

Título: **Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado(*)(**)**
Autor: Legarre, Santiago
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Constitucional, Tomo 282
Fecha: 21-05-2019 Cita Digital: ED-DCCLXXVII-806

Sumarios

I. Introducción. - II. Teorías previas. - III Sistema y contexto. - IV. Historia: doctrina y jurisprudencia. - V. Una teoría espacial. - VI. Conclusión.

Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado(*)(**)

I

Introducción

Uno de los problemas que plantea la interpretación del art. 19 de la CN -problema que comparte con la de cualquier otra norma de la Constitución (y, en definitiva, con la interpretación de toda norma jurídica)- es que la interpretación del art. 19 requiere e implica suscribir una teoría (explícita o implícita) de la interpretación jurídica (y, en este caso, de la interpretación constitucional, aunque más no sea para decir que nada la diferencia de la interpretación jurídica en general, si así lo fuera). Otro problema afín es que toda buena teoría de la interpretación jurídica implica y requiere una teoría (implícita o explícita) del derecho -el objeto de esa interpretación-. Según se piense qué es el derecho, así se lo interpretará. Creo que es legítimo exigirle a quien pretenda proponer como acertada una teoría interpretativa de las “acciones privadas de los hombres” tanto una teoría interpretativa como una teoría jurídica(1).

Sin embargo, si cada uno de quienes discurren sobre las “acciones privadas de los hombres”, empezando por mí mismo, explicitara en sus detalles sus teorías interpretativas y jurídicas (o, para el caso, su “teoría política”), el grueso de lo que se escribiera sobre el asunto se consumiría en esa parte general teórica, introductoria. Es por ello que explicitaré tan solo brevemente qué entiendo por derecho, de lo cual se seguirá cuál es, según mi parecer, la teoría interpretativa que debe preferirse y que usaré para concluir, a la postre, con una lectura del precepto constitucional relevante en clave espacial. Aunque reconozco, desde ahora, que hay huecos en este trabajo, en lo que hace a la conexión de mis teorías previas con esta concreta conclusión interpretativa, también resultará claro que a la luz de mis presupuestos teóricos, y más allá del éxito o de la corrección de la “teoría espacial”, no resulta posible asumir sin más que el art. 19 de la CN se refiere a la “autonomía” cuando alude a las “acciones privadas” (expresado ello sin perjuicio, claro está, de que en un lugar privado puedan realizarse acciones autónomas).

II

Teorías previas

En mi opinión, el derecho es una construcción humana que tiene por finalidad completar y explicitar preceptos morales o éticos objetivos y preexistentes (a los cuales, durante siglos, se llamó “ley natural” [Legarre, 2018: 885]). Se trata -el derecho- de un artificio normativo tendiente a orientar la conducta con vistas al bien social y a los derechos de las personas que integran las comunidades por él regidas; y cuenta con el refuerzo de sanciones para el caso de que las directivas sean ignoradas (Raz, 1991: 183-187). Esta suerte de definición simple de “derecho” se aplica también al derecho constitucional. Y de él es cierto, como de todo el derecho, en general, que se trata de un fenómeno mediante el cual decisiones presentes de quien tiene autoridad -como consecuencia, ordinariamente, de algún mecanismo de delegación ciudadana- intentan guiar conductas futuras, reitero, con miras a producir coordinación con el propósito de un fin común. Mirada esta misma situación desde el futuro, el derecho se observa como un acto comenzado en el pasado con vistas a orientar una conducta que ocurrirá más adelante. Toda teoría jurídica (¡o política!) que desconozca esta realidad o que se enfoque sobre otros aspectos del fenómeno jurídico llegará, seguramente, a conclusiones distintas en materia interpretativa en general; y también, por consiguiente, a conclusiones distintas en la interpretación del art. 19, que nos convoca. Más aún, conviene señalarlo, muchas teorías “políticas” y “jurídicas” hoy en boga no tienen este punto de partida sobre lo

jurídico: para ellas, el derecho no es un fenómeno normativo hacia el futuro con vistas a un fin común, sino alguna otra cosa...

Antes de indagar cuál es la interpretación que corresponde a semejante objeto, cabe acotar que dentro del derecho (y del derecho constitucional) existen normas cuya vinculación con la ética es más directa e inmediata -constituyen ratificaciones (aunque sean ratificaciones elaboradas) de normas morales- y otras cuya relación con la ética es menos visible: en el caso de estas últimas normas jurídicas -vinculadas más indirecta y mediatamente con la moral-, lo que ocurre es que la norma jurídica determina la norma moral de alguno de entre muchos modos posibles, todos razonables a priori (Legarre, 2012: 103-110).

Entiendo, dada la explicación anterior, que la interpretación jurídica debe guiarse por dos máximas principales. A su vez, la primera de ellas tiene tres dimensiones, a las que podría llamarse, respectivamente, “literal”, “histórica” y “sistemática”(2). Las tres dimensiones se hallan interrelacionadas y entran a jugar siempre y al mismo tiempo, razón por la cual conviene ubicarlas juntas dentro de esta primera máxima, que debería constituir el punto de partida de toda interpretación jurídica.

Porque el derecho es un constructo humano, la interpretación jurídica debe intentar desentrañar el sentido de ese constructo. Para ello, es importante, según la primera máxima, conocer cuál fue la intención -en el sentido de finalidad histórica- plasmada en la norma, sin que importen las intenciones “privadas” de los legisladores, que no dejan de ser “privadas” por haberse hecho públicas (y ni siquiera si se hicieron públicas en el recinto legislativo). En este sentido, toda interpretación debe ser, primero, literal: procurar, antes que nada, comprender el texto que contiene el mensaje normativo intencional, para lo cual las reglas de la lengua son fundamentales. Por ejemplo, cuando el art. 19 de la Constitución dice “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan”, una interpretación atenta a lo literal prestará atención al hecho de que en la norma se modifique con el adjetivo “ningún” al sustantivo “modo”; y también a la elección del modo subjuntivo en lugar del indicativo para el verbo “ofender” (“no ofendan” en lugar de “no ofenden”). Asimismo, la atención a los términos y a la gramática permitirá concluir, con Ezequiel Monti, que “orden”, “moral pública” y “perjuicio a un tercero” son tres cosas distintas (Monti, 2014: 54). De todos modos, más que llevar a cabo una interpretación genérica y en abstracto de la gramática del art. 19 conviene, en mi opinión, desglosarla en el contexto de los casos concretos de aplicación de la norma que se presentan a lo largo de la historia.

Un segundo aspecto de la interpretación jurídica, en esta primera máxima, es el histórico. La investigación de los antecedentes de la norma y el discernimiento del modo en que fue entendida por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo (anterior y posterior a la sanción de la norma) son relevantes, aun cuando en ocasiones esta tarea resulte más factible y fructífera que en otras. Pero también es importante, en tercer lugar y todavía en el marco de esta primera máxima, el contexto en el cual la norma interpretada fue insertada por su creador. En este sentido, toda interpretación debe ser sistemática.

