

Diego Gamarra Antes 

Sobre los derechos en la constitución uruguaya. Una propuesta de revisión conceptual

*On the rights in the uruguayan constitution.
A proposal for a conceptual revision*

*Sobre os direitos na constituição do Uruguai.
Uma proposta de revisão conceitual*

 Director del Departamento de Derecho y Profesor de alta dedicación de la Universidad Católica del Uruguay. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Integrante del SNI (Sistema Nacional de Investigadores) de la ANII.
ORCID: 0000-0003-0902-786X

 diego.gamarra@ucu.edu.uy

Resumen: *Se presenta una interpretación del artículo 7 de la Constitución uruguaya desafiante de la asentada en la literatura predominante. Se propone una revisión conceptual sobre los derechos a partir de la asunción de una doble dimensión de las cláusulas que los formulan con abstracción –incluido el referido artículo 7–, en tanto comprensivas de mandatos de respeto y protección de mínimos determinantes de dignidad intangibles –los derechos propiamente dichos– y, a la vez, de maximización del conjunto de los bienes en cuestión más allá del mencionado umbral. En ese marco, se desestima la distinción entre derechos preexistentes y consagrados, se ensaya una interpretación de la expresión “razones de interés general” y se sugiere considerar diferentes niveles de deferencia jurisdiccional al controlarse la regularidad constitucional de los actos legislativos.*

Palabras clave: *derechos como mínimos determinantes de dignidad, derechos constitucionales, derechos preexistentes y consagrados, interés general, deferencia al legislador.*

Abstract: *An interpretation of section 7 of the Uruguayan Constitution is hereby presented, challenging the one accepted on the prevailing literature. A conceptual revision of rights is proposed based on the assumption of a double dimension of the provisions that formulate them with abstraction –including the aforementioned section 7–, containing mandates*

of respect and protection of minimum intangible dignity –the rights properly so called– and, at the same time, to maximize the set of goods in question beyond the aforementioned threshold. In this framework, the distinction between pre-existing and enshrined rights is dismissed, an interpretation of the expression “reasons of general interest” is performed, and different levels of jurisdictional deference are suggested when reviewing the constitutionality of statutes.

Keywords: *rights as minimum dignity, constitutional rights, pre-existing and established rights, general interest, deference to the legislator.*

Resumo: *Uma interpretação do artigo 7 da Constituição uruguaia é apresentada de forma alternativa àquela estabelecida na dogmática vigente. Uma revisão conceitual dos direitos é proposta com base no pressuposto de uma dupla dimensão das cláusulas que os formulam em abstração –incluindo o referido artigo 7–, como abrangente de mandatos de respeito e proteção de intangíveis mínimos de dignidade –os direitos propriamente ditos– e, ao mesmo tempo, para maximizar o conjunto de bens em causa para além do referido limiar. Neste quadro, a distinção entre direitos pré-existentes e direitos consagrados é descartada, procede-se a uma interpretação da expressão “razões de interesse geral” e são sugeridos diferentes níveis de deferência jurisdicional no controlo do constitucionalidade dos atos legislativos.*

Palavras-chave: *direitos como dignidade mínima, direitos constitucionais, direitos preexistentes e instituídos, interesse geral, deferência ao legislador.*

Recibido: 13/10/2021

Aceptado: 9/4/2022

I. Introducción

Se propone una revisión de la construcción conceptual generalmente aceptada en los trabajos de dogmática jurídica sobre los derechos humanos y su delimitación en la Constitución uruguaya. La muy difundida división de los derechos en las categorías de preexistentes y consagrados no es demasiado inteligible y requiere de muchas precisiones y explicaciones para ser comprendida. Ello invita a intentar su reconsideración, máxime si se tiene en cuenta que se han desarrollado desde su gestación aportaciones significativas en la materia.

Risso Ferrand realizó un avance importante al presentar la manera en que puede relacionarse la categoría de los derechos preexistentes con la noción europea de contenido esencial. Asimismo, contribuyó al encender una alerta sobre el alcance de las intervenciones legislativas sobre los derechos constitucionales, distinguiendo entre situaciones, y acudiendo al principio de razonabilidad y a la ejecución del test de proporcionalidad como instrumentos para dimensionar la existencia de las razones de interés general que, en la interpretación tradicional, suelen presentarse como exigencias materiales para la regularidad jurídica de las “limitaciones” de derechos (Risso Ferrand, 2008, 47 y ss. y 110 y ss.).

Al cuestionar el criterio del contenido esencial como límite constitucional de los poderes públicos ordinarios –especialmente del legislador– y contrastar con carácter general las posiciones sobre los derechos y su delimitación, en una investigación previa presenté como una digresión una reinterpretación del artículo 7 de la Constitución uruguaya –iluminada por el artículo 72– que supone lo siguiente: (a) desestimar las categorías de derechos preexistentes y consagrados; (b) reconocer una doble dimensión de las cláusulas constitucionales sobre derechos formuladas con abstracción –destacadamente en el caso del propio artículo 7–, en tanto mandatos de respeto y protección de mínimos intangibles oponibles incluso frente el legislador –los derechos en sentido estricto– y, a la vez, de maximización del bien subyacente en cuestión y; (c) ligar el concepto de interés general a este propósito de optimización, pero en consideración del conjunto de bienes constitucionales y sin desmedro de los derechos en sentido estricto.

Se propone en este trabajo brevemente presentar, rectificar y ampliar las razones referidas, de manera ordenada y en la forma de una propuesta concreta de revisión conceptual de los derechos en la Constitución uruguaya, que supone su interpretación con vocación de consistencia y que concibo expresa su mejor versión.

Debe tenerse presente que la propuesta conceptual que se ensaya –al igual que la doctrina imperante que se sugiere ajustar– considera que la Constitución presupone la institución de un Estado que puede atravesar ciertas dificultades o emergencias, naturalmente, pero económicamente viable, mínimamente funcional o eficazmente adecuado a sus fines. No se desconoce la hipótesis –afortunadamente distante de la realidad uruguaya– en que la situación no sea la referida, es decir, de un Estado inviable o fallido, que exigiría una teorización diferente. Finalmente, aunque confieso que todavía tengo dudas al respecto, me decanté por presentar ese escenario como un excursus en vez de integrarlo en la construcción general.

II. Una concepción de los derechos humanos como umbrales positivos de configuración de la dignidad

Se asume aquí la existencia de bienes o derechos morales intangibles que, en tanto determinantes de la dignidad del hombre no deberían ser susceptibles de desconsideración estatal ante la invocación de razones de bienestar colectivo. Se trata así de cartas de triunfo de los individuos (Dworkin, 1993, 37 y 219) o bien de cotos vedados (Garzón Valdés, 1989, 156) o esferas de lo indecible (Ferrajoli, 2006, 24) para el gobierno del Estado, de bienes humanos considerados en su manifestación mínima tolerable bajo un criterio de dignidad, que formalizados y dotados de protección institucional, ora nacional –generalmente constitucional– ora internacional –generalmente convencional–, se configuran como derechos en un sentido jurídico positivo, resultando oponibles sin excepciones ante los poderes públicos ordinarios y jurisdiccionalmente exigibles.

Así, a efectos de despejar discrepancias terminológicas (Peces Barba, 2004, 19-29), cabe aquí establecer que se aludirá a los derechos que vienen de identificarse en último término –los bienes humanos que se postulan como básicos una vez positivados– como derechos humanos o fundamentales –más allá del particular sentido que a esta última expresión se asigna en determinadas Constituciones europeas– o simplemente como derechos¹. Podría perfectamente considerarse como derechos humanos a los bienes referidos previamente como punto de partida, en un sentido puramente moral, pero entiendo esclarecedor para el desarrollo así denominar a los que resultan consignados o reconocidos formalmente como tales.

Asimismo, puesto que los derechos son consignados usualmente en Constituciones y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, generalmente en declaraciones o convenciones, cabe a su vez distinguir, desde el punto de vista formal, entre derechos humanos de fuente constitucional o convencional.

Es cierto que en ocasiones suele discreparse y mucho sobre su concreto alcance y de ello se sigue la enorme importancia de un diseño institucional adecuado, que asegure una delimitación que no resienta a la democracia y que evite, bajo el pretexto de custodiar derechos, que jurisdiccionalmente se terminen sustrayendo decisiones eminentemente políticas de la comunidad. Incluso admitiendo un enfoque basado en derechos, no puede dejar de reconocerse que éstos suponen en muchos casos asuntos difíciles sobre los que los hombres difieren habitualmente (Gargarella y Martí, 2005, XXIV; Waldron, 2005, 19-20).

Es precisamente este último asunto el que más me ha interesado recientemente. Sin embargo, la propuesta en este trabajo es descuidada de la manera en que se realiza esa tarea de especificación, pues se aspira a presentar un aparato conceptual que sea útil para discutir sobre derechos, al menos en lo que refiere a su tratamiento constitucional uruguayo, independientemente de la forma de estructuración de los sujetos u órganos relevantes para entablar y zanjar desacuerdos sobre su alcance.

III. Los derechos como mínimos intangibles y la maximización de bienes como designio. Los derechos no se parten

Si se parte de la concepción referida de los derechos humanos o fundamentales, como se indicó, no cabe reconocer a su respecto retaceo legítimo posible, ni diferentes niveles de protección, ni distinción entre núcleo y periferia, ni nada que se le parezca. Podrá discreparse si se trata o no de un derecho, podrá disputarse su alcance, pero una vez concluida la tarea interpretativa el asunto deviene binario. Si se afirma que trata de un derecho se impone su protección efectiva y un freno –vinculación positiva y negativa– respecto de los poderes públicos incluyendo al legislador (Medina Guerrero, 1996). Si se afirma lo contrario, entonces, se tratará a lo sumo de un bien a tutelar, que bajo determinadas circunstancias puede ceder en beneficio de otros en el afán de perseguir metas colectivas.

Sin embargo, en Constituciones como la alemana –artículo 19.2– o la española –artículo 53.1–, expresamente se establece que los derechos tienen un contenido esencial –lo que sugiere que tienen otro contenido que no lo es– que opera como

límite constitucional incluso frente a la actuación legislativa. La idea de notas necesarias y contingentes de un «derecho» no es de sencilla comprensión, pues los derechos subjetivos como situaciones jurídicas se tienen o no se tienen, vale insistir, es posible discutir considerablemente sobre su delimitación, pero es realmente complicado concebirlos por partes o susceptibles de escisión y bajo niveles de protecciones disímiles (Jiménez Campo, 1999, 70).

