
DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS EN LUIGI FERRAJOLI. EJERCICIO DE APLICACIÓN A DISPOSICIONES "PROGRAMÁTICAS" EN NUESTRA CONSTITUCIÓN¹

María Elena Rocca² - Nathalie Bonjour³

Sumario. 1. Introducción. 2. Presentación de ferrajoli y su construcción teórica. 2.1. El Autor. 2.2. Su positivismo. 2.3. Generalidades de su propuesta teórica. 3. Análisis particular de los derechos fundamentales y garantías. 3.1. Derechos fundamentales. 3.2. Garantías normativas. 4. Problemática específica de los derechos sociales. 5. Ejercicio propuesto. 5.1. Disposiciones seleccionadas para el ejercicio que se propone. 5.2. Justificación de la selección. 5.3. Lectura tradicional de las disposiciones seleccionadas. 5.5. Disposición: Artículo 45 sobre Vivienda. 6. Reflexiones finales.

1. Introducción

El presente trabajo pretende ser un ejercicio de aplicación de parte de la construcción teórica de Luigi Ferrajoli a algunas disposiciones ubicadas en el Capítulo II, de la Sección II de la Constitución ("Derechos, Deberes y Garantías") que han sido calificadas como "*programáticas*" por la dogmática nacional.

En virtud de lo señalado, las referencias a la obra de Luigi Ferrajoli no pretenden dar cuenta de la totalidad de la construcción teórica del autor ni realizar un análisis crítico de algún punto de su construcción (lo cual esperamos abordar en una posterior oportunidad) sino que tienen como finalidad determinar el marco teórico del ejercicio que se propone.

2. Presentación de ferrajoli y su construcción teórica

2.1. El Autor

Si bien tanto la persona de Luigi Ferrajoli (Florencia, Italia, 1940) y su obra sobre la temática de los derechos y las garantías es conocida desde larga data por la comunidad jurídica uruguaya (en especial la comunidad abocada al estudio del derecho positivo penal, constitucional y laboral; así como a temas de filosofía del derecho)⁴, no solo por la lectura

1 Trabajo presentado al Instituto de Filosofía y Teoría del Derecho, el 29 de julio de 2010. Deseamos agradecer a los integrantes del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho por las observaciones y comentarios que nos realizaron; a la Profesora Alicia Castro por la sugerencia de estudiar la obra de Luigi Ferrajoli así como la operatividad de los derechos económicos sociales y culturales; a la Profesora Gianella Bardazano por las respuestas que nos diera a aspectos puntuales que le consultáramos; y en especial queremos expresar nuestro agradecimiento al Profesor Oscar Sarlo por habernos acompañado y guiado en el proceso de elaboración del presente trabajo desde la propuesta específica de abordaje hasta su finalización. Las limitaciones o carencias del trabajo son de nuestra exclusiva responsabilidad.

2 Profesora Adjunta (Grado 3) de Derecho Público I y Aspirante en Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UdelaR.

3 Ayudante (Grado 1) y Aspirante a Profesor Adscripto en Filosofía y Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, UdelaR.

4 El autor en estudio es citado por defensores penales (ver LJU, Casos 119.029 y 139.061), por

de sus principales obras y las de otros juristas que refieren a la misma, sino por las múltiples conferencias brindadas por el autor en oportunidad de algunos de sus viajes por los países de habla hispana en pro de la construcción del "garantismo global"⁵. De todos modos, entendemos necesario realizar una presentación -aunque breve- de su teoría del derecho⁶.

2.2. Su positivismo

Luigi Ferrajoli se auto-identifica como un autor "positivista" que postula un modelo de positivismo al que propone llamar "positivismo garantista", que construye sobre las bases de la teoría positivista del siglo XX, con especial referencia a la obra de Hans Kelsen, Norberto Bobbio, y Herbert L. A. Hart.

2.3. Generalidades de su propuesta teórica

Ferrajoli toma como objeto de estudio los ordenamientos jurídicos de Constitución rígida (Estados Constitucionales de Derecho).

Según su entender, estamos ante una constitución rígida cuando la misma se encuentra supra-ordenada a la legislación ordinaria, a través de la previsión de: procedimientos especiales para su reforma y la institución de control de constitucionalidad de las leyes por parte de Tribunales Constitucionales⁷.

Tribunales de Apelaciones en lo Penal (ver LJU, Caso 14.525), Tribunales de Apelaciones en lo Civil (ver LJU, Caso 15.864) y por la propia Suprema Corte de Justicia. La Corte ha citado, en dos oportunidades, algún aspecto de la obra de Luigi Ferrajoli -según búsqueda realizada en LJU y en base de datos de la propia Suprema Corte de Justicia: 1) sentencia no. 365, de fecha 19 de octubre de 2009 y 2) sentencia no. 366, de fecha 21 de octubre de 2009, que declara la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de Ley N° 15.848, ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, (ver LJU, Caso 140.104).

5 La comunidad jurídica uruguaya ha tenido el honor de conocerlo personalmente y de recibir su visita en más de una oportunidad (siendo la última visita la del año 2009). A nuestro entender, corresponde advertir al lector que las referencias de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay a la obra de Ferrajoli coinciden temporalmente con la última visita del autor a nuestro país.

6 Al mismo tiempo, se hace pertinente hacer referencia a la labor de Luigi Ferrajoli como juez constitucional entre 1967 y 1975, así como al sistema italiano de control de constitucionalidad de las leyes, debido a que la construcción teórica de Ferrajoli parte de la observación de un orden jurídico concreto, el italiano (aunque realiza referencias al sistema europeo en general) -sistema que, aunque posee similitudes con el uruguayo, también posee diferencias de relevancia-. En Italia, el órgano competente para el control de la constitucionalidad de las leyes es la "Corte Costituzionale" (sistema orgánico autónomo, separado de los Poderes del Gobierno del Estado) y la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene efecto erga omnes desde el día siguiente a la publicación del fallo, "la norma que es declarada inconstitucional es suprimida, borrada del ordenamiento jurídico (Martines)" y si la pretensión es rechazada, la sentencia tiene eficacia solo en el caso decidido (cf., Cagnoni, José Aníbal, "El derecho constitucional Uruguayo", 2da. edición actualizada y ampliada, Montevideo, 2006, págs. 58, 59 y 60).

7 Ferrajoli, Luigi; "La democracia constitucional, en "Democracia y Garantismo", Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2008, págs. 29 y 30. Nuestra Constitución no prevé la existencia de un Tribunal Constitucional (la encargada del control de constitucionalidad es la Suprema Corte de Justicia), y la sentencia que declara la inconstitucionalidad no elimina del orden jurídico uruguayo a la ley declarada inconstitucional, sino que el efecto de la sentencia consiste en la desaplicación de la ley al caso concreto. En general, la dogmática publicista, ha reclamado la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, independiente del Poder Judicial, pero la circunstancia que el control esté en manos del órgano máximo del Poder Judicial, así como que el efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad sea la inaplicación de la ley al caso concreto, no ha obstado a que la gran mayoría de dicha dogmática califique a nuestra Constitución como rígida. Básicamente, se sostiene que la rigidez reposa en que actúan órganos distintos y existe un procedimiento de elaboración diferente al de la ley. Sin perjuicio de lo cual, Cagnoni ha señalado que "la rigidez, sólo aparece con claridad cuando el sistema de declaración de inconstitucionalidad de los actos de legislación obedece a los principios inspirados en el pensamiento kelseniano, ..., es decir, que la ley declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico, Lo que implica aplicar con mayor corrección la calificación de semi rígida de

Señala que el rasgo específico de este tipo de ordenamiento radica en que la producción jurídica se encuentra regulada (por normas de derecho positivo) no solo en cuanto a las formas de producción (a través de normas que establecen los órganos competentes y los procedimientos para la creación de nuevas normas); sino también en lo que refiere a los contenidos de las normas a crear (a través de normas que incorporan contenidos, que “disciplinan” el contenido de las nuevas normas a producir al excluir o imponer determinados contenidos). Estas normas que incorporan contenidos, “positivizan” el discurso moral⁸, estableciendo límites jurídicos, de contenido o de significado, a la producción jurídica, especialmente del legislador. Señala que es ésa, “la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo no solo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”. En tal sentido, señala: “Así, una norma –por ejemplo una ley que viola el principio constitucional de igualdad– por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción”⁹.

