

Título: To be or not to be: ¿fumar o no fumar?...

Autor: Legarre, Santiago

Publicado en: LA LEY2007-E, 58

Cita Online: AR/DOC/2480/2007

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. Antecedentes. — III. La mortífera pelea preparadora: "el derecho a fumar vs el derecho a la vida". — IV. Intervalo silencioso: "Q&A", la pelea prohibida. — V. Entra el árbitro, la ley natural. — VI. Entra la policía, esa gran tirana. — VII. La pelea de fondo: To be or not to be?

I. Introducción

La prohibición legal de fumar —vigente hoy en medio mundo, incluida la Ciudad de Buenos Aires— tiene implicancias que van mucho más allá de la cuestión del cigarrillo (1). Implicancias morales, políticas y jurídicas, que este trabajo analizará de un modo desordenado, acaso excusado por una exigencia razonable: que esta nota sea más o menos corta.

La dimensión "jurídica" de mi análisis se ocupa de asuntos como la validez constitucional y legal de la norma porteña que introdujo la interdicción de fumar. La dimensión "política", discute el mérito, oportunidad y conveniencia de la política legislativa prohibitiva. La dimensión "moral", trata de la cuestión en última instancia más importante: si "fumar o no fumar". Es decir, si fumar está bien, está mal, o da igual. Al ocuparme de este último asunto llegué, luego del tortuoso camino reflejado en las siguientes páginas, a una conclusión que se remonta al siglo XVI —o, más probablemente, a los albores de la humanidad—: "to be or not to be, that is the question".

II. Antecedentes

A fines de 2005, la Legislatura porteña sancionó la ley 1799 (2), y prohibió fumar en "lugares cerrados con acceso público", tanto del "ámbito público" —reparticiones gubernamentales de la Ciudad Autónoma— como del "ámbito privado". La normativa local establece matices que en última instancia no serán definitivos, en particular para lo que en la Introducción he llamado la "dimensión moral" de la veda. Por ejemplo, enumera los lugares abarcados por la norma (art. 19, párr. 1°); establece qué se entiende por "espacios comunes" dentro de esos lugares (art. 19, párr. 2°); otorga la posibilidad de fumar en ciertos lugares cerrados que cumplan con determinados requisitos y condiciones (arts. 21 y 20 respectivamente). Asimismo, es interesante la interpretación que hace la Cámara del art. 21 in fine de la ley, en el considerando 13 del voto que aparece primero en la sentencia (3), firmado por la camarista Nélide M. Daniele, autora de lo que —con cierta impropiedad (4)— podría llamarse "voto de la mayoría".

La Legislatura se sumó así, a una ola bastante fuerte hoy en los Estados Unidos, y que explotó, hace apenas días, en casi toda Gran Bretaña (5). Ola aún débil en muchas regiones de Europa, y completamente ignorada en zonas incluso más remotas, que los porteños solemos desde luego ignorar; o, a lo sumo, reconocemos su existencia y las bautizamos como "Tercer Mundo". Un lugar absolutamente ajeno a nosotros, a pesar de que incluye la capital del mundo y su centro geográfico, Jerusalén, donde abunda el humo: judíos, musulmanes y cristianos fuman: grandes y niños, en privado y en público; y además, más allá de las murallas triplemente sagradas, niños y grandes observan acostumbrados el humo, también peligroso, que dejan las bombas al caer (6).

Un bar de Palermo, "Amores Perros", inició una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Solicitó la inconstitucionalidad de la ley 1799, por ser violatoria de "su derecho de comerciar y ejercer industria lícita, la intimidad, y el principio de razonabilidad" (7). La demanda fue rechazada en primera instancia y, en la sentencia de segunda instancia aquí comentada —que quedó firme, al no haber sido recurrida—, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó el fallo del Juzgado, que había sido apelado por "Amores Perros".

Intentaré responder a las preguntas planteadas por el bar derrotado y comparar mis respuestas con las del Tribunal de Apelaciones. Alteraré el orden en que las cuestiones fueron formuladas por el demandante. Así, primero analizaré si la ley 1799 viola "la intimidad" (8). Esta pesquisa inevitablemente derramará hacia zonas muy grises —oscurísimas— y acaso demasiado importantes. Enseguida abordaré, en pocas líneas, el problema de la supuesta violación del "derecho de comerciar y ejercer industria lícita", para concluir con una referencia sumaria al "principio de razonabilidad".

III. La mortífera pelea preparadora: "el derecho a fumar vs. el derecho a la vida"

Así están las cosas pues: La ley 1799 no prohíbe fumar simpliciter sino más bien "fumar en ciertos lugares", incluidos los bares como el demandante, el cual sostiene que la prohibición normativa vulnera su "intimidad". El voto concurrente del juez Russo parece rechazar, sin dar mucha explicación, que una persona jurídica —eso es el bar Amores Perros para el Derecho— pueda tener "derecho a la intimidad" (9).

A continuación investigaré si una persona cualquiera puede ser titular de un "derecho a la intimidad" tal que "le permita fumar": extendiendo aquí deliberadamente al bar un antropomorfismo reprochable pero acaso didáctico. El objeto de la investigación presupone algo que todavía no estoy dispuesto a conceder: la existencia de un "derecho a fumar", de alguna manera incluido en dicho "derecho a la intimidad"; es decir, un derecho a fumar de alcance general que incluiría a las personas físicas e, hipotéticamente, también a las jurídicas. Veamos ahora el porqué de mi reticencia.

La Constitución Argentina no reconoce un derecho a fumar. Tampoco los Tratados Internacionales vigentes en nuestro país: ni los que tienen jerarquía constitucional (10) ni ningún otro (11). Más aún: se ha llegado a sostener que lo que se desprendería de esos tratados es... el derecho a que no se fume; o, en otras palabras, el derecho a que nadie le fume a nadie en su cara: ésta es la exigencia, hartamente razonable, de los llamados "fumadores pasivos" (12). No obstante, la Cámara en el fallo Amores Perros no "pone en duda la decisión libre y voluntaria de fumar, decisión que constituye, para el fumador, un derecho: el que tiene todo ser humano de decidir acerca de su salud (implícitamente reconocido en la Constitución) y el de hacer todo aquello que las normas no prohíben..." (13).

El Tribunal no cita norma alguna que justifique su conclusión según la cual el fumador tiene un derecho amparado por la Constitución. Ni siquiera menciona a qué precepto constitucional se refiere cuando sostiene que el supuesto derecho a fumar viene protegido por el derecho "de decidir acerca de su salud" —la del fumador—. Aunque sostiene, sin elaboración alguna, que este último está "implícitamente reconocido en la Constitución". Dado que la Cámara no indica lo contrario, y a pesar de que la "Constitución" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pareciera relevante para la resolución de este caso, no queda sino concluir que por "Constitución" se entiende aquí la Constitución Nacional.