Es posible que la imprecisión se origine en una equiparación de los derechos con las disposiciones normativas que a ellos refieren. De esa manera, puede llegar a afirmarse que de la interpretación de las formulaciones constitucionales relevantes pueden derivarse diferentes normas que, a su turno, determinan diferentes situaciones jurídicas subjetivas y, por lo tanto, la ilusión –pues no sería más que eso– de diferentes esferas de protección de una misma cosa. Sin embargo, una cosa son las disposiciones y otra las normas y los derechos, deberes, libertades, potestades, incompetencias, sujeciones o inmunidades que, como resultado de una interpretación, se postula que por ellas se confieren o imponen.

No se realizará aquí una exposición sobre las diferentes concepciones sobre el denominado contenido esencial de los derechos, basta con indicar que su determinación, que supone identificar en un momento manifestaciones de los derechos que conformen un núcleo de casos paradigmáticos, que sirven de referencia ineludible para aludir al derecho en lo concreto, es una tarea eminentemente interpretativa (Peces Barba, 2004) de uno o varios enunciados constitucionales o convencionales. Su sentido se esclarece bastante si, como se consignó previamente, en atención a la configuración de la potestad legislativa, se distinguen diferentes normas y situaciones jurídicas a partir de unas mismas disposiciones o textos normativos «de derechos» –sin perjuicio de su eventual conexión con otras–.

Así, por un lado, se establece un derecho subjetivo respecto del Estado legislador, en lo que aquí interesa –un derecho constitucional en sentido fuerte, como determinante de la dignidad humana–, que dependiendo del sistema puede asociarse con la posibilidad de obtener la inconstitucionalidad de una ley que lo desconozca, la exigencia de protección jurisdiccional directa ante el inminente o actual avasallamiento del derecho, la reparación patrimonial en un supuesto de responsabilidad por acto legislativo o por omisión, o bien con más de una de ellas según el caso.

Por otro lado, cabe asimismo identificar lo que podría denominarse tradicionalmente como un «interés legítimo» frente al legislador –más allá de las debilidades

de la categoría, todavía aquí se emplea por su difusión–, cuya desconsideración genera unas consecuencias jurídicas. Se trata en realidad también de un derecho, pero consistente en que el bien referido en la disposición sea igualitaria y razonablemente tenido en cuenta para su tutela legislativa con determinado alcance superior al mínimo constitucionalmente asegurado.

Desde la perspectiva de los poderes públicos –del legislador especialmente-, en el primer caso se tendría una carencia de potestad –incompetencia– para afectar de alguna forma el derecho y un deber de no hacerlo, así como una potestad y un deber de asegurar su protección y goce. En el segundo caso, una potestad y un deber de optimizar los bienes con discrecionalidad en la priorización de unos u otros a tales efectos, que, naturalmente, supone respetar el mínimo protegido bajo el derecho en sentido fuerte, perseguir un fin legítimo -sin desviación de poder- y no incurrir en desconsideraciones arbitrarias o en desproporción. Bien puede decirse que ambas situaciones pueden considerarse concomitantemente. Sin embargo, insisto en que la escisión planteada permite evitar equívocos.

El supuesto contenido esencial –conforme la compleja terminología europea– se identificaría, pues, con el derecho subjetivo indicado en primer término, es decir, el derecho en sentido fuerte, oponible al legislador en forma absoluta o, mejor aún, simplemente el «derecho» (Arzoz Santisteban, 2014, 102). Es menos artificioso considerar que el llamado contenido esencial es lisa y llanamente el «derecho», como viene de indicarse, y a la vez aceptar que, en tanto se confiere una tutela con tan potente alcance, es razonable paralelamente suponer que se trata de un bien que la Constitución anhela, cuya extensión a partir de los mínimos blindados resulta deseable.

IV. Un planteo de revisión conceptual de los derechos en la Constitución uruguaya

1. Presentación y crítica de la diferenciación dogmática entre derechos preexistentes y consagrados.

En el sistema constitucional uruguayo no existe referencia alguna a la noción de contenido esencial de los derechos, sin embargo, en forma prácticamente pacífica se ha admitido, desde su elaboración por Jiménez de Aréchaga, una interpretación del artículo 7 de la Carta² –iluminada por lo dispuesto en el artículo 72³–, que distingue entre derechos preexistentes y consagrados y que, en cierta medida, funciona de manera asimilable. Así, los primeros serían ilimitables, en tanto connaturales al

hombre; los segundos, considerados derechos de los habitantes a ser protegidos en el goce de los referidos «derechos» preexistentes, serían limitables, aunque exclusivamente por ley en sentido orgánico formal y ante razones de interés general que así lo requieran (Jiménez de Aréchaga⁴, 1988, 219 y ss.; Cassinelli Muñoz, 2002, 93-95; Korzeniak, 2001, 324, 331-333; Correa Freitas, 2016, 240-241; Risso Ferrand, 2008, 42 y ss.; Risso Ferrand, 2005, 464 y ss.).

Siempre me ha parecido que la distinción cumple un importante papel, contribuyendo a la orientación en la dirección correcta, pero que no es precisa y da lugar a confusiones. No es conveniente con el mismo sentido utilizar el término «derecho» para referir a situaciones que se suponen preexistentes a un sistema jurídico y para referir a derechos consignados en el Derecho positivo con potencialidad efectiva de movilizar o activar en su defensa el aparato estatal. En la medida en que los denominados derechos preexistentes son definidos como anteriores al ordenamiento jurídico –le preexisten–, no serían en su origen susceptibles de invocación ante magistrados, precisamente designados por normas de Derecho positivo, reconocidas o puestas, y no por otra cosa. Se trata en realidad de «derechos morales», bienes individuales ligados a la idea de dignidad, enfocados en todo caso hacia un deber ser sobre su positivización. En otras palabras, serían bienes respecto de los que se postula que el Derecho positivo debería –prescriptivamente, en un sentido moral– consignar, confiriéndoles así protección jurídica, erigiéndolos en derechos subjetivos exigibles con determinado alcance por individuos dotados de potestad y facultados para ello. Con excusas de la ironía, de alguna forma consagrándolos.