Esta primera máxima, con sus tres dimensiones, resguarda la fidelidad a la norma interpretada como hecho del pasado. Mas, dado que toda norma está destinada a regir una conducta futura, ese hecho del pasado -del cual se ocupan el análisis literal, histórico y sistemático- no agota, como tal, las posibilidades interpretativas en el futuro (como veremos con la segunda máxima). Cobra mayor relevancia esta primera máxima cuando se trata de interpretar aquellas normas jurídicas cuya conexión con la ley natural es más indirecta y mediata, en los términos explicados más arriba en esta misma sección(3).

La segunda máxima interpretativa -que, a decir verdad, en la práctica se mezcla también con la primera- tiene que ver con la finalidad que debe tener (y ordinariamente tiene) todo ordenamiento jurídico, y genera como consecuencia esta segunda máxima que lo literal, lo histórico y lo sistemático no sean un dato frío ni tengan la última palabra. Esa finalidad no se refiere (necesariamente y siempre) a la intención o finalidad histórica de la norma, sino que consiste, recordemos, en servir el bien de las personas que integran la comunidad relevante y fomentar sus derechos. En un Estado democrático, esta orientación al bien común debe presumirse en toda norma y debe presidir la tarea interpretativa, especialmente en casos de duda, y siempre y cuando la fidelidad a la norma lo permita: entre varias alternativas interpretativas compatibles con la letra, la historia y el sistema, debe preferirse una que se encuentre en armonía con el bien y los derechos de las personas. Y ello es así, pues como afirma Finnis: “... in adjudication and the practice of law, interpretation of constitutional and statutory texts and statements can never reasonably be exclusively historical. Constitutions and statutes arise for consideration -indeed, exist as law- only in a context of the interpreter’s intention to serve persons and their well-being, the common good” (Finnis, 2002:59).

En casos extremos, en los que de la letra, de la historia o del sistema (o de los tres) surja una norma con un sentido inequívocamente injusto, esta segunda máxima llevará a considerar la necesidad de apartarse a veces de la norma positiva en favor de una solución moralmente aceptable (Tomás de Aquino: I-II, 96.4.c). En ocasiones, para hacerlo no hará falta salirse del derecho positivo, pues el sistema constitucional mismo permitirá descalificar la norma injusta por inconstitucional -aunque esto es irrelevante cuando se trata de

interpretar una norma constitucional, como el art. 19, que, por definición, no puede violar la Constitución-.

III

Sistema y contexto

Como es sabido, la primera parte del art. 19 de la CN establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Dado que la letra de la norma ya ha sido analizada con fruto(4), y visto que la investigación estrictamente histórica en torno de la norma no arroja mucha luz (como quedará de manifiesto en la sección siguiente de este trabajo), empezaré con un enfoque sistemático.

El precepto que nos interesa está insertado en una “Primera Parte” de la Constitución, que contaba originalmente con un “Capítulo Único”, titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías”(5). En los artículos precedentes y en algunos de los que lo siguen, la Constitución reconoce una serie de derechos subjetivos, esos que con el correr del tiempo se llamaron derechos fundamentales, derechos constitucionales y, en ciertos contextos, derechos humanos.

Antes de referirme a ellos, hago notar que en el mismo art. 19, que incluye el precepto que nos interesa, se reconoce, en una segunda parte de la norma, un amplio derecho a hacer todo lo que la ley no prohíbe: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Se trata de una libertad constitucional que cede frente a la prohibición legal: existe esta libertad mientras la ley no diga lo contrario; desaparece si la ley la suprime: si no puedo ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe, entonces basta con que una ley me lo prohíba para que pueda ser privado de hacerlo (y similarmente, y cronológicamente antes en la redacción del texto en cuestión, si no puedo ser obligado a hacer lo que la ley no manda, basta que me lo mande para que pueda ser obligado a hacerlo). Todo lo cual halla excepción, según mi interpretación, cuando la conducta libremente ejercida reciba protección mediante alguno de los derechos reconocidos por la Constitución, derechos de un contenido más específico, distintos de este derecho amplio y general protegido por la segunda parte del art. 19, cuyo sentido parece residual y cuya relevancia es tal mientras que una ley relevante no haya entrado en acción para anular un cierto aspecto de este derecho amplio y general.

En cambio, a los derechos reconocidos en los artículos que preceden el 19 y a algunos de los que lo siguen se les aplica la salvedad introducida por el art. 28: “Los derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”(6), según establece el texto de esa norma constitucional. Esta disposición, sumada a la pirámide jerárquica establecida en el art. 31 de la Constitución, implica que, cuando una ley o cualquier otra norma (de jerarquía inferior a la Constitución) altera (o desconoce) un derecho constitucional (de jerarquía superior), esa norma es inconstitucional (con las consabidas consecuencias). Por lo que hemos expresado, ello no sucedería, en principio, cuando una ley recorta una parte de la libertad amplia y general prevista en la segunda parte del art. 19 de la Constitución, en la medida en que esa parte no está protegida por uno de los derechos aludidos en el art. 28 de la gran norma.

Si bien de los primeros trece artículos de la carta magna surgen implícitamente algunos derechos, es en el art. 14 donde encontramos un elenco expreso de unos cuantos, cuyo goce se asegura a “todos los habitantes de la Nación”; entre otros, los derechos de trabajar, comerciar, peticionar a las autoridades, transitar, publicar ideas sin censura previa, usar y disponer de su propiedad, asociarse con fines útiles, profesar libremente su culto y enseñar y aprender. A continuación, el art. 14 bis -añadido a la Constitución en 1957- otorga una serie de protecciones a los trabajadores (y a los gremios), de las cuales se siguen parejos derechos subjetivos. De los arts. 15 y 16 surgen derechos de igualdad entre las personas; y del 17, una serie de protecciones de la propiedad privada. Recordar estos y los demás derechos será importante más adelante cuando delimitemos la esfera protegida por el art. 19, de modo que, si esa esfera tiene sabor a poco, tengamos en cuenta que hay mucho sabor, y más preciso, en el resto de las protecciones. Aunque adelanto ahora que existe una manera de concebir la protección acordada por el art. 19, en clave de autonomía, que torna innecesaria, redundante y, sobre todo, irrelevante la tutela deferida a diversos ámbitos de conducta por los derechos aquí repasados. Con tal autonomía, bastaría solo un derecho en la Constitución. Sucede, no obstante, que la Constitución reconoce numerosos derechos (y qué decir si se cuentan los reconocidos en los pactos), por lo cual la única forma de postular eficazmente un derecho a la autonomía de un alcance así de amplio consistiría en borrar o ignorar buena parte del texto constitucional (y convencional), lo que nos lleva nuevamente a los presupuestos teóricos aludidos en la primera sección de este trabajo y a la importancia de comenzar todo análisis del art. 19 por una definición de derecho.

