



Los derechos inherentes: una interpretación moral A propósito de la lectura formalista del artículo 173 de la Constitución de 1917

The inherent rights: a moral interpretation

With regard to the formalist reading of article 173 of the Constitution of 1917

Los direitos inerentes: uma interpretação moral

A propósito da leitura formalista do artigo 173 da Constituição de 1917

Ricardo Marquisio Aguirre

Prof. Adj. de Filosofía y Teoría General del Derecho,
Facultad de Derecho, Udelar

Resumen

La reforma constitucional de 1917 introdujo una disposición (artículo 173, actual 72) cuya interpretación dogmática predominante ha sido traducirla como la «incorporación» de los derechos humanos al ordenamiento jurídico. La ponencia tiene dos objetivos. En primer lugar, a través de un caso constitucional paradigmático, mostrar cómo el formalismo de los derechos, originado en la lectura predominante de la Carta, ha generado un debate artificial y confuso sobre cuestiones morales y políticas que tiende a ocultar su carácter normativo. En segundo lugar, proponer una interpretación moral de dicho artículo que cumpla con tres requisitos básicos: *a)* ser relevante (de acuerdo con supuestos razonables sobre la naturaleza y la normatividad del derecho); *b)* ser compatible con el desacuerdo moral sobre los derechos típicos de una sociedad pluralista y democrática, y *c)* justificar una práctica jurídica no formalista. Denomino a la interpretación propuesta *constructivismo interpretativo*, pues combina supuestos teóricos del constructivismo ético con la teoría interpretativa de Ronald Dworkin. Desde esta visión, mientras que los derechos constitucionales son convencionales, las obligaciones morales de los ciudadanos

de una democracia resultan inherentemente interpretativas, lo que determina la necesidad permanente de rediscutir los fundamentos de los derechos reconocidos.

Palabras clave: constitucionalismo, constructivismo, derecho y moral, formalismo jurídico, derechos constitucionales

Resumo

A reforma constitucional de 1917 introduziu uma disposição (art. 173, atual 72), cuja interpretação dogmática predominante foi traduzi-la como a "incorporação" dos direitos humanos ao sistema legal. O papel tem dois objetivos. Em primeiro lugar, tomando um caso constitucional paradigmático, mostramos como o formalismo de direitos, originado na leitura predominante da Carta, gerou um debate artificial e confuso sobre questões morais e políticas, que tende a esconder seu caráter normativo. Em segundo lugar, propõe-se uma interpretação moral deste artigo que atenda a três requisitos básicos: *a)* a disposição deve ser relevante (de acordo com suposições razoáveis sobre a natureza e a normatividade do direito); *b)* a disposição deve ser compatível com o desacordo moral sobre os direitos típicos de uma sociedade pluralista e democrática; *c)* a disposição deve justificar uma prática jurídica não formalista. Refiro-me à interpretação proposta pelo «constructivismo interpretativo», uma vez que combina pressupostos teóricos do constructivismo ético com a teoria interpretativa de Ronald Dworkin. Nessa perspectiva, enquanto os direitos constitucionais são convencionais, as obrigações morais dos cidadãos de uma democracia são inerentemente interpretativas, o que determina a necessidade permanente de rediscutir os fundamentos de direitos reconhecidos.

Palavras-chave: constitucionalismo, constructivismo, direito e moral, formalismo legal, direitos constitucionais

Abstract

The constitutional reform of 1917 introduced a provision (art. 173, current 72), whose predominant dogmatic interpretation has been to translate it as the "incorporation" of human rights into the legal system. The paper has two aims. First, taking a paradigmatic constitutional case, show how the formalism of rights, originated in the predominant reading of the Charter, has generated an artificial and confusing debate on moral and political issues, which tends to hide its normative character. Second, a moral interpretation of this article is proposed that meets three basic requirements: *a)* the provision must be relevant (in accordance with reasonable assumptions about the nature and normativity of the law); *b)* the provision must be compatible with the moral disagreement about the rights typical of a pluralistic and democratic society; *c)* the provision must justify a non-formalist legal practice. I refer to the proposed interpretation as «interpretative constructivism», since it combines theoretical assumptions of ethical constructivism with the interpretative theory of Ronald Dworkin. From this perspective, while constitutional rights are conventional, the moral obligations of the citizens of a democracy are

inherently interpretative, which determines the permanent need to rediscuss the foundations of recognized rights.

Keywords: constitutionalism, constructivism, law and moral, legal formalism, constitutional rights

1. Introducción

Según el artículo 173 de la Carta de 1917, «la enumeración de derechos 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».¹ Cuando una reforma introduce una disposición como el actual artículo 72, resulta intuitivo valorar el cambio constitucional como positivo y relevante. Todos preferimos tener más derechos antes que menos; todos queremos tener la mayor cantidad posible de derechos. En ese entendido, declarar no excluidos de la protección constitucional a todos los derechos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno parece ser una solución definitiva al problema de la justificación moral del orden jurídico. Tras ese movimiento tan significativo, ¿qué otro avance podría ser concebible hacia un Estado con institucionalidad óptima en términos de justicia y democracia?