Es posible, en la línea indicada, sostener que un derecho no es otra cosa que la protección conferida por una norma positiva para asegurar el goce de algún bien o interés objetivado, considerada desde la perspectiva o situación del sujeto que puede exigirla –en última instancia jurisdiccionalmente– por resultar activamente comprendido por el ámbito de aplicación subjetivo. Una concepción de este tipo, de forma algo extraña, parece ser positivamente explicitada, precisamente, en el artículo 7 de la Constitución uruguaya. No tiene demasiado sentido, sin embargo, afirmar la existencia de un supuesto derecho a la protección en el goce de un bien que sería a la vez con idéntico alcance tutelado bajo otro derecho. En la medida en que ambos recaen sobre un mismo objeto, solo que uno se supone que sería la positivización del otro, la supuesta bifurcación entre la suerte del derecho llamado preexistente y la del consagrado no parece poder explicarse.

Cassinelli Muñoz formula una lectura que a primera vista parecería lograr sortear los inconvenientes referidos, al sentar con propósitos prácticos –fundamentalmente de prueba– que al conferirse en el artículo 7 el derecho a la protección en el goce de ciertos bienes, se tutelan bienes humanos como cuestiones de hecho de las que efectivamente se goza –como “realidades de la vida”– y no como derechos. Sin embargo, inmediatamente indica que bajo la Constitución efectivamente se los tiene como derechos, al menos así lo indica respecto de cuatro de los seis bienes que en la disposición se mencionan –vida, libertad, honor y seguridad– (Cassinelli Muñoz, 2010, 994 y ss.). Me merece algún reparo la diferenciación de los otros dos casos –trabajo y propiedad–, que luego matiza, pero no es esta la ocasión de extenderse al respecto. También me resulta difícil relacionar esta posición que refiere a bienes como cuestiones de hecho con la asunción de derechos preexistentes también con base en el artículo 7. En fin, el punto que pretendo destacar es que basta con lo indicado para insistir en que la superposición denunciada de las categorías efectivamente se presenta como un problema que de todas formas no consigue superarse.

Debe añadirse un inconveniente adicional. En tanto las categorías en cuestión suelen presentarse en el marco de la discusión sobre la potestad legislativa para limitar “derechos humanos”, emergen dudas sobre la concepción atribuida a esta última expresión, pues no siempre resulta claro si se pretende referir con ella a los derechos “preexistentes”, a los “consagrados” o a ambos.

En cualquier caso, la construcción que postula la distinción referida ha operado en la dogmática más recibida como un freno constitucional al legislador, en un sentido similar al generado en virtud de la cláusula del contenido esencial de las Constituciones alemana y española (Risso Ferrand, 2008, 47 y ss.).

En ocasiones se identifica a los derechos preexistentes como una representación abstracta y a los consagrados como manifestaciones concretas de aquellos. Los ejemplos que suelen plantearse para iluminar el asunto refieren a la supresión absoluta del bien en cuestión, verbigracia, la eliminación de la posibilidad de ser propietario de cualquier bien, por oposición a las limitaciones que se puedan establecer sobre la propiedad de algún bien, que suponen supresión exclusivamente en un caso puntual. Así, se sostiene que lo primero se encontraría vedado por constituir una afectación del derecho preexistente, mientras que lo segundo sería admisible, bajo ciertas condiciones, en tanto mera afectación del derecho consagrado a la protección (Risso Ferrand, 2008, 45-46).

En realidad, la variación entre una perspectiva abstracta y concreta es inevitable y de trascendencia al interpretar disposiciones abiertas sobre derechos, en tanto la casuística es concreta y la normativa relevante abstracta, pero, en el discurso interpretativo no deja de ser una alteración de puntos de vista sobre una misma cosa. Es decir, delimitada una norma a partir de un texto en función de la consideración de una situación concreta, aunque no resulte visible, se postula a la vez que la categoría abstracta comprende dicho supuesto. Es evidente que una limitación con abstracción de un derecho formulado en iguales términos es en definitiva su supresión –vale decir, de todas sus posibles concreciones–, pero ello no significa que partiendo de una afectación puntual no pueda considerarse también afectada la “esencia” o, con mayor rigor, vulnerado el umbral mínimo de protección del bien. Con buen tino, excepcionalmente, Cassinelli en uno de sus trabajos se pronuncia en el sentido indicado y refiere a los derechos preexistentes como mínimos (Cassinelli, 2002, 93). Por las razones referidas, no parece un camino acertado centrar en la abstracción o concreción la pretendida separación entre derechos preexistentes y consagrados.

2. Una propuesta de interpretación del artículo 7 en términos de tutela de mínimos determinantes de dignidad intangibles –como derechos– y de maximización de bienes –como designio constitucional–.

Las insuficiencias de la construcción mencionada entre derechos preexistentes y consagrados sugieren pensar en una solución interpretativa del artículo 7 algo más adecuada, pero alineada también con el reconocimiento constitucional de la existencia de bienes humanos considerados inherentes a su personalidad –con claridad así expresado en el artículo 72 de la Constitución uruguaya–, cuyo avasallamiento disonantemente la corrompería. En tal sentido, cabe remitir a la tesis de protección de bienes en su expresión mínima intangible –los derechos en sentido estricto– y de su maximización como designio constitucional, básicamente de conformidad con la presentación esbozada en el epígrafe III.

