

**SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE UNA DOGMÁTICA
CONSTITUCIONAL
EL CASO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL
ARGENTINA***

*ON THE IMPOSSIBILITY OF A CONSTITUTIONAL LEGAL SCIENCE
THE CASE OF ARTICLE 19 OF ARGENTINEAN NATIONAL
CONSTITUTION*

*Juan Iosa ***

Resumen: Desarrollaré en este trabajo las consecuencias que para el derecho constitucional tiene la asunción de una tesis que no por conocida ha sido menos ignorada, menos tenida en cuenta en la producción doctrinaria, en el quehacer teórico de muchos de nuestros constitucionalistas. Sostenida hace ya tiempo por Ronald Dworkin, la tesis afirma que las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías no pueden ser interpretadas sino apelando a nuestras creencias morales, específicamente a nuestras creencias sobre cuál es el punto moral del derecho como práctica en general y de la institución en particular que estemos tratando. De aquí se sigue, a mi juicio, que no puede haber "dogmática jurídica" en sentido clásico, *ie.* descripción del contenido semántico de los textos jurídicos, cuando el texto en cuestión es la Constitución. Apelando al problema de cuál sea la correcta interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina presentaré escuetamente el esquema de trabajo que considero debe aplicarse cuando estamos frente a casos constitucionales.

Palabras clave: Dogmática jurídica - Dogmática constitucional - Ronald Dworkin - Lectura moral de la Constitución - Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Abstract: I will unfold in this work the consequences that for constitutional law has the assumption of a thesis that not for well-known has been less ignored, less taken into account in the doctrinal production, in the theoretical work of many of our constitutionalists. Sustained long ago by Ronald Dworkin, the thesis affirms that the constitutional clauses that establish rights and guarantees cannot be interpreted but appealing to our moral beliefs, specifically to our beliefs about what is the moral point

* Trabajo recibido el 9 de agosto de 2019 y aprobado para su publicación el 12 de septiembre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba / UNC. Investigador asistente de CONICET-CIJS-UNC. Docente de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro investigador de la Secretaría de Investigación de la US21. Correo electrónico: juanfiosa@gmail.com.

of the law as a practice in general and of the particular institution that we are dealing with. It follows, in my opinion, that there can be no "legal science" in the classical sense, *ie.* description of the semantic content of legal texts, when the text in question is the Constitution. Appealing to the problem of what is the correct interpretation of article 19 of the Argentinean National Constitution, I will briefly present the scheme of work that I believe should be applied when we are dealing with constitutional cases.

Keywords: Legal science - Constitutional legal science - Ronald Dworkin - Moral reading of the Constitution - Article 19 of the Argentinean National Constitution.

Sumario: Introducción. II. El problema interpretativo. III. La ambigüedad del texto del artículo 19 de la Constitución. IV. Las teorías políticas subyacentes: Liberalismo y Perfeccionismo. V. El artículo 19 en la jurisprudencia de la Corte. VI. ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

I. Introducción

Desarrollaré aquí las consecuencias que para el derecho constitucional tiene la asunción de una tesis que no por conocida ha sido menos ignorada, menos tenida en cuenta en la producción doctrinaria, en el quehacer teórico de muchos de nuestros constitucionalistas. Sostenida hace ya tiempo por Ronald Dworkin, la tesis afirma que las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías no pueden ser interpretadas sino apelando a nuestras creencias morales, específicamente a nuestras creencias sobre cuál es el punto moral del derecho como práctica en general y de la institución en particular que estamos tratando¹. De aquí se sigue, a mi juicio, que no puede haber "dogmática jurídica" en sentido clásico, *ie.* descripción del contenido semántico de los textos jurídicos, cuando el texto en cuestión es la constitución².

¹ La tesis dworkiniana requiere que "todos -jueces, abogados y ciudadanos- interpretemos y apliquemos esas cláusulas abstractas (de la Constitución), en el entendido de que ellas invocan principios morales de decencia y justicia" (Dworkin, 1996, 2). Quisiera destacar que, con independencia de lo que opine Dworkin al respecto, la tesis aquí defendida se limita a la *interpretación constitucional*, no se extiende a todo el derecho. Respecto del resto del derecho a mi juicio son plausibles posiciones como las de Waldron, Raz o Atria, *ie.*, excluyentes, tales que exigen, por razones morales, que dejemos el juicio moral de lado.