La Constitución de 1853-60 no reconoce en su texto un derecho a la salud. Sin embargo, Bidart Campos considera que se trata de un "derecho implícito" incluido, por diversas razones, entre los "derechos no enumerados" a los que se refiere el art. 33 de la Carta (14). Aunque no he estudiado el tema a fondo, la implicación del maestro es asaz atrayente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación también la afirma, al menos desde el famoso caso de trasplantes "Saguir y Dib" (15), en el que sostuvo que la integridad corporal y la salud son "derechos naturales", están implícitamente protegidos por el Derecho Constitucional y se fundan en:

"el derecho a la vida... primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes..." (16).

Las cosas hoy ya no resultan tan "obviamente" claras como cuando la Corte, en esta sentencia capital, reconoció el carácter natural —razonable— del derecho a la vida y, en función de dicho carácter, otorgó rango constitucional a un derecho totalmente ausente en el texto constitucional en 1980, año en el que el fallo fue dictado. De todas maneras, la buena noticia es que en otro fallo capital y unánime, de 2007, la Corte Suprema reconoció que un feto de sexo femenino —"beba", llamó la Corte a la pequeña persona acribillada a balazos, durante la última dictadura, dentro de su madre embarazada—, merece protección jurídica (17). Esto me lleva a pensar, ¿acaso ingenuamente?, que, más allá de cuál sea el grado de "obviedad" actual de esta cuestión, la "doctrina Saguir y Dib" sobre la naturaleza no exclusivamente convencional o positiva del derecho a la vida, sigue vigente (18).

Retomemos el curso iniciado. Fluye a mi juicio de lo antedicho esta cuestión: ¿incluye ese "derecho natural-constitucional a la salud" el "derecho a fumar"?

La mera formulación parece absurda e invita a otra, en primera persona: ¿Puedo, en mi sano juicio, argumentar que mi derecho a gozar de buena salud incluye mi derecho a consumir una sustancia tóxica que en el mejor de los casos dañará mi buena salud y, en el peor, bastante frecuente, adelantará el fin definitivo de mi vida (19)? Un "derecho" que, como por accesión obvia, acabará para siempre con mi salud y con cualquier derecho con ella vinculado...

Entonces, el derecho a la salud no incluye el derecho a fumar cigarrillos; ni drogas ni bebidas; ni otras sustancias tóxicas tan "alegradoras" como adictivas; sustancias que producen, por definición, además de "alegría", un deterioro significativo de la salud.

Agotado este derrotero normativo, me pregunto: ¿será entonces que el derecho a fumar está incluido en "la intimidad", ya que no lo está en la salud?

Por "intimidad", el Tribunal entiende las acciones privadas protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional (20). El art. 19 otorga tutela constitucional a las "acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". ¿Está incluida la "acción" de fumar entre estas "acciones privadas de los hombres"?

Debo aclarar, antes de arriesgar una respuesta, que no todos los teóricos del Derecho Constitucional interpretan las palabras "acciones privadas" del mismo modo. Las siguientes son algunas interpretaciones posibles y significativas.

Contra una tradición sólida, que reivindicaba una interpretación que podríamos llamar "espacial" (21) del art. 19, Carlos Santiago Nino enseña que el elemento "privacidad" en la expresión "acciones privadas" no tiene que ver con espacios o lugares. Sostiene, en cambio, que privado es lo que no ofende al orden y a la moral pública, ni perjudica a un tercero. A mi modo de ver, esto más que una interpretación del art. 19 es una lisa y llana negación de su texto y una suerte de propuesta de redacción alternativa, inviable sin una reforma constitucional. Ello es así porque el texto del art. 19 primero habla claramente de "acciones privadas" y después agrega "que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero". El contexto de la norma —importante para su hermenéutica ya que, como es obvio, aquélla integra un texto documental más amplio— no afecta, a mi juicio, esta conclusión. En suma, Nino funde dos conceptos en uno, escapando así del lenguaje claro de la norma (22).

La profesora María Angélica Gelli, por su parte, coincide con Nino en que no es la dimensión espacial lo que determina cuáles acciones son privadas, aunque se separa crucialmente del iusfilósofo cuando afirma, a mi juicio con razón, que el principio de privacidad no dispone la neutralidad del Estado en materia de fines y medios, relativos al orden, la moral pública y la prohibición de causar daño a terceros (23): no puedo aquí ampliar este tema pues, como dije, es crucial y consumiría más espacio del que tengo para escribir esta nota (24).

Como adelanté, la interpretación de Nino —compartida por muchos constitucionalistas de peso, coetáneos de Gelli la mayoría de ellos— me parece menos convincente que la interpretación tradicional —la que Nino y Gelli dejaron de lado (sin haberla sostenido, que yo sepa, nunca)—: si la acción tiene lugar en público no es privada y no es, por tanto, de aplicación el art. 19 de la Constitución, razón por la cual la acción no está ipso iure (es decir, por virtud de aquella norma) exenta de la autoridad de los "magistrados" —aunque pudiera eventualmente estar fuera del alcance de la ley si otra norma constitucional protegiera la conducta en cuestión—. En los párrafos que siguen profundizaré más, aunque nunca del todo, en esta posición tradicional, hoy disidente (25).

Distingamos, como hace la norma constitucional en cuestión, entre diversos tipos genéricos de acciones —privadas y "no privadas"—, con los pertinentes correlativos cuando se aplican las distintas categorías a las situaciones posibles de un fumador activo:

a) Acción de fumar en privado que "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero" (26), aceptando, momentáneamente, que fumar en estas condiciones fuera hipotéticamente posible.

b) Acción de fumar en privado que "de algún modo ofenda al orden o a la moral pública, o perjudique a un tercero" (27).

c) Acción de fumar en público.

En virtud de ciertas consideraciones ya insinuadas, debiera concluirse que sólo la primera de las acciones (a) estaría protegida por la aludida norma del documento fundacional. Me ocuparé de la hipótesis (a) un poco más adelante. La (b), si bien es una acción privada —porque ocurre en privado y está, en consecuencia, expresamente reglada por el 19—, está a su vez expresamente desprotegida por la misma norma, que pone al sujeto de la acción fumadora en manos de "la autoridad de los magistrados". En cuanto a (c), al tratarse de una acción pública —porque ocurre en un lugar público— está expresamente no reglada por el art. 19. Sin perjuicio de que la acción pudiera estar reglada —protegida o prohibida— por alguna otra norma constitucional, algo de lo que no me ocuparé aquí y ahora, pues la Cámara invoca "la intimidad" del artículo 19 de la Carta Magna.

Ahora veamos de qué acciones se ocupa la ley cuestionada en este caso. La ley habla de "espacios cerrados con acceso público". Más allá, nuevamente, de la terminología, lo importante es si la conducta capturada, regulada y prohibida por la norma porteña está, simétricamente, capturada, regulada y protegida por el artículo 19 de la Constitución, que tiene jerarquía normativa superior.

La respuesta es un rotundo no.

Porque por razones que desarrollaré en el acápite siguiente, fumar en un "espacio cerrado con acceso público" —eso es un bar como "Amores Perros" para el "derecho municipal", con perdón de la Ciudad Autónoma por esta licencia terminológica y por el uso de minúsculas— constituye, a los efectos legales porteños, una conducta tipo (b) o (c). La definición de esta última disyuntiva dependerá de cómo se resuelva la cuestión previa —terminológica, interpretativa y constitucional— de cuándo usar las palabras "público" y "privado" en el contexto del artículo 19 y del resto de la "Parte Dogmática" (28).