Así, cabe reconocer manifestaciones elementales de bienes del hombre –fundamentales– que no pueden desconocerse por el legislador en la persecución de incrementos de bienestar colectivo, en invocación del «interés general» mencionado en el artículo 7. Bajo la Constitución uruguaya no cabe concebir nada más propio del interés de la comunidad política, organizada sobre la base de la libertad y de la igualdad, que asegurar ante todo un tratamiento conforme el mínimo determinante de dignidad a todos los individuos.

Nótese que el concepto de «interés general» no puede sino interpretarse sistemáticamente y ello conduce a excluir de su seno las medidas que supongan violaciones, privaciones o desconocimientos de bienes humanos básicos, pues, como viene de indicarse, su ausencia es determinante de situaciones de indignidad, inhumanas o deshumanizantes y ellas resultan notoriamente repudiables en el discurso constitucional, muy especialmente bajo el referido artículo 72. En tal sentido, debe desecharse una posible interpretación de la expresión en clave utilitarista clásica –que puede llegar a aparejar soluciones transpersonalistas–, pues ello resulta fuertemente asistemático en el contexto constitucional (Risso Ferrand, 2008, 93 y ss., 107).

Así, desde una teoría de la Constitución uruguaya consistente podría interpretarse el «interés general», en tanto fin o designio constitucional abstracto, como el interés en la optimización de los bienes constitucionales todos, que puede requerir de relegamiento o retaceo de algunos de ellos en sus manifestaciones no elementales, pero necesariamente prescindiendo en el camino del sacrificio –por acción u omisión– de sus expresiones básicas o mínimas –de los derechos en sentido fuerte o propio– en tanto determinantes de la dignidad humana.

Más allá de las carencias referidas en la formulación de la tesis bipartita de los derechos en la Constitución uruguaya, que divide derechos preexistentes y consagrados, es cierto que tras ella subyace la idea –que aquí intenta reforzarse– de que deben asumirse límites constitucionales materiales del legislador –situaciones de carencia de potestad–, arraigados en el propio valor individual de la persona humana o, si se prefiere, en su dignidad.

Además de los derechos subjetivos perfectos contra el legislador, que expresa y específicamente se demarcan en la Carta en beneficio de determinados sujetos, pues es evidente que ante un texto constitucional claro que confiere un derecho con precisión –por razones de jerarquía normativa– no es admisible la intervención legislativa en sentido contrario –*v.gr.* el artículo 8, 10, 17 o 26 de la Constitución⁵; lo cierto es que también se consignan otros con el mismo alcance, por la vía de una interpretación coordinada de los artículos 7 y 72, en tanto bienes mínimos justificables conforme una argumentación moral como inherentes a la personalidad humana. Aún en el caso de disposiciones abstractas es posible sostener la existencia de un núcleo de certeza, en la especie conformado por el conjunto de casos paradigmáticos que se identifican como mínimos determinantes de dignidad.

Por supuesto que puede discreparse y mucho sobre el alcance de los derechos referidos en último término, que existen casos difíciles y que es necesario argumentar al respecto –si se prefiere, ponderar–, pero entiendo que no es adecuado referir a dicha tarea como limitación en el sentido de restricción –externa–, al menos no con pretensión de legitimidad en la tarea, pues su retaceo debe considerarse necesariamente ilegítimo. Podría emplearse dicho término como sinónimo de delimitación, interna e interpretativa, desde luego, pero ante la ambigüedad de la primera voz lo cierto es que es conveniente directamente acudir a la segunda. En fin, más allá de la terminología, no es posible que se genere un verdadero conflicto al final del camino entre derechos en sentido estricto que se dirima y concluya con el triunfo de uno sobre otro. Por supuesto que pueden vislumbrarse dificultades o dudas sobre su delimitación, pero, en tanto su justificación como bienes humanos que en su manifestación mínima configuran la dignidad –una igual dignidad de los seres humanos–, parece razonable partir de la posibilidad de su concurrencia coherente (Cianciardo, 2000, 363 y ss.; Serna y Toller, 2000, 41 y ss.; Nogueira de Alcalá, 2005, 15-64; Jiménez Campo, 1999, 38 y ss.; Guariglia, 2007, 310 y ss.).

Así, no obstante la salvedad introducida en el excurso final, a modo de recapitulación, las razones de interés general operarían en el artículo 7 como demarcación de la potestad legislativa en un doble sentido: (a) como un límite material infranqueable que impide la desprotección de mínimos determinantes de dignidad –derechos en sentido fuerte–, y (b) como una exigencia de razonabilidad en las decisiones legislativas de afectación de bienes en sus manifestaciones puntuales que excedan el umbral de la dignidad, que puede requerir del relegamiento de algunos de ellos, con propósito de su optimización conjunta, y que también supone no incurrir en desigualdad, arbitrariedad o desproporción.

La distinción puede considerarse sutil e incluso poco relevante si se asume que bajo un examen de razonabilidad o de proporcionalidad es posible concentrar un análisis de regularidad jurídica que abarque los dos supuestos referidos. Sin embargo, insisto en que conceptualmente merecen ser diferenciados y que es conveniente tomar nota de ello a efectos de la realización de dichos exámenes.

