(30)En todos los casos mantengo la numeración original usada por Valiente Noailles.

(31)Editado por la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

(32)Op. cit., p. 55.

(33)Idem.

(34)Op.cit., p. 56.

(35)Op. cit., p. 19. Como se ve, en este punto nuestro autor también sigue a Valiente Noailles.

(36)Op. cit., p. 71.

(37)Hacemos notar que Bidart Campos cambió este criterio, lo cual puede generar dudas sobre si mantiene en general la argumentación desarrollada en el libro que estamos analizando. En todo caso vale por sus propios méritos-- que son muchos--. (Cfr. su artículo "La nueva jurisprudencia de la Corte en materia de drogas", ED, 141-469 y el mío, en sentido contrario, publicado a continuación de aquél, "La Corte y la tenencia de estupefacientes. Nuevos ministros, vieja doctrina", ED, 141-476. Para una evolución de la jurisprudencia de la Corte hasta el caso "Bazterrica", puede verse mi "Tenencia de estupefacientes para uso personal y derecho a la intimidad", ED, 139-977).

(38)"Poder de policía", cit., p. 58.

(39)"La moral pública", cit., p. 55.

(40)Esta doctrina jurisprudencial recibió la crítica de Bidart Campos en lo referente a la interioridad y a la "ajuridicidad". (Cfr. "Tratado Elemental", cit., t. 1, ps. 370-371).

(41)Fallos 306:1892, voto de los jueces Carrió y Fayt, consid. 8°.

(42)Fallos 308:1392, voto de los jueces Belluscio y Bacqué, consid. 8°.

(43)Véase especialmente el voto del doctor Bacqué, consid. 9°, La Ley, 1986-E, 648.

(44)Respecto de estos vaivenes de la jurisprudencia de la Corte, véanse mis artículos en ED, citados más arriba.

(45)Voto del doctor Boggiano, del consid. 17.

(46)LA LEY, 1993-D, 130, con nota de SAGÜES, Néstor Pedro, titulada "¿Derecho constitucional a no curarse?"

(47)Cfr., también, BIDART CAMPOS, "Poder de Policía", cit., ps. 55-56.

(48)En el mismo sentido sostiene Bidart Campos: "El Estado no tiene poder sobre la inmoralidad privada porque no tiene por misión hacer virtuosos a los hombres ni evitar el pecado. Tiene sí la función de proteger la moral cuando conductas públicas la ofenden o dañan" (ídem).

(49)Cfr. GEORGE, op. cit., ps. 210-217.

(50)La aclaración "por su objeto" se debe a que en los casos de error invencible la persona realiza una

© Thomson Reuters Información Legal

acción moralmente irreprochable pero que, por ser objetivamente mala, puede ocasionar daños que compete al Estado prevenir o reparar. Es el caso, por ejemplo, de un terrorista que mata por odio religioso creyendo de buena fe que hace bien. (Cfr. FINNIS, "Natural Law and Natural Rights", ps. 260-261, Clarendon Press, Oxford, 1980).

(51)Es este el criterio seguido por los jueces Boggiano y Cavagna Martínez en el caso "Bahamondez", citado.

(52)Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se legisla sobre el aborto sin atender los derechos de los no natos.

(53)Cfr. la disidencia en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos "Bowers v. Hardwick" 478 US 186 (1986) y Finnis, "Law, Morality and 'Sexual Orientation'", "Notre Dame Law Review", Vol. 69, N. 5, 1994, ps. 1049 y siguientes.

(54)Caso "Laskey, Jaggard and Brown v. The United Kingdom" (109/1995/615/703-705), del 19 de febrero de 1997.

(55)Respecto de este tema remito a mi artículo "La Corte y la tenencia de estupefacientes...", ya citado. Véanse también las reflexiones del Consejo Pontificio para la Familia con ocasión de algunas propuestas de ley en varios países, tituladas "¿Liberalización de la droga?", "L'Osservatore Romano", edición castellana.

(56)Cfr. TOLLER, Fernando, "Propuestas para un nuevo modelo de interpretación de los conflictos entre derechos constitucionales", Anuario de Derecho, 4, 1998, ps. 189 y siguientes.

© Thomson Reuters Información Legal