Si se trata de una acción de fumar (b), estará explícitamente "desprotegida" por el art. 19, que la pone en

manos del gobierno y de las leyes, i.e., en manos de "la autoridad de los magistrados". Si, en cambio, la acción de fumar es (c), la norma constitucional, rectamente interpretada, considera que no hay una acción privada o, por usar la terminología del Tribunal de Apelaciones, "intimidación" (29). Habrá que buscar en todo caso otro lugar en la Constitución para ver si existe un rincón en la gran Norma que proteja la conducta pública no regulada por el 19. O, dicho de otro modo —aunque es lo mismo, pues las normas son razones para actuar (reasons for action) (30)—, averiguar si existe alguna otra razón que eventualmente justifique el derecho a fumar (en público) (31).

IV. Intervalo silencioso: "Q&A", la pelea prohibida

Hemos visto que, según parece, la Ley 1799 no se ocupa de ciertas acciones (siempre y cuando se acepte —o al menos se conceda, arguyendo— la interpretación "espacial" que he ofrecido del art. 19 de la Constitución) (32). Pregunto entonces: si a raíz de una reforma legislativa se prohibieran las acciones de tipo (a) —el fumar privadamente y en circunstancias tales que "de ningún modo se ofendiera al orden y a la moral pública, ni perjudicase a un tercero"—, ¿sería la hipotética regla prohibitiva inconstitucional (33)? Esta pregunta presupone una todavía más difícil:

¿Es realmente posible —"posible" no sólo como posibilidad fáctica sino también como posibilidad moral— fumar en privado de manera tal que la acción "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero"? Este interrogante, por supuesto, tiene muchos parientes, que aquí sólo ejemplificaré brevísimamente:

¿Es realmente posible —física y, más importante aun, moralmente— fumar marihuana en privado de manera tal que la acción "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero"?

¿Es realmente posible —de hecho y desde el punto de vista ético— inhalar cocaína en privado de manera tal que la acción "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero"?

¿Es realmente posible —otra vez: en el doble sentido...— tomarse cinco botellas de whisky en privado de manera tal que la acción "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudique a un tercero"? ¿Y si en vez de cinco botellas son dos? ¿Y si son...? ¿Y si son...?...

¿Es realmente posible —a esta altura ya aburriré que reitere, mas lo haré: hablo tanto de la posibilidad fáctica como de si es éticamente apropiado— matar a una persona en privado porque sufre, y ella me lo ha pedido (sufrir tanto...) de manera tal que la acción "de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni la perjudique a ella"?

Todas estas preguntas tienen una respuesta con un denominador común y un numerador diversísimo, como pasa con las típicas dos partes de los números quebrados en las matemáticas:

En los casos enumerados, y en muchos más, el denominador común es el causar (la "causación" de) un daño: a veces intencional y otras tantas, (efecto) incidental o secundario (side-effect) (34). A menudo, la pre-existencia o no de una adicción, o de un estado de necesidad, entre otros factores a ser tenidos en cuenta, determinarán si hay o no "intención" (35).

Un daño, decía, al propio cuerpo, por parte de uno mismo, como hipótesis de mínima (36). Y, como hipótesis de máxima, se tratará, además de lo anterior, del causar un daño al orden y a la moral pública, o un perjuicio a un tercero (37). En ambos casos —causar un daño queriendo hacerlo; causarlo sin quererlo, a raíz de un efecto incidental (previsto o no) de la conducta relevante— se trata, por hipótesis, de un daño causado en privado: en un lugar privado (38).

En esos mismos supuestos, el numerador tiene, según el caso, "números" tan diversísimos y relevantes como los siguientes: edad; consentimiento; existencia de otros participantes. Dichos participantes pueden ser consentidores —por ejemplo: consocios de una sociedad sadomasoquista (39); o un club de recreación mutua basada en la narcotización recíproca a base de cigarrillos, de drogas "blandas" o "fuertes", con o sin intercambio de jeringas, con o sin asistencia gubernamental o religiosa (para el reemplazo de jeringas usadas por nuevas, limpias y no contaminadas), con o sin contacto con un centro gubernamental o religioso de rehabilitación— o no consentidores —v.g. fumadores pasivos; hijas que sufren por ciertas borracheras de su padre, en su carne antes virgen y ahora abusada; hijos que sufren la drogadicción de la madre, en sus almas que lloran la ausencia, que lloran los golpes, los moretones, las desfiguraciones de cada día—.

La tesis que tan solo esbozaré aquí, parte —como ya se vio—, de una especie de "fracción" metafórica:

La "pregunta moral" —¿estas conductas están bien o están mal?— tiene una respuesta bastante parecida, por razones bastante parecidas, en todos los ejemplos hipotéticos precedentes —incluido el de fumar, con el que empezó esta investigación—. Ello es así en virtud del "denominador común".

Pero no puedo ocuparme hoy de responder, en concreto, si cada una de esas conductas está realmente bien o mal. De todos modos, ya otros lo han hecho muy diestramente antes de que surgiera la prohibición de fumar y desencadenara esta serie de párrafos míos tenuemente hilvanados (40).

El "numerador diversísimo" también tiene cierta relevancia para la pregunta moral pero, nuevamente, no puedo aquí detenerme a explorar los alcances y efectos de esta relevancia. Sí elaboraré, en cambio, un tanto acerca de la importancia crucial del contenido concreto del "numerador" para responder, para cada caso, acción o conducta en cuestión, lo que podríamos llamar la pregunta "política y jurídica" (41), conformada de varias preguntas subalternas:

Si tales o cuales acciones deben o no ser reguladas por el gobierno y las leyes humanas.

Si, en caso de ser reguladas, deben serlo por el Derecho Penal —y otras ramas del Derecho Público Sancionador, incluido el "derecho de policía municipal" (y "provincial")—, o tan solo por el Derecho Privado.

Si acaso las conductas en cuestión deben no ser reguladas en absoluto porque, como todos aprendimos gracias a una pluma sobresaliente del "oscuro" siglo XIII, "por la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud" (42).

Algunas de estas preguntas de filosofía práctica —política y jurídica— tienen respuestas universales y perennes (43). Otras respuestas a las mismos interrogantes, en cambio, dependen del contexto y de las circunstancias de tiempo y espacio, como apunta Aristóteles no bien comienza su gran Ética (44).

V. Entra el árbitro, la ley natural

Mi tesis doble —dos caras de una misma moneda— es en realidad antigua y está lejos de ser mía. Preferiría por ello ponerla rápidamente en contexto, para lo cual me remontaré un ápice al pasado, con permiso del lector.