Veamos un par de ejemplos. Supongamos que por acto legislativo se establece una restricción de conducir a más de 60 kilómetros por hora en todas las rutas nacionales por razones de seguridad vial. Es posible que la medida sea desproporcionada y que se afecte innecesariamente la libertad, al menos en muchas de ellas que por sus características no parecen justificar tal retaceo, y que quienes las transitan se

agravien. Puede que se considere que no es racional la optimización de bienes en juego y que, por dicha razón, se predique que no concurren razones de interés general y, ante su ausencia, que consecuentemente también se sostenga la inconstitucionalidad del acto. Sin embargo, no creo que los afectados puedan seriamente afirmar que se vulneró su derecho humano, en lo concreto, a conducir a la velocidad que les plazca o, más precisamente, a hacerlo a más de 60 kilómetros por hora. Puede sostenerse que se afectó la libertad como bien a tutelar, pero no una libertad fundamental o un derecho humano a una determinada libertad. En otros términos, según concibo, no parece que quepa en este caso estimar que los agraviados fueron tratados con indignidad o de forma inhumana o que se atentó contra lo más propio de su personalidad. Sostener que en estos casos se trata de violaciones de derechos fundamentales me resulta exagerado.

Supongamos ahora que por acto legislativo se establece como delito el mantener relaciones homosexuales consentidas y adultas. En este caso la situación es diferente. Sin perjuicio de analizar el asunto bajo el tópico de la discriminación, me parece notorio que se trata de una libertad de la que puede predicarse su carácter fundamental, necesaria para el desarrollo de la plena personalidad o bien como un aspecto central en el plan de vida de los individuos que tienen dicha orientación sexual. El reproche penal en el supuesto planteado puede sin problemas calificarse como un tratamiento con indignidad o como una consideración inhumana, de lo que se sigue que puede también sostenerse que supone una violación de un derecho –en sentido fuerte y concreto– a mantener relaciones homosexuales consentidas y adultas.

La velocidad a la que uno conduce puede razonablemente calibrarse para perseguir metas colectivas, las relaciones afectivas o sexuales consentidas y adultas que uno considere mejores para su vida no.

Ensayada la diferenciación resta descartar que el problema radique en una cuestión de grado, podría sostenerse que los dos ejemplos suponen afectación de derechos fundamentales, solo que el primero de los casos no es tan grave como el segundo. Tal posición no me convence. La equiparación conceptual conduce a considerar que habría violaciones de derechos humanos que no son del todo problemáticas y me resulta contraintuitivo postular que medidas que suponen vulnerar la dignidad humana –existe cierto consenso en ligar los derechos humanos a la noción de dignidad– no lo sean. En otras palabras, predicar que se tiene un derecho fundamental respecto de una situación que no estaría dispuesto a adjetivar como fundamental, no parece tener sentido. Además, la categoría, y las consecuencias que ella tiene respecto del eventual cues-

tionamiento de decisiones democráticas, solo parece justificarse en casos significativos. Toda norma primaria o de obligación dirigida a individuos supone en el ordenamiento jurídico uruguayo restricción de libertad –en la medida que la libertad es conforme el artículo 10 inciso segundo de la Constitución la situación por defecto–, pero no siempre encarna a la vez una cuestión de derechos humanos.

En definitiva, a efectos de determinar la regularidad constitucional de una actuación legislativa por eventuales razones de incompatibilidad material con la normativa resultante de disposiciones abiertas sobre derechos, cabe cuestionarse si se compromete o no un derecho en sentido estricto, conforme una argumentación constitucional y moral, en términos de mínimos determinantes de dignidad y, especialmente, en consideración de su coexistencia con otros que también la configuran. Pero, incluso de alcanzarse la convicción de que no se trata estrictamente de una cuestión de derechos, no cabe resignar el análisis de regularidad jurídica del acto, pues, aunque se trate en puridad de una cuestión de política⁶ –en los términos propuestos por Dworkin (Dworkin, 2012, 100)–, la actuación legislativa no se encuentra exenta de un posible control jurisdiccional.

Así, se impone de todas formas considerar en tal caso las exigencias de legitimidad generales de la actuación estatal. Es notorio que la optimización de bienes planteada como fin constitucional admite diferentes puntos de vista sobre su consecución y sobre los medios o políticas adecuados para causarla. Por dicha razón, el control de constitucionalidad de la ley debe operar en estos casos básicamente como un mecanismo para descartar finalidad ilegítima, arbitrariedad o, si se prefiere, manifiesta desproporción o beneficio descarnado de intereses parciales –persiguiendo así un fin diferente al interés general constitucionalmente exigido–. También se generan con cierta frecuencia razonables disensos sobre el alcance de los derechos en sentido estricto, pero la asunción de que en esas definiciones se puede comprometer la dignidad y de forma más o menos inmediata las bases de la democracia –en el entendido de que los derechos operan como sus precondiciones–, motiva una consideración diferenciada.

Demás está decir que el control de regularidad constitucional debe realizarse teniendo en cuenta el diseño institucional y, de su mano, al principio democrático, que calibra la deferencia necesaria –menor en los casos en los que se duda sobre la afectación de derechos en sentido fuerte y considerablemente mayor fuera de esos casos– con la que el intérprete, especialmente el jurisdiccional, debe apreciar las soluciones legislativas. El planteo aquí realizado invita a repensar el ampliamente difundido examen de proporcionalidad para la valoración de la regularidad constitucional de medi-

das legislativas. Al menos alguna precisión o ajuste en su ejercicio parece necesaria en el sentido indicado.