Sigo con el articulado de la Constitución, ya que en razón de mis presupuestos teóricos me importa la dimensión normativa del derecho constitucional. El art. 18 garantiza la defensa en juicio y reconoce una

variedad de derechos relacionados con ella. Este artículo también declara que el domicilio es inviolable “y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, lo cual conviene resaltar, dada su relevancia para este estudio. Adelantaré aquí otra de mis conclusiones -que las “acciones privadas” deben interpretarse en clave espacial- para observar ya mismo que autores como Nino, que afirman que esta lectura espacial constituye una “trivialización” de la norma (Nino, 1989:426), se apoyan en parte en el hecho de que el art. 18 ya protege el “espacio-domicilio”(7). Sin embargo, la protección del art. 18 se refiere al lugar con independencia de toda acción e incluso si en ese lugar no se encuentra nadie en el momento en que la protección deviene en relevante. El art. 19, en cambio, se refiere a acciones; y si, como argumentaré, debe entenderse que esas acciones deben ocurrir en un lugar privado para tener tutela de esa norma constitucional, la presencia dentro de él de sujetos agentes y de actuaciones constituye un requisito ausente de la tutela del art. 18, el cual, a su vez, no tiene por finalidad, por tanto, proteger esas acciones (sino un sitio).

El art. 20 reconoce expresamente a los extranjeros muchos de los derechos mencionados en los párrafos anteriores. Y el art. 33 aclara que los derechos enumerados en la Constitución “no serán entendidos como negación de otros”, no enumerados, que “nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

De esta somera descripción se sigue que hay un derecho de libertad general (tutelado por la segunda parte del art. 19) y que este derecho puede ser alterado por las leyes; pero existen otros derechos específicos que no pueden ser alterados por las leyes(8); y la enumeración de estos derechos no debe entenderse como la negación de otros, no enumerados. Se sigue también que las “acciones privadas” de la primera parte del art. 19 están contenidas en un artículo que, por su contexto -ubicado en el medio de una enumeración de derechos-, difícilmente puede entenderse como una máxima interpretativa, al estilo del art. 1º de la ley fundamental alemana, con su referencia a la dignidad.

Surgen, entonces, preguntas fundamentales: ¿cuál es la finalidad del precepto contenido en la primera parte del art. 19? ¿Por qué la Constitución protege las “acciones privadas de los hombres” si acto seguido reconoce un derecho general de libertad y, antes y después del art. 19, reconoce una serie de derechos específicos? ¿Qué agrega la primera parte del art. 19? Más aún, si se tiene en cuenta que allí no se usa esta palabra, ¿se trata de un “derecho”?; ¿se le aplica la salvedad del art. 28?

IV

Historia: doctrina y jurisprudencia

Para intentar encontrar una respuesta a las preguntas anteriores, y en aplicación de la primera máxima formulada en la sección introductoria, en su dimensión “histórica” (que ha de tener toda interpretación), desempolvare ahora algunos de los primeros libros de derecho constitucional argentino, ya que el creador de la norma -el constituyente de 1853- no ha dejado rastros ni indicaciones significativos respecto del sentido del precepto, como ha mostrado, luego de un estudio concienzudo, con citas de los convencionales relevantes, Arturo E. Sampay en su famosa monografía *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional* (Sampay, 1965; véase también Chacón, 2004). Antes de referirme a los comentaristas tempranos del texto constitucional, hago notar de todos modos que, como es sabido, 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. Más aún, Zavalía -uno de los constitucionalistas importantes del siglo XIX- ni siquiera hace referencia relevante alguna al art. 19 de la Constitución (Zavalía, 1924). Todo ello 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- ocupaba, en general, no más de un capítulo. Últimamente, en cambio, nuestros constitucionalistas suelen dedicar menos espacio a los poderes (la “parte orgánica”) y más extensión al tratamiento de la antes llamada “parte dogmática”(9). Acaso también esto deba entenderse a la luz de nuevos presupuestos teóricos “críticos”, que relegan lo normativo a un segundo plano (y lo digo porque en la parte orgánica la dimensión positiva sobresale en relación con la moral, que sobresale, a su vez, en la dogmática).

En todo caso, de entrada podemos corroborar que los constitucionalistas que sí escribieron sobre el tema respondieron afirmativamente las preguntas “¿suma algo la primera parte del art. 19 a los derechos reconocidos en el resto de la Constitución?” y “¿las acciones privadas, en las condiciones allí prescriptas ¿constituyen un derecho?”. Pero la realidad es que la opinión prevaleciente entre aquellos era un “sí” muy delgado, pues el contenido que se atribuía al derecho que se reconocía en las “acciones privadas” era efímero, de poco significado (y, en especial, si se lo mira desde la perspectiva del siglo XXI).

Joaquín V. González, uno de los pioneros del constitucionalismo argentino, fue el primero en enrolarse en esta posición “delgada” y lo hizo adoptando lo que se daría en llamar más tarde “la teoría de la

interioridad". Según esta teoría 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 (desde el punto de vista constitucional) dentro de la esfera de la regulación legal, y se aplica a su respecto la segunda parte del art. 19: se podrá o no ejecutar la acción pergeñada según que esté o no prohibida por una ley (González, 1897:101).

Esta lectura parece simplista, pero no lo es necesariamente si se recuerda el contexto en el cual la Constitución reconoce la privacidad: para las acciones exteriores, ya hay una protección general, que cede ante la ley (segunda parte del art. 19); y, más importante, existen protecciones particulares para los actos externos en los muchos derechos reconocidos por el texto constitucional, que no ceden en principio frente a alteraciones legales (arg. art. 28 de la Constitución). La interpretación de González no es, por tanto, simplista. Resulta sí, en mi opinión, limitada, pues, entre otras cosas, priva a la norma de una finalidad alternativa, compatible con su texto: la "teoría espacial" que esbozaré seguidamente. Mas la interpretación de González tiene el mérito de dar sentido al entorno de la primera parte del art. 19: el sistema y el contexto de la norma. Tal vez por eso la propuesta temprana de este autor fue una inteligencia tan exitosa de la norma: la Corte Suprema la adoptó en sus primeros fallos sobre este asunto y la sostuvo desde 1934 hasta finales del siglo XX (Bidart Campos, 1993:370).

Sin embargo, el propio González, en contradicción aparente con su teoría de la interioridad, ofrece, además, la semilla de lo que considero una interpretación alternativa razonable: la comprensión espacial de las "acciones privadas". Esta teoría, a la vez que reconoce que el texto y el contexto de la norma tornan en innecesarios e inaceptables entendimientos del art. 19 de una amplitud excesiva (como la interpretación de las acciones privadas en clave de "autonomía"), le brinda a la norma, además, un sentido que va más allá de la interioridad. Al tratar sobre la inviolabilidad del domicilio, cuando comenta el art. 18 de la Constitución, González afirma:

"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 (artículo 19), allí donde se realizan la soberanía del individuo y los actos y sagrados misterios de la vida de la familia" (González, 1897:195, énfasis en el original).