² No pretendo aquí ponerme a apuntar con el dedo a "constitucionalistas dogmáticos". Básteme citar como ejemplo de lo que tengo en mente la *Constitución Comentada* de Helio Juan Zarini (Zarini, 1998), particularmente su análisis del art. 19 CN. Allí el texto constitucional aparece como si fuera completamente llano, carente de complejidades, pliegues o posibles y contradictorias interpretaciones morales, como si el intérprete tuviera acceso directo al único y correcto sentido del texto. Tampoco pretendo dar cuenta del enorme problema relativo al significado del término "dogmática jurídica", como si de hecho hubiera un auténtico significado para ese término y no múltiples usos. En todo caso aquí lo utilizo en su sentido clásico (tal vez ya anticuado) de descripción del derecho positivo. Un jurista "dogmático" toma las palabras del legislador (o el constituyente en nuestro caso), como autoridad última. El jurista dogmático parte de la ley y va de ahí para abajo, derivando proposiciones que en última instancia han de auxiliar al juez o al abogado a decidir si un caso concreto está o no dentro del alcance de la norma en cuestión. Lo que tiene 'prohibido' el jurista dogmático es remontarse en su pesquisa hacia las razones (morales, prudenciales, etc.) que puedan haber llevado al legislador a dictar esa ley. Tampoco puede tener en cuenta el fin, la función o el espíritu de la norma o institución bajo estudio. Concibe entonces su tarea como una explicitación del significado de esas palabras. Para ello

Creo además, con Fernando Atria, que toda interpretación moral de una norma constitucional es polémica, es decir, que no se puede adjudicar, decidir sobre su aplicación en un caso concreto, de modo imparcial. El punto no es uno relativista, *ie.*, que no existen interpretaciones correctas. Sino que (por razones que pueden consultarse en Atria, 2016 o en Waldron, 1999), cuando sostenemos en nombre propio una interpretación de una cláusula constitucional como correcta o verdadera, esa corrección o verdad a quien está en desacuerdo con nosotros no se le aparece como tal, *in propria persona* por así decirlo, sino como *nuestra* (equivocada y partisana) creencia. Consecuentemente, cuando se adjudica la constitución se toma partido por una interpretación, de derecha o de izquierda, conservadora o progresista, del derecho en cuestión. De aquí se sigue, claro está, que, siendo la jurisdicción una actividad imparcial por definición, también es imposible una jurisdicción constitucional en sentido estricto³.

Mi argumentación será indirecta. Mostraré los problemas que ha de enfrentar quien quiera defender como verdadera o correcta determinada interpretación de los conceptos contenidos en un texto constitucional. Junto con explicitar la enorme complejidad envuelta en la interpretación de un texto en particular, el del artículo 19 de la Constitución Nacional, pretendo mostrar, como dije arriba, que no hay otro modo de encarar esta tarea que no sea haciendo teoría moral, moralidad política. Utilizaré el artículo 19 de nuestra Constitución como ejemplo. Pero creo que el problema se reproduce en la mayoría de las cláusulas constitucionales que establecen derechos y garantías, por no decir en todas.

II. El problema interpretativo

El texto de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional es patentemente ambiguo. Esta ambigüedad ha permitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la coexistencia de dos opciones interpretativas diferenciables en virtud del modo en que delimitan la clase de las acciones que quedan alcanzadas por la garantía. Las llamaré lectura amplia y lectura restrictiva. La elección del intérprete suele depender de su *preferencia* por una u otra de (simplificando) dos teorías de moralidad política opuestas respecto de cuál sea la justificación y cuáles sean los límites de la actuación del estado frente a los individuos: la liberal y la perfeccionista. A la fecha, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina hay un acuerdo sostenido respecto de cuál de estas interpretaciones y cuál de estas teorías políticas debemos imputarle a la Constitución Nacional. Efectivamente, al interior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene dándose una larga discusión sobre el tema, con fallos en uno

generalmente apela a lo que considera el uso común de los términos. También puede apelar a la intención empírica del legislador o a otro tipo de investigaciones sobre el significado de las palabras de la ley en tanto ello no implique debates morales. Pero no es mi intención profundizar en este problema ahora. Para ello puede verse Nino 1984 y 1999, Lariguet, 2007, Nuñez Vaquero, 2014, Tamayo y Salmorán, 1996.

³No argumentaré sobre este último punto ni pretendo defender ni atacar ningún diseño institucional específico: más vale consultar directamente las fuentes referidas. Aquí sólo quiero dejar sentada mi postura actual al respecto. Un desarrollo más elaborado de la cuestión y de la medida en que las ideas de Atria me resultan problemáticas puede encontrarse en Iosa, 2019.

y otro sentido conforme pasan las décadas, con un último volantazo en el fallo Arriola⁴. La doctrina tampoco es estable: ambas interpretaciones cuentan con sus abogados en el ámbito teórico⁵. Pero aun sin desconocer los importantes estudios que han tenido esta cuestión por objeto, no creo pecar de ingenuo ni de soberbio si afirmo que, pese a su centralidad política, el artículo en cuestión no ha recibido la atención que requiere por parte de la doctrina constitucional argentina. Tanto es así que Nino, al momento de estudiar el tema en sus *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Nino, 2000, 304-327), entre los autores nacionales sólo se consideró en la necesidad de hacer referencia al trabajo de Sampay (Sampay, 1975), mientras que Gargarella, en "Constitucionalismo y Privacidad" (Gargarella, 2008, 779-796) sólo hace referencia al de Nino. Basterra también se pronuncia en este sentido destacando que el análisis exhaustivo del artículo 19 CN "ha sido abordado por muy pocos de nuestros juristas" (Basterra, 2009, 887). Hay espacio, entonces, para un trabajo teórico que pretenda determinar el alcance preciso que debemos darle a la garantía contenida en el artículo 19 de la Constitución, *ie.*, si debemos interpretarlo en términos amplios o restrictivos y, consecuentemente, si recepta el principio de autonomía⁶ propio de la lectura liberal o si, por el contrario, debe ser interpretado en términos perfeccionistas. No pretendo hacer ese trabajo aquí. Sí quisiera demarcar cuáles, a mi juicio, son las líneas centrales por las que podría transitar un análisis teórico del tipo que propongo. Comenzaré entonces analizando el artículo en cuestión, presentando la ambigüedad aludida y explicitando lo afirmado tanto por la doctrina constitucional como por las teorías políticas (liberalismo y perfeccionismo) que subyacen a la opción del constitucionalista de turno y que pueden reclamar *status* constitucional gracias a la referida indeterminación. Mostraré luego cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reflejado dicha ambigüedad en fallos contradictorios a lo largo de su historia. Por último, sostendré que la solución del debate interpretativo (doctrinario y jurisprudencial) depende de la solución del debate teórico-político. Es decir, depende de cuál teoría de moralidad política, teoría anterior a las palabras de la Constitución y que en todo caso la Constitución refleja, hemos de considerar que cuenta con los mejores argumentos y que por lo tanto es correcta (aunque no por ello hemos de guardar las esperanzas de convencer a quienes desacuerdan con nosotros sobre temas tan complejos y controvertidos). En otras palabras, la mejor interpretación del texto será aquella que nos permita vernos a nosotros mismos, como comunidad política, como adoptando los mejores principios morales compatibles con nuestra práctica jurídica.

III. La ambigüedad del texto del artículo 19 de la Constitución

El artículo 19 de la Constitución Nacional en su primera parte 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 sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

⁴Fallos (A 891 XLIV).

⁵A favor de la interpretación liberal Nino 2000 y 2007, Gargarella, 2008, Basterra, 2009, Bidart Campos, 1998, 522, Etchichury y Piccardo, 2012, 599, Cayuso, 2006, 27. A favor de la interpretación perfeccionista Sagües, 2003, 391, Valiente Noailles, 1966, 30 - 36, Gelli 2005, 252.

⁶Para un análisis del principio de autonomía ver Iosa 2010a, 2010b y 2011, Nino, 2007, C. 5.

Como puede verse tenemos tres conjuntos de acciones: a) las acciones privadas de los hombres, b) las acciones que de ningún modo ofenden el orden y la moral pública y c) las acciones que no perjudican a terceros. Presentemos entonces la ambigüedad referida⁷.

La interpretación amplia de la garantía (amplia porque de ser ésta la interpretación correcta entonces más acciones genéricas gozarían de amparo constitucional, *ie.*, quedarían exentas de la autoridad de los magistrados) entiende que los conjuntos aludidos son coextensivos, es decir que las acciones privadas de los hombres son las mismas acciones que no ofenden el orden y la moral pública y a su vez que estas últimas son justamente aquellas que no dañan a terceros. Bajo esta lectura deberíamos leer el artículo como afirmando que 'las acciones privadas de los hombres, *es decir, aquellas* que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero...'

La interpretación restrictiva, por su parte, entiende que "las alternativas son diferentes una de las otras y todas permiten la restricción de las conductas personales" (Gelli 2005, 252). Bajo esta última interpretación lo que indicaría el artículo es que hay un conjunto central de acciones relevantes, las "privadas" y que a su vez este conjunto es restringido por dos calificaciones: si se les ha de atribuir la consecuencia normativa de estar exentas de la autoridad de los magistrados dichas acciones no deben ofender el orden y la moral pública ni, por otro lado, perjudicar a terceros. De ser viable esta interpretación bien podría haber acciones privadas que ofendan el orden y la moral pública y/o perjudiquen a terceros. Pensemos casos como el de las relaciones homosexuales o el ejercicio de la prostitución. Supongamos, *arguyendo*, que son privadas y ofenden la moral pública. De ser ese el caso estas acciones no caerían dentro del alcance de la garantía, *ie.*, podrían ser sancionadas por los magistrados. El caso más claro, que nos empuja en dirección de esta lectura es, a mi entender, el de las exhibiciones obscenas en la vía pública (suponiendo también, por amor del argumento, que no perjudican a terceros).

La defensa ya clásica de la interpretación amplia de la garantía la encontramos en Carlos Nino: "*Cuando el artículo en cuestión habla de 'acciones privadas de los hombres', esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que "ofenden la moral pública". El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque... sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva"* (Nino 2007: 426 - 427, Cfr. Nino, 2000: 317).