Constituye una parte importante de la teoría clásica de la "ley natural": así la llamaban los clásicos. Fue defendida, con matices diferenciadores significativos pero no decisivos, por Platón y Aristóteles y, en la Era Cristiana, por Agustín de Hipona (45) y Tomás de Aquino, entre otros genios hoy preteridos. En el siglo XVI, la sostuvo la llamada Escolástica Española: Vitoria, Soto, Suárez... Durante el Iluminismo, se embanderaron en ella —con iluminaciones parciales muy enriquecedoras—, cristianos como Sir William Blackstone (inglés y anglicano), Adam Smith (escocés y presbiteriano), Immanuel Kant (alemán y protestante) (46), Emerich de Vattel (suizo y protestante) y Jean-Jacques Bossuet (francés y católico). Pero también se dieron cita los detractores de la ley natural en el Siglo de las Luces, y se hicieron tan famosos que no hace falta denominarlos: unos cuantos, agnósticos —encariñados con la Diosa Razón—; otros, masones, como el Count Fosco de Wilkie Collins en "The Woman in White"; otros, más afortunados, devotos de la Diosa Fortuna. Su peso académico, sin embargo, fue menor que el de sus pares académicos creyentes antes aludidos, y juzgo que esto no necesita demostración pues, incluso si se tomara a uno solo de los teístas —Kant— la manzana se caería del árbol, tan madura y grave, que el peso del filósofo alemán la enterraría hondo en el pasto.

Luego de la rebelión romántica y el desencanto con el fracaso del ideal del siglo XIX, se habló: primero de "positivismo" (Comte, Garofalo, Ferri, Lombroso y, ya entrado el siglo XX, Kelsen); y —después de Nürenberg—, del "regreso de la ley natural" (Radbruch, Strauss, Maritain).

En la segunda mitad del siglo XX emergieron aportes valiosísimos a la teoría de la ley natural, aunque alguno de los contribuyentes renegase la existencia de la ley natural misma. En este último sentido, los libros "The Concept of Law" (47), de H. L. A. Hart, y "The Morality of Freedom" (48), de Joseph Raz, son de una valía inconmensurable; el primero en el terreno de la filosofía jurídica (pero también política y moral, contra lo afirmado por Hart) (49); el segundo en el terreno de la filosofía moral y política.

"Natural Law and Natural Rights" también aportó su —inmenso— grano de arena, sin renegar de la etiqueta tan temida: "iusnaturalismo" (en inglés: "Natural Law Theory"); aunque la aceptó con notable aprehensión, explicada por el propio autor, John Finnis, en el prefacio del libro.

En nuestro país, mi libro "Poder de policía y moralidad pública" (2004) recoge de una manera salpicada e incompleta —pero lo más precisa y rigurosa posible para quien esto escribe— las principales tesis iusnaturalistas de Aristóteles, Aquino, Pufendorf, Smith, Blackstone, Vattel, Bossuet, Hart, Raz, Finnis... Y lo hace de una manera inevitablemente elemental (50), aunque con un esfuerzo serio de intentar mostrar, al pasar, que autores tan disímiles como los mencionados están, como si fueran las dos Islas Británicas, del mismo lado del Canal o, si se prefiere verlo desde el otro lado del charco, ninguno de ellos ha cruzado el Rubicón (51). Del otro lado del Canal y del Rubicón abundan intentos varios que se autodenominan "liberales" sin que hoy nadie sepa bien que quiere decir ese adjetivo.

Tal vez el único denominador común del "liberalismo" sea el respeto por la autoridad de un trabajo de John Stuart Mill publicado en 1859: "On Liberty". Ni siquiera todos los "liberales" están de acuerdo con todo el ensayo (52); ni siquiera todos los que defienden algunas de sus ideas importantes se consideran "liberales" (53). Pero casi todos los que rezan el credo liberal coinciden con una idea de Mill; aunque en verdad no debiera decir de Mill pues no es de él: la tomó prestada del siglo precedente, el de las Luces y los Iluminatti, cuyas luces, una vez apagadas por el materialismo positivista y la Revolución dialéctica, dejaron el mundo en tinieblas hasta que... llegó la Segunda Guerra Mundial, cuya gran bomba pareció arrasarlo con todo, cuando en realidad fue el triste y abominable germen del cual nació la nueva Primavera en la que desde entonces convivimos bajo un cielo más Azul que nunca, a pesar del recalcitrante humo variopinto...

"La" idea esbozada brillantemente en "On Liberty" es que existen ciertas acciones "autorreferentes", "self-regarding": las que no dañan a otro y no son, por tanto, "other-regarding". Sobre estas últimas reinan la moral y el derecho: las costumbres y las reglas —costumbres y reglas tanto morales como jurídicas: Mill las mezcla en su ensayo (54)—. En el plano "personal", "íntimo" (nuevamente "la intimidad"), "privado" (la "privacy", tan inglesa); en suma, en el plano self-regarding o autorreferente no hay —a diferencia de lo que sucede en terreno del "daño al otro"—, ni reglas ni costumbres: ni morales ni jurídicas; es y debe ser un plano totalmente desregulado sobre el cual gobierna el individuo Rey ejerciendo autónomamente su conciencia libre y liberada —en un sentido casi espiritual— por... ¡On Liberty (55)!

Sin embargo, esta liberación en el plano "interior" es imposible según la tradición clásica. La persona es, por definición, libre y responsable y, por tanto, no puede ni necesita ser liberada en ese plano —que incluye la psiquis y la espiritualidad—, a menos que esa persona esté espiritualmente hablando enferma. Además, según los clásicos que van desde Platón hasta Karol Wojtyła, toda acción concreta es: o buena o mala (incluso si hipotéticamente fuera autorreferente y no dañara a otros).

O, con palabras de un poeta muerto, aplicables al caso comentado, "De nada sirve escaparse de uno mismo... ni fumar hasta morir. No, de nada sirve...".

VI. Entra la policía, esa gran tirana

La policía —en el sentido en que usaban esta palabra Adam Smith, Blackstone, Vattel y otros: nada que ver con "Mujer Policía" o, para los lectores más jóvenes, "la cana bonaerense"— es como la madre del poder de policía. La misma sangre corre por sus venas, a tal punto que mucho administrativista, tanto argentino como foráneo, ha llegado a pensar que son parientes. Pero en verdad el parentesco es tan estrecho que, como ocurre con algunas hijas, no hay verdadera diferencia entre la policía y su hija —el poder de policía— (56).

La idea de la policía, sin embargo, precede a su nombre y es vieja como esta Tierra de Hombres también llamada Tierra Media; otro tanto ocurre con la palabra "police power", acuñada en 1827 por el Chief Justice más famoso de la Corte Suprema más famosa (57).

El "pouvoir de police" sólo "nació" en Francia en el sentido de que allí fue el primer lugar del mundo en que se utilizó el derivativo griego —"police" en francés, viene del griego para "polis" y "politeia"— para referirse a la noción que gobernó o, según se mire, tiranizó al mundo desde que lo creó el Big Bang de la mano de Dios, quien creó además a los Hombres y les ordenó trabajar la Tierra Media, devenida —golpes de Caín y otras caídas mortales mediante, junto con mucha fe y esperanza— en Comarca apacible y acogedora... aunque no para todos: una pena, un pecado.