V. Consideraciones finales

No es necesario demasiado esfuerzo para ajustar la doctrina tradicional sobre los derechos en la Constitución uruguaya de tal forma que resulte más precisa, asimilable en sustancia con las concepciones del «contenido esencial» –lo que posibilita comparaciones en los análisis– y, a la vez, coincidente con la difundida teoría de los derechos como mínimos infranqueables, y ello partiendo de las mismas disposiciones constitucionales que le sirven de base, especialmente del artículo 7 como norma pilar del sistema constitucional de derechos.

Se encuentra mejor justificada su interpretación en términos de tutela de mínimos determinantes de dignidad intangibles –como derechos– y de consignación de la maximización de bienes como designio constitucional, lo que a su turno genera, en lo respectivo, diferentes niveles de deferencia en la apreciación de la regularidad constitucional de actuaciones legislativas.

No desconozco la existencia de dificultades interpretativas, pues las hay, en tanto se parte de un texto con deficiencias en su formulación, como sin dudas lo es el del referido artículo 7, que debe considerarse bajo su mejor luz y armónicamente con lo dispuesto en el resto de la Carta –destacadamente con lo establecido en el artículo 72–.

Sin embargo, iguales dificultades enfrenta la cuestionada posición imperante, con el inconveniente de que en tal caso se adicionan a ellas las deficiencias que aquí se han mencionado y que se reiteran a modo de recapitulación: (a) problemas en el uso de la expresión derechos humanos –si se prefiere derechos fundamentales o derechos–, pues no siempre es sencillo determinar si se pretende referir a los preexistentes, a los consagrados o a ambos; (b) problemas en la consideración de los derechos preexistentes como bienes o derechos en un sentido moral pero también con relevancia jurídica propia, a la vez que a su respecto se reconoce un nivel de protección estatal –total– que supone ineludiblemente “consagración” formal o jurídico positiva; (c) en relación con ello, se encierra un contrasentido al sostener una diferente suerte –frente a la actuación legislativa– de los derechos preexistentes y consagrados, pese a que supuestamente unos no serían otra cosa que la protección en el goce de los otros; y, por último, (d) problemas en el manejo de la abstracción o concreción como parteaguas de las categorías.

La revisión propuesta, asimismo, contribuye a resaltar la importancia de entablar las discusiones sobre derechos humanos en clave de mínimos determinantes de dignidad. Un cuidado por argumentar en esos términos parece ser necesario, como se mencionó, para apreciar distintos niveles de deferencia al legislador al ejercerse el control jurisdiccional de su actuación –con consideración democrática–, para evitar supuestos conflictos normativos y, de manera más general, para fortalecer a la vez la categoría de los derechos, en la medida en que una concepción que conduzca a concebir que prácticamente cualquier caso involucra derechos humanos con el tiempo puede llegar a degradarla.

Un excursio sobre derechos, escasez y financiación

La teoría sobre los derechos en la Constitución uruguaya, la dominante y la ajustada como resultado de la revisión que viene de esbozarse, presupone una comunidad digna –de individuos igualmente dignos– y ello supone que sea económicamente viable. Fuera de este escenario básico, en una hipotética situación de inviabilidad del Estado, efectivamente emergería un problema relacionado con la frustración o efectividad –afectación en un sentido amplio– de los derechos humanos.

Como se indicó previamente, sin perjuicio de la posibilidad de disputas sobre su delimitación, no es posible que se genere un conflicto conceptual entre derechos en sentido estricto. Sin embargo, efectivamente puede que se generen preferencias y relegamientos forzosos en forma no frontal, a través de la implementación, remoción u omisión de medidas de protección o desarrollo que dependen de recursos, en un panorama de escasez significativa como el presentado en este apartado. Ello supone partir de un paradigma diferente al presentado en este trabajo y, desde luego, requiere de la elaboración de una propuesta conceptual diferente.

Así, se genera una encrucijada difícil. Fundamentalmente debe dilucidarse si las carencias en la financiación necesaria para asegurar el goce de los derechos en sentido estricto⁷, desde luego, con prescindencia de todo gasto que no se encuentre razonablemente vinculado a la protección inmediata de un derecho como mínimo o su sostenibilidad elemental, autorizan la excepcional desconsideración legislativa de derechos –al no implementar o desmontar políticas o medidas que los posibiliten– en beneficio de la financiación de otros. Se trata de un dilema en el que la actuación en cualquier sentido tanto como la omisión, supondría afectar derechos y conferir o tolerar un trato indigno.

En la medida en que los poderes públicos sigan existiendo en su configuración constitucional –en tanto la Constitución siga siendo reconocida como norma jurídica por la comunidad–, es dable someter la actuación estatal a Derecho y ello excluye la posibilidad de que se repunte sin más ilegítima cualquier medida disponible.

El desarrollo de este punto, afortunadamente distante de la realidad uruguaya, pues si no se satisfacen derechos como mínimos es por dificultades ajenas a la escasez radical que aquí se ha mencionado, merece ser tratado en particular y con determinación. De todas formas, aunque sea a efectos de no evadir el desafío, se indicará preliminarmente lo siguiente:

(a) El paradigma de la ilegitimidad de la afectación legislativa de derechos en sentido estricto únicamente podría ser seriamente interpelado ante un irremediable estado de cosas inconstitucional, ante una evidente inviabilidad económica del Estado, esto es, frente a una verdadera imposibilidad de financiación una vez agotados todos los recursos fiscales y crediticios disponibles y resignados o postergados todos los gastos y pagos no relacionados en forma razonablemente directa con la tutela de derechos –mínimos determinantes de dignidad– o su sostenibilidad elemental.