Paradigmas de interpretación restrictiva puede encontrarse en las obras de Joaquín V. Gonzalez y de Valiente Noailles. Como bien destaca Santiago Legarre, "Joaquín V. González,

⁷ Gelli destaca explícitamente la ambigüedad, cosa que pocos autores hacen, en Gelli, 2005, 252.

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 ésta, 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 artículo 19: se podrá o no ejecutar la acción pergeñada según que esté o no prohibida por una ley (González, 1897:101)"⁸.

Valiente Noailles, por su parte, luego de distinguir los diversos requisitos aquí enunciados y afirmar que lo estrictamente privado se da sólo cuando todos estos requisitos están reunidos (sin duda esta distinción indica que el autor no los considera coextensivos) afirma que "la intangibilidad de la esfera estrictamente privada no es óbice para que, en determinados supuestos, los poderes públicos tengan en cuenta la moralidad de las personas. La Constitución no consagra un beaterío a la inversa, es decir, una ceguera total y absoluta frente a la moralidad privada." (Valiente Noailles, 1966, 38 -39). Está claro entonces que para este autor hay acciones privadas que no están exentas de la autoridad de los magistrados.

A mi juicio ninguna de estas interpretaciones está excluida en virtud del tenor literal del texto constitucional. Creo que a esto se refiere Roberto Gargarella cuando dice que este artículo es al mismo tiempo el cielo y el infierno del liberal. En todo caso la opción por una u otra lectura dependerá de qué deba entenderse por términos como "acción privada", "moral pública" y "daño a terceros". Los autores citados usan los términos en diferentes sentidos y de aquí la divergencia en sus lecturas. Así, dentro de la tradición liberal, 'moral pública' se entiende por oposición a 'moral privada' como refiriendo a la distinción kantiana entre deberes para con uno mismo y deberes para con los demás (Kant, 1996. 6: 412). La interpretación restringida, por su parte, suele apelar a otro concepto de acciones privadas y de moral pública. Si bien a veces también utiliza la idea de acciones privadas para referirse a acciones que en todo caso contravienen deberes para con uno mismo (y el perfeccionismo no considera que el estado deba abstenerse de hacer cumplir esos deberes) a veces también lo hace para referirse a acciones realizadas en privado, en el domicilio por ejemplo. A su vez por 'moral pública' esta interpretación suele referirse a la moral objetiva, la correcta, incluyendo en su alcance a las acciones autorreferentes. Por último "moral pública" puede referir a la moral considerada por el estado o por la mayoría de la sociedad como correcta: a la moral positiva. Llamemos *moralismo legal* a esta interpretación, en honor al principal defensor de esta idea (que no será desarrollada aquí): Patrick Devlin (Devlin, 1965). A su vez, en clave originalista, esta última interpretación puede referir a los valores sostenidos por los constituyentes (la moral católica de la época del dictado de la Constitución) o, bajo una interpretación evolutiva, a los de hecho vigentes en la comunidad actual.

Estas tan opuestas opciones interpretativas están guiadas por los valores (no hay, a mi juicio, otro modo de explicar el desacuerdo) y, en última instancia, por la teoría de moralidad

⁸Legarre, "Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado", de próxima aparición en Álvarez, S., Gargarella R., Iosa J, *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Rubinzal Culzoni.

política a la que cada intérprete adhiere. Seguidamente presentaré esquemáticamente estas teorías políticas.

IV. Las teorías políticas subyacentes: Liberalismo y Perfeccionismo

La doctrina liberal ha evolucionado desde sus defensores clásicos (Hobbes, Locke, Mill, etc.) a los contemporáneos (Dworkin, Rawls, Ackerman, Nino entre muchos otros). En todo caso, si hay algo que comparten estos autores es la creencia en que toda restricción a la libertad individual debe estar justificada (Gaus, 2011). Un gobierno es legítimo entonces sólo si respeta ciertos límites en relación a los individuos sometidos a su poder. Particularmente el liberalismo entiende que el gobierno no está para promover el bien de las personas (especialmente no si esto implica ir más allá de su consentimiento) sino para evitar que estos, al perseguir su propio bien en los términos que ellos mismos lo conciben, se interfieran mutuamente (Quong, 2011:1). Este principio de neutralidad estatal implica, como puede verse, una clara distinción entre el ámbito público, donde hay espacio para la intervención legítima del poder estatal, y el privado, donde dicha intervención está proscripta.

En el ámbito privado rige el principio de autonomía personal. Nino lo formula en los siguientes términos: *"Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"* (Nino 2007: 204).

Para el liberalismo, una vez que se ha establecido que una acción pertenece al ámbito privado, no hay ninguna razón que pueda justificar la injerencia estatal: está exenta de la autoridad de los magistrados.