Estamos ante un poder, es bien sabido, aunque poco entendido, de regular casi todo: eso es la policía, eso es el poder de policía, ayer y hoy: en Alemania (58), Argentina, Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Irak, Israel, Suiza y, en suma, a lo largo y a lo ancho de toda la Terre des hommes de Antoine de Saint Exupéry.

Si bien la Revolución Liberal arrasó con algunos rasgos distintivos del poder de policía, éste sobrevive hoy campante incluso en el llamado Primer Mundo o Mundo Liberal que incluye sobresalientemente a los Estados Unidos de América —el Paraíso de la Libertad en la fábula arcadiana del American Dream; en la práctica siempre fue una especie de dictadura (59), y hoy en día lo es más que nunca: "Thou shalt not Smoke... Nowhere!"—.

Este poder —llámeselo policía, poder de policía o como se quiera—, reconocido por nuestro Derecho (Privado y, sobre todo, Público), justifica en la República Argentina la decisión de un Gobierno como el de la Ciudad de Buenos Aires, que decidió que "No Fumarás, ya no más, casi en ningún lado".

Y justifica que la acción gubernamental en cuestión, restrictiva del "derecho de comerciar y ejercer industria lícita" de Amores Perros, se lleve a cabo sin que haya obligación de pagar una reparación pecuniaria, siempre y cuando no medie expropiación del derecho patrimonial afectado incidentalmente. En este punto me ceñiré a los hechos del caso y al acertado razonamiento de la Cámara al respecto (60): el bar Amores Perros no ha probado ni

remotamente que el Gobierno Autónomo Local haya expropiado su "propiedad", en el sentido constitucional de esta palabra.

En cuanto al reclamo que el bar esboza sobre la base del principio de razonabilidad, sólo diré que la violación de dicho principio presupone la existencia de un derecho constitucional: el derecho que, supuestamente, se ha reglamentado irrazonablemente. Por lo expuesto a lo largo de este artículo, entiendo que los únicos derechos alegados por el bar y reconocidos parcialmente por el Tribunal de Apelaciones, o no existen o nada tienen que ver con el planteo de Amores Perros.

VII. La pelea de fondo: To be or not to be?

Ser o no ser; esa es la cuestión, amigo lector, amiga lectora. Y no, en cambio, si fumarás o no fumarás. En verdad fumar para las fiestas, un puñado de veces cada año, podría ser inocuo y hasta acaso bueno, en el sentido moral y en el sentido común (en el que "está bueno" es un sustituto para decir acerca de una cosa, que es "linda"). Dicha verdad tiene al menos una certeza tentativa respecto de los cigarrillos con nicotina, sobre todo si se los fuma muy de tarde en tarde y no se sabe tragar el humo, pues entonces no se incurre en un riesgo fatal: convertirse uno, más temprano que tarde, en un adicto —aunque no afirmo que esté equivocado quien sostenga que en este párrafo yerro: soy bastante agnóstico, aunque paradójica o consecuentemente practicante, en lo referente al tema del "fumar recreativo y social cada muerte de obispo"—.

To be or not to be, se preguntaba el Poeta de Albion. La pregunta era en Shakespeare y es también hoy, entre los escombros de la filosofía contemporánea,

"¿Qué será mejor: el ser —"to be"— o la nada?".

Otra vez el poeta muerto ilumina las sombras de la sociedad de los poetas muertos: la nada "de nada sirve"; mejor dediquémonos a ser... buenas personas. Y, dado que no es tan fácil, ¡que Dios (61), la mano invisible (62) y la fortuna (63) nos ayuden!

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(*) Debo sobre todo a los asistentes de investigación Gastón Vilela y Carlos Santiago Maqueda toda la claridad que este artículo pueda tener. Gracias muy especiales, también, a Ignacio Cofone y a José M. Rego. Muchas gracias, finalmente, a Agustina Capponi, Ricardo F. Crespo, Soledad D'Agostino, Marcelo di Marco, Diego A. Dolabjian, Thomas Duve, Juan J. Galeano, María Angélica Gelli, Catalina Legarre, Luciano Marchetti, Olivia M. Muñoz, Ignacio Pérez Cortés y Julio C. Rivera (h.).

(1) Lo de las implicancias ocurre también con la prohibición legal, vigente en nuestro país, de tener drogas incluso para uso personal, prohibición alevosamente desconocida por la mayoría de los tribunales argentinos so pretexto de inconstitucionalidad, como intenté demostrar hace ya un año —en este mismo Suplemento— en mi artículo "Tenencia de drogas para uso personal y estabilidad de la jurisprudencia: 'Colavini', 'Bazterrica' ... ¿y la Corte actual 'estará a lo decidido' en 'Montalvo'?" (LA LEY, 2006-D, 299).

(2) La ley 1799 (Adla, LXV-E, 5073) fue sancionada por la Legislatura porteña el 29 de septiembre de 2005 pero, de acuerdo con sus propias especificaciones, recién entró en vigencia el 1° de octubre de 2006 —es decir, un año después—, con la finalidad de dar tiempo a todos los involucrados para adaptarse al nuevo "status quo".

(3) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "Amores Perros S.A. c. GCBA sobre Amparo", del 21 de marzo de 2007. En verdad, parecería que en virtud de un error de imprenta, la Cámara se refiere al "20, in fine". Para intentar corregirlo, en el párrafo supra en el que esta nota está insertada, me referí al art. 21 in fine, que es el realmente aludido por el Tribunal, según surge razonablemente del contexto.

(4) Hablo en el texto de "impropiedad" —en conexión con el concepto de "mayoría"—, por las razones que he dado en un trabajo reciente: "Acciones privadas sin precedentes", "Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", 2007-I-acápite primero. Para que se entienda mejor, agrego al pasar en esta nota, que los fundamentos del voto de Daniele fueron aceptados pero, además, ampliados, por los otros dos jueces que votaron en sentido concurrente con el de la vocal preopinante en el fallo anotado: aparecen en la sentencia, en segundo lugar, la "ampliación de fundamentos" del juez Eduardo A. Russo y, finalmente, la del magistrado Esteban Centanaro.

(5) Véase: <http://www.lanacion.com.ar/922289>, visitada por última vez el 2 de julio de 2007.

(6) En un trabajo reciente, Delfina Krüsemann cita al Poeta Mayor quien, al volver hace añares de Tierra Santa, sostuvo: "Tanta sangre, tanto odio, tanto fuego, tanta guerra. Igual será santa, sólo acá vivió Dios-el Hombre". Cfr. "Sed Contra", Año 2, número 5, julio de 2007, "Editorial", en www.sedcontra.com.ar.

(7) Del fallo comentado, considerando 1° del voto "mayoritario".

(8) *Ibidem*.

(9) Las palabras relevantes de este voto comienzan así: "El señor juez de grado analiza el agravio relativo a la supuesta afectación del derecho a la intimidad...". Del contexto del fallo comentado surge que en primera instancia el juez había sostenido lo contrario del camarista Russo sobre la existencia del "derecho a la intimidad" del bar demandante. Cfr. el fallo de Cámara, voto cit.