Hay, sin embargo, algunos problemas generados por esta solución que pretendo abordar desde una lectura de la disposición que denomino *moral*, lo que implica considerarla como un enunciado de justicia abstracto. La lectura moral es pertinente en cuanto la normatividad del derecho depende, en última instancia, de su justificación moral. Pretender autonomizar el razonamiento jurídico desemboca de modo inevitable en prácticas formalistas y discusiones artificiosas, fundadas —paradójicamente— en la mención de principios morales y derechos humanos. Por otra parte, si se deja de lado el formalismo dogmático, evitar el escepticismo hacia los derechos constitucionales requiere proponer una lectura que, desde una caracterización plausible de la relación entre el punto de vista moral y el jurídico, dé cuenta del modo en que resulta relevante una declaración de derechos. La lectura moral —por contraposición a una interpretación dogmática— parte del carácter abstracto e inherentemente controversial de las cláusulas constitucionales que refieren a derechos, al tiempo que les asigna el estatus de enunciaciones de justicia que deberían ser justificadas de modo coherente.²

2. Algunos supuestos morales sobre la normatividad jurídica

Damos por sentado que los individuos tienen razones para seguir ciertos cursos de acción antes que otros, es decir, que es falso el escepticismo normativo. También, que dentro del universo de razones que las personas tienen, algunas son morales. Las razones morales pueden ser caracterizadas por el reconocimiento de los intereses de los otros en términos de imparcialidad, reciprocidad, publicidad y

neutralidad al agente (Marquisio, 2017); son autónomas, en el sentido de que si alguien reconoce la autoridad del punto de vista moral, una vez identificada una razón moral concluyente no existe un criterio superior de actuación ni necesidad ulterior de justificación de la conducta (Blackford, 2016).

Si se acepta que hay genuinas razones morales, determinar el estatus de las razones jurídicas —en términos básicos, las que proveen instituciones como la legislatura o los tribunales, y se identifican en dichos contextos u otros que los toman como referencia— es complejo. Al ser la moral una autoridad última, ¿en qué sentido las exigencias normativas del derecho podrían proporcionar alguna justificación adicional? ¿Para qué las necesitamos si ya tenemos a la moral?³

En este sentido, las reglas jurídicas que proporcionan criterios concretos de actuación —aunque afectados por una inevitable vaguedad— poseen, al menos, una justificación instrumental evidente, pues resuelven problemas de indeterminación y coordinación inevitables en la vida civilizada. Aunque todos estemos de acuerdo con que la salud es un bien básico, es seguro que tendremos discrepancias en la importancia relativa que le damos con relación a otras cosas que también valoramos, acerca de los cursos de acción concretos que requiere asegurar una cobertura de salud a las personas con quienes compartimos el mundo social y sobre la mejor forma de compatibilizar esas acciones con aquellas imprescindibles para asegurar otros bienes también necesarios (Raz, 1999).

Considerando a la salud como uno de los bienes que más apreciamos, las instituciones jurídicas nos posibilitan construir un plan maestro para distribuir las prestaciones que su satisfacción requiere y, al mismo tiempo, compatibilizarlo con los planes relativos a otros bienes de valor social. El plan incluye cuestiones tales como la identificación de quienes tienen derechos y obligaciones a prestar y recibir servicios de salud, el contenido de esas prestaciones y los mecanismos de asignación de recursos para cubrirlas. Los restantes bienes sociales, como educación, vivienda y seguridad, también requieren planes de complejidad similar. Ninguno de estos planes sería posible sin la cooperación a través de reglas autoritativas, perentorias y con fuerza justificativa independiente de su contenido. (Sobre el derecho como un instrumento de planificación de la acción colectiva, Shapiro, 2011.)

Sin embargo, los contenidos del discurso jurídico no se agotan en reglas como las antes referidas. Existen innumerables menciones a razones de diverso tipo que no pueden entenderse en ese sentido porque no tienen origen en hechos de las fuentes sociales —sentencia, legislación o costumbre— o porque no puede reconocerse en ellas —al menos, de modo evidente— las pretensiones de autoridad, perentoriedad e independencia de contenido que hacen a su justificación instrumental. (Sobre los distintos sentidos en que se pueden entender los principios jurídicos, Guastini, 1999.)

Esto no es de extrañar si aceptamos que la normatividad jurídica carece de autonomía y presupone la objetividad moral.⁴ El derecho no es, en este sentido, como el juego de ajedrez, donde ninguna consideración moral podría hacer que el peón tuviera la movilidad de la torre o el jaque mate no acabara con la partida. Por ser el derecho justificable, por su condición de instrumento de la agencia moral, va de suyo que será permeable a razones que podrán justificar el que sus reglas sean desaplicadas, excepcionadas o modificadas.

Ejemplos de apertura a la búsqueda de razones a partir de argumentos evaluativos, prevista por la propia institucionalidad jurídica, son las constituciones que incluyen menciones a principios morales vagos y abstractos, expresos o, como en caso del artículo 72 actual, innominados, y que autorizan a los jueces a declarar la existencia de derechos que prevalezcan en ciertos casos sobre las soluciones legislativas preestablecidas.

3. La interpretación corriente: incorporación y formalismo jurídico

Desde hace décadas, el artículo 72 de la Carta ha sido interpretado como una positivización de la «esencia ideológica del jusnaturalismo clásico» o «las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista» (Real, 1958:18).⁵ Desde esta lectura se mencionan los derechos como «contenidos implícitos» de preceptos constitucionales positivos (Cajarville, 2007:384), cuya prueba más contundente sería el reconocimiento en tratados internacionales (Cajarville, 1996). La conjunción de ambos términos significa que, de acuerdo con la enunciación de la Carta, pasan a integrar el ordenamiento jurídico uruguayo un conjunto de prescripciones constitucionales no expresamente formuladas pero de contenido —al menos parcialmente— determinado. Se trata de una «incorporación», como contenidos morales, al ordenamiento jurídico de un conjunto de derechos que «derivan» de la «persona humana». La tesis de la incorporación supone que, al introducir esta disposición, el constituyente de 1917 estableció un régimen de reforma constitucional permanente por adición: declarado un nuevo derecho como inherente a la persona humana, este pasa a estar dotado de rango constitucional (Risso, 2006:541).

La consecuencia de esta interpretación es que el derecho estaría determinado en un número de casos muy superior a aquellos en los que resulta de aplicación una regla legislativa más o menos clara; y también que en casos donde en principio serían de aplicación reglas más o menos claras de rango legislativo o inferior,⁶ la solución constitucionalmente determinada afectaría dichas regulaciones, al tornarlas inválidas o no aplicables.