Por su parte, la concepción perfeccionista de la política niega el principio de neutralidad respecto de las concepciones privadas o personales del bien. Por el contrario, afirma que "no existe un principio general de la moralidad política que prohíba al Estado el promover directamente el bien, aun cuando el bien esté sujeto a un desacuerdo razonable" (Wall, 2012). Para el perfeccionismo "el estado tiene la responsabilidad y el derecho de perseguir el bien, el bienestar, el florecimiento y la excelencia de todos sus ciudadanos y desalentarlos, aun coercitivamente, de al menos algunas de las acciones y disposiciones que los dañarían, degradarían o humillarían, incluso si esas acciones y disposiciones son autorreferentes" (Finnis, 1987: 434). Según esta concepción lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida, *ie.*, no es definido autónomamente. Por ello el estado puede, incluso a través de la fuerza, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores (Nino, 2007: c. V y X). Consecuentemente, aun si una acción es privada, el hecho de que, a juicio de la autoridad, implique autodegradación moral (el consumo de drogas o el ejercicio de la prostitución son ejemplos típicos) constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna.

Entre nosotros Valiente Noailles ha sostenido esta doctrina como fundamento de su interpretación de la norma constitucional: "*Para proteger la moral pública el Estado no sólo debe evitar -a través de una legislación adecuada que contemple tanto la persuasión como el ejercicio de la policía de la moralidad- los ataques contra ella, sino que debe contribuir a elevar el grado de moralidad de la población a través de los medios directos a su alcance, que sean compatibles con nuestro orden constitucional*" (Valiente Noailles, 1966: 34).

Aun cuando el perfeccionismo sea fundamento corriente de gobiernos autoritarios, no debemos creer que esté esencialmente vinculado al autoritarismo ni que esté hoy desechado como teoría política con credenciales suficientes para merecer ser discutida. Por el contrario, goza de renovada vitalidad y hoy es *la* opción teórico-política al liberalismo (Cfr. Raz, 1986, Hurka, 1993, Haksar, 1979). Después de todo, ¿para qué queremos el estado sino porque creemos que es una herramienta que nos puede ayudar a vivir mejor? Así hoy Raz, uno de sus mayores defensores actuales, afirma que "es el fin de toda acción política el capacitar a los individuos para perseguir concepciones válidas de lo bueno y desalentar aquellas malvadas o vacías" (Raz, 1986, 133).

Menos aún debemos infravalorar el perfeccionismo si tenemos en cuenta que la valoración de la autonomía personal, de la capacidad de elegir por uno mismo el propio modo de vida, puede verse ya, como una opción no neutral⁹. No todas las sociedades ni todas las personas valoran igual la autonomía. De modo que diseñar las instituciones para que protejan y maximicen este valor es ya un modo de perfeccionismo. Llamémosle perfeccionismo liberal. De hecho, más adelante insinuaré (aunque no afirmaré) que una solución posible al problema con que nos enfrenta el artículo 19 podría venir de la mano de la adopción de esta concepción intermedia como esta.

V. El artículo 19 en la jurisprudencia de la Corte

Hasta ahora tenemos que el artículo 19 CN soporta dos opciones interpretativas y que dichas opciones se corresponden con sendas teorías políticas. No tenemos ningún criterio que nos permita optar. Ahora bien, si la jurisprudencia argentina fuera pacífica, si hubiera interpretado sistemáticamente el artículo en uno de los sentidos enunciados, y dado que las principales teorías del derecho actuales (entre ellas cabe destacar al realismo jurídico, al positivismo hartiano y el antipositivismo de Dworkin) dan un lugar central en la definición de lo que el derecho es a la palabra de los jueces, entonces no habría demasiado lugar para el debate. Deberíamos interpretar el derecho conforme a la unánime interpretación judicial. Pero éste no es el caso: la jurisprudencia, específicamente la de la Corte Suprema, no es pacífica sobre el punto.

⁹ De hecho, esta es una de las críticas más importantes que ha recibido el liberalismo tal como lo describimos arriba. De ahí que ha tenido que reformular sus tesis de modo tal que no presupongan ninguna concepción controvertida, metafísica, de persona ni de lo que le otorga valor. Al respecto puede verse Seleme, 2004: 245; González del Solar y Iosa, 2018.

Efectivamente, un repaso, necesariamente incompleto, de la jurisprudencia argentina nos permite ver que en diversos tiempos han prevalecido lecturas alternativas del artículo 19¹⁰. Así hay por un lado un grupo de sentencias perfeccionistas y deflacionistas del principio contenido en el artículo 19. Estos fallos garantizan *en el mejor de los casos* un espacio de intimidad (en el sentido de que estarían protegidas las acciones realizadas en privado) pero nada más fuerte. Otro grupo de fallos, o de votos dentro de fallos, afirman que el artículo 19 debe leerse en el sentido del establecimiento de un ámbito de autonomía personal en los términos sostenidos por la doctrina liberal.

a) Precedentes perfeccionistas

Como sostiene Nino, más allá de algunos fallos tempranos a favor de una interpretación liberal del artículo 19¹¹ hasta bien entrado el siglo XX la jurisprudencia de la Corte entendió dicho artículo en un sentido restringido, tal que permitía la interferencia estatal aun cuando las acciones privadas en cuestión no afectaran a terceros.