(10) Mientras confeccionaba este artículo, la docente Agustina Capponi se tomó el trabajo de leer detenidamente las dos Declaraciones de Derechos Humanos y los ocho Tratados Internacionales con jerarquía constitucional mencionados en el art. 75, inc. 22, y llegó a la conclusión que hago mía en el texto. Mi impresión fundada, aunque aquí afirmada sin explicar los fundamentos, es que esta conclusión es extensible a los Pactos que adquirieron rango supremo después de la reforma de 1994.

(11) Cfr., en general, en apoyo de esta afirmación, GORDILLO, Agustín, "Derechos Humanos", primera edición, 1990; quinta Edición, 2005, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Cap. XII, disponible on-line en http://www.gordillo.com/Pdf/DH--5/Capitulo_XII.pdf, página visitada por última vez el 2 de agosto de 2007.

(12) "¿Tiene otra persona el derecho a perjudicar mi salud, creándome un factor de riesgo cancerígeno, de enfermedad cardiovascular de desenlace fatal probable a través del tiempo, de embolia, enfisema, etc.?", se pregunta con su sagacidad habitual Agustín Gordillo, *ibídem*, XII-6. En la nota 19 infra estamparé su acertada respuesta.

(13) Del fallo comentado, considerando 10 del voto "mayoritario".

(14) BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", primera edición, 1986, nueva edición ampliada y actualizada a 2000-2001, Ediar, Buenos Aires, Cap. XVII y, especialmente, ps. 288-291.

(15) "Saguir y Dib", Fallos 302:1284 (1980) (LA LEY, 1981-A, 401).

(16) *Ibidem*, del considerando 8° del "voto mayoritario". En lo que se refiere al derecho a la salud, la Corte repitió esta doctrina del caso "Saguir y Dib" en varias ocasiones desde entonces. Un ejemplo entre muchos: "Camponónico de Beviacqua", Fallos 323:3229 (2000) (LA LEY, 2001-C, 32).

(17) "Sánchez Elvira Berta", del 22 de mayo de 2007. La palabra "beba" aparece prominentemente en el considerando 9° del voto de la mayoría, firmado por los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay. "Prominentemente" en sentido literal, pues la palabra aludida —beba— aparece "con negrita". El voto concurrente de los magistrados Highton de Nolasco y Zaffaroni también se inclina por la protección jurídica del feto asesinado "en ventre sa mere", aunque introduce algunos matices interpretativos del Código Civil, en su parte relevante, ausentes en el voto mayoritario.

(18) Notablemente, lo que la Corte hizo en "Sánchez" fue revertir lo decidido por mayoría estrecha por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal en la Causa 13.548/01 - "Sánchez Elvira Berta c. Ministerio de JyDDHH B art 6 ley 24.411 (resol. 409/01)", del 11 de mayo de 2004 (LA LEY, 2005-B, 83). En esta sentencia, María Jeanneret de Pérez Cortés legó a los anales del "Derecho Argentino, Capítulo: tutela jurídica de la Vida humana", una disidencia memorable, acaso como regalo de despedida del cargo que supo desempeñar honestamente y con probidad, como sabe decir alguna fórmula judicial de juramento no siempre tan cumplida como prestada en el mundo en que vivimos.

(19) "Una respuesta afirmativa sería absurda. Es obvio, para nosotros, que la actividad de fumar en público debe considerarse automáticamente ilegítima y prohibida a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.054", ya había respondido Gordillo en 1990 (a la pregunta estampada en la nota 12 supra), con alusión al Pacto de San José de Costa Rica que había sido aprobado durante el gobierno de Alfonsín mediante la ley referida por el genial administrativista —Tratado aquel que, por una razón obvia, todavía no tenía rango constitucional: la adquirió recién en el 94, reforma mediante—. Quizás no esté de más destacar que Gordillo fue y/o es un profeta, pues la prohibición de fumar recién llegó a la Capital de la República 15 años después de que este oráculo vernáculo formulase su tajante y para entonces revolucionaria sentencia. Gordillo, Agustín, Derechos Humanos, cit., XII-6.

(20) Como se sabe, es todo un problema terminológico elegir si hablar de "privacidad" y/o de "intimidad"

para referirse a las "acciones privadas" del art. 19. Aquí lo dejaré a un lado y me concentraré simplemente en las palabras que el constituyente fundió en dicho artículo.

(21) Conviene dejar claro que —según juzgo verdadero, cierto y correcto— la tradición interpretativa constante de autores soberanos como Joaquín V. González, Montes de Oca y González Calderón, en modo alguno convierte a la tesis "espacial", que comparto, en verdadera, cierta, correcta ...ni mucho menos hacen de ella una tesis sensata o razonable. Las razones por las cuales estos cinco calificativos son todos predicables de "nuestra" tesis —la de los clásicos a los que se suma un novato— las han dado los propios clásicos y han sido recapituladas y ampliadas por el novato: Legarre, S., "Ensayo de delimitación de las acciones privadas de los hombres", LA LEY, 1999-B, 1266; "El poder de policía en la historia, la jurisprudencia y la doctrina", LA LEY, 2000-A, 999; "Poder de policía y moralidad pública", Ábaco, Buenos Aires, 2004, Capítulo Complementario, ps. 233-278.

(22) NINO, C. S., "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?", LA LEY, 1979-D-743; "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 317-327.

(23) GELLI, M. A., "Constitución de la Nación Argentina comentada", tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 247-281, y esp. p. 249 y nota 717 (en la que cita a Nino y generosamente, "en sentido contrario", a Legarre). Comp. la tesis de Gelli con el argumento de Nino en contra del "perfeccionismo": NINO, C. S., loci cit. en la nota anterior. Comp. también las teorías de Nino y Gelli con mi interpretación alternativa, salpicada de matices y aclaraciones aquí inevitablemente omitidos: LEGARRE, Santiago, "Poder de policía y moralidad pública", cit., ps. 244 sigtes.

(24) Remito, por tanto, a mis trabajos citados en las notas anteriores. Si al escribirlos estaba equivocado, hoy sigo pensando igual —"Alas!".

(25) La posición hoy mayoritaria ha sido la lectura casi oficial del art. 19 por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al menos desde el caso "Bazterrica", Fallos 308:1412 (1986) (LA LEY, 1986-D, 550). Pero, ni su reiteración casi monótona y totalmente acrítica por parte de algunos jueces —sin contar aquí y ahora a algunos magistrados disidentes que se han volcado hacia la interpretación ahora disidente: cfr. v.gr. la nota 36 infra— ni la circunstancia de haber sido sostenida por maestros como Nino o, tras sus huellas, Gelli —y muchos otros cuyos nombres tendré que omitir: el espacio es tirano—, convierten a la tesis en verdadera, cierta, correcta, sensata o razonable...

(26) El entrecomillado es una paráfrasis casi textual de la primera oración del art. 19 de la Constitución, cuya versión original dice: "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".