De esta manera, el autor parece borrar con el codo lo que había escrito con la mano y, de tal modo, asigna al art. 19 un alcance mayor que la mera tutela de la interioridad. Acciones privadas serían no solo las interiores, sino también las que se desarrollan "en casa" -sin perjuicio de la posibilidad del allanamiento de esta en ciertas circunstancias en que el ordenamiento procesal penal lo autoriza-. He aquí una delimitación interesante del concepto de acciones privadas, la espacial, que se caracteriza, además, por su claridad.

Agustín de Vedia, que escribió pocos años más tarde, realiza un aporte útil para desentrañar la palabra "magistrados" contenida en la primera parte del art. 19 y para contrastar esa parte primera del artículo con la segunda. De Vedia 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 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" (De Vedia, 1907:101).

En otras palabras, según de Vedia las acciones privadas están exentas de la autoridad de la ley ("de los magistrados", al decir del texto de la norma) y, por lo tanto, son distintas (como es lógico) de aquellas protegidas con carácter general por la segunda parte del art. 19, que sí pueden ser alcanzadas por la ley. De aquí se sigue también, para mí, que el derecho a la privacidad de la primera parte del art. 19 se encuentra comprendido por el art. 28 de la Constitución y, por tanto, no puede ser "alterado" por vía reglamentaria (ni legal).

El rechazo de la teoría de la interioridad y la afirmación de la teoría espacial son compatibles con una inteligencia de la norma del art. 19 que gira en torno de la idea de que el Estado solo debe encargarse de los aspectos exteriores de las relaciones de justicia. Esta idea, presente tanto en Tomás de Aquino como en John Stuart Mill(10) (Finnis, 1998:222), fue defendida primero en Argentina, en la segunda mitad del siglo XX, y en el contexto de la norma que nos convoca por el ya aludido Sampay. En su monografía de 1965, sostenía este autor que quedan fuera de la autoridad del Estado 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" (Sampay, 1965: 25). Respecto de las acciones a las que se aplicó la teoría de la interioridad durante tantos años, Sampay afirma que 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" (Sampay, 1965:31).

Comparto ambas apreciaciones de Sampay, aun cuando pueda disputarse la relevancia de la segunda, dada la imposibilidad de conocer el mundo interior, señalada primeramente. Además, y al menos en el siglo XXI, es evidente que los pensamientos -cualesquiera fueran, morales o inmorales- son privados.

Al año siguiente de la publicación de la monografía de Sampay, Carlos Valiente Noailles dio a la luz su libro *La moral pública y las garantías constitucionales*. Al igual que Sampay, Valiente Noailles considera que “[l]a redacción del art. 19 impone la necesidad de distinguir conceptualmente entre lo público y lo privado” (Valiente Noailles, 1966:59); y también él va más allá de la teoría de la interioridad y postula como acciones privadas hechos exteriores de índole doméstica (Valiente Noailles, 1966:38). Esto implica que tanto Sampay como Valiente Noailles estaban en desacuerdo con la teoría de la interioridad prevaleciente en la Corte Suprema al momento de sus escritos. A ellos se sumarían, unos años más tarde, el profesor Bidart Campos, que contribuyó decisivamente a terminar de demolerla (Bidart Campos, 1993:370-371), y el profesor Néstor Pedro Sagüés, quien incluyó dentro del “mundo privado” tanto la interioridad como “los actos personales que pueden reflejarse y constatarse exteriormente, pero que carecen de significación para la vida social” (Sagüés, 1975:457).

En otro orden de cosas, Valiente Noailles incluye en la protección constitucional brindada por el art. 19 algunos derechos que en rigor no constituyen “acciones privadas”, como el derecho a que no se difundan detalles de la vida privada de uno (Valiente Noailles, 1966:29). En realidad, como observa Nino, la protección de la intimidad entendida en el sentido de los datos privados, la imagen, el honor, es algo conceptualmente distinto de las “acciones privadas” a las que se refiere el art. 19 de la Constitución (Nino, 1992:327). En efecto, no son “acciones” y tampoco tiene sentido pensar que en algunos casos puedan ofender a la moral pública o perjudicar a terceros. Ello, por supuesto, no quiere decir que la intimidad así entendida carezca de protección constitucional, pero sus contornos se refugian en otras normas (algunas, convencionales) y pertenecen a un estudio separado.

Adelanté algo de la postura de Germán J. Bidart Campos sobre este asunto y ahora añadiré brevemente - algo más, ya que la considero una interpretación persuasiva. La principal conclusión de su apenas conocido libro *Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal* es que no basta que una acción sea privada para que quede bajo el amparo del art. 19 de la Constitución. Además de ser privada, esa acción no debe ofender la moral pública (Bidart Campos, 1980:55 y 71). Aquí está, a mi juicio, la médula de su postura, con la que concuerdo, pues la teoría espacial -mi interpretación preferida del art. 19- se entiende mejor a la luz de esta elaboración de Bidart Campos. Volveré sobre ello en la conclusión, debajo.

Cabe observar, en el orden jurisprudencial, que los fallos que tempranamente aplicaron el art. 19 de la Constitución se cuidaron de definir los contornos de las acciones privadas. Entre los escasos casos de los primeros años, véanse, por ejemplo, “Ramón González s/violación de la ley 4097”(11), sobre la prohibición de los juegos de azar, y “Rizzotti, R. c. Pcia. de San Juan”(12), sobre servicios gratuitos de asistencia médica forzados.

Recién en 1934 la Corte Suprema formuló una caracterización de las acciones que consideraba privadas en los términos de la normativa constitucional, y lo hizo ratificando el criterio de la interioridad de Joaquín V. González (con todas sus limitaciones, según expresé). En “Rosenblat, A. s/retiro de carta de ciudadanía”(13), para resolver que los delitos subversivos del orden social solo pueden “tomar sus formas en la hipótesis de que las ideologías que los sustentan se tradujeran en hechos o en actividades”, consideró que “[e]s cierto que las acciones privadas están reservadas a Dios, [pero] el precepto del art. 19 es todavía más exacto cuando trata de las ideas que no se exteriorizan en acciones”. Es esta una definición de gran importancia práctica, pues, como adelanté, fue mantenida por la jurisprudencia hasta fines del siglo XX. En efecto, cuarenta años después de haberla acuñado en “Rosenblat”, la Corte la reiteraba en casos como “Viñas Ibarra, Elvira A. c. Sánchez Loria, Raúl”(14), cuando sostuvo:

“... 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 [...] Acciones privadas son, pues, las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y solo 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” (énfasis agregado).