Un hito de perfeccionismo judicial lo tenemos en el fallo "Colavini", de marzo de 1978¹². Allí la Corte de la dictadura sostuvo que el consumo de drogas es una conducta "viciosa" que "determina la desintegración individual y colectiva, con influjos perniciosos en la moral y la economía de los pueblos y su acción sobre la delincuencia común, la subversiva y la destrucción de la familia"; mantuvo que es lícita toda actividad de Estado destinada a conjurar semejantes riesgos. Los fallos de este tono fueron frecuentes durante el régimen militar¹³.

Tras un breve período de dominancia de fallos liberales dictados durante el gobierno de Alfonsín (que estudiaremos en el apartado siguiente), la Corte retomó la línea perfeccionista en el fallo "Montalvo" de diciembre de 1990¹⁴. Allí la mayoría declaró que la tenencia de estupefacientes para consumo personal no era alcanzada por la garantía del artículo 19 sobre la base de los siguientes argumentos: *"Que el amparo (de la norma penal que castiga la tenencia para consumo)... se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía... abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda... Es que la importancia de los bienes tutelados... determina que interesen a la comunidad en general. Si no fuera así, la sociedad toda y la juventud en particular, podría creer que consumir estupefacientes no es conducta disvaliosa y que al Estado no le interesa que los miembros de la comunidad se destruyan a sí mismos y a los demás..."*.

¹⁰ Para una revisión histórica de las interpretaciones jurisprudenciales del artículo 19 ver Nino, 2000:317 y ss.; Basterra, 1999 y Bianchi, 1995.

¹¹ Fallos, 150:419.

¹² Fallos, 300:254.

¹³ Fallos, 301:673, 303:1205; 304:1678 y 305:137.

¹⁴ Fallos, 313:1333. Entre nuestros dogmáticos, Sagües afirma que la solución contenida en Montalvo es la solución correcta. Cfr. Sagües, 2003, 391.

Está claro que para la mayoría la mera inmoralidad de una conducta, incluso cuando sólo afecte al actor, es causa suficiente de su represión estatal. Incluso bien puede pensarse que para este fallo no hay acciones privadas estrictamente hablando. Toda acción inmoral tiene la potencialidad de afectar a los demás, *ie.*, a la moral pública.

De la misma época, otro importante precedente perfeccionista, *ie.*, que afirma que hay acciones privadas que ofenden la moral pública y que por lo tanto no gozan del amparo de las leyes aun cuando no dañen directamente a terceros, es el voto de la mayoría y especialmente del Dr. Boggiano en el fallo "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia" del 22 de noviembre de 1991¹⁵. Allí el referido juez sostuvo lo siguiente: *"La democracia requiere un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo. La permisividad que viene rechazada de la instancia anterior pudo razonablemente haberse considerado como una fractura esencial de aquellos valores comunes, pues si el abuso del poder lleva a la tiranía, el abuso de la libertad conduce a la disolución"*¹⁶. *"Que la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homo-sexualidad con vistas a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública... Las acciones privadas de los hombres ofenden de algún modo al orden, a la moral pública y perjudican a terceros cuando producen un daño a sus familias o a la sociedad en las que tales acciones repercuten o a sí mismos, pues nadie puede consentir válidamente que se le inflija un serio daño"*¹⁷.

Para estos fallos entonces hay acciones privadas que ofenden la moral pública e incluso que dañan a terceros. En este último voto el daño a terceros parece inferirse de la mera contradicción con la "moral pública" entendida como los valores aceptados por la mayoría de la sociedad argentina. También parece inferirse del daño a sí mismos que provoca el hecho de asumir conductas inmorales. Vemos que bajo esta interpretación la garantía parece reducirse a un punto evanescente.

b) Precedentes liberales

Antes de ser retomada por la Corte menemista en "Montalvo", la línea de decisiones perfeccionistas fue cortada en el fallo "Ponzetti de Balbín" del 11/12/84¹⁸ y en "Bazterrica", fallo del 29/08/86¹⁹. En este último la mayoría sostuvo: *"Que el artículo 19 CN circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros..."*²⁰. *"Que el accionar del legislador... no puede exceder... el campo de las acciones de los hombres que ofendan la moral pública, al que se refieren las normas morales que se dirigen a la protección de bienes de terceros"*²¹. *"Conviene*

¹⁵ Fallos, 314:1531.

¹⁶ Considerando 11 de su voto.

¹⁷ Considerando 17 de su voto.

¹⁸ Fallos, 306:1892.

¹⁹ Fallos, 308:1412.