(b) Ante tal estado de cosas es probable que el Estado venga de vulnerar la Constitución en su propósito central, ora por omisión, ora por acción –aunque eventualmente podría ser provocado exclusivamente por factores ajenos–. Sin perjuicio de la responsabilidad que en todo caso corresponda por la actuación u omisión estatal determinante de la vulneración de derechos –independientemente del problema de la oportunidad para hacerla efectiva por razones de solvencia–, la expedición de legislación que apunte a que la indignidad sea distribuida igualitariamente, bajo algún criterio bien fundado de justicia, parece justificada en ese contexto de deficiencia. También en este escenario tiene sentido intentar preservar la idea de un gobierno limitado y que la arbitrariedad sea jurídicamente objetable.

(c) Podría llegar a aceptarse que en dicho estado de cosas efectivamente habría razones que justifiquen la restricción, en este caso sí, de derechos en sentido fuerte –estrictamente por omisión o remoción de medidas y de su financiación– siempre en beneficio forzoso de otros sujetos en general menos favorecidos en la satisfacción de sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Arzoz Santisteban, X. (2014). *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.
- Cassinelli Muñoz, H. (2002). *Derecho Público*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Cassinelli Muñoz, H. (2010). Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo. en H. Cassinelli Muñoz, *Derecho Constitucional y Administrativo*. La Ley Uruguay.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Editorial ENUSA, Universidad de Navarra.
- Correa Freitas, R. (2016). *Derecho Constitucional Contemporáneo* (Tomo I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Planeta-Agostini. Traducción del original en inglés: *Taking Rights Seriously*. 1977.
- Dworkin, R. (2012) El foro de los principios. en R. Dworkin, *Una cuestión de principios*. Siglo Veintiuno Editores. Traducción del original en inglés: *A Matter of Principle*. 1985.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Trotta.
- Gargarella, R. y Martí, J.L. (2005). Estudio Preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron. en J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*. (pp. XIII-XLIV). Marcial Pons.
- Garzón Valdés, E. (1989). Representación y democracia. *DOXA*, (6). 143-164. <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.07>
- Guariglia, C. (2007). *El conflicto entre los derechos fundamentales: bases para una interpretación*. Amalio M. Fernández.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Trotta.

- Jiménez de Aréchaga, J. (1988). *La Constitución Nacional (Tomo I)*. Edición de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay.
- Korzeniak, J. (2001). *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill Interamericana de España.
- Nogueira de Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales, *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64.
- Peces Barba, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dykinson.
- Risso Ferrand, M. (2008). *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Risso Ferrand, M. (2005). *Derecho Constitucional*. Fundación de Cultura Universitaria.
- Serna, P. y Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley.
- Sunstein, C. y Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo Veintiuno Editores S.A. Traducción del original en inglés: *The Cost of Rights*. 1999.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.

Notas

¹ En la Sección II de la Constitución uruguaya se utiliza la expresión derechos, sin más, salvo en el artículo 47, en el que se alude al derecho al acceso al agua potable y al derecho al acceso al saneamiento como “derechos humanos fundamentales”. No parece suficiente esta última referencia adicionada en la reforma de 2004, algo peculiar y poco sistemática, por cierto, para justificar una terminología constitucional propia que asigne un particular sentido a las voces “humanos” y “fundamentales”.

² El artículo 7 de la Constitución uruguaya reza lo siguiente: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general».

³ El artículo 72 de la Constitución uruguaya reza lo siguiente: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

⁴ Jiménez de Aréchaga sostuvo la distinción en su estudio de la Constitución de 1942, pero los artículos que sirvieron de base a su postura –artículos 7 y 72– se mantuvieron incambiados en su numeración y contenido en la vigente Constitución de 1967.

⁵ Así, en un caso como el del artículo 26 de la Constitución uruguaya, que prohíbe la aplicación de la pena de muerte, es incuestionable que no podría un acto legislativo legítimamente disponer como sanción de determinados delitos a la pena capital.

⁶ Es cierto que la desproporción en cuestiones de las que aquí se han denominado de “política”, puede leerse como un tratamiento desigualitario en la consideración de los bienes a priorizarse, relegarse o afectarse y, bajo esa mirada, en tanto la igualdad puede llegar a presentarse como parámetro de dignidad, como un verdadero problema de derechos. La invocación en estos casos de la igualdad como derecho puede desdibujar la división entre derechos en sentido estricto y el derecho a una actuación pública que apunte razonablemente a la maximización de bienes, y ello justifica una matización de la diferenciación. Sin embargo, no creo que una posible reconducción a una argumentación sobre igualdad, ligada necesariamente a la noción de dignidad –muy discutible, por cierto– y vislumbrada al final del camino –como resultado de una comparación con otros–, sea suficiente para desconsiderar las bondades del análisis propuesto.

⁷ Sin distinción según la clase de derechos de que se trate, pues ellas son artificiosas, en tanto en mayor o menor medida todos, no solo los económicos, sociales y culturales, requieren de recursos para su efectividad. También los derechos de la llamada primera generación o civiles y políticos requieren de actividad de los poderes públicos y no mera omisión o no interferencia, como bien han señalado Sunstein y Holmes. ¿Cuánto cuesta asegurar la propiedad de los individuos implementando un sistema de registros o evitando que terceros interfieran con el goce de los bienes mediante un cuerpo de policía, fiscales y jueces que lo aseguren? (Sunstein y Holmes, 2011).