En los casos sobre tenencia de estupefacientes para uso personal anteriores a la famosa causa “Bazterrica” se mantuvo este criterio de la interioridad. En el más importante de ellos, la Corte afirmó, con referencia al art. 19, que “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” (“Colavini, Ariel Omar s/inf. Ley 20.771”)(15). Esta afirmación tiene el defecto de

continuar en clave de interioridad y, además, el problema que implica, como hemos expresado, usar el término “intimidad”.

El criterio de la interioridad fue abandonado rotundamente por la Corte en 1984, en el caso “Ponzetti de Balbín”(16), en el cual se trocó aquel por el criterio de la autonomía individual, ajeno al texto del art. 19, como también a su historia interpretativa, tal como fue reseñada en estas páginas. En efecto, dijo así el tribunal, entonces, mediante el principal de los votos concurrentes:

“En relación directa con la libertad individual, [el art. 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”(17).

Como puede verse, en este caso de mediados de los ochenta el tribunal innovó no solo en lo que a la autonomía se refería; además mezcló privacidad con intimidad, en contra del señalamiento de Nino que recordé más arriba.

Sobre la base de este nuevo criterio, el tribunal cambió su jurisprudencia en materia de tenencia de drogas dos años después, en la causa “Bazterrica”(18). En casos posteriores, la Corte, todavía con la misma integración, comenzó a hacer distinciones según dónde tuviera lugar la acción; bien dice Diego Dolabjian que “en este período jurisprudencial puede observarse que las decisiones de la Corte Suprema oscilaron de acuerdo a las circunstancias concretas que rodeaban al consumo y/o tenencia de drogas” (Dolabjian, 2014:438). Así, en “Von Wernich, Gustavo Adolfo s/infr. al art. 6 de la Ley 20.771”, 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(19). En “Dicapua, Sergio Héctor s/av. Ley 20.771” se afirmó otro tanto de la tenencia de droga con el propósito confesado de que había sido consumida en una fiesta(20). Interesantemente, en este fallo, el juez Belluscio (que había contribuido con su voto a la mayoría 3-2 en “Bazterrica”) votó junto con Caballero y Fayt (los disidentes en “Bazterrica”) y constituyeron una nueva mayoría ad hoc. Algo parecido ocurrió en otras sentencias más circunstanciadas que “Bazterrica” y hasta hubo un caso de estos en que los jueces Bacqué y Belluscio se sumaron a Caballero y Fayt (en Dolabjian, 2014:438-444 puede hallarse una exposición esclarecedora tanto de este último caso como de otros, la cual muestra, según mi juicio, las grietas del discurso grandilocuente del caso “Bazterrica”).

Los fallos “Ponzetti de Balbín” y “Bazterrica” marcaron un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A partir de entonces se sostuvo un criterio más extendido de las “acciones privadas”, que se tradujo inicialmente, a título de ejemplo, en la inclusión en el ámbito protegido por el art. 19 de conductas como la elección de un proyecto de vida matrimonial disoluble (caso “Sejean”(21)) y la objeción de conciencia al servicio militar (caso “Portillo”)(22); ambas prohibidas por leyes que fueron declaradas inconstitucionales por violar el “nuevo” derecho a la privacidad.

A pesar de que la Corte, en su nueva composición de los noventa, no cambió significativamente la configuración conceptual genérica de las acciones privadas -en el sentido de que no resucitó el criterio de la interioridad de Fallos: 171:103-, sí modificó, en cambio, el criterio que regiría la tenencia de estupefacientes para uso personal en el caso “Montalvo”(23). Esta conducta pasó, entonces, a estar excluida de las acciones privadas del art. 19. Más adelante -nueva composición mediante-, el criterio se retrotrajo al de “Bazterrica”, con el dictado del fallo “Arriola”(24).

En los últimos años y con su composición actual (o cercana a la actual), de la segunda década del siglo XXI, la Corte incursionó, con cierta asiduidad, en la interpretación del art. 19 con lecturas en clave de autonomía, alejadas tanto del paradigma de la interioridad como del espacial. Un caso notable de ampliación de lo protegido por las acciones privadas fue “Asociación de Lucha por la Identidad Travesti”(25), de 2006, en el que se afirmó que la “autonomía de la conciencia” radica en el art. 19 (consid. 19 del voto de la mayoría). En todo caso, la ignorancia o, más bien, el rechazo de la doctrina espacial se explicitó más aún, en 2012, en un caso sobre vacunación obligatoria, en el que el tribunal, en fallo unánime, afirmó: “Mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos -incluso públicos- están protegidos por el art. 19” (énfasis agregado)(26). Como veremos a continuación, este rechazo de la espacialidad nos dejó a algunos insatisfechos.

V

Una teoría espacial

Es el campo de las acciones exteriores, claramente, el que ofrece mayores dificultades interpretativas (las interiores, además, son obviamente privadas, reitero). Creo, como adelanté, que la pauta más adecuada

es de tipo espacial: privado es lo que ocurre en un lugar privado, la casa, pero también en otros sitios privados(27). Esta pauta se entronca, como vimos en la sección precedente, en una valiosa tradición doctrinal interpretativa (aunque, acabamos de observar, últimamente la Corte Suprema sigue otra). Cabe agregar que la pauta espacial de la privacidad se encuentra presente en una de las vertientes de la definición de los contornos del “constitutional right to privacy” del derecho constitucional estadounidense, que tanta influencia ha tenido en el argentino(28). No solamente en las primeras etapas del desarrollo de ese ordenamiento “privacy” se entendía en sentido espacial(29). Cuando más recientemente en los Estados Unidos se usó la privacidad para amparar conductas públicas, como la realización de un aborto en un hospital, ardientes defensores del derecho al aborto protestaron en contra de su inclusión dentro del “right to privacy”. Así, Henkin, en su comentario a “Roe v. Wade” para la Columbia Law Review, a pesar de aprobar el resultado del fallo, enseguida señaló: “... de lo que la Corte ha estado hablando [en Roe] no es en absoluto de lo que la mayoría de la gente entiende por privacidad” (Henkin, 1974:1424). Y agregó de seguido algo que parece obvio: “La señorita Roe procuró su aborto abiertamente, ‘públicamente’”.

No creo que la interpretación espacial de nuestro art. 19 conlleve la “trivialización” de la norma, como temía Nino (Nino, 1989:426). Muchas cosas malas moralmente pueden llevarse a cabo en un lugar privado sin que el gobierno del Estado pueda interferir, y esto es así gracias a la protección constitucional del art. 19. Es verdad que, si aquellas cosas malas ofenden al orden o a la moral pública o perjudican a un tercero, el gobierno del Estado puede “entrar” mediante una ley. Pero esto también es cierto, en principio, de cualquier otro derecho. Salvo la afectación de estos bienes colectivos (que incluyen, enumerativamente, el perjuicio a un tercero)(30), la persona es libre de actuar en privado como le plazca sin que la ley pueda meterse con sus elecciones morales (o inmorales) en esa esfera. No puede decirse otro tanto de la esfera pública, en la que el poder regulador del Estado es mucho mayor, ausente una protección constitucional específica. Por ello, una misma conducta protegida en privado (en virtud del art. 19) puede dejar de estarlo en cuanto se hace pública. Puesto a la inversa, lo cual resalta la potencia del art. 19, una acción pública sin protección constitucional específica puede ser prohibida por ley (arg. art. 19, segunda parte); pero desde el momento en que la misma conducta ingresa al ámbito privado entra a jugar el art. 19 de un modo que puede aniquilar constitucionalmente la norma prohibitiva.

Entonces, las acciones que tienen lugar en público, según mi interpretación espacial, se hallan fuera del marco del art. 19 de la Constitución y son potencialmente alcanzables por la potestad estatal (siempre y cuando no estén protegidas por alguna otra norma de rango constitucional, de las tuitivas de derechos). Digo potencialmente porque razones prudenciales pueden llevar a contener el ejercicio de dicha potestad y tolerar ciertas acciones públicas cuestionables para evitar males mayores o promover otros bienes.

Lo que sigue es definir cuándo una acción que se realiza en privado ofende al orden o a la moral pública o perjudica a un tercero (Legarre, 1999, donde consideré, también, la posible relevancia del consentimiento del perjudicado). Aquí, basta señalar que se trata de dos pasos distintos y diferenciados, y que deben tomarse en un determinado orden.

Primero, hay que precisar si una determinada conducta que se pretende amparada por el art. 19 de la Constitución es una acción privada. Para este primer paso, sugerí en este trabajo la interpretación espacial, según la cual solo califican como “acciones privadas” las realizadas en el hogar o en algún otro sitio de naturaleza privada. Las “acciones públicas”, de todos modos, conviene reiterar, cuentan con múltiples protecciones constitucionales, en virtud de los numerosos derechos tutelados por la Constitución, que tratan, todos ellos, sobre conductas realizadas en público. Asimismo, los tratados de derechos humanos de los que Argentina es parte (varios de los cuales cuentan con jerarquía constitucional) reconocen y protegen muchas otras dimensiones de la libertad personal, además de la privacidad. Todas estas protecciones se verían vaciadas de contenido y virtualidad, insisto, si se declarara que el art. 19 contiene un megaderecho de autonomía; y ello es, lamentablemente, lo que ha sucedido en los últimos años, a raíz de las interpretaciones prevalecientes de las “acciones privadas de los hombres”.

Segundo, si la conducta en cuestión pasa el primer filtro -es decir, si no se trata de una acción pública-, hay que preguntarse si esa conducta (acción privada) ofende al orden o a la moral pública, o perjudica a un tercero. Pues, a la luz de la norma constitucional, quedan exentas de la autoridad del Estado solamente aquellas acciones privadas que no ofendan al orden ni a la moral pública ni perjudiquen a un tercero. La constatación de que una acción ocurre en un sitio privado no es, por tanto, el punto final de la investigación, en contra de lo sostenido en un voto concurrente de los jueces Petracchi y Zaffaroni, quienes afirmaron que no es “asunto del gobierno indagar lo que de manera soberana los individuos deciden hacer o dejar de hacer en el ámbito de su intimidad”(31). Con este criterio, un individuo podría decidir de manera soberana preparar en su casa la bomba que volará el vecindario o podría violar a su hija sin que el gobierno pudiera hacer nada. Y es el hecho de permitir este tipo de consecuencias negativas el principal problema de la que hoy es la principal interpretación alternativa del art. 19: aquella en clave de autonomía.

Esta interpretación en clave de autonomía, que la Corte, reitero, ha hecho suya en tiempos recientes, coincide con la teoría del profesor Carlos S. Nino sobre el punto: una teoría no espacial del art. 19, que a veces se ha dado en llamar “decisional”. Nino piensa que el elemento de privacidad en la expresión “acciones privadas” del art. 19 de la CN no tiene que ver con algo espacial. Sostiene que privado es lo que no ofende al orden y a la moral pública ni perjudica a un tercero (en igual sentido, y tras los pasos de Nino, Monti [2014:41]).

De acuerdo con mi modo de ver, esto, más que una interpretación del art. 19, es una lisa y llana negación de su texto y sentido, 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”. Es decir que Nino funde dos conceptos en uno, por lo que escapa así del lenguaje claro de la norma (Nino, 1979; Nino, 1992:317-327)(32). Si él estuviera en lo cierto, no habría ninguna diferencia entre la proposición de lege ferenda “las acciones de los hombres que (...) quedan reservadas...” y la proposición actual “las acciones privadas de los hombres que (...) quedan reservadas...”. La palabra “privadas” sobraría en la Constitución. Pero, guste o no guste, no sobra. Allí está, mientras no se la saque del texto.

Retomando el hilo, como la privacidad y la moral pública son dos componentes del bien común, comparten con este 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. En este sentido, encuentro persuasiva la pauta interpretativa ofrecida por Lucas Grosman:

“El art. 19 no debe ser interpretado a todo o nada, como una prohibición absoluta de cualquier intervención estatal frente a conductas que no afecten a terceros de manera palpable y evidente. Debemos analizarlo como un continuo susceptible de gradaciones: cuanto más privada es la conducta, menos intervención estatal resulta procedente” (Grosman, 2010:53).

Sí es un requisito moral insoslayable, recogido por la Constitución en su art. 19, que las personas gocen en todas las circunstancias de cierta privacidad. Sin ella, se obligaría a los individuos a ser tartufos (Valiente Noailles, 1966:55), en perjuicio de la necesaria autenticidad que fundamenta las relaciones interpersonales fecundas. Por lo mismo, consideraciones prudenciales a veces pueden aconsejar no interferir con algunas acciones privadas, aunque supuestamente ofendan la moral pública. Si bien, al tratarse 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. 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 results 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. Segundo, si se trata de una acción privada, hay que ver si ofende al orden o a la moral pública, o perjudica a un tercero. Puede ser interesante confrontar con esta metodología la jurisprudencia repasada más arriba. Entonces, se observará que en algunas ocasiones fue seguida por nuestra Corte Suprema y en otras no; ello, más allá de la reiteración de que en los últimos tiempos el tribunal ha preferido una interpretación en clave de autonomía, alejada del texto y el contexto del art. 19, así como de su historia interpretativa. Así, por ejemplo, y antes de que esta jurisprudencia más reciente despuntara, en Fallos: 296:15 -especialmente el dictamen del Procurador General de la Nación, que el tribunal hizo suyo-, afirmó la Corte que la infidelidad matrimonial era una acción privada, pero ofendía a un tercero (el cónyuge). En cambio, en los casos de tenencia de drogas para uso personal posteriores a “Bazterrica” y anteriores a “Montalvo”, 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.