²⁰ Considerando 4 del voto de la mayoría.

²¹ Considerando 5 del voto de la mayoría.

distinguir aquí la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros. Precisamente, a la protección de estos bienes se dirigen el orden y la moral pública, que abarcan las relaciones intersubjetivas, esto es, acciones que perjudiquen a un tercero, tal como expresa el artículo 19 CN, aclarando aquellos conceptos. La referida norma impone, así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino aquéllas que no ofendan el orden o la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones" ²².

Particularmente relevante es el voto concurrente del Dr. Petracchi. No es posible aquí reproducir sus diversas y abundantes consideraciones sobre el valor de la autonomía y sobre la correcta interpretación del artículo 19. Baste citar, ya que es un argumento relevante para evaluar si ha de preferirse una interpretación perfeccionista o liberal del artículo 19 y de la CN en general, los siguientes párrafos: *"La idea de la autonomía de la conciencia y la voluntad personal que resulta fundante de la democracia constitucional ha sido también proclamada por el Concilio Vaticano II en el sentido de que, para asegurar la libertad del hombre, se requiere 'que él actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido y guiado por una convicción personal e interna y no por un ciego impulso interior u obligado por mera coacción exterior...' Conviene recordar la síntesis acuñada en el siglo pasado por Cooley cuando define el derecho de privacidad como el 'derecho a ser dejado a solas', fórmula ya clásica que significa que la persona goza del derecho de ser dejada a solas por el Estado -no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa y más aún si es coactiva... El orden jurídico debe pues, por imperio de nuestra Constitución, asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual para que el alto propósito espiritual de garantizar la independencia en la formulación de los planes personales de vida no se vea frustrado... La protección material del ámbito de privacidad resulta, pues, uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el Estado de Derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias" ²³.*

Por último, hay que destacar que, si bien esta línea interpretativa fue dejada de lado, como ya vimos en "Montalvo", la Corte en su actual configuración la ha retomado en el fallo "Arriola"²⁴. El fallo remite explícitamente a "Bazterrica", siendo ésta entonces la interpretación vigente en el derecho argentino.

²² Considerando 8 del voto de la mayoría.

²³ Considerando 8 del voto del Dr. Petracchi.

²⁴ Fallos, A 891 XLIV, Considerandos 11 y 29 entre otros.

VI. ¿Cuál es la mejor interpretación moral de la Constitución?

Como vemos la jurisprudencia de la Corte ha derivado entre interpretaciones liberales y perfeccionistas del artículo 19. No podemos solucionar el problema interpretativo en base a la existencia de una única y coherente línea jurisprudencial. Quizás el hecho de que la interpretación hoy vigente sea la liberal sea razón suficiente para que, por principio de autoridad, deba ser considerada como la correcta. Pero en el futuro la opinión de este tribunal puede cambiar. Mejor haríamos en tener un criterio independiente para sustentar nuestra posición.

Para la búsqueda de ese criterio considero que no hay más alternativa que utilizar el método interpretativo propuesto por Ronald Dworkin. Según Dworkin una teoría de la interpretación *"se divide en dos partes. Una parte perfecciona y desarrolla la idea de que una interpretación debe adecuarse a los datos que interpreta"* (Dworkin 1990:29). Esta dimensión de *fit* o adecuación de la interpretación se dirige esencialmente al pasado: la interpretación propuesta debe ajustarse suficientemente a los textos, los precedentes y en general a la historia institucional del derecho en cuestión. Pero, como vimos, la historia institucional no nos permite resolver la disputa interpretativa. Ahora bien, esta dimensión de adecuación a la historia es sólo la primera parte de la teoría de Dworkin. *"Por otro lado, una segunda parte de la teoría tácita de la interpretación de cualquier juez será completamente independiente de esas cuestiones formales. Comprenderá los ideales sustantivos de la moral política que determinan si se ha de preferir una interpretación putativa, porque muestra mejor la práctica jurídica, desde el punto de vista de la justicia sustantiva"* (Dworkin 1990:29). Aquí lo importante, y supuesto que la jurisprudencia relevante no permita excluir una de las interpretaciones en pugna, es qué interpretación permite ofrecer la mejor lectura de la práctica institucional desde un punto de vista moral.