Según el autor, “estas reglas (refiriéndose a las normas sustanciales sobre producción de normas) son generalmente establecidas en la primera parte de las Cartas Constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de paz y similares”¹⁰.

Sostiene que esta observación provoca la revisión de aspectos de la teoría positivista de especial relevancia, cuya incorporación a la misma marca el pasaje del modelo positivista clásico (al cual el autor llama “paleopositivismo”) al modelo positivista que podríamos llamar moderno (al cual el autor llama “positivismo garantista”)¹¹.

nuestra constitución, que sólo desaplica la Ley en el caso” (Cagnoni, José Aníbal, o. cit., pág. 29).

8 Adviértase, que en nuestra doctrina publicista, es generalmente aceptado que el art. 72 “incorpora, genéricamente, al ordenamiento jurídico positivo, la esencia ideológica del jusnaturalismo clásico, es decir, la idea de derechos, deberes y garantías que derivan de la personalidad humana y de la forma republicana de gobierno y, por ende, positiviza las soluciones generalmente admitidas por la doctrina jusnaturalista” (Real, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en la constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista, en: “Los principios generales del derecho en el derecho uruguayo y comparado”, FCU, 1era. Edición, Montevideo, 2001, pág. 43.

9 Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición Madrid, 2009, págs. 19, 20, 21, 22 y 23. Nuestra constitución permite solicitar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma o de contenido (art. 256).

10 Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en “Democracia y Garantismo”, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 80. Nuestra Constitución prevé normas “sustanciales sobre producción de normas” especialmente en la Sección II “Derechos, Deberes y Garantías”, y es mayormente aceptado, tanto por la dogmática como por la jurisprudencia, que por vía del art. 72 se integran a la misma los derechos a los que refieren los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Uruguay, (ver LJU, Caso 140.104).

11 Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, págs. 19, 20, 21, 22 y 23. Ferrajoli sostiene que este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el momento que siguió a la segunda guerra mundial y a la derrota del nazi fascismo; esto es, entre 1945 y 1950, cuando se dicta la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. A lo señalado, agregamos, que en dicho período en Italia se aprueba la Constitución Italiana de 1947, la cual innova, sustancialmente, en materia de derechos, incorporando los derechos sociales (los que en nuestro país fueron incorporados en la Constitución de 1934). Señala el autor, que en tal momento histórico se “redescubre” el valor de la constitución como conjunto de normas; en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez “la inobjetable normatividad positiva de sus imperativos” (Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, pág. 43). Con relación a este punto, corresponde destacar que en nuestro país, la doctrina publicista, ha señalado que la identificación de la Constitución como norma se ha dado desde el surgimiento de nuestras primeras Constituciones históricas. En tal sentido, se ha señalado: “Prácticamente podemos decir que en América desde nuestra independencia concebimos una Constitución con fuerza vinculante. Pero en Europa (continental) otra fue la concepción. En general no se asignó naturaleza jurídica a la Constitución, sino que

Las revisiones propuestas al modelo positivista clásico, identificado por el autor con la obra de H. Kelsen, H. L. A Hart y N. Bobbio, refieren: a) a la teoría de la validez jurídica, b) a la teoría de la democracia, c) a la teoría de la interpretación judicial, así como d) a la concepción respecto de la labor de la ciencia jurídica.

Con relación a este último punto, propone dejar de lado la consideración de la actividad científica como una actividad avalorativa-apolítica, puramente formal, y propone otorgar a la ciencia jurídica, un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto (un orden jurídico concreto).

La tarea científica (y política al mismo tiempo) consiste, en el plano interno: en descubrir los dos posibles vicios del Estado Constitucional de Derecho (antinomias y lagunas) y proponer, desde dentro, el uso de las técnicas de garantía que el propio ordenamiento contiene (mediante las cuales se hace posible reducir las antinomias y colmar las lagunas); mientras consiste en el plano externo en diseñar, idear y proponer nuevos recursos técnicos aptos para el perfeccionamiento y progreso del orden jurídico. Desde el punto de vista interno: función crítica; desde el punto de vista externo: función creativa.

Este ha sido calificado como el elemento de ruptura más significativo con el modelo kelseniano

3. Análisis particular de los derechos fundamentales y garantías

3.1. Derechos fundamentales

a. Derechos fundamentales como derechos subjetivos

Según Ferrajoli los derechos fundamentales¹² son derechos subjetivos, y seguidamente aclara: “*entiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica*”¹³.

Entonces, se nos hace ineludible preguntarnos: ¿qué se necesita para la existencia de un derecho subjetivo según la perspectiva de Ferrajoli? Y parece que la respuesta es la siguiente: “que se encuentren *normativamente establecidos*”, su mera “*proclamación*”, “*estipulación*”, “*enunciación*”, el “*estar previstos en las normas vigentes*”; en nuestras palabras,

se la consideró un documento político de tipo programático, una invitación a los poderes públicos para que efectivamente actuaran. Así lo fue durante el siglo XIX y el siglo XX hasta el inicio de este proceso, con el breve paréntesis del período de entre guerras con las Constituciones kelsenianas de Austria y la antigua Checoslovaquia y de la República Española. Entonces, que el rasgo más saliente del neoconstitucionalismo sea la fuerza vinculante de la constitución es nuevo para los europeos, pero no para los americanos. Pero debemos reconocer que, al menos en Uruguay, no hemos extraído todas las consecuencias que se derivan de la fuerza vinculante de la Constitución... por lo que desde ese punto de vista, este constitucionalismo es también nuevo en nuestra tierra (Durán Martínez, Augusto, “*En torno al neoconstitucionalismo*”, en: Estudios Jurídicos, Universidad Católica N° 7, Universidad Católica, Montevideo, 2009).

12 Ferrajoli define a los derechos fundamentales como “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*”. Destaca como característica estructural de este tipo de derechos su carácter de universales (universalidad que califica de relativa, ya que son sus titulares todos los miembros de una determinada clase de sujetos: la clase de las personas, la de los ciudadanos, la clase de los capaces de obrar), indisponibles e inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (Ferrajoli, Luigi, “*La democracia constitucional*”, en “*Democracia y Garantismo*”, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 42. Ferrajoli, Luigi; “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, págs. 38, 39 y 47).

13 Ferrajoli, Luigi, “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, pág. 37.

que se pueda afirmar a partir de una norma que algún sujeto tiene una expectativa o de no lesión o de prestación.

b. *Derechos fundamentales. Derechos de libertad y derechos sociales*

Considera que la categoría “derechos fundamentales” incluye a los “derechos de libertad” y a los “derechos sociales”, tipos de derechos con diferente estructura¹⁴.

c. *La tesis sobre la distinción entre los derechos y las garantías*¹⁵. *Ruptura con la noción de derecho subjetivo*

Según el autor, se debe dejar de lado la tesis tradicional, atribuida en gran medida a la noción de derecho subjetivo manejada por Kelsen, que sostiene que estamos ante un derecho subjetivo, cuando existe una obligación jurídica o prohibición (garantía primaria) accionable en juicio (garantía secundaria o jurisdiccional) y que determina que “más allá de su proclamación (refiriéndose a la proclamación de un derecho), aún cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”¹⁶.

Según el autor, la tesis tradicional confunde derechos con garantías y determina que la constitucionalización de los derechos sociales quede reducida a “simples declamaciones retóricas, o a lo sumo a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”¹⁷.

Esta tesis, según Ferrajoli identifica cosas distintas, cosas que no deben ser identificadas y dice: “Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale..., a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación”¹⁸.

Si bien a los derechos fundamentales les “están implicadas lógicamente” las garantías, la inexistencia o falta de garantías normativas no implica la inexistencia del derecho fundamental, sino simplemente que ese orden jurídico particular posee una “indebida laguna” que debe ser colmada¹⁹.

3.2. Garantías normativas

Con la expresión “garantías” Ferrajoli refiere a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo²⁰. En tal sentido el autor ha señalado: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”²¹.

14 *Ibidem*, pág. 25.

15 Ferrajoli sostiene 4 tesis sobre los derechos fundamentales: a) Tesis de la diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, b) Tesis de los derechos fundamentales como fundamento y parámetro de la igualdad jurídica (dimensión sustancial de la democracia), c) Tesis de la supranacionalidad de los derechos fundamentales y d) Tesis de la distinción entre derechos y garantías. En este trabajo hacemos referencia únicamente a la cuarta de las tesis mencionadas. Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, págs. 38, 39, 47.

16 Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, págs. 44 y 59.

17 *Ibidem*, págs. 44 y 59.

18 *Ibidem*, pág. 43.

19 *Ibidem*, pág. 43.

20 Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en “Democracia y Garantismo”, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 61.

21 Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, pág. 25.

La diferente estructura de los derechos fundamentales (derechos de libertad y derechos sociales) da lugar a la distinción entre dos tipos diferentes de garantías: “*garantías liberales*” y “*garantías sociales*”.

a. *Garantías primarias o de primer grado*

Son “*garantías primarias*” las prohibiciones de lesión (correlativas a los derechos de libertad) y las obligaciones de prestación (correlativas a los derechos sociales) atribuidas por una norma jurídica²².

b. *Garantías secundarias, jurisdiccionales o de segundo grado*

Son “*garantías secundarias*” las obligaciones de segundo grado –de los jueces– de sancionar la violación de una garantía primaria²³.

4. Problemática específica de los derechos sociales

Ferrajoli señala que la consagración de los derechos sociales ha marcado el pasaje del “*Clásico Estado de Derecho*” al “*Estado Social de Derecho*”. Esto es, además de consagrarse los derechos de libertad, los cuales imponen límites y prohibiciones a los poderes públicos, se consagran derechos sociales, los cuales requieren de los poderes públicos prestaciones positivas. Pero advierte sobre la falta de elaboración de un sistema de garantías para los derechos sociales equiparable al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, lo cual genera (entre otras cosas) la ineficacia de tales derechos²⁴.

En palabras del autor: “*La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías sociales adecuadas o positivas adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad parangonables a las aportadas por las garantías liberales o negativas para la tutela de los derechos de libertad*”²⁵.

En materia de derechos sociales, Ferrajoli advierte que el vicio de la laguna, refiere a la falta de técnicas apropiadas de garantías. Y respecto de ello señala: “*Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales –la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes– cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas*”²⁶. “*Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado Social de Derecho equiparable al viejo Estado de Derecho Liberal...*”²⁷.

Señala como ejemplos de garantías primarias adecuadas para este tipo de derechos: la obligación de brindar enseñanza pública gratuita y obligatoria, la obligación de brindar asistencia sanitaria gratuita, la obligación de brindar una renta mínima, y como ejemplos de garantías secundarias adecuadas: acciones jurisdiccionales de rápida tramitación con potestades de imponer medidas coactivas urgentes dirigidas al hacer forzado de parte del Estado²⁸.

22 Ibidem, págs. 43 y 59.

23 Ibidem, págs. 49 y 59.

24 Ibidem, pág. 16.

25 Ibidem, pág. 63.

26 Ibidem, pág. 29.

27 Ibidem págs. 29 y 30.

28 Ibidem, pág. 64.

Sostiene que se debe distinguir la posibilidad o imposibilidad de realización técnica, de la posibilidad o imposibilidad de realización política de las garantías adecuadas a estos derechos²⁹.

Entiende que no existe imposibilidad de realización técnica de las garantías adecuadas para la eficacia de este tipo de derechos, ya que en el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos.

Propone se explicita que la imposibilidad de garantizar estos derechos no es técnica, si no política (ya que ciertamente, la satisfacción de estos derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos, etc.)^{30,31}.

Según Ferrajoli, desde la ciencia, no se debe avalar el discurso que pretende hacer pasar imposibilidad política por imposibilidad técnica³². Propone dejar de lado las afirmaciones deterministas del tipo *"nuestros sistemas son como son porque no podrían ser de otro modo"*, ya que desde su perspectiva, nuestros sistemas podrían ser de otro modo. *"El derecho es siempre una realidad no natural, sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto"*³³.

A lo dicho, cabe agregar la posición de Ferrajoli respecto de la actuación judicial frente al reclamo de un derecho no garantizado, esto es, de un derecho (como muchos derechos sociales) sin respaldo social: el autor señala que cuando el juez pueda servirse, al menos de un apoyo legal, aunque vago e impreciso, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos, incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria. *"Pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva –piénsese en el caso de los derechos sociales a prestaciones positivas– es imposible, y no cabe otra solución que la denegación de justicia"*³⁴.

5. Ejercicio propuesto

5.1. Disposiciones seleccionadas para el ejercicio que se propone

Hemos seleccionado para realizar el ejercicio propuesto dos disposiciones de la Constitución Nacional, los artículos 44 y 45, que refieren, respectivamente, a la salud y a la vivienda³⁵.

Las disposiciones citadas se ubican en el Capítulo II de la Sección II de la Constitución Nacional.

Es la Constitución de 1934 la que introduce en nuestra historia constitucional la mencionada Sección II, titulada "Derechos, Deberes y Garantías". La misma se divide en tres Capítulos, el Capítulo I, que refiere, en términos generales, a los llamados derechos civiles o de libertad y propiedad (artículos 7 a 39), el Capítulo II, que refiere a los llamados derechos

29 Ibidem, pág. 64.

30 Observamos que al analizar este tema, otros autores señalan los derechos de la libertad y de la propiedad también implican un importante costo para el Estado así como reclaman de éste prestaciones de hacer, por ej. el mantenimiento de registros de la propiedad, etc.

31 Ferrajoli, Luigi; *"Derechos y garantías. La ley del más débil"*, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2009, pág. 65.

32 Ibidem, pág. 65.

33 Ibidem, págs. 17 y 18.

34 Ferrajoli, Luigi; *"Derechos y razón. Teoría del Garantismo penal"*, Editorial Trotta, 6ta. Edición, Madrid, 2004, pág. 919.

35 El art. 45 no es la única disposición constitucional que refiere a la vivienda. También existen otras referidas o relacionadas con la vivienda, así el art. 46. Tampoco el art. 44 es la única disposición que refiere a la salud; también lo hacen los arts. 54 y 68. Y obviamente, el art. 72 es importante para la consideración de ambas temáticas.

sociales, económicos y culturales y a determinadas actitudes y prestaciones a cargo del Estado (artículos 40 a 71³⁶) y el Capítulo III, integrado por un solo artículo: el artículo 72, que establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución es solo a título enunciativo en tanto “no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

El diseño señalado será mantenido en las Constituciones posteriores, sin perjuicio de recordar que en las enmiendas de 1996 y 2004 se aprueban modificaciones al artículo 47, que refieren al medio ambiente y al acceso al agua potable y saneamiento.

La Constitución de 1934 refiere a los derechos políticos en la Sección III, titulada “De la Ciudadanía y el Sufragio”, ubicación y contenido que se mantendrá en nuestra historia constitucional, sin perjuicio de algunas modificaciones en las Constituciones posteriores y de las enmiendas plebiscitadas en 1996.