(27) El texto, a pesar de las comillas, es una paráfrasis un tanto alejada del texto del artículo 19 (aunque no de su "espíritu"), en la cual asumo y acepto ciertos postulados suficientemente razonables, a mi juicio, de lógica general y de sintaxis. Comp., sin embargo, la lógica y la sintaxis —bastante distintas las dos— asumidas por el juez Enrique S. Petracchi al interpretar la misma norma constitucional en su disidencia en el caso "Montalvo", Fallos 313:1333 (1990) (LA LEY, 1991-C, 80). Comp., además, las técnicas (lingüísticas, históricas y de otro tipo) que Diego A. Dolabjian aplica al art. 19 CN en "La restricción de la libertad y los derechos constitucionales", JA, 2006-IV-13-29.

(28) Esto requiere una opción semántica del tipo de la llevada a cabo en LEGARRE, S., "Poder de policía y moralidad pública", cit., ps. 31-55; mas —por lo dicho supra, nota 20— no haré hoy y aquí la opción relevante para este artículo.

(29) Reconforta, una vez más, tener la compañía de Agustín, de quien Santiago discrepa tanto como es obvio para el lector o lectora (que conocen, seguramente, las enseñanzas de Gordillo, mientras leen ahora al suscripto). Sentenció, otra vez Gordillo, en 1990, y otrora en 2005: "fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el artículo 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública". AGUSTÍN, "Derechos Humanos", cit., XII-6.

(30) Cfr. RAZ, J., "Razón práctica y normas", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pássim; traducción de "Practical Reason and Norms", segunda edición, Princeton University Press, 1990, a cargo de J. R. Manero.

(31) Agustín Gordillo parece haber agotado su búsqueda hace ya 17 años, concluyendo, para mi agradable

sorpresa, lo que yo mismo todavía no he logrado demostrar, aunque su conclusión me simpatiza harto: "No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el 'derecho' ni la 'libertad' de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo. De igual modo no podría el fumador invocar un supuesto 'derecho' a fumar en público, lesionando la salud ajena, atento el principio de que 'Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común'". AGUSTÍN, "Derechos Humanos" cit., XII-6, citando con comillas internas, a su vez, el art. 32, inc. 2º, del Pacto de San José de Costa Rica; a mi juicio una norma crucial, esta última, que complementa fantásticamente —arg. art. 75, inc. 22, de la Constitución de 1853-1994— el art. 19 de la Constitución Nacional.

(32) Remito, como lo hice en la nota 24 supra, a los trabajos allí aludidos.

(33) Citaré por última vez el libro que vengo aprovechando de Gordillo, quien responde a la pregunta que dejé picando en el texto, que una persona "sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad y de las acciones privadas de los hombres". AGUSTÍN, "Derechos Humanos", cit., XII-6, citas intermedias del PSJCR y del artículo 19 CN omitidas.

(34) Cfr. FINNIS, J., "Absolutos morales", Eunsa, Barcelona, 1992, pássim; Juan Pablo II, Carta Encíclica "Veritatis Splendor", 1993, pássim.

(35) Algunas autoridades, como el Papa citado en la nota anterior, a veces usan la expresión "objeto" —de corte tomista— para referirse a lo que llamo en el texto "intención". Una buena diagonal —pues fusiona—, es la usada por Finnis en inglés: "intended object": "objeto querido", sería mi traducción libre.

(36) En este sentido, es iluminador de las serias falencias de la sentencia aquí comentada —aunque pueda resultar hoy seguramente chocante para algunos— lo afirmado, en disidencia parcial, por los jueces Cavagna Martínez y Boggiano en la célebre causa "Bahamondez, Marcelo" (LA LEY, 1993-D, 130). Sostuvieron allí que existe un "principio fundamental según el cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal. Con apoyo en él, el Estado [recte: el gobierno del estado] se halla [sic] investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes (...), o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica". Fallos 316:479 (1993), del considerando 14; LA LEY, 1993-D, 130, con una nota sugerente y a contracorriente de Néstor P. Sagüés, titulada "¿Derecho constitucional a no curarse?".

(37) He aquí una nueva paráfrasis lógico-sintáctica del art. 19 de la CN.

(38) No queda claramente resuelta en este trabajo la ardua cuestión relacionada con la delimitación de lo privado respecto de lo público. A mi juicio, la buena senda es la que insinúa el Common Law, con su antiquísima noción de "privacy" —totalmente opuesta a la que campea y reina desde 1973: "Roe v. Wade"—. En las antípodas de este fallo ilegal e inconstitucional —que incidentalmente fabricó de la nada todo: el derecho de una mujer a abortar—, Robert P. George ofrece una exposición sintética y convincente de la privacidad en su libro "Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública", Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002, ps. 187-193.

(39) El fallo que la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió en contra de una "sociedad de sadomasoquistas" —"Laskey, Jaggard, and Brown v. The United Kingdom" (109/1995/615/703-705), del 19 de febrero de 1997— es excelente, por más que lo nieguen estridentemente los jueces de Estrasburgo que votan en disidencia.

(40) Remito nuevamente a FINNIS, J., "Absolutos morales", cit.; y a Juan Pablo II, Veritatis Splendor, cit.

(41) Véase la Introducción supra.

(42) Suma Teológica, I-II q. 96 a. 2c.

(43) Como muestra Finnis, por ejemplo, respecto del homicidio intencional. Cfr. FINNIS, J., "Ley Natural y Derechos Naturales", Trad. y Est. Preliminar C. Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 115.

(44) "Este es el objeto de nuestra investigación, que es una cierta disciplina política. Nos contentaremos con dilucidar esto en la medida en que lo permite la materia...", "Ética a Nicómaco", Libro I, 1094b, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; edición bilingüe y traducción a cargo de M. Araújo y Julián Marías.

(45) En palabras claramente sintetizadas por R. P. George, Agustín en su "De Civitate Dei" sostiene que "la ley no puede ser moramente neutral... o promoverá la virtud o facilitará el vicio". "Para hacer mejores a los hombres", cit., p. 47.

(46) Para ponerlo a Kant en esta lista —y, a contrario sensu, excluirlo de la mirada de liberales a los que me referiré seguidamente, en el sentido de "liberales" que redondearé también seguidamente— me apoyo en las

razones dadas en FINNIS, J. M., "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians", publicado en 1987 en la "Columbia Law Review", t. 87, p. 433-456.

(47) La nota necrológica anónima del "Daily Telegraph" (publicada el 24 de diciembre de 1992), que da cuenta de la muerte y, principalmente, de la vida y la obra de HLA Hart, testimonia la certeza de lo que digo sobre "El concepto de derecho" y, por eso mismo, permite adivinar que el autor anónimo fue el mejor discípulo del mejor maestro inglés. Para preservar algo el anonimato, sólo arriesgaré sus iniciales: JMF.

(48) RAZ, J., "The Morality of Freedom", Clarendon Press, Oxford, 1986.

(49) Cfr. ORREGO S., C., "H.L.A. Hart's Arguments Against Classical Natural Law Theory", 48 "American Journal of Jurisprudence", 297-323 (2003); "H.L.A. Hart's Understanding of Classical Natural Law Theory", "Oxford Journal of Legal Studies", Vol. 24, No 2 (2004), ps. 287-302. Véase también, FINNIS, J. M., "On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact", inédito, "paper" leído en julio de 2007 en Churchill College, Cambridge, England, en las Jornadas organizadas por Matt Kramer y tituladas "The Legacy of HLA Hart".