A los efectos del análisis voy a denominar a esta lectura *interpretación corriente*.

La interpretación corriente tiene algunas implicancias que no deberían pasar desapercibidas.

En primer lugar, si la idea de *incorporación* se entiende al pie de la letra, los derechos derivados de la persona humana pasan a ser reglas con contenido preestablecido aunque no enunciado; por esa razón, dejan de integrar el universo de estándares morales, cuya existencia es argumentativa y su criterio de identificación, de puro contenido. En sentido estricto, no sería posible una incorporación sin pérdida de fuerza normativa: la propia obligatoriedad de los derechos humanos incorporados pasa a ser dependiente por completo de las formas institucionales en que se expresa el derecho positivo (legislación, jurisprudencia, costumbre, pactos internacionales). Esto habilita a que los operadores puedan invocar que «aplican» lo previsto por los enunciados institucionales que incorporan derechos. Se evita así el lenguaje normativo para dilucidar lo que la justicia requiere, dando interpretación dogmática a las enunciaciones abstractas a la hora de resolver sobre reivindicaciones de derechos. De esa manera, los operadores pueden eludir la argumentación moral abierta en los casos difíciles, asumiendo —en general, en forma inadvertida— el costo de renunciar a una justificación plena de las proposiciones jurídicas sobre derechos, que solo es posible cuando se presentan como conclusiones de un genuino razonamiento práctico.⁷

En segundo lugar, la adopción de la interpretación corriente tiende a transformar el razonamiento jurídico en formalista.

Una nota conceptual del derecho moderno es que se formula de modo lingüístico y se reconoce primariamente a partir de textos. Por ende, las formas juegan un papel constitutivo en la práctica jurídica. Si no existieran criterios formales para la creación, el reconocimiento y la aplicación de normas, la mera idea de un orden jurídico resultaría imposible. Cualquier teoría que pretenda dar cuenta de la naturaleza y normatividad del derecho tiene que atender a este fenómeno.

El formalismo aparece entonces como la visión extrema respecto de un fenómeno necesario: la forma institucional del derecho. La posibilidad de que una sociedad sea regulada jurídicamente requiere aceptar la idea de que el derecho moderno vale por ser la declaración de voluntad de alguien y no exclusivamente por las razones de mérito que pudieran encontrarse para actuar en determinado sentido. La forma del derecho permite distinguir entre el acto de declaración de voluntad y el acto de decidir conforme a una voluntad ya declarada. Esto requiere instituciones que puedan asegurar la sujeción del juez a la ley, aunque esta no pueda prever todas las situaciones de su aplicación (Atria, 2016:124-125).

Sin embargo, el formalismo no consiste en la mera atención a las formas del derecho y puede caracterizarse según dos notas fundamentales: *a)* el derecho está racionalmente determinado, en el sentido de que la clase de razones jurídicas legítimas disponibles para que los jueces resuelvan los casos justifica un solo resultado en todos o casi todos ellos, y *b)* la adjudicación judicial es autónoma con respecto a otras clases de razonamiento, lo que significa que los jueces pueden, casi siempre, alcanzar la decisión que el orden requiere sin recurrir a estándares normativos no jurídicos (de filosofía moral y política) (Leiter, 2010).

Como corolario de lo anterior, en la decisión judicial no queda espacio para valoraciones alternativas, y las del propio juez no pueden ser determinantes del contenido de la decisión correcta, pues esta solo puede recoger la solución objetivada y predeterminada que proporcionan las reglas jurídicas (García Amado, 2012).⁸

Más allá de las particularidades de los formalismos históricamente existentes,⁹ lo relevante aquí es que el formalismo implica una postura de evitación sobre el problema de la objetividad moral. Sostener la plena determinación del derecho a partir de las reglas generales del sistema jurídico impide percibir a la tarea decisoria del juez como un tipo de acción moral. Se asume que las reglas permiten autonomizar por completo la cuestión a resolver, despojarla de la totalidad de sus aristas controversiales y concebirla como libre de apreciaciones subjetivas, y se asume también que lo valorativo se agota en los motivos que subyacen a la creación de las reglas generales por parte de legisladores, jueces o administradores.

La visión formalista del derecho es la versión extrema de la *tesis de la autonomía*, según la cual la existencia, el contenido y la fuerza práctica de las normas relevantes para el razonamiento jurídico son determinados por criterios que no incluyen referencia alguna a consideraciones morales (de moralidad política) y, por tanto, la totalidad del razonamiento jurídico puede desplegarse sin necesidad de argumentos morales (Postema, 1996:80).

El formalista reclama que el derecho permite aislar ciertas razones en el dominio práctico en el que carecerían de valor las consideraciones morales de sus destinatarios a los efectos de resolver las cuestiones reguladas jurídicamente. El razonamiento jurídico es completamente aislacionista y, por ende, las formas del derecho determinan por completo el contenido de la adjudicación.

Una visión aislacionista enfrenta, de acuerdo con Postema, dos objeciones relevantes.

La primera es que presupone al legislador en una posición neutral relativa a las visiones morales y políticas que están en conflicto en los problemas que la ley pretende resolver. En las sociedades

pluralistas, los legisladores no pueden ser concebidos como expertos en conflictos sociales, sino como individuos que inevitablemente toman parte en ellos, como cualquier otro grupo de la sociedad. En una sociedad compleja y plural, las personas discrepan no solo sobre los medios para alcanzar fines socialmente deseables, sino también sobre los propios fines a alcanzar. Por tanto, no hay una forma plausible de concebir la experticia para caracterizar la función legislativa.

La segunda objeción radica en que excluida la posibilidad de que el legislador se legitime como experto, la única justificación posible de una propuesta de ley depende del modo en que esta se conecte con la justicia u otros valores de moralidad política. Sería irrazonable que en virtud de las trascendentes diferencias de visiones morales y políticas que separan a los individuos, cada uno pudiera esperar que el derecho recogiera consistentemente la totalidad de sus propias visiones en estas materias. Sin embargo, sí es razonable esperar, al menos mínimamente, que las leyes no vayan, de forma regular y sistemática, contra las propias visiones de cada uno. La única solución sería que las leyes pudieran interpretarse como perseguidoras de un programa coherente de moralidad política; pero no cualquier programa, sino uno al que los jueces tengan razones para seguir, y para ello resulta imprescindible que evalúen moralmente las normas jurídicas. En este contexto, la estrategia de aislamiento, que atribuye al derecho la proscripción de esa evaluación, hace imposible un presupuesto de la propia legitimidad del sistema (Postema, 1996:107-109).

En tercer lugar, la interpretación corriente multiplica la atribución constitucional de derechos al punto de hacer inevitable una visión conflictivista de ellos. La teoría conflictivista supone renunciar a una lectura coherente de las pretensiones de derechos que exige indagar en sus fundamentos y discutir su armonización con los diferentes bienes públicos. También, adoptar un sistema irracional de solución de controversias que no distingue entre pretensiones erróneas y ejercicios legítimos de derechos, con la paradójica implicancia de que los Estados constitucionales serían aquellos donde se violaran con mayor frecuencia los derechos (Toller, Fernández y D'Elía, 2012).

4. Un caso paradigmático

Por sentencia 396/2016,¹⁰ la Suprema Corte de Justicia falló en mayoría declarando la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2.º de la ley 18.335. Dicha disposición establece que

todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública (MSP) e incluidos por este en el formulario terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización.

Por dicho fallo, la Corte hizo lugar al excepcionamiento del actor en un proceso de amparo contra una resolución que le negaba un medicamento excluido del formulario terapéutico. Según la interpretación defendida por la Corte, la norma atacada es inconstitucional por exigir que los medicamentos cuya

obligación de proporcionar pesa sobre el Estado sean aquellos que el propio MSP incluya en el denominado «formulario terapéutico de medicamentos».

Entre los argumentos expuestos por la Corte, la idea de que la salud es un derecho absoluto es presentada como concluyente. Al respecto, dice la sentencia:

El derecho a la salud, expresamente reconocido en el artículo 44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este sentido, el derecho a la salud podría considerarse, conjuntamente con la vida, uno de los derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible.

El artículo 44 de la Carta citado establece:

El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

El razonamiento de la sentencia puede ser reconstruido de esta manera:

1. El artículo 44 de la Carta reconoce el derecho a la salud.
2. El derecho a la salud es absoluto y, por tanto, no puede ser limitado —no es aceptable o reconocible ninguna intención limitativa— por vía legislativa ni por vía reglamentaria. Deben desaplicarse, por inconstitucionales, todas las normas de rango legislativo que directivamente o por delegación reglamentaria limiten el derecho a la salud.
3. En consecuencia, debe desaplicarse, por inconstitucional, el artículo 7, inciso 2.º de la ley 18.335, en cuanto habilita a limitar por vía reglamentaria el derecho a la salud.

El razonamiento es un ejemplo evidente de formalismo. Se basa en la sola mención del artículo 44 al deber del Estado de legislar en materia de salud y de proporcionar medios de atención a indigentes de recursos y carentes de medios. Así, concluye la existencia de un derecho absoluto a la salud. No hay, propiamente, argumentación moral de respaldo para esa conclusión, excepto por la mención a que su instrumentalidad respecto del derecho a la vida es indiscutible, lo que resulta contradictorio con la propia idea de *derecho absoluto*.

Un derecho es un interés protegido en el contexto de una relación social o de un conjunto de relaciones sociales, y deriva de una obligación atribuida a aquel con quien el titular del derecho se relaciona. En ese sentido es inconcebible hablar de derechos absolutos: los derechos solo valen en el contexto de relaciones específicas. Por ejemplo, el derecho a la vida —en su clásica versión negativa— es quizás el más amplio que pueda concebirse, ya que todos, por el solo hecho de ser seres humanos, estamos obligados a respetar la vida de los demás; pero no vale en algunos contextos específicos —legítima

defensa, estado de necesidad, ejecución legalmente establecida—, por lo que no tiene sentido considerarlo absoluto.

El derecho a la salud forma parte de los denominados *derechos económicos y sociales* o *derechos de bienestar*, cuya contrapartida la constituyen deberes imperfectos: un complejo de obligaciones referidas a prestaciones que deben especificarse y que pueden ser más o menos amplias. El cumplimiento de esas prestaciones puede ser eficiente o ineficiente; su éxito o fracaso depende de cómo sean organizadas y articuladas con las prestaciones exigidas para satisfacer otros derechos (O'Neill, 2009). Sobre el contenido concreto de esas prestaciones, la importancia relativa de los diferentes tipos de derechos sociales y los medios para realizarlos, hay indudables desacuerdos en cualquier comunidad organizada; constituye responsabilidad moral de sus ciudadanos resolverlos, lo que plantea un complejo problema de acción colectiva.

¿Cómo podríamos concebir un derecho absoluto a la salud con la implicancia de que ninguna prestación médica pueda ser limitada por razones económicas, según lo afirma la sentencia en cuestión?

En primer término, la salud no puede ser *uno* de los derechos absolutos; solo podría entenderse como el *único* derecho absoluto, ya que el carácter absoluto de un derecho implicaría la subordinación instrumental al él de todos los demás. Eso incluiría no solo los demás derechos sociales, sino también derechos liberales y democráticos como la libertad de expresión y el voto.

Segundo, todos los recursos de la sociedad se deberían dirigir prioritariamente a la salud y en ningún caso a las restantes necesidades colectivas. Habría una prioridad lexicográfica de la salud sobre todo los demás intereses de las personas. Solo una vez alcanzados los estándares de salud más altos concebibles —por ejemplo, los tratamientos experimentales más costosos y de incierto resultado, disponibles en cualquier parte del mundo— podría la sociedad pasar a considerar problemas de vivienda o seguridad pública. Cualquier mejora marginal en la salud sería preferible a una mejora significativa en las demás necesidades colectivas.

Una sociedad así tendría evidentes dificultades para obtener recursos que permitieran cumplir con los restantes requerimientos de sus habitantes, lo que llevaría a un pobre desempeño en proporcionarles bienestar general. Incluso es dable conjeturar que para mantener una distribución tan irracional de los recursos sería necesario recurrir a la censura, la represión y, en última instancia, la supresión de la decisión colectiva democrática.

El ejemplo muestra por qué es imposible justificar —concebir, siquiera— la existencia de un derecho absoluto a la salud. Para que una sociedad sea viable, todos los derechos tienen que ser objeto de consideración, planificación y, de modo inexorable, limitación.¹¹ En una sociedad autocrática, un dictador o un conjunto de dictadores definirían, considerando el conjunto de las necesidades sociales, el estándar de prestaciones de salud que corresponde a todos los miembros de la sociedad; en una sociedad democrática, ello es responsabilidad del conjunto de los ciudadanos, por lo que debería ser materia de deliberación y votación.¹²

El ejemplo también muestra que concebir la salud como derecho absoluto no sería justificable desde un razonamiento de moral política, esto es, no se trata de una propuesta defendible en términos de su contribución al bien común y la justicia de las instituciones.

Más allá de su impacto retórico, afirmar que la salud es un derecho absoluto no constituye, por tanto, un argumento de justicia o moral política; se trata, por el contrario, de una afirmación formalista que presume la posibilidad de prescindir de la justificación moral. Según el argumento, un texto constitucional que ha «incorporado» un derecho absoluto tendría la implicancia de determinar el derecho del caso, esto es, la invalidez de una regulación legislativa, por ser «limitativa», sin necesidad de discutir la pertinencia sustancial (¿es la limitación aceptable en términos de justicia?), procedimental (¿quien la realiza debería tener la última palabra en la cuestión?) e interpretativa (¿cómo ha actuado esta autoridad antes?) de la regulación. En casos como este, el rol del juez pasa a ser meramente el de «la boca que emite las palabras de la Constitución», en un giro de 180 grados con respecto a la —justamente— denostada exégesis decimonónica.

5. Alternativas: escepticismo constitucional y constructivismo interpretativo

Planteados los problemas de la concepción corriente, dogmática y formalista de los derechos constitucionales, considero de forma somera dos alternativas: una teoría del error (escéptica) y otra interpretativa (constructivista).

Una lectura escéptica del artículo 72 de la Carta partiría de la distancia insalvable entre lo que el texto enuncia y los presupuestos de su enunciación. Tomaría por válida la interpretación corriente en el sentido de que, al introducir dicha disposición, los constituyentes pretendieron en efecto la incorporación al orden jurídico de los derechos inherentes a la persona humana; pero constataría, sin embargo, que tal incorporación es inconcebible por incompatible con: 1) los supuestos sobre la normatividad del derecho mencionados (la moral no se «incorpora» al derecho); 2) el desacuerdo moral fundamental característico de nuestras sociedades (no hay un *set* prefijado de derechos humanos, con contenido preciso, que esté más allá de las distintas concepciones de justicia social), y 3) las exigencias de una práctica jurídica no formalista (concebir al razonamiento jurídico con una autonomía tal que elimine toda consideración valorativa y suponga entender completamente predeterminado el derecho en los casos constitucionales).

La consecuencia sería un escepticismo del error sobre los derechos constitucionales: la intención del constituyente fue incorporar los derechos derivados de la persona humana al orden jurídico, pero resulta una intención fallida por ser su realización imposible.¹³ La pretensión de los autores de la Constitución, basada en dicho error fundamental, sería la causante de la práctica formalista. Una vez identificado el error, la consecuencia sería aceptar que las menciones explícitas o implícitas de derechos no inciden en la solución de los casos constitucionales, lo que los libra a la completa discrecionalidad de los jueces.

Una alternativa no escéptica buscaría reconstruir la intención del constituyente en términos de superar las tres objeciones anotadas, esto es, proporcionando razones para rechazar tanto la interpretación corriente como el escepticismo sobre los derechos constitucionales.

Voy a plantear aquí, en cuatro tesis, una aproximación que denomino *constructivismo interpretativo*, en tanto se basa en el constructivismo ético¹⁴ e incorpora el supuesto de Dworkin de que la relación entre

el derecho y la moral no es de separación ni inclusión, sino el resultado de una práctica interpretativa cuyo objeto sería la configuración institucional del punto de vista moral (Dworkin, 2011).

Una objetividad moral constructivista es compatible con la idea de que el derecho puede estar dotado de fuerza normativa, y también con la existencia de un desacuerdo moral fundamental sobre múltiples cuestiones de la vida social. Cuando ciudadanos, legisladores y jueces razonan sobre si deben crearse o no nuevos derechos en base a los convencionalmente identificables, están, desde la óptica constructivista, discutiendo acerca de la configuración institucional del punto de vista moral, lo que significa apelar a sus responsabilidades morales asociativas más básicas, como el principio de igual respeto y consideración postulado. Por tanto, la justificación moral constructivista, derivada de los propios compromisos normativos fundamentales de los agentes y no de hechos externos o independientes de la mente, cuando se aplica a la moral institucional, es acorde a una estrategia basada en la integridad para la interpretación constitucional de los enunciados vagos y abstractos. En general, la integridad requiere que los jueces, abogados y ciudadanos, al contestar las preguntas morales, no ignoren las respuestas que otros —en particular, los jueces— han dado en el pasado y que expresan el compromiso de la comunidad con determinados estándares. El constitucionalismo no requiere que el intérprete conteste las preguntas relativas a los derechos a través de un puro ejercicio filosófico, buscando sus propias respuestas, sino a través de una reconstrucción de la historia y de los precedentes que lo lleve a determinar cuál es nuestra —la comunitaria— respuesta constructiva, de acuerdo, en general, con los mejores criterios valorativos que se ajustan a lo decidido en el pasado (Dworkin, 2006:122-125).

