

INTERFERENCIA Y VIGILANCIA EL PRINCIPIO DE DAÑO COMO LÍMITE A LA DOMINACIÓN ESTATAL¹

Romina F. Rekers²

RESUMEN

La concepción liberal del principio de daño y, en consecuencia, de la primera parte del artículo 19 de la Constitución Argentina es un límite a la interferencia estatal en el ámbito de las opciones cuya ejecución no involucra daño a terceros. Sin embargo, interpretados de este modo, tanto el principio como el artículo son incapaces de protegernos frente a otras formas de injerencia estatal igualmente eficaces para obstaculizar el ejercicio de las opciones que protegen. Tal es el caso de la vigilancia estatal. En este trabajo, argumentaré a favor de una concepción republicana del principio de daño y del artículo 19 de la Constitución Argentina capaz de proteger las opciones no dañinas tanto contra la interferencia como contra la vigilancia estatal. Adicionalmente, argumentaré que esta concepción está en equilibrio reflexivo con los presupuestos, preocupaciones y objetivos de John Stuart Mill en *On Liberty*.

PALABRAS CLAVE: INTERFERENCIA-VIGILANCIA- PODER- REPUBLICANISMO-DOMINACIÓN

INTRODUCCIÓN

Los debates sobre el artículo 19 de la Constitución Argentina son, en cierta medida, un reflejo de los debates teóricos sobre el principio de daño postulado por el filósofo utilitarista y liberal John Stuart Mill. De ahí que muchos argumentos propios de la filosofía política puedan utilizarse, con las limitaciones propias de la interpretación legal, para establecer el alcance de la protección frente al poder estatal proporcionada por el artículo 19.

Aunque tanto el artículo 19 como el principio del daño fueron pensados como un dispositivo para limitar el poder estatal evitando injerencias que obstaculicen el desarrollo de la autonomía, el carácter y la realización personal, el debate se ha centrado, principalmente, en la primera parte del artículo. Así, los desacuerdos interpretativos más relevantes sobre el artículo 19 se refieren a cuáles son las opciones que deben quedar protegidas frente al poder estatal (Nino, 2005, 2007, Monti 2014, Parmigiani en este volumen). De este modo el debate ha girado alrededor de cómo interpretar la fórmula “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”. Como contracara, en relación al principio de daño, otros debates adoptaron como objetivo determinar qué conductas o estados cuentan como daño (Truccone Borgogno, 2018) o afectan la soberanía de los individuos (Ripstein, 2006).

En una dirección diferente, en este trabajo me propongo analizar el alcance de la segunda parte del artículo, es decir, de la fórmula que reza que las opciones protegidas están “exentas de la autoridad de los magistrados”³. En este sentido me propongo identificar contra qué tipo de injerencia estatal nos protege o nos debe proteger el artículo 19. De ahí que este trabajo se dirige a cuestionar la asunción de que el artículo 19 nos protege exclusivamente de la interferencia estatal.

De acuerdo con la interpretación liberal el artículo 19 está destinado a proteger a los ciudadanos frente a la *interferencia estatal* en el ámbito de las opciones que consisten en el

¹ Quiero agradecer los comentarios y recomendaciones de Santiago Truccone Borgogno. También agradezco las observaciones de Julio Montero, María Victoria Kristan y Matías Gonzales del Solar.

² Doctora en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Investigadora asociada del CIF. Becaria postdoctoral del CONICET. E-Mail: romina.rekers@conicet.gov.ar

³ La falta de debate teórico sobre este aspecto del artículo 19 queda en evidencia al considerar que en este aspecto el artículo permanece casi igual en el proyecto de Constitución de Carlos Nino que reza “Art. 19. Las acciones autónomas de las personas que no causen daños a terceros, aun cuando ofendan la moral privada, quedan sólo reservadas a sus conciencias y exentas de la autoridad del estado” (Nino, 2013).

seguimiento de pautas personales o autorreferenciales de conducta (Nino 2005: 316 y ss.; 2007: 426-427). Además, prohíbe la *interferencia estatal* que no esté destinada a evitar perjuicios o daños a terceras personas (Nino 2007:439-441). Esta interpretación se apoya en una concepción liberal de la libertad como no-interferencia y, en consecuencia, presenta al artículo 19 como un principio de no-interferencia.

En este trabajo me propongo argumentar a favor de una interpretación republicana del artículo 19 fundada en una concepción de libertad como no-dominación. De acuerdo con la interpretación aquí propuesta el artículo 19 no nos protege únicamente de la interferencia estatal, sino también de la vigilancia en el ámbito de las opciones no dañinas o autorreferenciales. Es decir, no sólo nos protege de la interferencia, sino también del poder de interferencia estatal que modela el orden social y las opciones de los ciudadanos de un modo igualmente efectivo.

La interpretación del artículo 19 aquí propuesta puede, a diferencia de la interpretación liberal, limitar un espectro más amplio de formas de ejercicio del poder estatal. Así, al igual que la interferencia, la vigilancia, es decir, la custodia de lo que hace con posibilidad de interferir cuando el estado cambie de disposición, resulta inaceptable en el ámbito de aquellas opciones que no dañan ni comprometen la independencia de terceros. De este modo el artículo 19 responde mejor al propósito del principio del daño milliano. Estableciendo que la vigilancia es impermisible en el ámbito de aquellas opciones protege a los ciudadanos contra una forma igualmente invasiva de la libertad pero que sortea la protección del artículo 19 interpretado en clave liberal.

En este trabajo argumentaré a favor de una concepción republicana del artículo 19 como un principio de no interferencia ni vigilancia estatal. En la Sección 1 del artículo sostendré que esta interpretación protege de mejor modo la autonomía personal de los ciudadanos. Esto es así desde que, aunque se apoya en una concepción republicana de libertad como no-dominación, está en equilibrio reflexivo con los juicios morales en los que Mill apoya su defensa del principio del daño como garantía para la libertad política y social. En consecuencia, una versión más aceptable del principio del daño se obtiene si se incorpora la vigilancia estatal como un factor que compromete la libertad. En la Sección 2 argumentaré que la concepción republicana de libertad como no-dominación presta un mejor servicio para interpretar el principio del daño, no sólo en la determinación de las opciones protegidas, sino también en la determinación del tipo de injerencia frente a la cual quedan protegidas. Adicionalmente, como sostendré en la Sección 3, la concepción republicana de libertad permite dar cuenta de la vigilancia como un mal que compromete la libertad del mismo modo que la interferencia y está comprometida con las preocupaciones centrales y los objetivos que impulsaron a Mill a postular el principio del daño. Finalmente, en la Sección 4 trataré de identificar qué implica una concepción del principio del daño como protección frente a la interferencia y la vigilancia a la hora de interpretar el alcance del artículo 19. Para ello presentaré dos ejemplos, el de la discrecionalidad policial y el del control durante la libertad asistida. Estos permiten identificar de qué manera la concepción republicana del principio del daño puede extender la protección de la libertad provista por el artículo 19.

I. EL PRINCIPIO DEL DAÑO COMO LÍMITE AL PODER ESTATAL

El artículo 19 de la Constitución Argentina es considerado por muchos como la consagración constitucional del principio de daño propuesto por John Stuart Mill en *On Liberty*. Este protege la libertad política desde que constituye una condición necesaria para el ejercicio de la autonomía personal. De acuerdo con este principio: