¿ES POSIBLE LA CONCILIACIÓN O UN ACERCAMIENTO ENTRE *IUSNATURALISMO*, *IUSPOSITIVISMO* Y NEOCONSTITUCIONALISMO?

Between Iusnaturalism, Iuspositivism and Neoconstitutionalism

Recepción: 2/10/2020

Aceptado para su publicación: 30/10/2020

RUBÉN SANTOS BELANDRO*

RESUMEN: En este trabajo de investigación se realiza un análisis detallado de las tres corrientes del pensamiento o escuelas jurídicas más importantes: *iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y neoconstitucionalismo; de tal manera que, partiendo del entendimiento de cada una de ellas y sus diferentes bifurcaciones, podamos identificar sus puntos de encuentro y desencuentro. Para ello, recurrimos al Derecho uruguayo, sobre todo a los conceptos constitucionales que nos permiten entender que se puede seguir una corriente de pensamiento sin mencionarla, siempre y cuando los ideales plasmados en la norma fundante estén acordes con los principios de dicha corriente ideológica.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos, justicia en derecho internacional privado, constitucionalismo uruguayo.

ABSTRACT: In this essay we carry out a detailed analysis of the three most important schools of thought or theories of law: *iusnaturalism*, *iuspositivism* and *neoconstitutionalism*, in such a way that, by understanding each one of them and their different bifurcations, we can identify their agreements and disagreements. To achieve this we appeal to Uruguayan law, especially to those constitutional concepts that allow us to understand that a certain school of thought can be followed if the ideals embodied in the founding norm are in accordance with the principles of such ideological trend.

KEYWORDS: human rights, justice within private international law, Uruguayan constitutionalism.

* Profesor de posgrado. Exprofesor de Derecho Internacional Privado. Exprofesor de Derecho Extranjero y Comparado. Miembro *ad honorem* del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, Montevideo, Uruguay. Correo: rusan@adinet.com.uy

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS TRES GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS. 3. EXAMEN DE LAS TRES PROPUESTAS ANALIZADAS. 4. UNA MIRADA DEL PROBLEMA A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA. 5. ANÁLISIS DE LA INFLUENCIA O PRESCINDENCIA DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 6. LA CONVERGENCIA AL DÍA DE HOY CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 7. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El examen de las relaciones que puedan entablarse entre estos tres grandes sistemas jurídicos –*iusnaturalismo*, *iuspositivismo* y neoconstitucionalismo– tiene una gran importancia en el Derecho uruguayo por diversas razones que analizaremos a lo largo de este artículo.

En primer lugar, conviene saber si se trata de posturas fijas e inmutables en el tiempo, algo que ha quedado desmentido, ya que, cualquiera de los tres sistemas mencionados ha evolucionado desde sus orígenes hasta el día de hoy. En segundo lugar, si la valla que los separa resulta insuperable o si es posible adoptar algunos aportes de cada una que nos permitan conciliarlas para hacerlas caminar juntas. En tercer lugar, porque la Constitución de Uruguay, desde 1830 hasta nuestros días y en el transcurso de sucesivas reformas, ha mantenido un enfoque *iusnaturalista* que, paradójicamente, ha sido tardíamente notado.

Por último, y sin agotar el tema, debido a que las Constituciones contemporáneas, con el aliento de los constitucionalistas, han imaginado una Constitución invasiva que se aplica a *todas* las ramas del Derecho sin que quede rincón jurídico sobre el que no pueda decir la última palabra; nos conduce a examinar la relación que tiene esta nueva visión de la Constitución con el Derecho internacional privado, en tanto una parte muy importante de la doctrina *ius* internacional privatista se basa en la justicia formal para definir la disciplina, en tanto, una minoría creciente, pretende introducir conceptos de justicia material para regular los casos multinacionales, lo cual conduce a pensar en *principios*, *directrices* y *valores* y darle un nuevo lustre a través de ellos, a la moral. Situación que no deja de llevarnos a reexaminar también las relaciones de las nuevas posturas constitucionalistas con las características de un país profundamente laico, como es Uruguay.

Después de realizar este primer esbozo comenzaremos por examinar las características más destacadas del *iusnaturalismo*, del *iuspositivismo*

y del neoconstitucionalismo, en ese orden, con la debida advertencia de la variabilidad de estas tres posturas frente al Derecho a lo largo de las épocas y de la imposibilidad de realizar la tarea mencionando todas las ramificaciones –que con matices, acotaciones, enmiendas, correcciones cada autor se considera con derecho a hacer– que si pudiéramos realizar esta tarea casi inabarcable, sería imposible llevarla a cabo dentro de los límites de este análisis.

En definitiva y, como especialistas en Derecho internacional privado, luego de realizado el recorrido que nos interesa, o sea, responder a la pregunta: ¿Qué incidencia tiene en el Derecho internacional privado uruguayo en las nuevas corrientes constitucionalistas?, cuando su base ha sido formalista, abogando por la neutralidad axiológica, con un cometido casi exclusivo de distribución de competencias legislativa y judicial, y empujando la regulación material del caso multinacional al Derecho estatal seleccionado por la regla de conflicto, todo lo cual permite apreciar una postura claramente positivista frente a una Constitución que se presenta como *iusnaturalista*.

2. LOS TRES GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS

2.1. El *iusnaturalismo*

El *iusnaturalismo* es la corriente de pensamiento más antigua de las tres, tan añeja como el Derecho, cuando se trató de establecer normas para regular la convivencia social y determinar quién debía dictarlas. El tema cobró toda su claridad en la época griega, la que le dio un enfoque dramático –más bien trágico– a través de tragedias –como la de Antígona, escrita por Sófocles– que deleitaban a la sociedad griega.¹ De la lectura de esta tragedia pueden deducirse varias interpretaciones.

¿Cuál es su argumento? El dilema de Antígona se origina ante la lucha de sus dos hermanos varones –Eteocles y Polinices– por el trono de Tebas, quienes habían formalizado un pacto de turnarse periódicamente en el trono, pero Eteocles rompe el pacto y se niega a hacer la transferencia del poder, el diferendo termina con la muerte de los dos hermanos y con

¹ vid. SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derechos humanos y Derecho internacional privado. (Un análisis de su influencia recíproca)*, Montevideo, 2018, pp. 12 y ss.

el ascenso de Creón (Creonte o Critón), tío de los tres, quien consideró a Polinices un traidor por atacar la ciudad de Tebas, ordenando que el cadáver quedara insepulto. Antígona, al enterarse de la decisión, acude presurosa y al ver el cuerpo *desnudo y putrefacto* de su querido hermano, se le presenta el dilema de cumplir con las leyes de los hombres o con las leyes de la tradición, las que se excluían entre sí. Antígona decide acatar el dictado de los dioses y de la tradición y desobedecer la orden de Creón, enterrando a su hermano. Increpada por su tío, la hija de Edipo se defiende con estas palabras: “no pensé que tu edicto tendría tal fuerza como para hacer prevalecer a un ser mortal sobre las inmutables leyes no escritas de los dioses. No son de ayer, ni de hoy, sino que siempre existieron y nadie sabe cuándo aparecieron. No iba yo a enfrentar la justicia de los dioses violando las leyes por temor a algún mortal”. Por esa decisión fue condenada a muerte, pero antes de ejecutarse la orden Antígona se ahorca.

De esta tragedia parece evidenciarse varias cosas. En primer lugar, como ya hemos adelantado, un enfrentamiento entre dos Derechos de diferente naturaleza: uno suprahumano –o *higher law* dicen algunos– dictado por los dioses, reglas inmutables que se dirigen a asegurar la dignidad humana; y, por otro lado, las reglas de los hombres, con una autoridad humana que las dicta y las impone por la fuerza y, en este caso, decididamente injusta, por lo que Antígona decide desobedecerla y proceder al entierro de su hermano. Su actitud no hace desaparecer la regla de los hombres, sino que, por el contrario, ella es aplicada con brutal ferocidad, al decretarse la muerte de la mujer. ¿No hay aquí un mensaje de superioridad de aplicación y respeto de la ley divina sobre la humana? ¿No hay, además, una victoria final de la primera sobre la segunda con el suicidio de la heroína, que impide la aplicación de la ley humana? De este episodio se desprende una fuerza moral que se impone al Derecho positivo, por decirlo en términos modernos.

¿Anula la ley natural a la ley de los hombres? No, todas las leyes que Creón ha dictado y dictará o que ha heredado, seguirán vigentes, la tragedia relatada no establece que *todas* las leyes deben ser revocadas en beneficio de aquella de naturaleza superior sino las que contradicen flagrantemente a esta última. Los dos *sistemas* pueden convivir; al parecer con el análisis de este suceso, todo ha quedado dicho para lo que acontecerá en cada uno de los siglos subsiguientes hasta el día de hoy.

Si acudimos a un lenguaje contemporáneo podemos decir que, una concepción *iusnaturalista* del Derecho no es del todo incompatible con la concepción *iuspositivista*, y compartiendo la opinión de Möller, “en un concepto de Derecho actual donde los derechos fundamentales actúan como puertas de entrada de la moral en los ordenamientos jurídicos, el tema a discutir es el de si una moral cumple o no, un papel dentro del Derecho”, y considera que ambas corrientes de pensamiento apuntan a cuestiones distintas; en tanto que el positivismo se ocupa de un problema de identificación del Derecho, la preocupación *iusnaturalista* intenta definir cuál debe ser el contenido del mismo.²

De todos modos, es conveniente volver a señalar que la concepción *iusnaturalista* no se ha mantenido igual a lo largo de tantos siglos, sino que le han adjudicado diversos fundamentos. Tenemos, por un lado, al que podría denominarse *iusnaturalismo teológico*, que encuentra su fundamento en un ser sobrenatural, divino. Tal como aconteció en la tragedia griega comentada; también y por sobre todo en la región islámica, para la cual los derechos fundamentales provienen directamente de Dios (Alá) y solo son aquellos que Él ha marcado; al igual que en la religión judía o cristiana, en cuanto nos concibe como de una naturaleza especial al ser hechos a *imagen y semejanza* de Dios. Como acota el referido autor: “esta ley natural no sería disponible a los hombres, que la podrán conocer, pero jamás cambiarla. Una ley que vale para todos los hombres donde quieran que estén y que tiene en Dios (o en los dioses) su único legislador y juez. Atentar contra esta ley natural sería como atentar contra la propia naturaleza humana”.³

Sin embargo, luego de varios siglos de predominio de un *iusnaturalismo teológico*, éste comenzó a decaer al prestarse mayor atención al hombre y a su libertad, cuya época clave para esta evolución fue el Renacimiento. Como expresa Jorge Luis Borges en Las ruinas circulares: “Dios ya no recibe el honor de los hombres”, sino que éstos se han autoerigido en el motivo de ese honor, se han honrado a sí mismos. Entonces se produce una secularización del Derecho y un cambio de origen de la ley na-

² MÖLLER, Max, *Neoconstitucionalismo y Teoría del Derecho. La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*, Universidad de Burgos, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Filosofía del Derecho, 2007, p. 12.

³ *Ibidem*, p. 13.

tural la que pasa a ser considerada como inherente, inmanente, congénita o consustancial al ser humano; por tanto, conociendo esa naturaleza tan peculiar, podrá conocerse la ley natural propia del mismo a través del intelecto o de la razón humana. En definitiva, los derechos humanos han cambiado de fundamento. “En algún sentido, el hombre se queda solo con su conciencia, desde la que debe reconstruir su mundo, finalmente, se trata de derechos del hombre sin los demás hombres”.⁴

En este *iusnaturalismo racional*, no se trataría de una ley superior sino connatural a todo hombre. Sin embargo, su eficacia fue discutida dentro de la misma corriente de pensamiento, por cuanto la corriente *ontológica* concibe al Derecho natural como el ser del Derecho, lo que conduce un absolutismo moral; en tanto que la *deontológica* considera que el Derecho natural quedaría relegado a una función crítica del Derecho positivo a través del desarrollo de valores morales y éticos, que desean actuar como exigencias básicas dirigidas al mismo. En esta última evolución, nos hallamos ante un *iusnaturalismo racionalista crítico*, que es la que prevalece hasta hoy.⁵ Pero en ambos casos, se pierde la fuente metafísica y se la

⁴ “Se ha escrito mucho sobre la fundamentación de los derechos del hombre, probablemente no solo por la centralidad del problema, sino también y, sobre todo, porque envuelve e incide sobre otras cuestiones importantes. Cada concepción, o incluso cada corriente jurídica, ha proporcionado a los derechos humanos un fundamento propio y particular, coherente con la concepción que se toma como base. Esta situación puede constituir un verdadero prejuicio, en el sentido de que en lugar de buscar abiertamente y sin condiciones la base de los derechos humanos se prefiere partir de una concepción establecida y aceptada, relativa a qué sea el Derecho, para tratar de encajar en la misma esta importante categoría. De este modo resulta que termina siendo más importante la labor de encaje o acomodación, que el propio objeto a encajar que goza, sin embargo, de una incuestionable realidad. Nótese que ahora el fundamento no se sitúa en un orden universal (natural, creado) sino que precisamente se toma como base al individuo, que ha roto lazos de dependencia, autónomo. Algo muy diferente del anterior fundamento tradicional, ahora el sujeto ya no es parte de un orden superior, sino que es un sujeto histórico”. ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Fundamentación de los derechos humanos: naturaleza, historicidad, subjetividad. (A propósito del cincuentenario de la Declaración Universal de la ONU)”, pp. 1, 7, 9, 11, <http://angelduran.com/docs/Cursos/DAJDDHH16/mod04/L01-07-Fundamentacion-DH.pdf>

⁵ “La teoría iusnaturalista no se limita a identificar al Derecho, sino a escalonarlo, a definir algunos contenidos que deben estar siempre presentes en el Derecho. Estas exigencias necesarias que debe contener el Derecho son jerárquicamente superiores a las normas comunes, formuladas por acuerdo social por el poder político. La función del Derecho natural sería la determinar qué normas pueden convertirse en

sustituye por la razón. Con el inconveniente que “la razón no manda, enseña”,⁶ ante lo cual parece abrirse un camino para resolver el disenso solo a través de un diálogo intersubjetivo.

De todos modos, los *iusnaturalistas* consideran necesaria la existencia del Derecho positivo, por cuanto es el que le dará fuerza coactiva. “El *iusnaturalismo* no supone la negación de los criterios de validez del positivismo jurídico, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre dichas normas positivas y una moral correcta. El pensamiento *iusnaturalista* agrega la idea de un Derecho material superior y hace posible un ‘control extra’ sobre el indiscutible criterio formal, a la vez que perfecciona al Derecho como ciencia, al proponerle un sentido al Derecho”.⁷ El Estado no es el inspirador de ese Derecho, pero sí un agente efectivo para su concreción.

Si adoptamos una concepción racionalista, basada en la *santidad* del hombre (que alude tanto a inherencia como a intangibilidad, aun cuando en este último caso solo sea efímera),⁸ desembocaremos a través de un

Derecho, actuando sus mandamientos como un criterio de validez de toda norma positiva”. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 15.

⁶ ALMOGUERA CARRERES, J., *op. cit.*, p. 10.

⁷ “Al no contar con la sanción impuesta por la autoridad divina, debió encontrarse una forma de protección de estos derechos, la necesidad de buscar formas de garantizarla. Protección que se hace posible a través de instituciones. La falta de positivación condiciona la propia existencia del Derecho a un análisis subjetivo, lo que no ocurre si este Derecho está positivado. Al menos, la positivación proporciona una prueba de pertenencia de determinado derecho a un ordenamiento jurídico. Posibilita la superación de la concepción dualista, bajo ciertas condiciones”. Podríamos agregar, que la positivación de los derechos naturales del hombre permite evitar la arbitrariedad en la interpretación (judicial) de los mismos, aun cuando ello no siempre se logra. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 24.

⁸ “La tradición *iusnaturalista* tuvo siempre como inexorable que la positivación siempre es una labor inconclusa, al reconocer la riqueza de la naturaleza de las cosas y la complejidad de la naturaleza humana. Por mucho que la razón se afane por desarrollar una metodología, o sea una sistematización de las conductas humanas, este esfuerzo resulta incapaz de dar cuenta acabada del ‘ser’ del hombre. De ahí que la razón práctica se la legitima en el esforzado trabajo de ponderación de cada caso, a partir de considerar las exigencias universales de la persona que, al positivarlas, el positivismo y el racionalismo las creyeron pétreas y concluidas, para recién de ahí y en diálogo con las particularidades de la vida, arribar a la justicia material concreta, o sea al *ius summum* de cada quien. Por tanto, hay una construcción (juris) prudencial del Derecho concreto, basada en un rico contenido de razones, que dista mucho de una simple aplicación legal lógico-deductiva, y menos aún, de un mero discrecionalismo.

proceso racional en la consagración de ciertos derechos atemporales y, por tanto, no sujetos a una perspectiva histórica. Actualmente, esta postura se considera un error, es posible considerar derechos inherentes al hombre o a su naturaleza, pero en concordancia con el tiempo y el espacio en los que le corresponde vivir.

Möller considera que, si bien:

Parece necesaria una concepción más realista de los derechos (humanos), no puede defenderse un concepto de Derecho que no tenga en el Estado un agente efectivo de realización de ese Derecho; y por el otro, hay necesidad de una concepción más realista de los derechos, para los cuales importará –en algún grado– de la estructura de desarrollo social y cultural en la que está inserto el individuo. Por tanto, es necesario visualizar en qué medida esta interpretación historicista resulta compatible con la fundamentación iusnaturalista originaria, sin corromper la noción misma de los derechos del hombre.⁹

Un positivista como Bulygin ha mencionado que:

...si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y en particular derechos universalmente válidos. ¿Significa esto que no hay en absoluto derechos morales y que los derechos humanos solo pueden estar fundados en el Derecho positivo? Esta pregunta no es muy clara y no cabe dar una respuesta unívoca. Por un lado, nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender una validez absoluta. Ellos solo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral.¹⁰

Continúa afirmando que:

Si un orden jurídico positivo cumple o no efectivamente con esas *exigencias*, es una cuestión distinta que solo puede ser contestada en relación

Este modo de trabajo no entraña tener siempre una única respuesta posible, debido a que la realidad de la vida es 'irregular', por lo que la positivación siempre es provisoria". RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, "¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica "iusnaturalismo-iuspositivismo"? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el Derecho justo", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, núm. 1, noviembre, 2011, p. 94.

⁹ MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ BULYGIN, Eugenio, "Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos", *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 83.

con un determinado orden jurídico y a un determinado sistema moral. Por tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su ‘positivación’ por la legislación o la constitución de derechos humanos, se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa ‘realidad’ sea *jurídica*. Pero cuando un orden jurídico positivo –sea éste nacional o internacional– incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales. Se me podría reprochar –señala Bulygin– que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay.¹¹

2.2. El iuspositivismo

El positivismo no es algo que surgió de un día para otro, sino que formó parte de un proceso que culminó con el denominado Estado-Nación. La sociedad medieval era pluralista, en tanto cada grupo social tenía su propio Derecho: el Derecho feudal, el de las corporaciones, el de las ciudades, y un Derecho real bastante debilitado. Sin embargo, lentamente, se produjo un proceso de monopolización que comenzó siendo político, fue uniendo los fragmentos territoriales hasta ese momento existentes, teniendo a la cabeza al rey absoluto, y luego se acompañó con un proceso de monopolización jurídica con el dictado de Códigos omnicomprendivos con vigor en todo el reino, desplazando a las costumbres locales, afir-

¹¹ “Y para defenderme del ataque, podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra. Si no existe un Derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la Constitución”. BULYGIN, E., *op. cit.*, pp. 83-84. Por otro lado, tenemos otra posición que aduce que: “la positividad de los derechos fundamentales queda circunscrita al campo de la limitación de los derechos, a la forma que ha de tener la norma limitadora (ley general) y a los procedimientos reaccionales de tutela frente a aquellas injerencias. Pero es una positividad debilitada, restringida; porque el sistema constitucional liberal renuncia a fundamentar jurídicamente los derechos. La validez de éstos, su existencia jurídica, queda situada fuera y por encima de la Constitución”. BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., “El fundamento de los derechos fundamentales”, *REDUR*, año 3, 2005, p. 45.

mándose el aforismo *el príncipe es el legislador absoluto* (*princeps legibus solutus est*). De una concepción dualista, propia del Derecho natural, se pasó a una concepción monista del Derecho positivo.

No ha faltado quienes han calificado a la codificación como una *capa de plomo* impuesta a la vida del Derecho por cuanto secaría la variedad de fuentes y paralizaría el desarrollo jurídico.¹² De todos modos, cabe reconocer que la sensación de estabilidad que emergió de estas obras descomunales permitió que la sociedad culturalmente dividida y fragmentada, lentamente se fuera conformando en una sociedad con valores comunes y pautas colectivas de razonamiento. Respondió entonces, a su momento histórico y para ese momento histórico.

Este proceso por el que pasó Europa continental supuso el abandono de la consideración jurídica por el Derecho natural. Como señala De Asís:

...el Derecho natural, independientemente de que realmente existiera, ya no tenía relevancia jurídica para el legislador, por cuanto se asumió una concepción estatalista del Derecho, afirmándose que solo es Derecho el establecido por el Estado y, más concretamente, por el legislador. La interpretación de la ley debía basarse en la intención del legislador (originario) y había que respetar los argumentos de autoridad. En el positivismo se toma en consideración cómo se produce el Derecho y no lo que se regula. Ello implica contemplar al Derecho como un hecho y no como un valor, y considerar como Derecho válido exclusivamente aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su seno, por lo cual, el único criterio de validez jurídica es el formal.¹³

El positivismo se caracterizó por los siguientes postulados: la coacción como elemento esencial y típico del Derecho, en cuanto medio para hacer efectivas las normas jurídicas; la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho, diagramando un sistema escalonado de fuentes donde se reconocía su variedad, aun cuando la ley ocupaba el primer lugar, actuando las demás por delegación; la norma jurídica tenía la estructura de un mandato, de una prescripción, de un deber ser; el ordenamiento era considerado como pleno y coherente por lo que las presuntas lagunas y antinomias eran resueltas por el propio ordenamiento; todo acompañado por una interpretación mecanicista del Derecho debido a

¹² DE ASÍS ROIG, Rafael, *El positivismo jurídico de Norberto Bobbio*, Madrid, 1993, p. 50.

¹³ *Ibidem*, p. 18.

que el juez solo era competente para reproducir la voluntad de quien creó la norma, solo cabía una interpretación textual (ayudado por la búsqueda semántica, teleológica, sistemática e histórica, más una extratextual que era la analogía).

El método era lógico-deductivo: identificado el caso se lo subsumía en la categoría dispuesta por el ordenamiento y se le aplicaba la consecuencia que la norma determinaba. De Asís lo resume con claridad: “el positivismo contiene un deber absoluto e incondicionado de obedecer la ley en cuanto tal, por tanto, se trata de un positivismo ético. En la interpretación se dan tres notas: la contemplación del Derecho como hecho y no como valor, entender que el único criterio de validez jurídica es el formal, y la actividad cognoscitiva o de conocimiento del Derecho, que es una actividad reproductora y no productora”.¹⁴

Parece conveniente mencionar, para luego volver sobre el tema, el concepto que se tenía de la ley. Ésta era considerada como la expresión de la voluntad general, con una clara preferencia por lo formal. Se le atribuyeron las siguientes características: toda ley tiene la misma legitimación y fuerza normativa; la ley es la expresión del cuerpo social por lo que tiene una potencia normativa originaria; es la máxima potencia creadora del Derecho, la fuente suprema; y es incondicional en cuanto es soberana. En resumen, la ley es la fuente única, originaria, suprema y omnipotente de la creación del Derecho.¹⁵

El modo lógico-formal de razonamiento generó el peligro de aislar al Derecho en un sistema axiomático, haciéndolo inaccesible a la vida cambiante. Es la idea de un *sistema cerrado* o de un *huerto cerrado* a la que ha estado vinculado el positivismo jurídico; el número de criterios

¹⁴ “Con la formación del Estado moderno el juez, de órgano libre de la sociedad pasó a ser órgano del Estado o, mejor dicho, un auténtico funcionario del Estado. Este hecho transformó al juez en titular de uno de los poderes estatales, el Judicial, subordinado al Legislativo, y le impuso al mismo juez la solución de las controversias (pero) a través de las reglas emanadas del órgano legislativo o que puedan ser reconocidas de alguna manera por el Estado, como las reglas consuetudinarias. Las demás normas son descartadas y ya no encuentran más aplicación en los juicios, esta es la razón por la que, con la formación del Estado moderno, el Derecho natural y el positivo ya no son considerados de igual modo: o sea, solo el Derecho positivo establecido y aprobado por el Estado, será considerado como el único y verdadero Derecho, es el único que encuentra ahora, aplicación por los tribunales. *Ibidem*, pp. 21, 46.

¹⁵ HIERRO, Liborio L., *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, Doxa, 1996, p. 290.

para la decisión justa es muy limitado, casi inexistente, los jueces solo están sometidos a lo que la ley establezca.¹⁶ Por tanto, y resumiendo, la Teoría del Derecho buscó el aislamiento del Derecho en sí mismo, como sistema autónomo o autorreferencial, no relacionado con la política o la moral. “Para esta concepción clásica, no hay Derecho fuera de la norma. Planteos axiológicos de justicia o morales que se refieran a problemas metafísicos, ya no constituyen ciencia y, por tanto, nada tienen que ver con el Derecho”. Hans Kelsen lo resume claramente: se trata de armar una teoría autónoma del Derecho, donde toda norma encontrará su criterio de pertenencia en una norma superior, salvo la norma fundamental o *grundnorm*, que es supuesta.¹⁷

Lo expuesto nos permite observar que el positivismo se basa en dos presupuestos: por un lado, el Derecho se reduce a una función autoritativa, dejando fuera el componente de valor; y por el otro, se realzan las fuentes sociales del Derecho, o sea que el Derecho no es algo natural, sino una construcción humana relativa a las sociedades y a la historia. “El Derecho se autodefine. Nada es Derecho por naturaleza, por su propia razón o bondad, el Derecho puede tener cualquier contenido. Derecho es lo que los miembros de un grupo social decidan considerar como tal. Ello

¹⁶ “El empeño en el carácter no valorativo del Derecho contribuyó decisivamente a convertir la Teoría del Derecho en una especie de ‘huerto cerrado’, porque el carácter libre de valoraciones implica fuertes restricciones respecto de los discursos en los que cabe participar, debido a que en ningún sentido es posible participar sin valoraciones. Ello inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones que hoy son centrales: la de los conflictos entre principios en general y, muy especialmente, entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolverlos se encuentran más allá de las directivas del constituyente y no pueden encontrarse en otro lugar que en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Naturalmente, que no todo el legado de la tradición positivista deba ser dejado de lado, el gusto por la precisión, la claridad y las distinciones conceptuales, el análisis de la estructura interna y del funcionamiento del orden jurídico, han sido análisis muy valiosos”. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 27, octubre, 2007, pp. 22, 24. KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho, teoría del Derecho, dogmática jurídica*, Madrid, El pensamiento jurídico contemporáneo, 1992, p. 128.

¹⁷ “La noción del Derecho no se reduce a la noción de norma sino de un sistema de normas, la existencia simple de una norma no significa que sea jurídica, puesto que puede no satisfacer los criterios de pertenencia establecidos por el sistema. Es el criterio de pertenencia, de validez, lo que va a definir la juridicidad de la norma”. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 51.

produce una emancipación definitiva del Derecho respecto de cualquier tutela moral o teológica”.¹⁸

En la actualidad es común acceder a juicios que afirman que el positivismo jurídico es una ideología jurídica en claro repliegue; otros la han declarado extinta, presuponiendo que ya nadie se declara un positivista radical. Ello sucede debido a la terca decisión de los primeros positivistas de excluir totalmente a la moral de la estructura del Derecho, y de los acontecimientos conocidos a partir de la segunda postguerra respecto de los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo, aun cuando esta última apreciación es hoy también motivo de debate. El positivismo como doctrina no pudo mantenerse como un frente unido, hubo modificaciones a su forma de pensar, evolución para algunos, traición para otros, y ciertamente se produjo dentro del mismo lo que Atria denomina una *disputa de familia*.¹⁹ A partir de la misma, es posible distinguir, por lo menos, dos posturas: el positivismo puro y duro, y el positivismo blando o flexible. Veámoslos más detenidamente.

a) El iuspositivismo puro y duro o excluyente

Podríamos conceptualarlo como el positivismo originario a aquel que realizó una separación categórica entre Derecho y moral. También se le ha adjudicado el calificativo de *paleo-positivismo*. Sus defensores consideran que todo el Derecho se basa en fuente sociales y cualquier contenido o identificación dependiente de criterios morales no sería parte del Derecho. El Derecho es *positum*, es puesto por el legislador, y el legislador puede *poner* cualquier cosa, lo que supone la emancipación definitiva del Derecho respecto de cualquier tutela moral o teológica. “La ley es la ley” (*Gesetz als Gesetz*).²⁰ Para mayor abundancia, podemos decir, que se

¹⁸ CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. *¿Debemos alegrarnos de la muerte del positivismo jurídico?*, Lima, Perú, Cultura, 2013, pp. 87, 88.

¹⁹ “Los suaves sostuvieron que la familia no sobrevivirá a menos que se adoptara una visión más ‘inclusiva’ de sí misma, en tanto que los duros retrucaron que los suaves se estaban rindiendo al oponente. La disputa continuó y continuará”. ATRIA, F., “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2007, p. 83.

²⁰ El sistema de fuentes en la concepción estatal tradicional suponía la superioridad estatal, el monopolio y la autosuficiencia estatales. CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 85, 87, 88.

abandona cualquier consideración jurídica del Derecho natural, el positivista reduce el Derecho a la sola dimensión autoritativa, dejando fuera el componente de valor.²¹

Se ha comentado que el declive de esta postura radical no solo es debido a lo que sustenta la teoría en sí, sino a una obsolescencia del marco histórico-político en el que fue formulada. Al respecto, se mencionan como elementos asociados e influyentes del cambio operado, la erosión de la soberanía estatal absoluta como consecuencia de la globalización; la variedad en la emergencia de normas, no solo estatales, sino extraestatales y supraestatales; la declinación de la teoría de la coacción y el ascenso de la adhesión como clave para considerar su vigencia; la legislación –al igual que la soberanía– también sufre modificaciones porque dejará de considerarse como la única fuente o la más importante debe competir con otras fuentes; la concepción imperativista de la norma comparte el campo de orientación con normas orientadoras y programáticas; y el declive de la tesis de la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Peces-Barba señala que “en la concepción positivista los derechos humanos son fuerza sin conciencia y con el Derecho natural son un espíritu sin fuerza, por lo que considera que de nuevo parecemos condenados a no traspasar el círculo agotado y estéril del positivismo y del *iusnaturalismo*; la superación solo puede venir, de la integración entre el espíritu y la fuerza”.²²

²¹ “Parten de la idea de que los juicios de valor, particularmente los morales, no son susceptibles de ser considerados como verdaderos o falsos, porque al no referirse al mundo del ‘ser’, no son verificables empíricamente. Por tanto, son no cognoscitivistas. Los principios éticos básicos no tienen un estatus cognoscitivo, no pueden ser conocidos como falsos, ni como verdaderos, porque no son falsos ni verdaderos, ya que no afirman ni niegan que algo venga al caso. Kelsen descarta la posibilidad de entender lo absoluto por ser inaccesible a la experiencia humana, insiste en separar claramente la realidad y el valor”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La fundamentación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 35, septiembre-octubre, 1983, pp. 62, 9, 10. “A lo largo de los siglos XIX y XX, el sistema jurídico-constitucional se fue haciendo más autorreferencial (validez autónoma de Derecho positivo, al margen de si su contenido coincide o no con los postulados de un supuesto Derecho natural) y se dotó de mayor positividad (capacidad jurídica para regular cualquier materia sin condicionamientos externos, *iusrationales* o de otro tipo)”. BASTIDA FREIJEDO, F. J. *op. cit.*, p. 43.

²² Prosigue diciendo que: “de un análisis que ponga juntos la reflexión de la filosofía moral, política y jurídica como teoría de la justicia, y que nos descubra el fundamento del espíritu de los derechos humanos y la reflexión de la filosofía jurídica como

b) El iuspositivismo blando o flexible o incluyente

Es así como, aparece el denominado *iuspositivismo* incluyente, que constituye el repliegue final del *iuspositivismo*, la última trinchera. Este sector del positivismo acepta la presencia de normas morales en el Derecho, pero no sería una presencia necesaria sino contingente, dependería de la voluntad incluirlas o no y, además, con la interpretación de estas que haga el Derecho receptor y no la que pueda suministrar el Derecho natural. De todos modos, esta variante del positivismo no renuncia a la separación entre Derecho y moral y que, para identificar al Derecho válido, no es necesario apelar a juicios o criterios morales.

Es perceptible la influencia de Hart, en cuanto esta opción positivista considera que la regla de reconocimiento puede contener criterios morales y que por ello la norma no deja de ser jurídica, lo dejará si no está de acuerdo con la regla de reconocimiento, y la apertura de esta última hacia la moral será algo eventual o circunstancial.²³ “No habría razón alguna por la que un determinado sistema jurídico no puede incorporar conven-

teoría del Derecho, complementada por las diversas ramas de la ciencia jurídica, que nos descubra la estructura y la función de la fuerza jurídicamente organizada en derechos fundamentales, integrados en el Derecho positivo. Hay que integrar la filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos para lograr su comprensión. Es un punto de encuentro entre Derecho y moral”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y Derecho”, *Anthropos*, núm. 49, pp. 266, 267.

²³ “Para Hart, la regla de reconocimiento cumple el papel de norma fundamental que garantiza la unidad del sistema y último criterio de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer a una norma como válida dentro del sistema jurídico, o sea que permite establecer si una norma pertenece o no al sistema. [...] La unidad del ordenamiento jurídico se logra si todas las normas que pertenecen al sistema pueden reconducirse a la regla de reconocimiento, la que define cuáles son las fuentes del Derecho y determina las condiciones para crear el Derecho válido; solo a partir de ella puede hablarse de validez jurídica, de sistema jurídico y de Derecho. Ahora bien, la regla de reconocimiento de Hart no es supuesta como en Kelsen, sino puesta, y forma parte del ordenamiento jurídico, y se trataría de un hecho que se expresa en una práctica social aceptada. La regla de reconocimiento es un hecho (como el Derecho consuetudinario) y, por tanto, Derecho. Es un ‘hecho’ porque desde el punto de vista externo puede constatarse que es habitualmente obedecida. Y es ‘Derecho’ porque desde el punto de vista interno es reconocida y aplicada en la práctica por los tribunales y funcionarios que utilizan los criterios previstos en ella para identificar al Derecho y para apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas”. CARRILLO DE LA ROSA, Yesid y Ahneyenzy, CARRILLO, “La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo”, *Saber, Ciencia y Libertad*, núm. 2, vol. 6, 2011, p. 96.

cionalmente estándares morales a su regla de reconocimiento, todo lo que necesitan es sostener que la inclusión es solo contingente”.

Atria agrega que:

El positivismo suave corresponde también a una versión suave de la tesis de las fuentes, que insiste solo que la moral puede ser incorporada al Derecho si existe una convención a tal efecto; y que, si la moral es jurídicamente relevante, es porque hay reglas que la incorporan convencionalmente. La regla de reconocimiento es una práctica y no hay razón para que esa práctica deba caracterizarse por límites precisos y contenidos claros e incontrovertibles para todos.²⁴

Parece entonces conveniente insistir –como lo señala Möller– que:

La moral positivada no será entonces una moral sobre-jurídica (superior) como la concebía el iusnaturalismo respecto a su moral universal, ni tampoco una moral externa al Derecho. Por el contrario, será una moral que se halla inserta en el ordenamiento debido a que ingresa, no por una disposición ajena al sistema, sino a través del mecanismo de la propia regla de reconocimiento; y que encuentra su significado a través de la convergencia de los operadores que puede atribuir a un término, un significado diferente de aquello que le atribuye el punto de vista externo.²⁵

Con base en lo expresado, puede compartirse la calificación del *ius-positivismo* incluyente como una teoría *incorporacionista*, donde se acepta una moral restringida que ha pasado por un filtro, tanto cuantitativo

²⁴ “La moral aceptada es una moral positivada, como la prevista en la Constitución o en la regla de reconocimiento a través de la práctica social, y que tiene su contenido construido *dentro* del sistema jurídico, es decir, determinado *a posteriori*”. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 71.

²⁵ “Fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno que se explica solo cuando está incorporado en el Derecho positivo, aun cuando su origen se encuentra sobre el plano moral. Moralidad y juridicidad, o moralidad legalizada, forman el objeto integral de los derechos humanos y al fundamentarlos debe tenerse presente su contenido integral. Siempre me ha parecido arbitraria una fundamentación de los derechos humanos cerrada en una pretendida reflexión racional y abstracta, también una fundamentación histórica situada en un momento histórico concreto. Todos se producen en el mundo moderno. Estos materiales no habían encontrado todavía el catalizador que los transformase en la idea de los derechos y los vinculare al Derecho positivo. Fundamentar los derechos humanos en un momento histórico anterior, es como intentar alumbrar con luz eléctrica el s. XVI”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *op. cit.*, pp. 267, 268. “Los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos”. PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 62.

como cualitativo, y que no altera la función epistémica de la regla de reconocimiento, puesto que únicamente lo que hace es tornar el proceso más complejo donde, además de los juicios de validez, también incorpora contenidos materiales. Por otro lado, la atenuación de la certeza no inhibe aceptar la teoría incorporacionista por cuanto se aduce que la incertidumbre está presente incluso en un sistema puro de reglas.²⁶

2.3. Neoconstitucionalismo

Si el positivismo ha cambiado, entonces ¿por qué hay intentos de construir una nueva teoría del Derecho denominada *neoconstitucionalismo*? Antes de responder a esta pregunta conviene primero acercarnos a algún concepto de lo que debe entenderse por *Constitución*.

En primera instancia, todo parece indicar que las Constituciones se crearon o fueron elaboradas como un límite al poder político y, prosiguiendo en ese objetivo, se elaboró un texto escrito donde se estructuró la forma de ejercer ese poder, no concentrado en una sola cabeza sino diversificado y buscando un balance o equilibrio permanente entre los diversos actores políticos. Este fue el fruto de la Revolución Francesa, donde el principio de separación de poderes fue uno de los instrumentos para que el poder no avasallara a sus ciudadanos en su libertad.

Evidentemente, estos objetivos tenían que colocarse en la cima de la estructura estatal, como garantía de un buen gobierno. De ahí que pudieran percibirse diferencias entre la Constitución y la ley. En primer lugar, por su origen, en cuanto la Constitución emerge del poder constituyente, a diferencia de la ley que proviene del poder constituido. También en su

²⁶ Lloredo argumenta que “gracias al empuje de los principios constitucionales y los derechos fundamentales se incorporan alta dosis de moralidad dentro del ordenamiento jurídico. Es imposible pretender la “asepsia científica” del *iuspositivismo* es imposible ofrecer una noción científicamente pura del mismo, puesto que se encuentra transido por vectores ideológicos que nos impiden estudiarlo desde una plataforma externa y objetiva. El positivismo que surge a resultas de estas mutaciones es un positivismo reinventado, a tenor de la nueva coyuntura política. Se trata de un positivismo sensible a lo social, que concibe al Derecho en términos pragmáticos y no solo científico, que decididamente gira hacia el instrumentalismo y abandona las regiones de la Teoría General del Derecho”. LLOREDO, Luis M., “¿Estamos ante un cambio de paradigma en la Filosofía del Derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del Estado social”, *Universitas*, núm. 19, enero, 2014, pp. 158, 166.

estructura lógico-jurídica, dado el lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico y las funciones que cumple. E igualmente en su contenido, en tanto que la ley rige las conductas particulares de los individuos, y la Constitución rige políticamente a la sociedad, lo cual implica un mayor grado de abstracción de la Constitución respecto de las leyes. De ahí que la Constitución resultó desarrollada por la ley, adquiriendo esta última un protagonismo especial debido a estar más cerca del ciudadano. Fue el apogeo del legalismo.

Pero este concepto de Constitución ha cambiado, se ha operado una transformación parcial debido a que al diseño de la estructura política de la sociedad se le han agregado criterios axiológicos, al definir los valores superiores sobre los que ha de nuclearse el orden jurídico. Lo esencial de la Constitución sería la construcción de la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto. Ante esta nueva configuración constitucional, la Constitución se aboca esencialmente a orientar y dirigir a la sociedad hacia un objetivo que se considera deseable o acorde con la naturaleza humana. En tal caso, la Constitución se conforma como un *Derecho de los derechos*, en una *fuentes de fuentes*, y se reconoce la posibilidad que los principios y valores en ella recogidos, sean de aplicación directa.

Fernández Segado afirma que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse con la interpretación de las normas jurídicas, sino que deben respetarse determinados principios o criterios básicos.²⁷

²⁷ “Hesse ha considerado que la Constitución es más bien un ‘orden jurídico’ que estrictamente una norma. La Constitución es una norma peculiar, en ella hay normas completas e incompletas, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas de reenvío a otras normas del ordenamiento, y principios expresados o no expresados pero que cabe inferir. La Constitución es un proyecto del futuro que se autodesigna la comunidad nacional y cuya realización en gran parte se encomienda al Estado. La Constitución es la norma suprema del Estado y al serlo, no hay ninguna norma que esté por encima de ella, ni en jerarquía o alcance puede equipararse a las restantes normas jurídicas. Su fin es primordialmente político, en cuanto se dirige a disciplinar, ordenar, regular el ejercicio del poder en un determinado contexto social. Este sesgo político de la Constitución involucra determinadas opciones valorativas o axiológicas; por su propia naturaleza la Constitución es una norma axiológica, es decir, una norma que define los valores superiores sobre los que se ha de nuclear el ordenamiento jurídico. Se trata de un orden axiológico que ha de considerarse anterior a la Constitución y que, consecuentemente no ha sido creado por ella, sino que se limita a reconocerlo y a garantizarlo, cuyo fundamento

En primer lugar, debe respetarse el *principio de unidad de la Constitución*, que significa que una definición constitucional no puede ser considerada en forma aislada, ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma, sino que se halla en conexión de sentido con los restantes preceptos constitucionales, pues la Constitución representa una unidad jurídica.

En segundo lugar, contamos con el *principio de armonización constitucional*, que reconoce la posibilidad –muy frecuente– de que sus normas puedan encontrarse en tensión en el caso concreto; en tal caso, ningún bien jurídico debe considerarse como de rango superior a costa de otro bien o valor protegido, a menos que la propia Constitución ordene la diferencia de rango.

En tercer lugar, el *principio de conformidad funcional*, la Constitución debe asegurar la capacidad funcional del Estado y los órganos constitucionales deben comportarse entre sí de modo que puedan ejercitar sus competencias constitucionales de un modo consciente y responsable.

Y, por último, el *principio de interpretación conforme a la Constitución*, todas las normas jurídicas deben ser necesariamente interpretadas en el sentido resultante de los principios y reglas constitucionales. Es a partir de esta nueva manera de considerar a la Constitución –o quizás como producto de esta nueva corriente de pensamiento– que podemos analizar las características del neoconstitucionalismo.²⁸

Esta doctrina tampoco nació de la casualidad. Los autores europeos han afirmado que se encuentran pocos adeptos a la misma; sin embargo, sucede todo lo contrario en los países latinoamericanos, ámbito en el que se ha difundido como una respuesta a los gobiernos militares de los años 70 y sus secuelas. En Uruguay, prácticamente toda la doctrina constitucionalista ha

último se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental". FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución", *Revista de Derecho*, UCUDAL, Montevideo, núm. 4, 2003, pp. 20, 21.

²⁸ "Hoy en día resulta evidente la crisis que viene sufriendo el sistema positivista, principalmente luego de la segunda mitad del s. XX, con la aparición de los 'sistemas constitucionales materiales' y de doctrinas sobre derechos fundamentales, donde varias de las ideas de la concepción iusnaturalista son recuperadas por la doctrina de los derechos fundamentales y por el nuevo movimiento jurídico denominado 'neoconstitucionalismo'". MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 11.

adoptado esta postura: del legalismo (o sea del culto a la ley, o del amplísimo espacio reconocido a la misma) se ha pasado a un tipo de Constitución total, repleta de contenidos materiales que se sitúan en el centro del ordenamiento jurídico, trastocando –como lo hemos observado en otros trabajos– el sistema basado en los Códigos que imperó desde fines del s. XIX.²⁹

Como señala Ahumada:

Ahora las Constituciones se diseñan no solo para organizar los poderes de gobierno, sino que fijan las reglas básicas para su funcionamiento como democracia, no se detienen en el establecimiento de procedimientos, sino que pretenden asegurar resultados. No basta con respetar, no transgredir los derechos fundamentales o salvaguardarlos, sino que se fijan de antemano en la propia Carta y busca hacerlos eficaces. En el constitucionalismo democrático, el Estado es naturalmente activista e intervencionista, en el sentido de orientar e impulsar a la sociedad para hacerla más democrática y más justa.³⁰

Se habla de Constituciones contemporáneas basadas en disposiciones normativas de una gran complejidad, puesto que por ellas pasan *todos los hilos del Derecho*, haciendo que la Constitución no solo regule el modo de ser del Estado, sino también, el modo de ser de la sociedad en su conjunto. Las Constituciones se abrieron, la ordenación de los poderes se flexibilizó, se produjo una división de poderes más compleja, en tanto que el nuevo constitucionalismo quería mejorar al constitucionalismo pero no destruirlo.³¹

Se ha dicho que el legalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo pertenecen a un tiempo ya superado. Todo aparenta, según Ferrajoli, como que se ha producido una identificación entre ser y deber ser, entre Creón y Antígona, al hacer valer la Constitución tanto como norma y como meta-norma. Y se intenta producir una doble ampliación constitucional:

- *Extensiva*, con el objetivo de llegar a todos los poderes y a todas las ramas del Derecho; e

²⁹ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, pp. 51 y ss.

³⁰ AHUMADA, Ma. Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci”, http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

³¹ ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 29, 2013, pp. 4, 21.

- *Intensiva*, dotada de un contenido muy preciso: el refuerzo de la garantía de los derechos fundamentales.³²

El calificativo de *invasora*, no le cuadra mal, en cuanto pretende ser fundante del ordenamiento jurídico entero, colocándose jerárquicamente como superior a cualquier otra regla.³³ Todo parece ser que el principio de “la ley es la ley” ha sido reemplazado por otro: “la Constitución es la Constitución”.³⁴

Indudablemente, se produce una inversión de las preocupaciones: en tanto en el constitucionalismo clásico ponía en primer plano la limitación del poder estatal, en la actualidad se pretende poner en ese lugar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Ello se justifica por cuanto “el poder estatal en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha, sino más bien como un apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho”, manifestándose una preocupación especial por la conformación de contrapoderes o limitación de la regla de la mayoría.³⁵

Evidentemente se produce una alteración sobre tres frentes:

- *Sobre la estructura de la norma* (centrada hasta ahora en la ley como la única portadora de contenidos materiales) para incluir sobre el plano constitucional principios, derechos y valores;
- *Sobre la teoría de las fuentes*, ya que la Constitución puede operar como una norma jurídica de aplicación directa; y
- *Sobre la aplicación del Derecho*, en tanto que el método de subsunción no dice mucho sobre cómo han de ser aplicadas una gran parte de las normas constitucionales.³⁶

³² ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP jurídica central*, núm. 3, julio, 2017, pp. 4, 13.

³³ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis meta teórico”, *Isonomía*, núm. 16, abril, 2002, p. 97.

³⁴ En otros términos: *Verfassung als Verfassung*, en lugar de *Gesetz als Gesetz*. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 44.

³⁵ COMANDUCCI, P. *op. cit.*, p. 100.

³⁶ “Son más importantes los efectos que produce el desbordamiento constitucional: los operadores jurídicos no accederán a la Constitución por medio del legislador, ya que pueden hacerlo directamente ya que la Constitución disciplina numerosos aspectos

a) Una Constitución rígida

Se desea proponer la rigidez constitucional para protegerla del legislador ordinario. Por rigidez debe entenderse la inmodificabilidad o la resistencia a su modificación. Cuanto mayor sea la rigidez mayor será la tendencia a la constitucionalización del orden jurídico y una acentuación de la jerarquía constitucional, volviendo a todas las demás, normas infra-valentes. Concomitantemente, se produce la *reserva de la Constitución*, lo que significa que hay materias que son privativas de esta última, donde la ley no puede intervenir para derogar o modificar la regulación de ciertos temas que le corresponde de modo exclusivo a la Carta.

Como afirma Prieto Sanchís:

El neoconstitucionalismo impulsa una nueva Teoría del Derecho cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en: más principios que reglas; más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí.³⁷

sustantivos, por lo que es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional. Para bien o para mal, todo se convierte o se desvirtúa en un Derecho constitucional, la ley deja de ser la medida de los casos y es destronada a favor de una instancia más alta, por lo que la teoría de las fuentes ya no puede girar exclusivamente en torno a la ley y a la estatalidad del Derecho". MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 104. "Las sociedades democráticas no pueden eludir el llamado del pluralismo, desde el momento en que los sujetos normativos identifican la utilidad práctica de incorporar contenidos morales en las Constituciones resulta muy poco probable el retorno a modelos como el propuesto por las teorías puras del Derecho y en los prototipos de Constituciones axiológicamente neutras. Las Constituciones del neoconstitucionalismo procuran ser un espacio de pluralismo, pero esta buena intención no basta, también deben ser capaces de afrontar los dilemas del pluralismo. El pluralismo y la consiguiente ausencia de una preferencia respecto de alguno de ellos, exige que no exista una ciencia sobre su articulación sino (juris) prudencia en su aplicación". NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio, "Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus dos tesis principales: Black holes & revelations", *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 1, 2015, pp. 330, 332.

³⁷ "Cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Es lo que se ha denominado a veces, el efecto 'impregnación' o 'irradiación' del texto constitucional, en cuanto de alguna manera

Todo parece ser, según Guariglia:

Que el neoconstitucionalismo reúne rasgos que se aproximan más al iusnaturalismo que al positivismo, encontrándose en discordancia en particular con el positivismo excluyente, y resultando obviamente inconciliable con el positivismo jurídico, al menos en su versión clásica o decimonónica. Claro está que indicar que se aproxima, no significa que se produce una identificación absoluta entre el iusnaturalismo y el Estado constitucional de Derecho, sino que en su apreciación teórica se encuentran propiedades que resultan ser más afines al iusnaturalismo que a los criterios positivistas. Cualquiera sea la posición que se asuma, de todas formas, la hermenéutica constitucional no trabajará solo con los conceptos propios de una ciencia jurídica normativa. *La interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una Filosofía del Derecho*, pues sus procedimientos, no obstante estar vinculados al Derecho vigente, no pueden desenvolverse en el universo cerrado de las reglas jurídicas. El Derecho, por principio, conduce a un discurso metajurídico desde el cual procede aplicar la hermenéutica constitucional, en nuestro caso, a partir de lo dispuesto por los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución (resaltado añadido).³⁸

b) La materialización de la Constitución

Al influjo de las nuevas corrientes de pensamiento que se tradujo en reconocer ciertos derechos humanos fundamentales en un documento ubicado en lo más alto de la cima normativa, todo el panorama jurídico

todo deviene Derecho constitucional, y en esta medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos. En cuanto la Constitución, es una norma que está presente en todo tipo de conflictos, desemboca en la omnipotencia judicial. La Constitución ofrece orientaciones en las esferas más heterogéneas, y en la medida que dichas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador lógicamente pierde autonomía". PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 207. El autor considera que el pacto político incorpora postulados tendencialmente contradictorios en forma clara y hasta premeditada. Ratti agrega que "lo mejor es sostener que toda Constitución es la expresión de la moral positiva vigente en una cierta comunidad política. Habrá, entonces, tantas morales positivas cuantas son las comunidades, incluso puede haber varias morales positivas en una misma comunidad". RATTI, Giovanni Battista, "Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo", *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4, 2014-2015, p. 257.

³⁸ GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, La Ley, 2009, pp. 108, 109.

cambió. El positivismo se vino abajo debido al empuje de los derechos humanos fundamentales y de los principios incorporados a la Constitución. La Constitución adquirió un perfil moral con la introducción de principios y de valores, su cometido fue realzar, proteger, garantizar y hacer efectiva la humanidad de los hombres. Se ha sostenido que la Constitución se ha *rematerializado*, esto es una afirmación errónea, pues el prefijo *re* implica que hubo una Constitución material anterior y que vuelve por sus fueros, algo que no es cierto. Por tanto, debemos hablar de *materialización* y no de una rematerialización de la Constitución.

Se huye de la interpretación literal a favor de una interpretación extensiva, de modo que puedan extraerse del texto constitucional una gran cantidad de normas y de principios.³⁹ Se corre el riesgo de una saturación axiológica de los textos constitucionales, configurando “un espacio normativo propicio para ofrecer respuestas a cualquier problema práctico, incluso varias, contradictorias, opuestas y derrotables, sin solución sobre la base de criterios de la especialidad, jerarquía normativa e imposibles de afrontar en base a esquemas subsuntivos”.⁴⁰ De todos modos:

La ponderación no es una conclusión, el juez se limita a valorar la ‘justicia’ de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio, en el caso concreto no hay otra forma que otorgar a una de las dos normas en conflicto, un mayor peso’ o sea, ‘un mayor valor’ que la otra. El juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su

³⁹ AGUILÓ REGLA, Josep, *Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de la prudenciales*, Doxa, 1994, p. 667.

⁴⁰ Para Rabbi-Baldi, “el referido proceso señala más bien, la consolidación de una perspectiva legalista del Derecho, de que tal positivación entraña así, como la tabla de un moderno Derecho natural positivado. Sin duda que se trata de un legalismo diferente al de la tradición positivista decimonónica. Hoy en día ya no son de recibo expresiones como que la ley más infame debe ser reconocida como obligatoria, con tal que haya sido correctamente dictada desde el punto de vista formal y con cualquier contenido pueda ser Derecho. Se está ante un legalismo iusnaturalista”. RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *op. cit.*, p. 91. Para Atienza, los autores neoconstitucionalistas llevan demasiado lejos esta actitud crítica y se olvidan de los valores del legalismo. Se trata también de una visión unidimensional del Derecho, que incurre en la ingenuidad de pensar que los valores del Estado constitucional pueden alcanzarse sin necesidad de someterse a los límites y constricciones del Derecho positivo. Pueden tratarse ciertos fines y valores, pero permaneciendo dentro del sistema legal”. Y concluye expresando la constitucionalización del Derecho supone si se quiere, una síntesis entre positivismo jurídico y cierta manera de entender el Derecho natural. Atienza, M. *op. cit.*, pp. 13-15. NÚÑEZ LEIVA, J. I. *op. cit.*, pp. 330, 332.

aplicación al caso concreto. Se trata de un juicio subjetivo de valor, un juicio en términos de justicia, del juez.⁴¹

c) Ponderación vs. Subsunción

Se avanzó en el análisis de las normas jurídicas, distinguiéndose entre reglas y principios. En cuanto a las reglas, solo cabe el razonamiento del *todo o nada*, se aplica o no se aplica, y la antinomia entre reglas conduce a la eliminación de una en beneficio de la otra. El método adecuado es el subsuntivo: se identifica (o califica) un caso, se indaga la categoría jurídica comprendida en alguna regla y se subsume el caso en la categoría, aplicándole la consecuencia que la regla determina. Hay un formalismo evidente en este procedimiento, y el *iuspositivismo* lo ha tomado como criterio de identificación consistente en la defensa de un procedimiento a-valorativo.

Pero, en muchos casos, el método silogístico es imposible de aplicar, sobre todo con los principios. En un mismo texto constitucional es admisible la presencia de principios contradictorios, en mutua tensión. Los principios si bien pueden tener un supuesto carecen de consecuencia, los principios se encuentran inhabilitados para funcionar como las reglas por lo que el método subsuntivo no puede aplicárseles y el que mejor se adapta es el de la ponderación o proporcionalidad. Los principios orientan más que aplicarse, buscando la solución óptima entre varias posibles. Y la ponderación es particularmente apta para su utilización sobre el plano constitucional debido que las contradicciones entre principios no pueden resolverse por los criterios usuales: no por el jerárquico y tampoco por el cronológico, porque el conflicto se presenta *dentro* de un mismo documento, en cuanto al criterio de la especialidad no siempre resulta adecuado, ante la imposibilidad de determinar cuál es más especial que el otro.

⁴¹ “Los conflictos entre reglas son pues, de naturaleza lógica y suponen la imposibilidad del cumplimiento simultáneo de dichas reglas. Los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos reglas. Los criterios centrales para la solución de dichos conflictos son la de la *lex superior*, la de la *lex posterior* y la de la *lex specialis*”. AGUILÓ REGLA, J., *op. cit.*, p. 670. LEIZA ZUNINO, Pablo, *El constitucionalismo del s. XXI. (Constitucionalismo, inconstitucionalidad de los actos legislativos, Estado constitucional, gobierno. Gobernabilidad-gobernanza-gobernable, resistencia constitucional*, Montevideo, Pegasus, 2016, pp. 519, 520, 522.

La cuestión de la interpretación y aplicación del Derecho (constitucional) se vuelve algo sumamente trascendente puesto que intentar cambiar el juez como *boca de la ley* por un juez sometido a cláusulas constitucionales materiales solo es posible y aceptable si su labor puede validarse mediante una sólida argumentación racional, de ahí que la práctica argumentativa se coloca en un primer lugar. Núñez Leiva proporciona algunos argumentos importantes al respecto: al no haber voluntades constituyentes identificables que puedan ser interpretadas como *la intención del legislador*, se produce una pluralidad de mundos constitucionales posibles.⁴² “Toda norma puede considerarse como abierta a excepciones implícitas o como derrotables, en el sentido que siempre puede encontrarse nuevas excepciones basadas en razones morales incorporadas por los principios”.⁴³ Lo que puede observarse es que hay una mayor determinación semántica en las reglas y una cierta carga axiológica en los principios.⁴⁴

Tanto el *iuspositivismo* como el *iusnaturalismo* han acentuado y marcado a fuego esta división metodológica, en cuanto a la necesidad de optar por uno u otro método según estemos ante reglas o principios. La reflexión de Atienza parece compatible: “la predilección de los principios frente a las reglas es una falacia de falsa oposición: en el Derecho no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas”.⁴⁵

d) La búsqueda de un resultado justo

Parece claro que, ante el conocimiento público de los excesos producidos en la segunda guerra mundial, se fue conformando una voluntad muy firme de evitar volver a cometerlos y, para ello, se pretendió que

⁴² NÚÑEZ LEIVA, J. I., *op. cit.*, pp. 332, 333.

⁴³ RATTI, G. B., *op. cit.*, p. 246.

⁴⁴ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Pubbliche*, núm. 3, 2003, p. 282.

⁴⁵ “Lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios donde se encuentra la justificación para aceptar la existencia de excepciones implícitas a las reglas, no formuladas en el texto de la ley”. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 20-21.

el reconocimiento de los derechos del hombre y especialmente el de su dignidad, se plasmaran en la norma jerárquicamente suprema, de modo que fueran intocables y, además, efectivos. Ello produjo otro cambio importante: el declive pronunciado de la formalidad como sustentándose a sí misma y el ascenso de la importancia de los valores para la obtención de un resultado justo. Se pretendió realzar la justicia material por sobre la exclusivamente formal. El Derecho debía tener necesariamente un contenido de justicia, que pretendió hallarse o encontrarse en la naturaleza humana. La justicia, en general, es otra vez importante para el Derecho.⁴⁶

e) *El puntapié inicial de Gustav Radbruch*

Una de las personas que más incidió en este cambio fue Gustav Radbruch, quien había sido expulsado de su cátedra universitaria por partido nacional socialista y emigrado, para luego de finalizado el conflicto bélico, volver a reasumirla. Su pensamiento influyó notablemente en el enjuiciamiento a los criminales de guerra nazis. Ante el aforismo *es la autoridad y no la verdad la que hace las leyes (autorictas, no veritas, facit legem)*, invierte el razonamiento en su obra *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, al afirmar que el positivismo jurídico había permitido la aplicación de un Derecho injusto que no conocía restricción alguna. Por tanto, y para evitar esta secuela, cuando el Derecho positivo entra en contradicción con la justicia y *esta contradicción alcanza un nivel insopor-*

⁴⁶ “Entender el Derecho como un sistema donde el sustrato indisponible está constituido por el Derecho natural, que se complementa en todo aquello que el hombre determina como Derecho positivo. Cada ordenamiento jurídico concreto es natural-positivista. El hombre necesita cambios, pero también estabilidad. Uno de los retos para el iusnaturalismo realista es poder explicar con claridad, aquello que es inmutable y permanente en el Derecho natural, sin dejar de dar cuenta de los aspectos dinámicos a históricos del mismo. El Derecho natural es algo que le pertenece a alguien, a una persona en concreto, por lo que hay que afirmar que el Derecho natural también cambia. Pero este cambio es accidental y no sustancial, no se da en la mayoría de los casos sino en pocos, y siempre en las cosas y no en las razones de las cosas”. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, “Notas para un iusnaturalismo realista en clave antropológica”, *Prudentia Iuris*, núm. 75, 2013, pp. 48, 53. “Los iusnaturalistas, si bien consideran necesaria la presencia del Derecho positivo, dichas reglas deben estar materialmente subordinadas a un criterio de ‘justicia’ para las soluciones a las que apuntan. De todos modos, puede acontecer que las normas puedan ser ‘descubiertas’ en el Derecho natural y aplicadas directamente en el caso de ausencia de normas positivadas”. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 21.

table, el Derecho debe ceder el paso a la justicia, debido a que un Derecho insoportablemente injusto no es Derecho. Para Radbruch no hay una coincidencia completa entre Derecho y moral, por cuanto un Derecho promulgado y válido puede ser cumplido aun cuando fuere injusto, pero no permite que se sobrepase determinado límite de injusticia, pues de hacerlo, el Derecho pierde su validez. No dejamos de percibir que el concepto de *insoportablemente injusto* es de una ambigüedad preocupante, sobre todo, para juzgar sobre la vida y la libertad de las personas.

Debemos volver nuevamente a nuestros maestros griegos para constatar que el dilema de optar por la ley, aunque injusta, u obedecer a la justicia ya estaba presente en Sócrates, recogido por Platón en su obra *Critón*. En ella el discípulo y amigo de Sócrates lo visita en la madrugada y lo encuentra plácidamente dormido, y cuando despierta le pide escapar a la sentencia de muerte para ser fiel a sus ideas. Sócrates se niega, al considerar que antes que la justicia está el acatamiento a la ley: él eligió vivir en Atenas y bajo sus leyes, por tanto, aun cuando él las sienta injustas, debe obedecerlas y morir bajo sus mandatos.⁴⁷

Regresando a Radbruch, hoy su doctrina ha caído en desuso, fundamentalmente debido a que la propuso para enfrentarse a Constituciones formales y operó, en cierto modo, como una propuesta de transición hacia otro modelo constitucional. Este modelo se fue concretando luego, precisamente con el neoconstitucionalismo o con el *iuspositivismo* incluyente, que permitieron una positivación de la moral, con las características ya anotadas. Ante esta nueva situación, ya no será necesario acudir a una norma supralegal como defendía Radbruch, porque es la propia Carta la que se transformará en la fuente de los derechos humanos fundamentales. Los derechos humanos se transforman en fundamentales desde su positivación. De todos modos, permanece el cerno de su postura doctrinaria: la preocupación por atender la justicia, al resultado justo del caso concreto. En otros términos: a la búsqueda del reconocimiento, respeto, protección y eficacia de los derechos humanos fundamentales que estuvieren en juego, más allá de la ley aplicable. Como señala Möller, “el

⁴⁷ “Sócrates carece de un criterio de justicia fuera de las leyes de Atenas, pero si lo hubiera tenido, si se hubiese hecho cargo de la dignidad de su persona y de la superioridad de la justicia frente a la ley positiva, se hubiese sentido moralmente justificado en su fuga”. LÓPEZ CAMBRONERO, Marcelo, “Los derechos humanos ¿límites a la soberanía?”, *SCIO*, núm. 4, 2009, p. 84.

pensamiento *iusnaturalista* agrega la idea de un derecho material superior y hace posible un ‘control extra’ sobre el indiscutible criterio formal, a la vez que perfecciona al Derecho como ciencia, al proponer un sentido para el Derecho”.⁴⁸

f) *Activismo judicial*

Al enfrentados a este nuevo panorama, ¿no estaríamos ante un gobierno de los jueces en lugar de un gobierno de las leyes? Es cierto que durante mucho tiempo se ha conceptualizado que la tarea de los jueces es la de ser un simple aplicador de un texto normativo, de descubrir el Derecho aplicable a los casos que han de enjuiciar, pero nunca crear Derecho. Como dice Núñez Leiva, un “burócrata lleno de apatía social”.⁴⁹

El Derecho neoconstitucionalista, en cambio, incluye normas o principios morales y enfatiza que esos principios constitucionales son normas aplicables como las leyes ordinarias, que han sido interpretadas a través de un proceso de ponderación y balance, en lugar de la subsunción de casos individuales en casos genéricos solucionados por normas generales. Esto conduce a una concepción del Derecho guiada por un pluralismo de principios y a una ciencia del Derecho *líquida* o *flexible*. El resultado es que los jueces y la ciencia del Derecho ya no son sirvientes de la ley, sino que tienen un deber más fundamental con la Constitución. En cumplimiento de este deber fundamental, el juez debe erigirse en juez del legislador.⁵⁰ Podría admitirse que no se trata de defender el subjetivismo judicial pero sí resaltar los *momentos subjetivos* de la actividad enjuiciado-

⁴⁸ “El Derecho contemporáneo es portador de tensiones internas que tienen su origen en el carácter dual de las razones que incorpora, razones que se apoyan en criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, independiente de su contenido, pero también razones dependientes del contenido moral o valores. En ocasiones, el uso de juicios morales para identificar y evaluar la validez del Derecho, no es algo contrario a lo que el Derecho exige a los jueces y operadores del Derecho, sino algo que viene exigido por éste. Ante tal situación, los juicios de valor permiten que normas que según el sistema de fuentes autoritativas no serían Derecho, sin embargo, lo sean en virtud de su contenido o para evaluar normas que, a pesar de ser identificadas como Derecho según las fuentes autoritativas, resultan inaplicables”. MÖLLER, M., *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹ NÚÑEZ LEIVA, J. I., *op. cit.*, p. 337.

⁵⁰ ATRIA, F., *op. cit.*, p.119.

ra, que siempre existen y generalmente permanecen encubiertos, con el objetivo de que se vuelvan conscientes y se incorporen al contexto de la argumentación, lo que obliga a fundamentar lo que se decide.⁵¹

García Figueroa advierte sobre un posible *estrangulamiento* del legislador, al conceder manga ancha a la actividad judicial. Además, señala que argumentar sobre bases objetivas es posible, pero que ya no es posible argumentar sobre bases absolutas (hay imposibilidad de razonar a partir de normas morales universales), y el discurso moral ha dejado de ser absoluto desde que el pluralismo se ha consolidado como elemento constitutivo del lenguaje moral, que exige un cierto margen.⁵²

3. EXAMEN DE LAS TRES PROPUESTAS ANALIZADAS

Intentando responder a la pregunta del título de este trabajo ¿es posible un acercamiento entre la tesis iusnaturalista y la iuspositivista a través del neoconstitucionalismo? Lopera considera que no, en cuanto:

El neoconstitucionalismo postula una vinculación necesaria entre Derecho y moral, con lo cual se diferencia de la tesis del positivismo inclusivo o *soft positivism*, que admite dicha vinculación, pero solo con carácter contingente, o sea bajo la condición de que el sistema jurídico haya incorporado pautas morales como criterios de identificación de las normas válidas.⁵³

⁵¹ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p.132.

⁵² “Entre Derecho y moral actualmente hallamos un *continuum*. Desde el momento en que la corrección moral se asocia a procedimientos (desde el momento en que la moral se juridifica) y que el Derecho remite a principios y valores morales (desde el momento en que el Derecho se moraliza) las relaciones entre Derecho y moral no pueden plantearse en los mismos términos y esto desvirtúa la dialéctica positivismo/iusnaturalismo. En esta transacción entre Derecho y moral y en este proceso de gradualización entre Derecho y moral, los principios constitucionales presentan una gran relevancia. Los derechos fundamentales, tanto por su contenido como por su estructura, refuerzan este proceso de gradualización orientando al Derecho hacia la moral, creando, por así decirlo, un tropismo hacia el discurso moral que le proporcione objetividad, pero no una objetividad absoluta”. GARCÍA FIGUEROA, A., *op. cit.*, p. 218.

⁵³ LOPERA MESA, Gloria Patricia, *La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Colombia, Área de Teorías del Derecho, Escuela de Derecho, Universidad EADIT, 2004, p. 17.

Sin embargo, ¿el resultado práctico a que conducen el *iusnaturalismo* crítico y el *iuspositivismo* incluyente no sería el mismo? Si hemos señalado que el *iusnaturalismo*, aun cuando sostiene la intangibilidad de los derechos humanos fundamentales reclama la presencia del Derecho positivo, en cuanto les dará reconocimiento, pues el énfasis hay que ponerlo en la eficacia; si el positivismo incluyente considera que la conexión entre Derecho y moral no es necesaria sino contingente y que cuando los derechos humanos se incorporan al Derecho positivo se tornan jurídicos y obligatorios para todos, con la interpretación peculiar que le dará cada Derecho estatal particular, ¿no estamos arribando a la misma consecuencia? ¿Los derechos humanos solo son eficaces a través de su reconocimiento jurídico?

Y cabría decir algo más que fortalecería la tesis de la convergencia: incluso en el *iuspositivismo* incluyente se hace necesaria una discusión *previa* sobre el Derecho humano a juridizar; o sea, un debate acerca de su verdadera naturaleza, si es un derecho fundamental o no, cuál es su peso o importancia para ser incluido en el sistema jurídico; por tanto, no vemos una gran diferencia entre ambas posturas *en cuanto a que partiendo de presupuestos diferentes (necesidad o contingencia) se llega en ambos casos al mismo resultado*. En suma, cabría concluir que ninguna de las teorías es suficiente para poder explicar las distintas dimensiones de los derechos fundamentales, pero en alguna medida, todas ellas resultan necesarias para poder comprender adecuadamente a los derechos fundamentales.⁵⁴

4. UNA MIRADA DEL PROBLEMA A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA

Las Constituciones uruguayas han sido consideradas de bases *iusnaturalistas* desde la primera de ellas, vigente en 1830 y consolidada mediante agregados posteriores en otras Constituciones, que mantuvieron el enfoque inicial. La diferencia con las Constituciones de la región, que también padecieron gobiernos militares, es que la Constitución uruguaya no tuvo que reformularse como las demás, sino que, su postura a favor de un *iusnaturalismo* y de los derechos fundamentales proviene de un texto que entró a regir en el primer tercio del siglo XIX. Paradojalmente,

⁵⁴ GARCÍA FIGUEROA, A., *op. cit.*, p.199.

este enfoque fue *descubierto* a mediados del siglo XX, por un argentino, refugiado político en Uruguay, Arturo Enrique Sampay, quien publicó un libro titulado *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo*, ante la reflexión de este último, la doctrina uruguaya tomó nota de esta, la que fue aceptada sin mayores cuestionamientos. Examinando el art. 72, Sampay considera que:

La precitada disposición, que concede vigencia a los derechos subjetivos no escritos en la Constitución, pero que ‘son inherentes a la personalidad humana’ significa incorporar al orden jurídico positivo, todos los preceptos que por vía de conclusión derivan de los principios generales de la ley natural. La Constitución uruguaya, conceptualmente más precisa que la americana, imprime vigor y fuerza de ley positiva, a todos los otros derechos inherentes a la personalidad humana, esto es, a los derechos emergentes de la naturaleza del hombre.⁵⁵

4.1. El punto de quiebre es la inherencia de la dignidad

Es prácticamente unánime la afirmación de que el ser humano, el *homo sapiens*, goza de una especial dignidad y, que esta es la fuente o el punto de origen de los derechos humanos. La Constitución uruguaya habla de *habitantes* en su artículo 7, de *personas*⁵⁶ en su artículo 72 y de

⁵⁵ “En definitiva, la Suprema Corte de Justicia está capacitada para declarar no solo la inconstitucionalidad de las leyes nacionales y decretos departamentales que violen los derechos subjetivos expresamente consagrados por la Constitución, sino también para hacerlo cuando esas normas jurídicas infringen derechos naturales no escritos en la Constitución. De esta forma, el estatuto básico de Uruguay resuelve positivamente el problema planteado en otros países respecto a si compete a los órganos jurisdiccionales del Estado, la función de invalidar las reglas de Derecho positivo que contravienen principios de Derecho natural”. SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo*, Montevideo, 1957, p. 26-29.

⁵⁶ La Constitución uruguaya, en el art. 72, menciona a la *personalidad humana* o más precisamente *inherentes a la personalidad humana*, estos derechos “son los derechos supremos del hombre, aquellos que garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando, en particular, el señorío de su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales. Con los derechos de la personalidad se hace referencia a todo un conjunto de bienes que son tan propios del individuo, que se llegan a confundir con él, y que constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto. Son una institución puesta al servicio de la persona para hacer valer su dignidad como tal”. Se caracterizan por “la esencialidad, sin ellos la personalidad quedaría incompleta, o sea son esencia de ésta y además son inde-

individuos en su artículo 332, al referirse a los principios generales de los que emanan los derechos humanos. Si bien, la alusión a un mismo sujeto no es precisa, con el concepto de la *inherencia* cabe afirmar, sin duda alguna, que se es persona desde que se es integrante de la especie humana, y que no puede admitirse que la calidad de *persona* le sea concedida legalmente, o dicho en otros términos, que no es posible admitir que el concepto de persona sea un concepto puramente jurídico que el Estado concede. Este es un tema muy importante en el tema del aborto, por lo que cabe ser precisado. Si la personalidad jurídica se tiene enteramente por creación de la ley positiva, parecería obvio que no pueden admitirse derechos humanos previos o preexistentes a su reconocimiento, lo que iría contra lo preceptuado en la Carta.⁵⁷ La labor del operador jurídico será establecer el contenido de esta dignidad, y determinar desde cuándo y hasta cuándo dura, lo que, en ocasiones, no es tarea fácil.

Inherencia y dignidad se encuentran entrelazados, Garzón Valdés afirma que la “la dignidad humana exige derechos”.⁵⁸ No es posible admitir

pendientes del sistema que sigan en su configuración, los distintos ordenamientos. Son derechos originales e innatos”. Si hablamos de *inherencia*, el Derecho positivo no le agregaría nada a su existencia, solo facilitaría su protección y eficacia, por lo que no corresponde sostener que el concepto de persona es jurídico, en cuanto están ínsitos en la *condición humana*. INCHAUSTI PÉREZ, Celia y DOLYS GARCÍA MARTÍNEZ, “Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal”, *Derecho y cambio social*, Universidad de Málaga, núm. 29, marzo, 2012, pp. 3-5.

⁵⁷ “Si los derechos son ‘reconocidos’, la decisión respecto de su titularidad no puede quedar en manos de nadie. Dicho con otras palabras: dotar al Estado o a un tribunal de competencia para decidir si un ser humano es o no titular de derechos humanos equivale a conferirle competencia para violar no uno u otro derecho, sino todos en su conjunto. La alternativa es clara y aparece en los textos como el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: ‘*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*’. El fundamento de la dignidad parece ser entonces, la mera condición de ser humano. Con ello habría coherencia entre el carácter de ‘reconocidos’ de los derechos y la posición que se adopta frente a la pregunta por su titularidad. La exigencia incondicionada de respeto no puede ser derivada de un análisis científico. En rigor, no puede serlo a partir de ninguna propiedad que pueda descubrirse en el ser humano. Tales propiedades solo son un indicio de la dignidad, pero no la causa”. CIANCIARDO, Juan, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos continúa planteando a la Filosofía del Derecho”, *Persona y Derecho*, vol. 75, 2017, pp. 88-89.

⁵⁸ “Decir que todo ser humano posee dignidad no es lo mismo que decir, por ejemplo, que todo ser humano posee un determinado número de cromosomas. El concepto de dignidad humana tiene un carácter adscriptivo. Expresa una evaluación positiva, en

uno sin reconocer al otro. La inherencia escapa a cualquier calificación legal. Pero ¿qué es la dignidad? Se trata de un concepto ampliamente aceptado e, igualmente, muy difícil de explicar. Tal como la conocemos es relativamente reciente y tiene su base en el pensamiento kantiano, fomentada luego como prevención de los abusos contra los seres humanos luego de la segunda posguerra. De la extensa literatura existente sobre el tema, la que más convence, por abarcar todas sus dimensiones, es la que formulada por Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio al comentar la Constitución peruana. Según los autores mencionados, la dignidad puede ser entendida:

- Como un mandato de no instrumentación del ser humano, en cuanto la persona debe ser considerada siempre como fin y nunca como medio, ni modo de ser indigno; se trata de un mandato de no hacer (de no usar a otros, como meros medios o cosas, mandato que recae en terceros (el Estado u otros particulares) y por postular parámetro mínimo respecto del trato que merecen las personas (nadie puede ser instrumentalizado, ni tratado de un modo indigno);
- Como un atributo o condición inherente a todo ser humano, en este sentido, todos somos iguales en dignidad; se considera digno a todo ser humano por el solo hecho de serlo; por tanto, la dignidad tendría un carácter universal, igualitario y pre-político. Hay derechos que posee todo hombre, con independencia de cualquier condición.
- Como autonomía personal, o capacidad para decidir racional y moralmente, la dignidad sería entonces, como correlato de la autonomía moral; capacidad para adoptar decisiones y consentir las consecuencias de los propios actos; en suma, el respeto a la dignidad de la persona implica respeto a los individuos en tanto sujetos racionales y moralmente autónomos en lo que deciden, recono-

este caso, moral. Adscribirle dignidad al ser humano viviente, es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o hetero deshumanización". GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*, Lima, Tolerancia, Dignidad y Democracia, 2006, p. 273.

ciendo así su responsabilidad y atribuyéndole las consecuencias de las relaciones normativas en las participan conscientemente; o

- Como aspiración política normativa, o sea, como un *deber ser*, en cuanto a todo ser humano debe garantizársele una dignidad básica.⁵⁹

Los autores referenciados consideran que “el Estado constitucional actual es “antropocéntrico”, se concibe al Estado solo como instrumento de promoción del individuo, pues este último es el centro de todo poder estatal, siendo la dignidad ‘premisa antropológica’ del Estado constitucional. Asimismo, ya que la persona humana legitima el poder, se ha llegado a afirmar que la democracia es una ‘consecuencia organizadora’ de la dignidad humana”.⁶⁰ Nos parece importante retener estas apreciaciones por cuanto pensamos que con la asunción de esta postura se privatiza aún más el Derecho internacional privado, o más bien confirma y fortalece esta tendencia, que se traduce sencillamente en el “mandato de maximizar la existencia humana digna”.

4.2. Las distintas etapas recorridas por nuestra Constitución

Actualmente, prácticamente toda la doctrina constitucionalista nacional considera que los conceptos vertidos sobre el neoconstitucionalismo son aplicables a la Constitución uruguaya y admiten el carácter invasivo del contenido de la Carta sobre *todas* las ramas del Derecho y sobre *todos* los temas jurídicos. Elaborar una Constitución significa, en la actualidad, tomar en cuenta derechos preexistentes. Se ha temido el activismo judicial, pero cabría también calibrar hasta qué punto o en qué medida, estas posturas no convierten a los constitucionalistas en una especie de élite a la que no cabe contradecir desde la especialidad de cada rama jurídica; porque si algo es seguro, es que las demás ramas del Derecho no admitirán sin más, la intromisión en su ámbito de los razonamientos arriba desarrollados. ¿Es posible calibrar la incidencia, *ubicar* al neoconstitucionalismo en algún sector de cada disciplina específica?

Para comenzar a dilucidar el tema, a esta altura está claro que la transformación de las Constituciones modernas se produce con la inclusión

⁵⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y Juan Manuel SOSA SACIO, *La Constitución comentada*, Perú, pp. 27-34.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 37.

de amplios espacios dedicados a los derechos humanos y cierto anhelo que la tarea culminará en un *status mundialis hominis*. Ello produce un efecto distorsivo en lo que se creía que era el cometido de toda Carta política: la conformación de la estructura del Estado, el número de poderes que lo conforman, las competencias limitadas que ejerce cada uno, etc. Si observamos la Constitución de 1830, podemos apreciar que solo contenía el artículo 7, que declaraba que:

Los habitantes de la República tienen derechos 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.

De esta manera, el artículo reproducido no violentaría en demasía (o simplemente no violentaría) la concepción original de lo que debía ser una Constitución: de freno contra la extralimitación estatal que pudiera perjudicar a los seres humanos en su libertad. Si asumimos la teoría que la Constitución uruguaya es de raigambre *iusnaturalista*, ello realmente se produjo recién en el año 1918, con la incorporación del artículo 72, que explicita 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.

Ahí sí, la Constitución se define y adopta una postura clara.⁶¹ Recién en este momento comienzan a establecerse mecanismos de defensa y

⁶¹ “Debe decirse, en primer lugar, que la Constitución de la República recibe y consagra una concepción de tipo *iusnaturalista*, y esto solo basta para que pueda rechazarse la aplicación de los métodos jurídico-formales a su interpretación. La Constitución declara que el hombre posee derechos inherentes a su personalidad. No puede decirse que el hombre posee derechos inherentes a su personalidad sin admitir que, por encima del orden jurídico positivo, existe un orden jurídico natural. Si esto es así, si los derechos generales son inherentes a la personalidad del hombre, de ahí debemos derivar una regla interpretativa fundamental para la comprensión de toda la Sección II de nuestra Carta. Y es que esa Sección II no es constitutiva de derechos, sino meramente declarativa de derechos, y que los derechos individuales, para la Constitución de nuestro país, no pueden ser interpretados como beneficios creados por la ley, sino como calidades inherentes a la personalidad del hombre, anteriores al Derecho y solo declarados por él. Por cierto, muchos principios generales de Derecho se extraen del Derecho positivo, pero otros no. Aquellos principios que derivan de la personalidad humana, en particular, de la dignidad humana, rigen sin necesidad de un reconocimiento por el Derecho positivo. De lo expuesto se desprende que no

protección de los derechos humanos, en tanto se percibió que no se habían introducido los instrumentos necesarios para una efectiva tutela jurídica, especialmente, el control de la constitucionalidad de las leyes. Si había materialización en la Constitución de 1830 ésta era muy primaria, fue solo un primer aporte que habría de proseguir. El realce del auténtico valor de los derechos fundamentales se opera no desde la soberanía de la ley sino de la supremacía de la Constitución.⁶²

4.3. La sociedad uruguaya al momento de cada cambio constitucional

¿Basta con realizar un recuento de los diferentes textos para constatar el fortalecimiento de una postura iusnaturalista y el ingreso del neoconstitucionalismo? No, a nuestro modo de ver, esto sería insuficiente pues el único examen de los textos no trasunta realmente lo que estaba aconteciendo en la sociedad uruguaya. Los textos obedecen a una realidad y es necesario ver lo que reverbera en la misma para tener una adecuada comprensión de los fenómenos que estaban aconteciendo. Entonces, parece indispensable mencionar aquellos aspectos que influyeron en la incorporación del artículo 72 en la Constitución de 1918.

a) *Una vanguardia de jóvenes universitarios racionalistas radicales*

Por un lado, cabe decir que el proceso de creación de la Universidad de la República comenzó tres años luego de la independencia de nuestro país –o sea en 1833– con la denominada *Ley Larrañaga*, y se oficializa como Universidad de la República el 18 de julio de 1849. Esta mención es importante, porque fue la primera camada de profesionales surgidas

todos los principios pueden tener el mismo valor y fuerza. No es lo mismo un principio derivado de la naturaleza de la persona humana, que aquellos derivados del ordenamiento jurídico positivo. Como decía González González, cuando un principio se positiviza, no pierde su carácter principal, no se produce una transformación de esencia normativa que transforma un principio general en parte de la Constitución o ley: seguirá siendo un principio general del Derecho y también norma jurídica de aplicación inmediata y no solo en defecto de ley o de costumbre”. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Los principios generales de Derecho en el Derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Montevideo, Los principios en el Derecho administrativo uruguayo, 2009, pp. 94-97.

⁶² GUARIGLIA, C. E., *op. cit.*, pp. 61-62.

de sus aulas la que manifestó un pensamiento radical con su profesión de fe racionalista,⁶³ nucleados en el denominado *Club Racionalista* y en el periódico *La Bandera Radical*. Altamente litigantes en lo discursivo, pero poco predispuestos para llevarlos a la práctica (salvo Prudencio Vázquez y Vega), adoptaron un racionalismo espiritualista, por cuanto si bien profesaban su fe en *Dios* (en un dios) eran abiertamente anticatólicos y anticlericales.

Carlos María Ramírez integraba ese grupo de jóvenes espiritualistas, racionalistas y antidogmáticos, aun cuando fue de los pocos que luego se convirtió al positivismo. Ocupó la cátedra recién creada de Derecho Constitucional (1870), a los 21 años y dos años de recibido de Doctor en Derecho. Antes de su curso el estudio del Derecho constitucional no fue objeto de atención especial. Quedan hasta el día de hoy sus *Conferencias de Derecho Constitucional*, pero cabe advertirle al lector, que no constituyen un examen de la Constitución de 1830, a la que consideraba defectuosa, sino más bien, un examen político, sociológico y filosófico de la sociedad de la época. De las 14 Conferencias, dedicó la 10 y la 11 a los derechos individuales. Como muchos de sus contemporáneos, era partidario de la reforma periódica de la Constitución para adaptarla a la realidad.⁶⁴

⁶³ Este grupo redactó tres *Profesiones de fe racionalista*, en 1864 en Buenos Aires, en 1872 y 1879 en Montevideo. La más conocida de todas y la más extensa es la de 1872 que puede leerse en: ARDAO, Arturo, *Racionalismo y liberalismo en Uruguay*, Montevideo, 2013, pp. 165-168. Sus firmantes fueron: Eduardo Acevedo Díaz, Juan J. Aréchaga, Juan Carlos Blanco, Antonio Carvalho Serna, Pablo de María, Carlos Ma. de Pena, Teófilo Díaz, Daniel J. Donovan, Anselmo E. Dupont, Luis Fosse, los hermanos Juan y Luis Gil, Carlos Gradín, Justino Jiménez de Aréchaga, Enrique Laviña, Alberto Nin, José Ma. Perelló, Gregorio Pérez, Luis P. Piera, Luis E. Piñeiro, los hermanos: Carlos Ma., Gonzalo y José Pedro Ramírez, Luis A. Reggio y Duvimioso Terra.

⁶⁴ “Desarrolla el criterio de que la soberanía pertenece al pueblo, pero sin que ello implique que la soberanía popular sea ilimitada. Por el contrario, ha existido por la Constitución, una autolimitación de la soberanía, que solo puede ejercerse en la forma que la propia Constitución establece. Es decir, que la mayoría no dispone de un poder ilimitado; está limitado por la propia Constitución, que impide así, todo despotismo de la mayoría y todo avasallamiento de los derechos de las minorías y de los individuos, critica la teoría de Ahrens, contra el principio de que el Estado debe suministrar el conjunto de condiciones necesarias al cumplimiento de los destinos humanos, porque ello implicaría el derecho a la asistencia, el derecho a la instrucción, al trabajo, es decir, según su juicio, a cubrir un conjunto de necesidades indefinidas y elementales donde los individuos se atribuirían bien pronto, el derecho de

b) La introducción del pensamiento krausista del Estado tutor

A esta corriente racionalista, espiritualista y antidogmática le salió al cruce la corriente de pensamiento representada por Karl Christian Friedrich Krause y de su alumno Heinrich Ahrens, que posteriormente adquirió un hondo arraigo en todas las capas sociales: la del Estado tutor, que influiría poderosamente en el partido gobernante (el Partido Colorado) bajo la presidencia de José Batlle y Ordóñez.

Sucintamente, Krause y Ahrens consideraban que el Derecho debía cumplir su misión en tres direcciones principales:

- *Asegurar la autonomía a cada persona y a cada esfera social, de modo que pueda proseguir sus fines del modo más conveniente, siempre que no atente contra la autonomía de los demás;*
- *Regular las condiciones de coexistencia, de modo que ninguna persona traspase en sus acciones, los límites trazados por la ley en el interés de todos y, de este modo, se mantenga la paz en el orden social; y*
- *El Derecho debe establecer las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo la ayuda o la asistencia de los hombres en sociedad.*

Como agrega Monreal, “dentro de las funciones del Estado, está la de tutela, al estar autorizado para hacer todo lo que exceda las fuerzas de los individuos y de las asociaciones privadas. La doctrina de Krause ofrecía el apoyo del Estado cuando la iniciativa individual no era suficiente y cuando esta intervención era exigida por el bien común, y el retiro de ese apoyo (debía producirse) tan pronto como la sociedad alcanzara su

exigirlo todo, con la consecuencia de que el más desenfadado comunismo sería la normal organización de los países. Este criterio basado en un cerrado liberalismo individualista que hoy nos parece anacrónico, hace que Ramírez, sin desarrollar la idea, sustente implícitamente el concepto de que frente a los derechos individuales solo cabe al Estado una actitud negativa, de respeto, de no hacer; que el Estado no debe brindar a los individuos los medios necesarios para el ejercicio de sus derechos. El terror a la omnipotencia estatal lo hace caer en la negación de toda posición positiva, de toda obligación estatal de dar, por ejemplo: trabajo, instrucción y asistencia”. RAMÍREZ, Carlos María. *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo, 1966, p. XXIV.

madurez”.⁶⁵ Incluso la asunción de tareas secundarias fue aceptada, aun cuando fue muy discutida.

Como señala la autora, hacia 1882 la expresión de esta nueva concepción del Estado y de sus fines en los medios jurídicos, vino acompañada por la consolidación del Estado en la vida uruguaya bajo el gobierno del General Don Máximo Santos, y por una creciente intervención en la vida social y económica. El Estado uruguayo fue ganando fuerza y su afirmación progresiva ofreció el elemento coordinador que Uruguay necesitaba. El Estado cargado de poder se transformó en una presencia progresivamente influyente, e incluso determinante en la vida de la nación. Todo ello caló hondo en una sociedad uruguaya muy heterogénea debido a la inmigración, y ese sentimiento de la presencia ineludible del Estado en todos los aspectos de la vida social se mantiene aún.⁶⁶

⁶⁵ “Correspondían al Estado, el impulso, el estímulo, la tutela en las áreas en las que la acción de los particulares era insuficiente. El Estado debía también saber replegarse a tiempo, cuando la iniciativa privada alcanzaba la energía y el desarrollo necesarios. Sin embargo, no se justificaba la intervención permanente del Estado en las diferentes áreas sociales, sino su cooperación, si ello era conveniente”. MONREAL, Susana, “Iglesia Católica en el Uruguay. Bosquejo histórico y análisis bibliográfico”, *XX Siglos*, vol. 11, núm. 46, 2000, p. 208. La autora culmina su obra con una pregunta que aún hoy en día resulta pertinente: “¿Habrían previsto Batlle y el batllismo el fin de la tutela una vez cumplido el período de maduración social? ¿Cuáles fueron las consecuencias de una tutela estatal sostenida y creciente? La sociedad uruguaya, protegida y segura de ella misma, corría el riesgo de volverse indolente, de olvidar el valor de los esfuerzos individuales y de los riesgos de esta libertad responsable”. De un modo coincidente Néstor Da Costa, recordando a Andacht, señala que “sin saberlo se estaba fundando otra forma de religión, tan potente como la que combate sin tregua. La fe católica es efectivamente desplazada del imaginario social, pero el Estado y sus dones inagotables ocupan el lugar del misterio divino”. DA COSTA, Néstor, *La laicidad uruguaya*, *Openedition Journals*, núm. 146 abril-junio, 2009. BLANCARTE, Roberto, “Les laïcités dans les Amériques”, *Openedition Journals*, núm. 146, abril-junio, 2009, p. 5.

⁶⁶ Como señala Fernández Sessarego: “La humanidad se halla inmersa en un proceso de un indispensable y notorio fortalecimiento de las medidas tutelares del ser humano.” El ser humano posee intereses existenciales que exigen protección. Esa protección cubre todos y cada uno de los aspectos del ser humano, en tanto es un ente psicosomático, sustentado en su libertad, cuya protección jurídica había pasado desapercibida. Surge así, la convicción que debe indemnizarse toda agresión contra la libertad, la misma que se traduce en un ‘daño al proyecto de vida’. Es recién a mediados de los años 80 del siglo pasado, que se alude a este ‘daño al proyecto de vida’ cuyas consecuencias son radicales desde que frustra o menoscaba en alguna medida, la libre elección de la persona. Es decir, lo que la persona se propuso ser y por tanto

Finalmente, el positivismo, de procedencia sajona, hace su ingreso al país entre los años de 1875 al 1900, aportándole a “un medio desprovisto de toda cultura científica”, influyendo en el orden educacional y político.⁶⁷

c) *La incorporación de la laicidad en Uruguay*

Como señala Llamazares:

La posibilidad de que las confesiones religiosas puedan convertirse en fuente del ordenamiento (jurídico estatal) choca con un principio fundamental del sistema democrático: la laicidad como garantía, la única garantía realmente eficaz del derecho de libertad de conciencia o para decirlo mejor: del derecho de igualdad en la libertad de conciencia, fuente permanente del pluralismo, sin el cual es inconcebible la democracia.⁶⁸

De ahí que los principios y criterios religiosos no pueden erigirse nunca en parámetros de las decisiones de los poderes públicos, ni para tomar esas decisiones, ni para enjuiciarlas, la laicidad exige que todas las instituciones públicas sean ideológica y religiosamente neutras. La separación y la neutralidad como subprincipios integrantes del de laicidad, el primero al servicio del segundo, se complementan con la posibilidad de los poderes públicos de cooperar con las confesiones religiosas.

Como señala Néstor Da Costa, la laicidad emerge de la separación Iglesia-Estado, fruto del proceso de secularización, de diferenciación de esferas entre lo religioso y lo secular, y al día de hoy la laicidad se presen-

hacer en su vida”. Compartimos la idea del autor, de que el ser humano no solo es *una sustancia indivisa de naturaleza racional*, como sostuvo Boecio en el s. VI D.C., sino que es mucho más complejo y rico, en tanto es un ser libre, co-existencial y temporal, y *proyecta constantemente*. Una coincidencia doble –nos permite afirmar– por cuanto el autor citado también es partidario de una teoría tridimensional que permita rescatar la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. La teoría tridimensional del Derecho se encuentra ampliamente comentada, con raíces también en nuestro medio, en SANTOS BELANDRO, R., pp. 154, ss.

⁶⁷ ARDAO, Arturo, *Espiritualismo y positivismo en Uruguay*, México-Buenos Aires, Clásicos universitarios, 1950, p. 236.

⁶⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, “Fuentes del Derecho y comunidad civil”, en BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (et. al.), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 15-38.

ta como un valor altamente compartido por el conjunto de la sociedad.⁶⁹ La separación de la Iglesia Católica-Estado se concretó en Uruguay en la Constitución de 1918, luego de un largo proceso de enfrentamiento entre actores sociales que pugnan por la construcción del novel Estado uruguayo. Entre el naciente Estado uruguayo que reclamaba para sí el control de diversos aspectos de la vida colectiva y la Iglesia Católica, que administraba determinados espacios que hoy entendemos como propios del Estado,⁷⁰ se produce en ese entonces la incorporación del artículo 5 a la Constitución, que sin cambios hasta el día de hoy, dice así:

Todos los cultos religiosos son libres en Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario nacional, exceptuándose solo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos, a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.

d) La adopción de la forma democrático-republicana de gobierno

Esta sería la última pieza clave que ayudar a comprender la realidad constitucional uruguayo y la presencia simultánea del *iusnaturalismo* y

⁶⁹ “La laicidad no es un concepto fijo e inmutable, establecido de una vez para siempre y en una sola y única formulación posible (aun cuando así es para muchos en Uruguay”. “La separación institucional generó una nueva toma de posición por parte del Estado, la que se expresa en el tipo de neutralidad. Con esto nos referimos a que todo lo relacionado con lo religioso no tiene importancia para el Estado, que pretende no verlo, que generó una laicidad que ocultó los fenómenos religiosos, porque carecían de importancia o, en una veta más radical, porque eran prácticamente entendidos como sinónimo de obscurantismo”. Da Costa menciona el discurso pronunciado por el entonces Presidente de la República Tabaré Vázquez en la sede la masonería uruguayo, en el año 2005, quien expresa que “la laicidad no es incompatible con la religión, simplemente no confunde lo secular y lo religioso. La laicidad no es la indiferencia del que no toma partido, la laicidad es asumir el compromiso de la igualdad en la diversidad”. DA COSTA, N., *op. cit.*, pp. 10, 11.

⁷⁰ “Se percibía la idea de que el conjunto social no debía reflejar públicamente ningún interés social y político en beneficio de la igualdad– Se percibía la idea de que el conjunto social no debía reflejar públicamente ningún interés que no fuera el de todos, es decir, se buscaba sustraer lo privado del ámbito público, se desconfiaba de la sociedad civil y de toda iniciativa que les disputara lealtad a los ciudadanos, todo ello en medio de un clima fundacional”. DA COSTA, N., *op. cit.*, pp. 2-5.

del positivismo, un *excursus* indispensable para proceder posteriormente a analizar la influencia del neoconstitucionalismo predicado, sobre una de las ramas jurídicas, la del Derecho internacional privado.

En la Constitución de 1934 se incorpora el artículo 82:

La nación adopta para su gobierno la forma democrático-republicana. Su soberanía será ejercida directamente por el cuerpo electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.

Estas cuatro corrientes de pensamiento: la corriente racionalista teísta y espiritualista representada por la joven vanguardia universitaria;⁷¹ la presencia de un Estado tutor que fue inmiscuyéndose cada vez más comprometidamente en la conformación y el futuro de la sociedad; y la fuerte presencia de un pensamiento laico, que reconoce la existencia de una sociedad plural a la que cabe respetar en la variedad de sus posturas religiosas, desplazando lo religioso al ámbito privado, son las que cuajaron en la Constitución de 1918 y conformaron las principales características de la sociedad uruguaya hasta el día de hoy. A ello cabe agregar el artículo 82, que establece como forma de gobierno la *democrático-republicana*. Todo ello incide en el tratamiento de los derechos fundamentales y su rol en todas las ramas del Derecho como veremos a continuación. Como señala Ardao, “fueron ajenos los instrumentos conceptuales empleados, pero fueron propios –no importa la humildad o la indigencia eventuales del empeño– el trance y la respuesta. *Logos* foráneo, pero *pathos* y *ethos* personalísimos”.⁷² Entonces, a partir de estos elementos, puede encontrarse gran parte de la individualidad jurídica que destaca a Uruguay.

4.4. La Constitución, la democracia y la soberanía radicada en la nación

Todo parece entonces, que luego de haber experimentado el Estado legislativo o liberal de Derecho, y con posterioridad el Estado social de Derecho, en estos momentos nos encontramos ingresando al Estado de-

⁷¹ El teísmo se entiende como la doctrina que afirma la existencia de un ser creador del universo que está comprometido con su mantenimiento y gobierno.

⁷² ARDAO, A., *op. cit.*, p.12.

mocrático-republicano de Derecho, porque es lo que declara el artículo 82 de la Constitución, ya citado.

“Este nuevo modelo de organización política, aspira a la superación del viejo Estado de Derecho por un Estado garantista de todos los derechos fundamentales (de primera, segunda y tercera generación). Un Estado que tenga como finalidad, garantizar al hombre de carne y hueso”. Y lo que nos interesa en este momento señalar, es que:

El garantismo constitucional inserta en la democracia una nueva dimensión sustancial, que supera al viejo modelo de Estado legislativo de Derecho. En el Estado constitucional, la legitimidad política y jurídica del ejercicio del poder no está condicionada solo por las reglas que disponen las formas mayoritarias (el quién y el cómo de la decisión) sino también, por las reglas que determinan su sustancia (sobre qué cuestiones no es lícito y obligatorio decidir para cualquier mayoría).⁷³

Leiza Zunino advierte además, que en nuestro ordenamiento jurídico no solo existe el principio de reserva de la ley, que en nuestro caso se trata de una reserva relativa, que se limita a puntos determinados (la Constitución lo establece para las libertades públicas, organización institucional, asuntos internacionales, hacienda pública, función pública, seguridad pública, justicia e interpretación de la Constitución, y el artículo 7 el cual establece que nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a leyes que se establecieren por razones de interés general), sino que además existe la reserva de la Constitución, lo cual implica que el legislador ordinario no debe usurpar el papel que le incumbe exclusivamente al constituyente; significa el reconocimiento de la materia en la cual el legislador no tendría facultades para regular, en cuanto está

⁷³ “Es preciso tener en cuenta el *Derecho en acción*. Siempre que se produce una desviación, el Derecho viviente –o sea el Derecho que rige efectivamente, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La garantía es instrumental, maximizadora y gradual. Un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los principios más importantes del sistema jurídico en el que se insertan. La garantía es gradual, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por tal motivo, nunca hay garantías perfectas, ni sistemas perfectos de garantía. Las garantías liberales y sociales no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, la máxima eficacia de los derechos fundamentales, en coherencia con la estipulación constitucional”. LEIZA ZUNINO, P., *op. cit.*, pp. 450, 451.

impedido de hacerlo. Se trata de un cerco infranqueable donde ni la ley ordinaria ni ningún otro acto jurídico infravalente, puede penetrar.⁷⁴

Es evidente que en el neoconstitucionalismo subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución al quedar superada la democracia liberal, donde prevalecía la regla de la mayoría, por la democracia constitucional, donde se reconocen los derechos, deberes y garantías de las minorías. El Estado democrático-constitucional de Derecho, para el autor citado, sería una superación o culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho, donde se protegerán todos los derechos de los ciudadanos, esta nueva modalidad de Estado garantizará todos los derechos fundamentales de los individuos, de los abusos de las mayorías parlamentarias de turno.⁷⁵

No vamos a ingresar en el tema de la democracia en general, solo nos limitaremos a mencionar que existen muchos modelos de democracia y lo que nos interesa señalar es que a la democracia procedimental, que defiende la consigna de que las decisiones democráticas se basan en lo que decida la mayoría, se le opone otra concepción que ha materializado a la democracia, como consecuencia del ingreso de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. No basta el procedimiento sino también el contenido de lo que se decide y, por lo que puede observarse, los derechos humanos actúan como un límite al funcionamiento democrático.⁷⁶ Ello se debe a que la humanidad ha tenido que crear

⁷⁴ *Ibidem*, p. 565.

⁷⁵ “Existe un conjunto de pre-condiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable y moralmente legítimo. Estas pre-condiciones pueden ser cumplidas en mayor o menor grado. [Pero] existe un umbral mínimo, por debajo del cual el proceso político mayoritario carece de todo valor. Dworkin sostuvo que cuando un juez invalida una ley, no se produce ningún coste democrático si el motivo de la invalidación es que esa ley no satisface las pre-condiciones que él denomina ‘condiciones democráticas’, necesarias para garantizarles a las personas, su igual pertenencia a la comunidad política y que se traducen en 3 exigencias: cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas; sus intereses deben ser tenidos en cuenta en igual consideración; y se les debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que les resulte más valioso”. *Ibidem*, pp. 817-820, 893.

⁷⁶ “Los límites que impone el Derecho internacional de los derechos humanos a los Estados, principalmente a través de Convenciones y tribunales regionales de derechos humanos, tienen muchas consecuencias para la relación *democracia-derechos humanos*. Esta nueva configuración no representa una merma para la soberanía nacional, pero la base de la legitimidad ya no se determina a nivel estatal sino por la medida en que los Estados aceptan su compromiso con el cumplimiento de los derechos hu-

mecanismos jurídicos para defenderse de acciones abusivas no solo del Estado sino también, de la otra parte de la humanidad, del hombre contra el hombre. Por eso los derechos humanos se muestran como el elemento nuclear de un sistema justo de convivencia.⁷⁷

El punto a dilucidar es, entonces, si las decisiones democráticas que hayan respetado la regla de la mayoría pueden modificar a su gusto la concepción que se tenga de los derechos fundamentales o si, por el contrario, hay un nivel superior al cual la mayoría democrática (simple o aumentada) no puede llegar.⁷⁸ Parece claro que si se aceptara la primera postura, todo el andamiaje sobre el cual se construyó el edificio de los derechos humanos caería estrepitosamente, por cuanto quedarían sujetos a lo que decida la mayoría en cada momento histórico. Los derechos humanos perderían intangibilidad y se perdería cualquier ilusión de universalidad. El relativismo podría llegar a ser la tónica, lo cual podría llevar a la parcialidad.⁷⁹ Hay que responder al dilema que plantea

manos. Es así que, los Estados son libres de organizarse en su ordenamiento interior, siempre y cuando cumplan con las obligaciones del Derecho internacional de los derechos humanos. Por esa razón, este último, vuelve más estrecha la relación entre democracia y derechos humanos. Los Congresos, como órganos democráticamente elegidos, se ven limitados en su labor, debido a que las leyes deben apegarse a los derechos humanos. Es así que, la democracia sustancial y el neoconstitucionalismo privilegian a los derechos humanos sobre los postulados positivistas de la democracia, entendida en su acepción absoluta como total libertad de los legisladores electos democráticamente". VILLASEÑOR ALONSO, Isabel, "La democracia y los derechos humanos: una relación compleja", *Foro Internacional*, vol. 55, núm. 4, 2015, pp. 1120, 1125.

⁷⁷ PARRA DE PÁRRAGA, Eleonora, "La inhumanidad de los derechos humanos a la saga de los derechos humanos", *Razón y Palabra*, núm. 81, noviembre-enero, 2013, pp. 2, 5.

⁷⁸ "Pero ello no equivale a relativismo. Los valores pueden ser relevantes para una situación e irrelevantes para otras. Pueden ser accesibles para algunas personas e inaccesibles para otras. Pero todo esto es muy distinto del relativismo, o sea de la doctrina que postula que no puede ser defendido ningún conjunto de valores". PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, pp. 24, 25.

⁷⁹ Corresponde hacer un espacio para mencionar algunas apreciaciones de Risso Ferrand. "Chemerinsky ha destacado que los tres factores que hacen especial la interpretación de la Constitución son: 1) que debe ser entendida como un documento contra mayoritario, en la base de la democracia americana está la afirmación de que hay que cuidarse de las mayorías; 2) que la Carta debe apreciarse desde la perspectiva de límite a las mayorías, en especial en los tiempos de crisis; y 3) que la Constitución aparece como una forma de proteger valores de largo aliento de las cortas pasiones. Por un lado, los derechos humanos son profundamente democráticos y, por el otro, son profundamente antidemocráticos. Son básicamente democráticos por cuanto aseguran el desarrollo de la democracia y de las personas, gracias a la

Ollero: “ningún Derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin Derecho natural”.⁸⁰

Garzón Valdés ataca la regla de la mayoría como la solución indefectible para zanjar las diferencias en una sociedad democrática y propone el principio de la mayoría, o sea de una mayoría que respete a las minorías y que no ejerza una especie de tiranía que vaya contra quien piense diferente. Las Constituciones contemporáneas han previsto la posibilidad de su modificación mediante un procedimiento agravado, con mayorías especiales, que impliquen en cierto modo, la mayor amplitud de un consenso que se sabe irremediamente parcial. ¿Es posible que el pueblo soberano pueda autolimitarse en ciertos ámbitos e igualmente que esta autolimitación sea eterna, al tener la intención de obligar a las generaciones futuras? ¿Que se formalice lo intocable?

Para comenzar a dilucidar esta cuestión se acude nuevamente al dilema que presentaba la orden de Ulises, cuando –según Homero⁸¹– al acercarse a la región de las sirenas y ante el peligro de naufragio provocado por el embelesamiento de su canto, le dio la orden a su tripulación que aceptaran que les tapara los oídos con cera dándole previamente la orden que lo ataran “con fuertes lazos de pie y arrimado a la parte inferior del mástil para que me esté allí sin moverme. Y en el caso de que ruegue o mande que me soltéis, atadme con más lazos todavía”. Como Ulises era el único que podía oír tan cautivante canto, efectivamente cayó bajo su influjo y “sintiose mi corazón con ganas de oírlas y moví las cejas mandando a los compañeros que me desatasen”. ¿A qué orden deben obedecer los tripulantes, a aquella que ordena que no se lo desate bajo ningún pretexto o a la que ordena ser desatado? Más aún ¿es posible que el soberano pueda imponer que no se le obedezca?

garantía de la libertad y de la igualdad, que son las bases para que pueda funcionar un sistema democrático pero también son antidemocráticos, en la medida que desconfían del proceso democrático y buscan el sometimiento, incluso del Poder Legislativo, privando de decisión en ciertos casos a las mayorías parlamentarias en lo que respecta a la defensa de los derechos de los individuos”. RISSO FERRAND, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XVIII, 2012, pp. 400, 413.

⁸⁰ OLLERO TASSARA, Andrés, *La eterna rutina del positivismo jurídico*, Buenos Aires, El iusnaturalismo actual, p. 264.

⁸¹ HOMERO, *Odisea*, 3ª edición, Buenos Aires, Espasa-Calpe, p. 130.

Esta escena muestra bien el problema. ¿Puede el pueblo soberano autolimitarse en su soberanía en cuanto se ha afirmado que la misma es *absoluta*? Incluso más, ¿podrían las mayorías actuales –incluso la unanimidad– vetar la modificación del *coto vedado* a las generaciones futuras? ¿No sería esto una contradicción en los términos? ¿No constituiría igualmente una *capa de plomo* que impediría la evolución del Derecho?

Bayón responde a gran parte de estas interrogantes señalando que “todo depende de lo que se entienda por *democracia*. Si se entiende meramente como ‘regla de decisión por mayoría’, en tal caso, es cierto que se presentaría un conflicto entre ella y la primacía de la Constitución. Pero si se dice que la democracia puede optar por otras decisiones colectivas más complejas, como ‘lo que decida la mayoría siempre que no vulnere derechos básicos’ o ‘lo que decida no la mayoría simple, sino una mayoría reforzada o calificada’, la cosa puede cambiar”. Si se maneja un concepto más rico y matizado de democracia, de modo que ésta incluya o suponga ya derechos básicos, no solo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que este últimos sería la forma institucional de una democracia genuina”.⁸²

De acuerdo con esta interpretación, la regla de la mayoría democrática no sería tan libre como aparenta, si contiene el agregado *siempre que*, el cual debemos reconocer, la condiciona definitivamente. Realmente no resuelve el problema de la intangibilidad de los derechos humanos.

4.5. La búsqueda de un objetivismo moral y la propuesta de un coto vedado⁸³

Por tanto, resulta indispensable determinar si el criterio de justicia depende del juego político o si debe haber un ámbito de lo intocable o

⁸² BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *Alicante*, núm. 1, 2000, p. 67.

⁸³ Sobre este tema Atienza realiza una advertencia importante: “no hay que confundir objetivismo moral con absolutismo moral. O sea, la pretensión de corrección, con la pretensión de verdad absoluta, el dogmatismo, la intolerancia. Es todo lo contrario, los objetivistas tratan de exponer sus juicios al discurso racional y precisamente en esto, se diferencian tanto del escéptico como del absolutista”. ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 20. “Ello supone un objetivismo moral, aun cuando fuere un objetivismo mínimo. Si no suponemos algún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a los valores morales, estaríamos abriendo un hueco enorme de arbitrariedad en la construcción de la Teoría del Derecho y planteando una práctica jurídica abusiva”. ATIENZA, M., *op. cit.*, p. 27.

intangibles. Diferentes autores han hablado sobre este ámbito tan especial. Así, Garzón Valdés lo ha definido como un *coto vedado*, Bobbio como *el territorio o la frontera de lo inviolable* y más recientemente Ferrajoli alude a la existencia de una *esfera de lo indecible*.⁸⁴ Bovero define este *coto vedado* como “el conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido, ni siquiera aquel de la mayoría, en los Estados democráticos de Derecho, pueden violar; en el centro del ‘coto vedado’ se encuentran los derechos individuales fundamentales”.⁸⁵

Según Garzón Valdés, el *coto vedado* cumple una doble función:

Por un lado, establece restricciones constitucionales al ejercicio de la decisión mayoritaria, asegura la vigencia del principio de la mayoría e impide el dominio de la mayoría. El *coto vedado* establece el ámbito de lo despolitizado, en el sentido de que garantiza el ejercicio de la autonomía personal sin la intervención del Estado.⁸⁶

⁸⁴ Este autor, si bien comparte la esfera de lo intangible, se aparta de ella en algunos puntos: en primer lugar, considera que la esfera de lo indecible es una noción jurídica en tanto que la noción de “coto vedado” es filosófico-política; la segunda diferencia es que no solo comprende el espacio prohibido sino también el obligado; la tercera diferencia es que no solo se refiere a los poderes públicos sino también a los poderes privados, no solo al Estado sino también al mercado; y la cuarta, es que la esfera de lo indecible constituye el rasgo distintivo de la democracia constitucional y no puede ser ignorada. FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1, pp. 337 y ss.

⁸⁵ “Las concepciones de justicia que asignan un papel central a la idea de derechos básicos, pueden invocar la configuración estructural específica resultante de rasgos básicos, retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible denominada “coto vedado”. La idea de los derechos básicos o fundamentales suele definirse en la Filosofía moral y política contemporánea a partir de la concurrencia de dos rasgos: 1) se entiende que los derechos básicos son límites a la adopción de políticas basadas en el cálculo ‘coste-beneficio’, lo que equivale a decir que esos derechos atrincheran ciertos bienes, que se consideran que deben asegurarse incondicionalmente a cada individuo; y 2) en segundo lugar, suele entenderse que los derechos básicos constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, o que delimitan el perímetro de lo que las mayorías no deben decidir, sirviendo frente a éstos como vetos”. BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 218. BAYÓN, J. C., *op. cit.*, p. 65.

⁸⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del “coto vedado” a nivel internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 2003, p. 57.

Si bien el *coto vedado* contiene una parte negativa, en cuanto prohibición de politizar ese ámbito, la noción contiene además una parte positiva: se requiere la intervención política para hacer efectivo los derechos contenidos en ese coto, se alienta su normación positiva. Tiene, por tanto, una fuerza expansiva.

En suma, se apunta a dos direcciones que pueden parecer opuestas:

La prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar políticamente la efectiva realización de los derechos que intenta proteger.

Solo fuera de ese *coto vedado* cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del *coto vedado* y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación, elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que se espera de ella. El disidente no puede abrir todas las puertas, la disidencia vale solo en el ámbito de lo negociable. Aquí está justificada una actitud paternalista.⁸⁷

¿Pero en esencia, qué debería comprender ese *coto vedado*? Garzón Valdés responde que “los bienes incluidos en esta categoría serían aquellos que afectan básicamente la supervivencia de la especie humana”.⁸⁸

Los derechos básicos incluidos en el *coto vedado* son aquellos vinculados con la satisfacción de los hechos básicos, es decir, que son la condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Una necesidad básica *natural* es el comer, o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica *derivada* es el saber leer y escribir en nuestras sociedades actuales, estar vestido con un mínimo de decencia. Las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las necesidades básicas derivadas cambian según los tiempos y las sociedades y tienen una tendencia a la expansión.⁸⁹

Concluye manifestando que no es necesario adoptar una posición objetivista en ética para sostener la necesidad de un *coto vedado*, solo requiere proponer admitir una definición de democracia representativa que no admita el dominio de la mayoría y aceptar el principio de la mayoría.

⁸⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, México, núm. 12, abril, 2000, p. 18, 22.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 209.

De todos modos, queda subsistente la objeción de un determinado número de ciudadanos que, en un momento preciso, pueden obligar a los que van accediendo a la ciudadanía luego del referido acuerdo y si puede prohibirse a las generaciones futuras la modificación del *coto vedado*, lo cual nos hace recordar las observaciones de Bulygin cuando analizamos el *iusnaturalismo*, al fundamentar los derechos humanos simplemente en lo que el hombre cree, piensa o tiene fe de sí mismo, estos derechos adolecen de una extrema fragilidad.

5. ANÁLISIS DE LA INFLUENCIA O PRESCIDENCIA DEL TEMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

¿Cuán independiente es el Derecho internacional privado de todo nuestro entorno jurídico? De modo alguno puede hablarse de una independencia total, por varios motivos. Entre ellos: es la Constitución, la Carta Magna, el pacto político fundamental, la estructura político-jurídica aprobada por el poder constituyente, el poder por encima de cualquier otro, donde radica la soberanía.⁹⁰

5.1. Hablemos de la justicia

Si acudimos a los orígenes de la doctrina nacional debemos recordar el concepto que del Derecho internacional privado tenía esa joven generación de inquietos universitarios. Se consideraba que el Derecho internacional privado resolvía un conflicto de soberanías entre Estados, puesto que elegir una ley no es facultad de un sujeto privado sino de un acuerdo entre Estados o decisión unilateral de uno de ellos. Este enfoque publicista condujo, además, a considerar a la disciplina como naturalmente formal, al punto de sugerir el cambio de denominación de Derecho internacional privado en *Derecho internacional jurisdiccional*.

El problema a resolverse es simplemente de jurisdicción. Se determina cuál es la soberanía interesada en regir por sus leyes el acto jurídico, y

⁹⁰ Art. 4 de la Constitución uruguaya: “la soberanía en toda su plenitud existe *radicalmente* en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”. La cursiva agregada sirve para destacar que la calificación viene de raíz.

como éste afecta bienes radicados en la República Oriental, solo ella está interesada en gobernarlo; entonces, ella asume jurisdicción y aplica sus leyes por medio de los tribunales nacionales. En el caso propuesto, la ley argentina difiere de la nuestra, pero el conflicto se resuelve como materia de jurisdicción, sin entrar a considerar la aplicación de una u otra ley como la más conveniente para dilucidar la contienda referente a la capacidad del sujeto obligado por el contrato. Exponiendo la acepción que en el Derecho internacional tiene el concepto de jurisdicción, el cual lo explica el Dr. Ramírez en estas palabras: en el orden interno puede ser cierto y lo es, sin duda alguna, que la jurisdicción únicamente se refiere a la competencia de los tribunales, pero en la esfera internacional, jurisdicción quiere decir competencia de una soberanía para regir con sus leyes determinados actos jurídicos y solucionar por medio de sus tribunales, los litigios que se originen de los mismos.⁹¹

Como puede apreciarse, la regla de conflicto aparecía como activamente encubridora de aspectos sustantivos de la realidad. En la actualidad, resulta insostenible la tesis del *Estado legicentrista* o *estatalista*, donde además prevalece un excesivo formalismo interpretativo.

Se trata del debatido tema de qué justicia debe adoptar el Derecho internacional privado, si la justicia formal o distributiva⁹² o la justicia material o sustantiva.⁹³ Evidentemente, la primera fue la adoptada en los

⁹¹ MARTÍNEZ PÉREZ, Amabilio, *El Derecho internacional jurisdiccional*, *Anales de la Universidad*, núm. 8, 1894, pp. 68, 69.

⁹² “La justicia distributiva es aquella manifestación de la virtud de la justicia que se ejerce en el reparto de bienes o funciones entre los miembros de una comunidad. En muchas ocasiones la justicia de la decisión de repartir o no repartir y el fin que se persiga con ese reparto se medirá teniendo en cuenta el bien común alcanzable en una determinada comunidad y, por tanto, será un criterio relativo a las circunstancias concretas: las necesidades de la población, los bienes disponibles, los proyectos políticos a medio y largo plazo”. POOLE DERQUI, Diego. “La justicia”, *Laicismo*, https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf

⁹³ “Desde el punto de vista de nuestra ideología iusnaturalista o iuspositivista moderadas, está claro que *prima facie* puede darse un conflicto entre la ley (Derecho que es) y la justicia (atributo del Derecho que debe ser), y también es obvio que dentro de un Estado de Derecho su ordenamiento jurídico (el Derecho que es de un Estado) puede ser contrario a la justicia (siempre dependiendo de qué entendamos por justicia). Ahora bien, si entendemos que el concepto material de justicia no es más que reconocer y garantizar los derechos humanos fundamentales, esto es, para nosotros la justicia material y que un Estado de Derecho implica ese reconocimiento y esa protección, no podemos más que concluir que: un Derecho justo es aquel acuerdo con la justicia, esto es, aquel enumerador y garante de los derechos humanos fun-

primeros textos *ius internacional privatistas* de nuestro país, tanto los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 como el agregado final al Código Civil de 1941. A vía de consecuencia, los particulares eran ajenos y debían ser apartados de inmiscuirse en semejantes problemas.

Sin embargo, no deberíamos simplemente decir que el mundo ha cambiado y que, hoy por hoy, ya nadie acepta una concepción publicista de nuestra disciplina y que nos estamos inclinando e iniciando el camino hacia un progresivo *privatismo*. No es solo eso, es que la afirmación de que al Derecho internacional privado le corresponde exclusivamente una tarea distributiva, ajena a preocupaciones sustantivas, no es correcta, incluso si nos atenemos a la norma básica de dicha época: la regla de conflicto.

Ya en el tema de la calificación surgen preocupaciones sustantivas. ¿Debemos hablar de *parejas* sin distinguir el tipo de ayuntamiento? ¿De *matrimonio* sin decir qué tipo de unión matrimonial, o qué diferencia a esta unión de otras *uniones*? Evidentemente, no. Existe una carga sustantiva muy importante que obedece ostensiblemente a una postura axiológica de la que participan las personas y los Estados como sus representantes. De igual modo puede acontecer con el tema de las conexiones. Aun aceptando la conexión *domicilio* o *nacionalidad* habrá que definirlos de alguna manera, ante la extrema diversidad de esos conceptos en las distintas legislaciones estatales, sin perjuicio de examinar su extraordinario efecto político. Podríamos seguir enumerando muchas hipótesis más, donde se entrelaza la denominada *justicia formal* con la *justicia material*. Hoy todo está más claro: “hablar de justicia es hablar de valores necesariamente, ello no puede ser eludido”.⁹⁴ Podríamos añadir otra pregunta: ¿invalida estas reflexiones a la regla de conflicto clásica? No. El problema

damentales”. JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, “Un hipotético conflicto ley-justicia: ¿prevalencia?”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997-1998.

⁹⁴ Generalmente se nos pone en guardia sobre el hecho de que la idea de justicia puede variar de persona a persona y no necesariamente de cultura a cultura, y una misma persona puede variar sobre la idea de la justicia en cuanto se halla condicionada por un sinnúmero de circunstancias y experiencias que se van redefiniendo y matizando con arreglo al proceso de socialización de cada uno. Todo pareciera que no existe una definición válida de justicia, lo cual nos conduciría a un relativismo axiológico y ético radical. Pascual se pregunta ¿de no existir justicia con qué normas se regirían los hombres, con qué principios gobernaría los Estados? PASCUAL PLANCHUELO, Víctor C., “Reflexiones sobre el concepto de justicia”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 19, junio, 2005.

que aparece con los ejemplos expuestos es que mirábamos a la mencionada regla con un solo ojo cuando deberíamos haber utilizado los dos.

Y si hemos afirmado que el centro –desde la norma ubicada en el pínaculo de nuestro ordenamiento jurídico, pasando desde la primera hasta la última de las normas infravalentes– es el ser humano, deberíamos admitir que no existe un antagonismo entre justicia formal y sustancial, que las dos se encuentran entrelazadas. Puede aceptarse una regla de conflicto (formal) porque, en definitiva, se admite que haya una evaluación material última de la solución legal o judicial extranjera, a los efectos de que no choque en la sociedad receptora (donde la excepción de orden público puede constituir una herramienta útil). Por cuanto, además, hay que afirmar que nos hallamos ante un proceso de privatización de nuestra disciplina no significa que vayamos inexorablemente hacia un Derecho sustancial, como aspiraba nuestro Maestro, el Profesor Quintín Alfonsín, sino que *debe* colocarse al ser humano en el eje de todas las preocupaciones normativas. El Derecho internacional privado es una cuestión de los sujetos privados y para los sujetos privados, y al Estado solo le corresponde la protección, garantía y asegurar la eficacia de los derechos individuales y colectivos, *por cuanto el Estado se debe a los individuos*.

5.2. ¿Es correcto el símil con el Derecho procesal?

Y ya que la concepción decimonónica aludía al Derecho internacional jurisdiccional dotándola de una estrecha vinculación con el Derecho procesal, no es necesario acudir a la doctrina extranjera para constatar el cambio operado en el Derecho procesal.⁹⁵ Existe una breve, pero valiosa

⁹⁵ Vale confirmar que la doctrina extranjera es coincidente con la nuestra. Podemos decir que, al día de hoy, “el Derecho procesal, al adquirir esa doble naturaleza jurídica que le impregna el debido proceso, de garantía fundamental y de procedimiento, pasa de ser una simple herramienta al servicio de la contienda para ser un compuesto complejo con pretensión de garantía desde la contradicción legal, además es el más importante límite a la función jurisdiccional y el control al exceso de poder de las partes. Una meta es impulsar el estudio y la aplicación del Derecho procesal, en primera instancia, desde la garantía del debido proceso y desde la racionalidad de la decisión judicial. Esto no corresponde con las ideologías de mera formalidad o de instrumentalidad, por varios motivos, entre los que apuntamos dos: 1) porque el proceso ya no es un *posterius* al *prius* de la ley sustancial, se comporta como una garantía constitucional que le permite al juez decidir sobre una situación concreta, haya o no haya norma sustancial aplicable; 2) porque la labor del juez ya no es esen-

obra, que debe ser rescatada del olvido, producto de la pluma del Profesor Enrique Véscovi Puppo, titulada *La regla moral en el proceso civil*, escrita en el año 1959 en su calidad de Profesor Adjunto, donde afirmaba que existe una coincidencia cada vez mayor entre moral y Derecho, y que “avanzamos del formalismo hacia el finalismo del Derecho”, aun cuando “resulta imprescindible mantener la separación entre norma jurídica y la moral”. Y agrega:

La moralización del Derecho positivo es un hecho. El avance en este sentido es lento, hay épocas en las cuales el signo es de mayor moralidad que otras pero abarcando la evolución en períodos más amplios, con perspectiva histórica, notamos ese avance, y como hemos dicho avanzamos del formalismo primitivo al finalismo jurídico. En las épocas primitivas, el formalismo cumplía una función de aparatosidad o de rito. Este tipo de formalismo sin sentido es el que debe rechazarse, no admitiéndose la forma por la forma misma, sobreviviendo como un simple rito. En el Derecho moderno, el formalismo tiende a simplificarse y las formas que subsisten, absolutamente necesarias, deben tener una razón esencial. No existe realmente una separación absoluta entre el Derecho procesal como Derecho instrumental y el Derecho sustancial o de fondo. No resulta pues, el Derecho procesal sin contenido, ni tampoco puede ser sorprendente que en él se encuentre un amplio campo para imponer la regla moral en el terreno jurídico. Consideramos que, si la moralización del Derecho es un hecho deseable, es porque significa su humanización. Calamandrei señalaba que el principio que resume más felizmente todos los que constituyen las orientaciones del nuevo Código italiano, es la humanidad del nuevo proceso.⁹⁶

cialmente reafirmar una situación con efectos jurídicos preexistentes, éste era el juez que no tenía nada propio por decir frente al *factum* o frente a la prueba o frente al ordenamiento jurídico. Hoy la función judicial exige un juez pro-activo, dialógico y creativo, que asuma el cambio de paradigma del instrumentalismo”. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, “A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material)”, *Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, vol. 8, núm. 12, 2007, pp. 177, 180.

⁹⁶ “En ambos sentidos es indispensable la división. La norma jurídica no debe alcanzar la esfera íntima reservada a la moral, el Derecho reclama obediencia a las leyes, pero deja librado al fuero interno de cada uno, las razones de esta obediencia. Por otro lado, si hemos sostenido que el Derecho debe moralizarse, y esa es la línea del progreso, debemos aclarar bien, que este fenómeno opera transformando la norma moral en jurídica, revistiendo aquélla de la forma de ésta, no admitiendo que se aplique directamente la norma moral con el mecanismo sancionatorio del Derecho. La autoridad del Estado debe limitarse pues, a imponer la norma jurídica, el camino de

Hoy podemos citar algunas disposiciones del Código General del Proceso, donde se establecen principios como: igualdad procesal artículo 4; buena fe y lealtad procesal artículo 5; publicidad del proceso artículo 7; intermediación procesal artículo 8; pronta y eficiente administración de justicia artículo 9; derecho al proceso artículo 11, etc.

6. LA CONVERGENCIA AL DÍA DE HOY CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Resulta importante apreciar la convergencia de la concepción del Derecho procesal decimonónico priorizando el mecanismo procesal puro y duro con el Derecho internacional privado de la misma época, pretendiendo abstenerse de toda consideración de Derecho sustantivo. Y según la reproducción que hemos realizado de una parte de la obra del Profesor Enrique Véscovi, se presenta igualmente al día de hoy un paralelismo con nuestra disciplina en cuanto a rescatar la moral, (entendida hoy como el respeto a los derechos humanos), con la única diferencia de que cronológicamente el Profesor Véscovi se adelanta una década y media a lo dispuesto en las Convenciones interamericanas sobre títulos valores de 1975 y 1979, y se despliega ampliamente a partir de 1984 con las normas sobre adopción y sobre alimentos de 1989. “Ya no se discutiría si existen realmente bienes o valores, sino en qué medida cabe un conocimiento razonable de sus contenidos y exigencias. El mero hecho de reconocer cierto grado de conocimiento da por supuesto su existencia, porque difícilmente podrá conocerse, mejor o peor, lo que no tiene realidad”.⁹⁷

El Derecho internacional privado ha sabido responder al reto que genera la presencia de los derechos humanos en las consideraciones jurídicas. Y al respecto, decíamos en otro momento,⁹⁸ que esa influencia sobre la estructura de la regla de conflicto puede ser difusa o, por el contrario, tratarse de una influencia fuerte y directa de los derechos humanos sobre la solución del conflicto que genera el caso multinacional. Brevemente dire-

la moralización debe realizarse a través del Derecho. La moral debe quedar fuera del poder sancionador de los órganos del Estado. Cuando se borra el límite desaparecen las más preciadas garantías de los derechos individuales”. VÉSCOVI PUPPO, Enrique, *La regla moral en el proceso civil*, Montevideo, 1959, pp. 25, 27, 28, 69. .

⁹⁷ OLLERO TASSARA, A., *op. cit.*, p. 265.

⁹⁸ SANTOS BELANDRO, R., *op. cit.*, pp. 123 y ss.

mos que, por un lado, la influencia difusa de observa en la calificación, en la selección de los puntos de contacto, en la confección de reglas de conflicto dotadas de una orientación material, en algunas reglas de aplicación inmediata y en normas internacionales sustantivas. Hoy es prácticamente imposible no tomar en consideración el interés superior del menor en los casos multinacionales, la dignidad del anciano, la igualdad formal y sustancial de derechos entre el hombre y la mujer, el principio pro-operario o a favor del consumidor, etc. Pero puede suscitarse una presencia más fuerte recurriendo a la adaptación, a la búsqueda de una equivalencia o finalmente, con la actuación del orden público internacional.

Este es el nuevo Derecho internacional que aflora en la actualidad a través de muy distintas manifestaciones. Se trata de un Derecho internacional privado de concepción privatista, que atiende como máxima prioridad el ejercicio pleno de la autonomía personal para que cada uno desarrolle sin restricciones su plan de vida como exigencia de su dignidad. Donde el Estado ha dejado su lugar de privilegio –al actuar como un verdadero gendarme en la regulación de los casos privados internacionales, proscribiendo o habilitando según su criterio– para transformarse en un Estado garantista de las aspiraciones humanas. El lugar central ha sido ocupado ya por el ser humano (hombre, mujer, niño, adulto o anciano, nacional o extranjero, inmigrante o visitante). Desde esta perspectiva entonces –nueva en nuestro desarrollo doctrinal que recién comienza a examinar la relación “Constitución-Derecho internacional privado”– es posible pensar en un reconocimiento progresivo del estrecho relacionamiento entre la Constitución, entendida como portadora de valores y de principios, y nuestra disciplina como vehículo indispensable para su plasmación sobre el plano internacional.

Al respecto y, para terminar, no podemos dejar de citar la maravillosa obra de Ricardo Luis Lorenzetti *Las normas fundamentales de Derecho privado*, donde reflexiona que:

El problema es que el Código Civil ha perdido la capacidad de presentarse como norma superior. La idea de superioridad en el mundo actual es la de sistema de normas fundamentales, que se encuentran en las *altas fuentes*: Constituciones, Tratados, principios, valores. No se trata de volver a un orden basado en un centro. Actualmente hay una visión sistemática en la que todos los puntos son iguales, necesarios, interactuantes. Las nor-

mas fundamentales constituyen una suerte de fuerza de gravedad que los mantiene unidos.

7. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Josep, *Buenos y malos. Sobre el valor epistémico de las actitudes morales y de la prudenciales*, Doxa, 1994.

ARDAO, Arturo, *Espiritualismo y positivismo en Uruguay*, México-Buenos Aires, Clásicos universitarios, 1950.

ARDAO, Arturo, *Racionalismo y liberalismo en Uruguay*, Montevideo, 2013.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (et. al.), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2011.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. *¿Debemos alegrarnos de la muerte del positivismo jurídico?*, Lima, Perú, Cultura, 2013.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *El positivismo jurídico de Norberto Bobbio*, Madrid, 1993.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Los principios generales de Derecho en el Derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Montevideo, Los principios en el Derecho administrativo uruguayo, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, *Diritto & Questione Pubbliche*, núm. 3, 2003.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*, Lima, Tolerancia, Dignidad y Democracia, 2006.

—, *Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del “coto vedado” a nivel internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 2003.

GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, La Ley, 2009.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y Juan Manuel SOSA SACIO, *La Constitución comentada*, Perú.

HIERRO, Liborio L., *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, Doxa, 1996.

HOMERO, *Odisea*, 3ª edición, Buenos Aires, Espasa-Calpe.

KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho, teoría del Derecho, dogmática jurídica*, Madrid, El pensamiento jurídico contemporáneo, 1992.

- LEIZA ZUNINO, Pablo, *El constitucionalismo del s. XXI. (Constitucionalismo, inconstitucionalidad de los actos legislativos, Estado constitucional, gobierno. Gobernabilidad-gobernanza-gobernable, resistencia constitucional*”, Montevideo, Pegasus, 2016.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, *La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Colombia, Área de Teorías del Derecho, Escuela de Derecho, Universidad EADIT, 2004.
- MÖLLER, Max. *Neoconstitucionalismo y Teoría del Derecho. La teoría neoconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*, Universidad de Burgos, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Filosofía del Derecho, 2007.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *La eterna rutina del positivismo jurídico*, Buenos Aires, El iusnaturalismo actual.
- RAMÍREZ, Carlos María. *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo, 1966.
- SAMPAY, Arturo Enrique, *La declaración de inconstitucionalidad en el Derecho uruguayo*, Montevideo, 1957.
- SANTOS BELANDRO, Rubén. *Derechos humanos y Derecho internacional privado. (Un análisis de su influencia recíproca)*, Montevideo, 2018.
- VÉSCOVI PUPPO, Enrique, *La regla moral en el proceso civil*, Montevideo, 1959.

Hemerografía

- ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 29, 2013.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP jurídica central*, núm. 3, julio, 2017.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 27, octubre, 2007.
- ATRIA, F., “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2007.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco J, “El fundamento de los derechos fundamentales”, *REDUR*, año 3, 2005.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *Alicante*, núm. 1, 2000.

- BLANCARTE, Roberto, “Les laïcités dans les Amériques”, *Openedition Journals*, núm. 146, abril-junio, 2009.
- BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa*, núm. 31, 2008.
- BULYGIN, Eugenio, “Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yesid y Ahneyenzy, CARRILLO, “La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo”, *Saber, Ciencia y Libertad*, núm. 2, vol. 6, 2011.
- CIANCIARDO, Juan, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos continúa planteando a la Filosofía del Derecho”, *Persona y Derecho*, vol. 75, 2017.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis meta teórico”, *Isonomía*, núm. 16, abril, 2002.
- DA COSTA, Néstor, *La laicidad uruguaya*, *Openedition Journals*, núm. 146 abril-junio, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, *Revista de Derecho*, UCUDAL, Montevideo, núm. 4, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”, *Doxa*, núm. 6, 1989.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, México, núm. 12, abril, 2000.
- INCHAUSTI PÉREZ, Celia y Dolys GARCÍA MARTÍNEZ, “Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal”, *Derecho y cambio social*, Universidad de Málaga, núm. 29, marzo, 2012.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto Marino, “Un hipotético conflicto ley-justicia: ¿prevalencia?”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997-1998.
- LLOREDO, Luis M., “¿Estamos ante un cambio de paradigma en la Filosofía del Derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del Estado social”, *Universitas*, núm. 19, enero, 2014.
- LÓPEZ CAMBRONERO, Marcelo, “Los derechos humanos ¿límites a la soberanía?”, *SCIO*, núm. 4, 2009.

- MARTÍNEZ PÉREZ, Amabilio, *El Derecho internacional jurisdiccional, Anales de la Universidad*, núm. 8, 1894.
- MONREAL, Susana, “Iglesia Católica en el Uruguay. Bosquejo histórico y análisis bibliográfico”, *XX Siglos*, vol. 11, núm. 46, 2000.
- NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio, “Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus dos tesis principales: Black holes & revelations”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 1, 2015.
- PARRA DE PÁRRAGA, Eleonora, “La inhumanidad de los derechos humanos a la saga de los derechos humanos”, *Razón y Palabra*, núm. 81, noviembre-enero, 2013.
- PASCUAL PLANCHUELO, Víctor C., “Reflexiones sobre el concepto de justicia”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 19, junio, 2005.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y Derecho”, *Anthropos*, núm. 49.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La fundamentación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 35, septiembre-octubre, 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La fundamentación de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 35, septiembre-octubre, 1983.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “¿Positivación de los derechos naturales para dejar atrás la polémica “iusnaturalismo-iuspositivismo”? Otro intento insuficiente en la eterna lucha por el Derecho justo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta*, núm. 1, noviembre, 2011.
- RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, “A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material)”, *Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, vol. 8, núm. 12, 2007.
- RATTI, Giovanni Battista, “Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 4, 2014-2015.
- RISSO FERRAND, Martín, “¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XVIII, 2012.

Documentos publicados en Internet

- AHUMADA, Ma. Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” de Pao-

lo Comanducci”, http://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Fundamentación de los derechos humanos: naturaleza, historicidad, subjetividad. (A propósito del cincuentenario de la Declaración Universal de la ONU)”, <http://angelduran.com/docs/Cursos/DAJDDHH16/mod04/L01-07-Fundamentacion-DH.pdf>

POOLE DERQUI, Diego. “La justicia”, *Laicismo*, https://laicismo.org/data/docs/archivo_1214.pdf