PRIMERA TESIS. *La moral es, conceptualmente, el conjunto de razones que todo agente tiene para actuar y que son diferenciables del autointerés* (Raz, 2009). Por lo anterior, no puede haber enunciados institucionales que, por la mención de principios vagos y abstractos, proporcionen a los agentes morales razones que estos no eran ya capaces de reconocer apelando a la argumentación práctica. Los enunciados constitucionales indeterminados, como el artículo 72, no crean por sí mismos derechos —sin una identificación específica de las fuentes sociales— porque no resuelven el problema de incerteza con que se encuentran los agentes morales al discrepar sobre las diferentes propuestas de derechos.

SEGUNDA TESIS. *La Constitución incluye, en diversas disposiciones, la opción de regular la interacción social a partir de derechos*. La posibilidad de esas regulaciones requiere diferenciar entre *derechos* y *propuestas de derechos*. Si los derechos necesitan una identificación convencional, establecerlos constituye un requerimiento moral de las instituciones jurídicas. El establecimiento de derechos en una comunidad exige identificaciones externas —legislativas o jurisprudenciales— a los obligados, porque aunque cada agente moral es capaz de reconocer sus propias obligaciones, puede rechazar una concreta atribución de obligación que le hace un tercero; y también a los beneficiarios, pues cada agente moral es capaz de formular pretensiones de derechos que los presuntos obligados pueden desconocer. Las instituciones resuelven qué obligaciones y derechos efectivamente tenemos, actuando como árbitro del desacuerdo sobre las distintas propuestas de derechos.

TERCERA TESIS. *La Constitución realiza otra opción, que se expresa en el uso del giro «no exclusión de derechos inherentes»: dirige a los agentes morales a buscar en los derechos establecidos los fundamentos para establecer convencionalmente nuevos derechos*. Los derechos convencionalmente establecidos pueden

entenderse como la expresión de una visión —entre distintas posibles— de las obligaciones que para los distintos miembros de la comunidad implican los requerimientos de la persona humana.

CUARTA TESIS. *El ámbito más apto para establecer los contenidos obligacionales implicados por el respeto a la persona humana es, ante el desacuerdo moral imperante en las sociedades plurales, la decisión democrática, y su expresión más significativa, la legislatura* (Marquisio, 2014). Sin embargo, los propios ciudadanos, al sancionar y mantener regulaciones constitucionales como el artículo 72, realizan una tercera opción relevante: conferir poder a los jueces para que se aparten de las intenciones legislativas que puedan identificar y creen nuevos derechos, en cuanto su argumentación permita concluir que las reglas legislativas desconocen, de modo ostensible, los fundamentos de los derechos vigentes (creados por decisiones anteriores).

Plantear la necesidad de que el apartamiento sea ostensible significa reconocer la relevancia de la potestad del legislador democrático de dar forma al mundo social, estableciendo regulaciones jurídicas que originen nuevos derechos (Waldron, 1995). Solo ante la incompatibilidad evidente entre la decisión legislativa y los fundamentos de los derechos convencionales establecidos es que el juez debería actuar creando nuevos derechos. Las obligaciones morales de los ciudadanos y sus representantes son interpretativas, y la delegación a un tercero —el juez— para que dirima la cuestión de qué derechos deberían establecerse partiendo de la noción de persona humana implica que este también decidirá de modo interpretativo.

De la combinación de estas cuatro tesis surge la siguiente lectura moral interpretativa del actual artículo 72 de la Constitución: una disposición como este artículo supone una autorrestricción de los ciudadanos en su autoridad para dar forma al mundo social común e implica otorgar a los jueces la potestad de modificar, excepcionar o desaplicar regulaciones, creando nuevos derechos, cuando concluyen que la regulación que deberían aplicar vulnera los fundamentos de los derechos actualmente vigentes.

La lectura propuesta supera las objeciones a la interpretación corriente.

En primer lugar, la mención de los derechos no previstos expresamente por la constitución resulta, en esta lectura, relevante y no trivial. La acción del constituyente de 1917 y sus sucesivas ratificaciones hacen una diferencia en el mundo jurídico y moral; no remiten a la pura discrecionalidad judicial, sino que obligan al decisor a diferenciar sus creencias morales, relativas a las implicancias del valor de la persona humana, de aquello que una argumentación interpretativa sobre la historia jurídica de la comunidad permite concluir acerca de los fundamentos de los derechos ya establecidos.

En segundo lugar, la lectura es compatible con el desacuerdo moral fundamental que caracteriza a sociedades como la nuestra. Al resolver adoptando como norma «la no exclusión de los derechos no mencionados expresamente en la Carta», los jueces no están llamados a «aplicar» una determinación constitucional previa ni a acudir a «hechos morales independientes de la mente» que justificarían una única determinación (y que harían irrelevante cualquier mención constitucional de derechos y principios morales); pero tampoco se pretende que resuelvan libremente según su propio criterio. Desde esta óptica, los jueces, al igual que los legisladores, pueden ser concebidos como delegados de los ciudadanos, y su justificación para el establecimiento de los derechos es la persistencia del desacuerdo moral ante la necesidad de adoptar decisiones públicas en condiciones institucionales deficitarias o no ideales. (Sobre las condiciones democráticas no ideales, Waldron, 2006.)

En tercer lugar, la lectura que propongo es incompatible con una práctica jurídica formalista. No puede entenderse que los jueces aplican un derecho predeterminado al caso cuando, fundándose en el artículo 72, deciden modificar regulaciones anteriores y establecen así nuevos derechos. Aquí, la única justificación de la solución judicial radica en sus argumentos sustanciales, que deberían ser conclusivos en cuanto que determinada solución legislativa es incompatible —más allá del desacuerdo razonable— con los fundamentos de los derechos antes establecidos.

Tomando como ejemplo el caso propuesto, una lectura moral no se basaría en la existencia predeterminada por la Carta de un derecho a la salud absoluto que exige determinar si cierta regla legal constituye una limitación de lo ilimitable; en su lugar, el intérprete tomaría como datos: 1) que es un interés básico de todas las personas contar con prestaciones de salud apropiadas para enfrentar enfermedades, y 2) que nuestra Constitución establece para todos una responsabilidad conjunta de atender estos intereses.¹⁵ A partir de esos supuestos, el intérprete debería indagar qué estándares de prestaciones médicas nos hemos asignado recíprocamente los uruguayos por distintas decisiones legislativas y administrativas, para luego preguntarse si la posibilidad de excluir un medicamento concreto viola ese estándar. ¿Ha sido reconocido el derecho a usar ese medicamento por otros órganos estatales o por otros prestadores de salud? ¿Han sido reconocidos otros de costo y efecto comprobado similares? Solo al realizar juicios como estos puede establecerse si un derecho concreto a la salud —esto es, a un cierto conjunto de prestaciones médicas de acuerdo con el estándar vigente en la comunidad— ha sido afectado.

6. Conclusiones

Las enunciaciones constitucionales abstractas de derechos no pueden entenderse como soluciones predeterminadas a los conflictos morales. Más allá de esas enunciaciones, tanto el contenido de los derechos como la valoración moral del orden vigente y su fuerza normativa resultan cuestiones abiertas en las que la opinión de cada uno de los miembros de la asociación política resulta, ante la discrepancia, un parámetro válido de justificación que hace necesaria la intervención externa de las instituciones que arbitran entre las distintas propuestas de derechos. La lectura propuesta del artículo 72 de la Carta compatibiliza una visión moral objetivista con la posibilidad de dotar relevancia a las acciones institucionales de los constituyentes, las que resultan en la vigencia de declaraciones de principios y derechos vagos y abstractos. Al mismo tiempo, permite evitar las implicancias formalistas para la práctica jurídica a las que suele conducir la interpretación corriente de esas menciones.

Referencias bibliográficas

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

- Blackford, R. (2016). *The mystery of moral authority*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- Cajarville, J. (1996). «Reflexiones sobre los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya». En *Estudios jurídicos en homenaje a Alberto Ramón Real* (475-499). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- (2007). *Sobre Derecho Administrativo* (tomo 1). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ciacciardo, J. y Zambrano, P. (2015). «Para qué sirve el derecho si incorpora a la moral». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (2), 615-648.
- Doyle, O. (2009). «Legal Positivism, Natural Law and Constitution». *Dublin University Law Journal*, 31, 206-227.
- Dworkin, R. (1997). *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.
- (2006). *Justice in Robes*. Cambridge (Massachusetts): Belknap Press.
- (2011). *Justice For Hedgehogs*. Cambridge (Massachusetts): Belknap Press.
- Finnis, J. (2002). «Natural Law: The Clasical Tradition». En J. Coleman y S. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (1-60). Nueva York: Oxford University Press.
- García Amado, A. (2012). «Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho». *Eunomía*, 3, 13-43.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Leiter, B. (2010). «Legal formalism and legal realism. What is the issue». *Legal Theory*, 16 (2): 111-133.
- Mackie, L. (1977). *Inventing Right and Wrong*. Penguin Books.
- Marquisio, R. (2014). *Una teoría normativa de la democracia. La agencia colectiva como ideal regulativo*. Montevideo: Udelar, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- (2015). «Teoría del derecho y filosofía moral». *Revista de la Facultad de Derecho*, 38, 135-160.
- (2016). «Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional». V Encuentro Internacional de CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito). Recuperado de <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/25ph1zi5/pjRqS74QN21B9Y7o.pdf>. Fecha de consulta: 11/04/2018.
- (2017). «El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico». *UNA, Revista de Derecho*, 2. Recuperado de <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>. Fecha de consulta: 11/04/2018.
- O'Neill, O. (2009). «The Dark Side of Human Rights». En T. Christiano y J. Christman (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy* (425-436). Malden: Wiley-Blackwell.
- Postema, G. (1996) «Law's Autonomy and Public Practical Reason». En R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (78-118). Nueva York: Oxford University Press.
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Nueva York: Oxford University Press.
- (2009) *Between Authority and Interpretation*. Nueva York: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Real, A. (1958). «Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya». *Revista de Derecho Público y Privado* (40), 195-247.
- Risso, M. (2006). *Derecho constitucional*. Tomo I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. Cambridge (Massachusetts): Belknap Press.
- Sarlo, Ó. (2011). «Derechos, Deberes y Garantías implícitos en la Constitución Uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho». En C. Vázquez (comp.), *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo* (1069-1099). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Street, S. (2012): «Coming to Terms with Contingency: Humean Constructivism about Practical Reason». En J. Lenman y Y. Shemmer (eds.), *Constructivism in Practical Philosophy* (40-59). Oxford: Oxford University Press.

Tamanha, B. Z. (2010). *Beyond the Formalist Realist Divide. The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press.

Toller, F.; Fernández Santander, A. y D'Elía, D. (2012). «Justicia en la toma de decisiones y discrecionalidad estatal. La armonización de derechos y bienes públicos mediante un análisis de razonabilidad a partir de un caso de vacunación obligatoria». *Persona y Derecho*, 66, 109-146.

Waldron, J. (1995). «The Dignity of Legislation». *Maryland Law Review*, 54, 633-635.