En última instancia entonces la pregunta por la adecuada lectura del artículo 19 CN se reduce a cuál es la mejor lectura de la Constitución desde el punto de vista moral, y esto, a su vez, a si tenemos razones para optar por el liberalismo, por el perfeccionismo o por alguna lectura intermedia o alternativa como la doctrina de moralidad política fundante de nuestras instituciones. En este, cómo en todos los casos constitucionales, no hay, a mi juicio, posibilidad de una lectura dogmática de la constitución. Cuando digo "dogmática" me refiero, como aclaré más arriba, a una interpretación que tome en cuenta lo que dijo el legislador, el texto, y utilice los diversos criterios interpretativos con que contamos pero que evite remontarse a las razones (morales) que pudo haber tenido el legislador para dictar el texto autoritativo que dictó. Cuando tenemos una ley hemos de tomarla como un texto con autoridad. Eso significa que las razones que nosotros podemos considerar a favor o en contra del dictado de ese texto, o las razones morales que pueden justificar una u otra lectura, quedan fuera de la ecuación. En este sentido la "dogmática constitucional" es un oxímoron. En esto difiere de la interpretación *legal* donde la posibilidad de la dogmática en sentido estricto es, a mi entender, en principio posible e incluso deseable; en todo caso opinable. Allí en cambio no podemos partir de lo que dijo el constituyente y de ahí ir para abajo. Necesariamente debemos remontarnos a las razones morales que están detrás de lo que dijo el constituyente. De aquí entonces que en relación a la cuestión de si debemos

optar por una interpretación amplia o una restrictiva de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional sólo podremos responder si hemos respondido primero a la cuestión de qué teoría política, el liberalismo, el perfeccionismo, o alguna doctrina intermedia, ofrece la mejor lectura moral de la Constitución. Y para ello deberemos establecer cuál de ellas es preferible, *ie.*, es más sólida desde el punto de vista teórico y moral: cuál nos hace mejores, más buenos como comunidad política. En derecho constitucional entonces, de los textos para arriba.

VII. Bibliografía

- ATRIA, F. *La Forma del Derecho*, Abeledo Perrot, Madrid, 2016.
- BASTERRA, M. "El Derecho a la Intimidad", en SABSAY, D. - MANILI, P. (Dir. y Coord.) *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- "El Principio de Autonomía de la Persona en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 1, primavera-verano de 1999,
- BIANCHI, A. "Habeas Data y Derecho a la Privacidad", *El Derecho*, tomo 161, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1995.
- BIDART CAMPOS, G. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1998.
- CAYUSO, S. *Constitución de la Nación Argentina, Claves para el Estudio Inicial de la Norma Fundamental*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- DWORKIN, R. "Retorno al Derecho Natural", en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Eds. *Derecho y Moral, Ensayos Analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.
- Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford university press, Oxford, 1996.
- ETCHICHURY, H. - PICCARDO, I. "Declaraciones, Derechos y Garantías," en Hernández, A. M. (Ed.) *Derecho Constitucional*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- FINNIS, J. "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians", *Columbia Law Review* 87, 1987.
- GARGARELLA, R. "Constitucionalismo y Privacidad", en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- GAUS, G. "Liberalism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2011, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/liberalism/>
- GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- GONZALEZ DEL SOLAR, M. - IOSA, J. "El principio de autonomía personal en la Corte Suprema Argentina: Análisis y Crítica de "Albarracini Nieves" y "D.M.A.", próximamente en *Historia de la Corte*, Laura Clérico y Paula Gaido (Eds.), 2018.
- HAKSAR, V. *Equality, Liberty and Perfectionism*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- HURKA, T. *Perfectionism*, Oxford University Press, Nueva York, 1993.
- IOSA, J. "La Normatividad del derecho en el pensamiento de Fernando Atria", próximamente en *Comentarios a la Forma del Derecho de Fernando Atria*, Javier Gallego Saade (Coord.), UNAM, 2019.

- IOSA, J. "Concepciones de la autonomía", *Revista Brasileira de Filosofia*, Editora Revista dos Tribunais, año 59, N° 234, 2010.
- "Wolff, entre autoridad y autonomía. Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía", *Doxa*, 33, Universidad de Alicante, 2010b, disponible en: http://revistas.marcialpons.es/fichaarticulo.php?id_articulo=2146 Ahora también en IOSA, J., *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, México, Fontamara, 2017.
- "La Estructura del Conflicto entre Autoridad y Autonomía", en *Analisi e Diritto 2011*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, disponible on line en http://revistas.marcialpons.es/fichaarticulo.php?id_articulo=2187 Ahora también en IOSA, J. *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, México, Fontamara, 2017.
- KANT, I. *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1996.
- LARIGUET, G. *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*, Fontamara, México, 2007.
- NINO, C. *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, III, UNAM, México, 1984.
- Algunos Modelos Metodológicos de "Ciencia" Jurídica*, Fontamara, México, 1999.
- Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- NUÑEZ VAQUERO, A. "Dogmática Jurídica", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 6, marzo - agosto 2014.
- QUONG, J. *Liberalism Without Perfection*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- SAGÜES, N. *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SAMPAY, A. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/contextos/article/view/2831/2635>
- SELEME, H. *Neutralidad y Justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. "Dogmática Jurídica y Teoría Moral", en *Isonomía*, N° 4, 1996.
- VALIENTE NOAILLES, C. *La Moral Pública y las Garantías Constitucionales*, La Ley, Buenos Aires, 1966.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- WALL, S. *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.
- ZARINI, H. *Constitución Argentina Comentada y Concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1998.