(50) Mi esfuerzo académico más reciente intenta avanzar un poco más en profundidad en el sendero explorado embrionariamente en 2004 en mi libro sobre el poder de policía: cfr. "The Historical Background of the Police Power", 9 "University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law" 745, Feb. 2007, ps. 745-797.

(51) Véase la siguiente nota a fallo que traza la distinción entre qué es y qué no es eutanasia, en el contexto de los cuidados paliativos y las personas agonizantes: "Bland: Crossing the Rubicon?" 109 "Law Quarterly Review" 329-337 (1993), de J. M. Finnis.

(52) Por poner un ejemplo sobresaliente, el autor del ya citado "The Morality of Freedom", Joseph Raz, sostuvo en una conferencia en 1998 que no compartía muchas tesis del "On Liberty" de Mill. "Paper" (no) leído en el Juris Club de Grandpont House, Oxford, MT 1998. Además, como surge patentemente de "The Morality of Freedom", cit., Raz no podría estar más lejos de una tesis central en el "liberalismo" de autores como Dworkin o Rawls: la tesis de la "neutralidad" (acerca de la cual, cfr. nota 23 supra y texto que la acompaña).

(53) Finnis piensa simplemente que el "liberalismo" no existe; no obstante, reivindica —para desconcierto del mundo tomista, y en un libro sobre Tomás de Aquino en el cual, Finnis sigue a Aquinas en casi todo lo que importa— ¡el "harm principle" de... John Stuart Mill!. FINNIS, J. M., "Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory", Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 228.

(54) No así la tradición clásica que va desde el mediterráneo Aristóteles hasta la insular "New Classical Theory of Natural Law" de nuestros días, que distinguen moral y derecho —como corresponde: sin separarlas del todo—.

(55) "On Liberty" (S. Collini, ed.), Cambridge University Press, Cambridge (England), 1989, Cap. IV.

(56) Esta observación fue advertida por Germán Bidart a comienzos del nuevo milenio y, más tarde (en 2002-2003), efectuada por el gran lector, escritor y jurista argentino de la segunda mitad del siglo XX. Cfr. BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional", cit., t. II-A, nueva edición ampliada y actualizada a 2002-2003, p. 218, nota 7 y sus citas. Antes, Gordillo había observado otro tanto: "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, primera edición, 1975; tercera edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, ps. V-23 y 24 (y cfr. también la octava edición de 2006, t. 2, p. V.6 y sus citas). En verdad, el publicista ya venía observando esto él mismo desde 1960: cfr. GORDILLO, A., "Estudios de Derecho Administrativo, Perrot, Buenos Aires, 1963 y LEGARRE, S., "Poder de policía y moralidad pública", cit., p. 25, nota 4, con mi cita del referido trabajo de 1960.

(57) "Brown v. Maryland", 12 Wheat. 419 (1827).

(58) Alemania ayer estaba —y hoy está, al igual que los demás países aludidos— hiper-regulada. Así lo muestra en "Social Control and the Enforcement of Police-Ordinances in Early Modern Criminal Procedure", Karl Härter, en su trabajo recogido en "Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa", Heinz Schilling (ed.), Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1999, ps.40-43 y 61-62.

(59) El libro "The People's Welfare. Law and Regulation in Nineteenth-Century America", de William J. Novak (The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996), contiene innumerables ejemplos de leyes estatales en materia de moral, salud y seguridad públicas, además de ejemplos de las también cuantiosas leyes reguladoras del derecho de propiedad, abarcadas en el sentido broad del poder de policía. La lectura de esta obra permite ver con claridad que la suposición, frecuente, de que los Estados Unidos se constituyeron históricamente como un país de libertades ilimitadas, una especie de paraíso del laissez-faire, es simplemente un mito. Por eso digo, medio en broma, medio en serio, que el Paraíso de la Libertad es una especie de dictadura donde, para proteger la libertad (ajena y propia) se terminan restringiendo casi todas las libertades (propias y

ajenas).

(60) Véase, en particular, lo señalado por la Cámara en el considerando 13 del voto de "mayoría" (cfr. supra la nota 4 y el texto que la acompaña).

(61) La "Divina" es la solución platónica, explicitada en su gran última obra, "Las Leyes". Cfr. FINNIS, J. M., "Plato, Secularism, & Hope", inédito, p. 2 del "paper" leído en 1997 en Christ Church, Oxford. Es también la receta de las Tres Grandes Religiones, incluida la mía.

(62) La "Mano Invisible" es la metáfora de Adam Smith que hace suya brillantemente Le Hawk para explicar por qué Dios favorece al "pirata", y no al llamado "gentleman". Cfr. su "El liderazgo de Jack Sparrow", en "Sed Contra", año 2, número 5, julio de 2007, publicado en www.sedcontra.com.ar. El "caballero", como explica magistralmente el Cardenal Newman, es una abominación victoriana y anticristiana o, por lo menos, sin lugar a dudas, anticatólica: "At this day the 'gentleman' is the creation, not of Christianity, but of civilization. But the reason is obvious. The world is content with setting right the surface of things; the Church aims at regenerating the very depths of the Heart". "Idea of a University. Discourse 8. Knowledge Viewed in relation to Religión", available at www.newmanreader.org.

(63) La Diosa fortuna —vulgo dicta suerte— parece el recurso de Tolkien (un católico ferviente) para referirse a Dios en sus dos libros más conocidos: "The Hobbit" y "El Señor de los Anillos". Sin embargo, cuando quiere mostrar un poco más sus creencias —reveladas del todo, póstumamente, en "El Silmarilion"—, pone en boca de Gandalf, el mago, frases como éstas: "¿No dejarás acaso de creer en las profecías sólo porque ayudaste a que se cumplieran? No supondrás, ¿verdad?, que todas tus aventuras y escapadas fueron producto de la mera suerte, para tu beneficio exclusivo". (De Gandalf a Bilbo en el párrafo con el cual concluye "El Hobbit") Y también: "Había más de un poder actuando allí, Frodo. El Anillo trata de volver a su dueño... Detrás de todo esto había algo más en juego, y que escapaba a los propósitos del hacedor del Anillo: no puedo explicarlo más claramente sino diciendo que Bilbo estaba "destinado" a encontrar el Anillo, y no por voluntad del hacedor. En tal caso, tú también estarías destinado a tenerlo". (De Gandalf a Frodo, en el capítulo "The Shadow of the Past" de "Lord of the Rings. The Fellowship of the Ring".).

Información Relacionada

Voces:

ACCION DE AMPARO ~ CIGARRILLOS ~ TABACO ~ LEY LOCAL ~ REQUISITOS DE LA ACCION DE AMPARO ~ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES ~ DERECHO A LA SALUD ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ DERECHO A EJERCER INDUSTRIA LICITA ~ CONSTITUCION NACIONAL

Fallo comentado: [Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II \(CContenciosoadministrativoyTribCiudadAutonomadeBuenosAires\)\(SalaII\) ~ 2007/03/21 ~ Amores Perros S.S. c. Ciudad de Buenos Aires](#)