— (2006). «The Core Case Against Judicial Review». *The Yale Law Journal*, 115, 1345-1406.

Notas

¹ Este trabajo se centra en la referencia del actual artículo 72 a los derechos inherentes a la persona humana. Para una lectura más amplia de la disposición que analice el modo en que ella recoge la tensión entre el liberalismo y el republicanismo como distintos ideales de filosofía política, ver Sarlo, 2011.

² La propuesta de una lectura moral de la Constitución es desarrollada en Dworkin, 1997.

³ Un resumen del problema general de la relevancia del derecho a partir de la aceptación de una moral objetiva puede encontrarse en Cianciardo y Zambrano, 2015.

⁴ Con relación al modo en que la teoría jurídica contemporánea converge en una visión no autónoma (dependiente de la moral) de la normatividad jurídica, ver Marquisio, 2015.

⁵ La alegación de que el artículo 72 de la Constitución introduce una regulación jusnaturalista tiende a contraponer la visión de los derechos inherentes con el positivismo jurídico. Esto es erróneo en doble sentido. Por un lado, quienes afirman que se requieren enunciados de las fuentes sociales para introducir principios morales al ordenamiento están aceptando una de las tesis más características del positivismo clásico: la validez jurídica de una proposición de derecho no depende de su contenido moral (Doyle, 2009:217-218). Por otro lado, para los jusnaturalistas es equivocado suponer que los jueces necesitan el «permiso» de las fuentes sociales para hacer valer los derechos humanos, como plantea el incorporacionismo. El derecho, en tanto guía racional de la conducta, es considerado por dicha tradición teórica como dotado de una doble condición: 1) normas autoritativas que provienen de decisiones pasadas de las autoridades de la comunidad organizada, y 2) razones destinadas a la deliberación práctica de los agentes humanos que pretenden actuar —justamente— de acuerdo con el derecho. Cuando las reglas de las fuentes sociales son moralmente defectuosas —al menos a partir de cierto grado—, los estándares de la ley natural, objetivamente verdaderos, deben aplicarse para corregirlas o, eventualmente, dejarlas de lado. La ley positiva es normativa en cuanto cumple un fin moral, y deja de serlo cuando sus defectos graves le impiden alcanzar tal finalidad (Finnis, 2002).

⁶ O incluso constitucional si se entendiera que el artículo 72, en conjunción con la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, está por encima de reglas contenidas en la propia Carta. Esta tesis, que habilita el desconocimiento de soluciones constitucionales expresas, implicaría que el actual artículo 72 hace posible una reforma constitucional diacrónica también por sustracción (ver Risso, 2006:541-542).

⁷ El *neoconstitucionalismo* plantea que no solo se incorporan principios morales, sino un verdadero programa de valores, por lo que la Constitución generaría su propia fuerza normativa, con independencia del problema de la moral objetiva. Sobre esta postura y algunos de sus principales problemas, ver Marquisio, 2016.

⁸ También se suele vincular al formalismo con la tesis de que *la decisión judicial es puramente silogística en el sentido de mecánicamente deductiva* y con el *positivismo ideológico* (el juez tiene un deber sin excepciones de aplicar la solución predeterminada en el texto) (García Amado, 2012). Leiter, sin embargo, prefiere denominar a la primera de estas visiones como «formalismo vulgar», para diferenciarlo del «formalismo sofisticado» que sostienen autores como Bork y Scalia, porque nadie hoy en día suscribe seriamente al silogismo mecanicista.

⁹ Una síntesis histórica del formalismo se encuentra en Atria, 2016, capítulo 6. Una historia del formalismo —y de las reacciones realistas contra él— se desarrolla en Tamanaha, 2010.

¹⁰ Con posterioridad a la presentación de esta ponencia, por sentencia 1981/2017, la Suprema Corte de Justicia modificó el criterio objeto de este análisis y rechazó, en mayoría, la existencia de un derecho absoluto a la salud.

¹¹ Una concepción de justicia debe resolver cuáles de los intereses potenciales de las personas son aptos para ser considerados derechos y cómo se articulan unos derechos con otros. Se requiere justificar una visión coherente de los derechos como acuerdos basados en lo que corresponde atribuir a cada uno, según principios de justicia institucional (Rawls, 1995:308).

¹² Sobre los derechos económicos o de bienestar considerados en el marco de una teoría normativa de la democracia, ver Marquisio, 2014:164-169.

¹³ Una *teoría del error* se basa en la idea de que nuestro razonamiento sobre algún objeto presupone alguna propiedad que no existe, lo que implica que la experiencia cognitiva en ese ámbito sea irremediablemente equivocada. El ejemplo más célebre de teoría del error moral se encuentra en Mackie, 1977. La denominación de *escepticismo del error* a la idea de que nuestro discurso moral es por completo e irremediablemente falso es de Dworkin (2011).

¹⁴ El constructivismo constituye, precisamente, una vía para sostener la objetividad moral, asumiendo el carácter irreductiblemente práctico de la cuestión normativa, sin presuponer la existencia de hechos morales y de modo compatible con el desacuerdo moral. Se trata de una concepción de la normatividad y el valor entendidos como no independientes de las posturas de los agentes prácticos y morales. A las preguntas «¿qué es el valor?» y «¿cómo ingresa el valor al mundo?», el constructivismo da la siguiente respuesta: el valor es algo que confieren al mundo las criaturas que valoran, y por tanto, ingresa y desaparece junto con ellas (Street, 2012). Una justificación constructivista de la necesidad del punto de vista jurídica, a partir de un compromiso de los agentes autónomos con el punto de vista moral, puede encontrarse en Marquisio, 2017.

¹⁵ La previsión del artículo 44 sería incompatible con un Estado que no proporcionara o impusiera prestaciones de salud gratuitas. Sería inaceptable, por ejemplo, una lectura libertarista.