VI

Conclusión

Una vez que se desliga la privacidad constitucionalmente protegida de una noción espacial, se entra en la dimensión desconocida, donde todo es posible, como en la vieja serie de televisión. Si el art. 19 protege “la esfera de la individualidad personal” y “no se trata solo del respeto a las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones sobre el estilo de vida que desea”(33), se han quebrado las barreras del lenguaje. Si eso es “privacidad”,

tampoco debe sorprender que se invoque el art. 19 para justificar el otorgamiento de personería jurídica a una asociación de travestis(34). Travestis, aeromodelistas o monjas: da igual; nunca las asociaciones que formen las personas con cualesquiera fines que sean pueden calificarse de “acciones privadas”. Nada hay más público que la vida social, con sus más y sus menos, y esto se ve incluso potenciado al estar de por medio la personería jurídica de una institución.

A lo mejor ayude a quien lea estas líneas desde una perspectiva ideológica supuestamente opuesta a la mía el pensar que la interpretación actualmente prevaleciente de la norma constitucional que nos ha convocado podría arrastrar el amparo de conductas aberrantes. Si se reconoce irrestrictamente “un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones sobre el estilo de vida que desea”, y ese ámbito ni siquiera se circunscribe “a las acciones realizadas en privado”, opciones que expresen estilos de vida nazis, fascistas, misóginos u homofóbicos serían muy difíciles de frenar, aun cuando estuvieran prohibidos por la ley, pues estarían amparados por el art. 19 de la Constitución (que tornaría esa ley en inconstitucional). En definitiva, cuando la privacidad deja de ser espacial pasa a ser imposible saber de qué estamos hablando. De allí la propuesta alternativa que surge de estas líneas. Esa propuesta, por ser una propuesta de interpretación de una norma jurídica, es compatible con otros usos -literarios, metafóricos, políticos- del art. 19, que sirvan para resaltar valores como la libertad y la autonomía, o para afirmar, por qué no, con fuerza retórica que se trata de “la norma más importante de la Constitución Nacional”. Por otra parte, porque la lectura en clave espacial es una propuesta interpretativa de una norma jurídica, tildarla de “perfeccionista” y de “restrictiva”(35) esquiva lo crucial si se aceptan los presupuestos teóricos de este trabajo; a saber, si se trata o no de una lectura que hace honor al texto de la norma, a su historia, al sistema en el cual está insertada y a su finalidad.

Bibliografía

Aquino, Tomás de, *Suma teológica*.

Bidart Campos, Germán J., *Poder de policía de moralidad en materia de espectáculos y de publicaciones en la Capital Federal*, Buenos Aires, Secretaría de Cultura de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 1980.

- *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1993, vol. I.

Chacón, Federico, *El principio de intimidad en la historia constitucional argentina*, EDCO, 2004-255.

De Vedia, Agustín, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, 1907.

Dolabjian, Diego A., *Consumo y tenencia de drogas desde el derecho constitucional*, en Rivera (h.), Julio C. - Elias, José S. - Grosman, Lucas S. - Legarre, Santiago (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, 2014, t. II.

Finnis, John, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

- *Natural Law: The Classical Tradition*, en Coleman, Jules - Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

George, Robert P., *Making Men Moral: Civic Liberties and Public Morality*, Oxford-New York, Clarendon Press, 1993.

González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 17ª ed., Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía. Editores (1897, primera edición).

Grosman, Lucas S., *El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema: el caso Arriola*, Suplemento Constitucional, La Ley 2010 (agosto), 53, AR/DOC/5266/2010.

Henkin, Louis, *Privacy and Autonomy*, Columbia Law Review, 74, 1974.

Iosa, Juan, *Libertad negativa, autonomía personal y Constitución*, Revista Chilena de Derecho, vol. 44, 2017.

Legarre, Santiago, *Ensayo de delimitación de las “acciones privadas de los hombres”*, LL, 1999-B-1266.

- *Ensayo de delimitación del concepto de moral pública (Un análisis a partir del derecho constitucional estadounidense)*, Jurisprudencia Argentina, 2003-IV.

- *Derivation of Positive from Natural Law Revisited*, The American Journal of Jurisprudence, vol. 57, 2012.

- *A New Natural Law Reading of the Constitution*, Louisiana Law Review, vol. 78, n° 3, 2018.

Monti, Ezequiel H., *Los límites constitucionales a la criminalización*, En Letra, Año 1, n° 2, 2014.

Nino, Carlos S., ¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”?, LL, 1979-D-743.

- *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

- *Ética y derechos humanos*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

Raz, Joseph, *Razón práctica y normas* (traducción de *Practical Reason and Norms*, 2a ed., Princeton University Press, 1990, a cargo de J. R. Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Sagüés, Néstor P., *Mundo jurídico y mundo privado. A propósito del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Jurisprudencia Argentina, t. 29, 1975.

Sampay, Arturo E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975 (originalmente publicado en 1965 por Omega, Buenos Aires).

Valiente Noailles, Carlos, *La moral pública y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, La Ley, 1966.

Zavalía, Clodomiro, *Jurisprudencia de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Librería de Derecho y Jurisprudencia Restoy & Doeste, 1924.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS - DERECHO A LA INTIMIDAD - HISTORIA DEL DERECHO - DERECHO COMPARADO - JURISPRUDENCIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, por Eduardo S. Barcesat, ED, 172-892; Uso de medios informáticos en la Administración Pública. Internet. Correo electrónico. Régimen de la provincia de Buenos Aires. Decreto 2442/05. Comparación con el ámbito privado, por Hugo Alfredo Vaninetti, ED, 216-812; Intervención estatal de las comunicaciones privadas y acciones colectivas en un fallo importante, por Alberto B. Bianchi, EDA, 2009-429; Proyecciones del artículo 19 sobre el diagnóstico genético preimplantatorio y la eugenesia, por Jorge Nicolás Lafferriere, EDFA, 65/-3; Estupefacientes para consumo personal en el ámbito carcelario y la zona de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional, por Luis Gustavo Losada, ED, 247-423; El embrión es un “tercero” respecto de la madre, de acuerdo al art. 19 de la Constitución Nacional y el aborto, por sus efectos, no puede ser considerado un derecho a la salud de la embarazada, por Débora Ranieri de Cechini, ED, 277-958. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) Profesor titular de Derecho Constitucional (Universidad Católica Argentina) e Investigador Independiente del CONICET. Agradezco a Valentín Fernández Mendía, Diego Dolabjian, Male Gini y Juan losa sus comentarios críticos. Una versión de este trabajo será publicada en el volumen colectivo El art. 19 de la Constitución Nacional, Silvina Álvarez Medina - Juan losa - Roberto Gargarella (eds.).

(1) Otro tanto es cierto de los distintos fallos que interpretan el art. 19. Espero que este trabajo ayude a mostrar las teorías jurídicas e interpretativas implícitas en esos fallos y a criticarlas.

(2) La doctrina constitucional y, más generalmente, la teoría general del derecho de corte manualístico incluida en Tratados de derecho civil y afines suelen usar estos tres términos, más para referirse a distintos tipos de interpretación: literal, histórica, sistemática (con leves variaciones en la nomenclatura). Pero este uso genera la impresión equivocada de que se trata de técnicas interpretativas que compiten entre sí por el puesto de la mejor cuando, en realidad, se trata de aspectos que deben entrar a jugar en toda interpretación jurídica.

(3) Por supuesto, y en línea con lo que dije antes respecto de las teorías jurídicas que soslayan el carácter normativo que el derecho tiene para el fin común buscado por la norma en cuestión, aquellas mismas teorías, llevadas al campo interpretativo, suelen restar importancia a los aspectos de la interpretación jurídica relacionados con lo literal, lo histórico y lo sistemático, ya que ellos giran en torno de la norma y de su creación, y la norma, por definición, no interesa mucho a los defensores de tales teorías (sino, por ejemplo, el poder, la economía, un valor, como la justicia, etc.).

(4) Bidart Campos, 1980.

(5) En 1994, se agregó un Capítulo II a la Primera Parte, titulado “Nuevos derechos y garantías”, y el anteriormente “Capítulo Único” pasó a llamarse “Capítulo I”; su contenido es idéntico al del “Capítulo Único” original, por lo cual el art. 19 no cambió de lugar y siguió rodeado de las mismas normas.

(6) La doctrina argentina suele referirse a este precepto en términos de “principio de razonabilidad”. Bidart Campos, 1993:362.

- (7) Esta supuesta redundancia entre los arts. 18 y 19 no le preocupa, en cambio, a losa, pues concede que en estos ámbitos es común la redundancia. Sin embargo, por sus propias razones, el autor rechaza la interpretación espacial por considerarla excesivamente deflacionaria de la garantía constitucional. losa, 2017:495 y 516.
- (8) El participio ``alterado`` requiere elaboración y la ha recibido en la jurisprudencia, pero este no es el lugar para abordar el asunto ni hace falta a los fines de este estudio.
- (9) Lo señalado en el texto forma parte de un cambio notable en el derecho constitucional como disciplina académica. Los tratados, que antes distribuían su contenido entre ``parte orgánica`` y ``parte dogmática``, con clara preeminencia al estudio del poder, a partir de la segunda mitad del siglo XX favorecieron con mucho el análisis de los derechos. Esto explica, hipotéticamente, que en el siglo XIX se prestara menos atención al art. 19.
- (10) Se suele llamar ``liberal`` a la teoría que, tras las huellas de Mill, desarrolló Carlos S. Nino sobre este tema. Pero en este punto referido en el texto, las teorías de Sampay y de Nino (y de Mill) no difieren: todos aceptarían que ``el Estado solo debe encargarse de los aspectos exteriores de las relaciones de justicia`` (como se afirma aquí en el texto), aun cuando seguramente Nino escribiría esto de otra forma. En todo caso, etiquetas como ``liberal`` y ``perfeccionista`` suman poco en este contexto interpretativo del art. 19, en mi opinión.
- (11) Fallos: 103:225 (1905).
- (12) Fallos: 150:419 (1928).
- (13) Fallos: 171:103 (1934).
- (14) Fallos: 296:15 (1976).
- (15) Fallos: 300:254 (1978). La cita es del dictamen del Procurador General de la Nación, que la Corte hizo suyo; citas intermedias omitidas.
- (16) Fallos: 306:1892 (1984).
- (17) Fallos: 306:1892 (1984), del consid. 8º del voto de los jueces Carrió y Fayt.
- (18) Fallos: 308:1392 (1986).
- (19) Fallos: 310:2836 (1987).
- (20) Fallos: 312:1892 (1989).
- (21) Caso ``Sejean, Juan Bautista c. Zaks de Sejean, Ana María s/inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393``, Fallos: 308:2268 (1986). Véase, especialmente, el voto del Dr. Bacqué, consid. 9º.
- (22) Caso ``Portillo, Alfredo s/infr. art. 44 Ley 17.531``, Fallos: 312:496 (1989).
- (23) Caso ``Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. infr. Ley 20.771``, Fallos: 313:1333 (1990).
- (24) Caso ``Arriola`` (A.891, sentencia del 25-8-09).
- (25) Fallos: 329:5266, sentencia del 21-11-06.
- (26) ``N. N. o U., V. s/protección y guarda de personas``, sentencia del 12-6-12; del consid. 9º, que es, en realidad, un obiter dictum. Todos los jueces menos Argibay -que simplemente no firma- suscriben esta sentencia unánime.
- (27) Me planteó un amigo cuál sería la situación de la gente de la calle (los ``homeless``) frente a esta interpretación del art. 19 en clave espacial. Mi respuesta es que esas personas no tienen privacidad desde el punto de vista real y, por lo tanto, no hay algo que pueda tener tutela constitucional, desde ese lado. Esta realidad es lamentable (y guarda relación con el ``acceso a una vivienda digna`` prometido por el art. 14 bis), pero esa es harina de otro costal. Además, la gente de la calle cuenta, como cualquiera, con todas las protecciones constitucionales deferidas a las acciones realizadas en espacio público.
- (28) Es verdad que el texto del art. 19 no proviene del texto constitucional estadounidense, a diferencia de muchos otros textos de la Constitución de 1853. Pero no veo cómo esta circunstancia pueda impedir mi argumentación comparativa aquí.
- (29) Originalmente, el derecho a la privacidad en los Estados Unidos tenía dos dimensiones, bastante relacionadas entre sí, una espacial y otra informativa. Véase George, 1993:211.
- (30) La Constitución no habla de ``daño`` sino de ``perjuicio`` o, para ser más exactos, usa el verbo ``perjudicar``. Este verbo abre todo un debate en torno del concepto de perjuicio (¿físico?, ¿psicológico?, ¿moral?... ¿todos?) y alrededor de si los debates morales y políticos acerca del ``daño`` pueden trasladarse sin más al contexto del art. 19. Véase Monti (2014:51), para quien daño y perjuicio son cosas distintas. Además, y en todo caso, está el problema de la diferencia entre ``perjuicio`` y ``ofensa``. Y, por supuesto, el asunto de cómo distinguirlos de la ``moral pública``. Sobre esto último, Legarre (2003).
- (31) ``Spinosa Melo, Oscar F. c. Estado Nacional``, sentencia del 5-9-06, del consid. 8º del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.
- (32) Otro tanto hace losa, para quien la de Nino y la espacial son dos interpretaciones posibles del art. 19 (dadas las falencias de su texto), entre las cuales debe preferirse la primera (entiendo que por razones que yo llamaría ``morales``). losa, 2017:516.
- (33) ``Mujeres por la Vida c/Estado Nacional``, sentencia del 31-10-06, del consid. 14 del voto del juez Lorenzetti.
- (34) Véase el ya citado caso ``Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia``, sentencia del 21-11-06, consids. 8º, 12 y 19 del voto de la mayoría.
- (35) losa, 2017:501.