Es aceptado por la dogmática publicista nacional que, mientras las Constituciones de 1830 y 1918 crearon un Estado Liberal de Derecho, la Constitución de 1934 creó un Estado Social de Derecho. Básicamente, ello resultaría de la incorporación al texto constitucional de los derechos y deberes económicos, sociales y culturales y de los cometidos puestos a cargo del Estado.

5.2. Justificación de la selección

Hemos seleccionado las disposiciones citadas ya que las mismas refieren a temas de especial trascendencia para el ser humano: la salud y la vivienda. Por otra parte, se advierte fácilmente, que son temas relacionados: es difícil imaginar que una persona pueda mantenerse saludable sin contar con una vivienda decorosa.

Por otra parte, la normativa internacional (el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) también reconoce el derecho a la salud y la vivienda, en sus artículos 12 y 11³⁷.

5.3. Lectura tradicional de las disposiciones seleccionadas

La introducción de los derechos sociales en el Derecho Comparado, aparece en la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919.

Desde tal acontecimiento, la dogmática ha señalado que ello no se verifica del mismo modo que con los derechos civiles y políticos, ya que aparece ligado a lo que ha denominado “normas programáticas”.

36 El Cap. II refiere a familia y menores (arts. 40 a 43, 48, 49 y 54 inc. final), salud (art. 44), indigentes o carentes de recursos (arts. 44 parte final y 46), vivienda (arts. 45 y 46), alimentación y vestido (art. 46), agua potable y saneamiento (art. 47), trabajo (arts. 53 a 65), seguridad social (art. 67), enseñanza y cultura (art. 68 a 71), cf. Risso, Martín, o. cit., pág. 523. Al respecto, ver también: Cajarville, Juan Pablo, “El marco constitucional del Derecho Administrativo. Algunas reflexiones desde el derecho uruguayo”, en: *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, FCU, Montevideo, 2007, pág. 310.

37 Sin perjuicio que el presente ejercicio no alcanza a las disposiciones mencionadas, cabe señalar que la problemática de los derechos económicos, sociales y culturales no queda totalmente superada a partir de la referencia a los mismos por el PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales) en tanto que el art. 2 del mismo condiciona su plena efectividad a los recursos económicos de los que disponga el Estado parte.

En especial, la doctrina alemana al comentar la Constitución de Weimar de 1919 señaló que, junto a los derechos básicos clásicos, se establecieron puntos programáticos, a los que marginó como meros deseos y promesas opcionales³⁸.

La dogmática nacional también distingue entre “normas preceptivas” y “normas programáticas”³⁹. Esta, en general, entiende por “norma preceptiva” aquella disposición que reconoce o consagra un derecho. Mientras que por “norma programática” aquella disposición que no reconoce o consagra de un modo directo un derecho, sino que prevé un mandato de hacer dirigido al legislador o la fijación de ciertos criterios o fines que deben inspirar su actividad⁴⁰.

Mientras las “normas preceptivas” serían operativas o inmediatamente aplicables, las “normas programáticas” no serían operativas o inmediatamente aplicables ya que requerirían para ello de un desarrollo legislativo previo y/o de una actuación de la Administración. Supondrían reglas incompletas, no susceptibles de ser aplicadas inmediatamente.⁴¹

5.4. Disposición: Artículo 44 sobre Salud

“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 su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.

El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.

De la citada disposición solo se analizará los incisos 1º y 3º en tanto que el segundo refiere a un deber de los habitantes.

a. Derecho Subjetivo

Desde el enfoque tradicional, el inciso primero de esta disposición se trata de una “norma programática”, en tanto dispone que el Estado “legislará...”; esto es, establece una directiva

38 Cf. Schlink, Bernhard, “¿Por qué Carl Schmitt?”, en: Teoría del Derecho, quien cita a Anschütz, Thoma, Schmitt, Fraenkel, Eisenlohr, etc. Accedido en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/2172/1/02%20Hh%20Bernhard%20Schlink.pdf

39 La referencia a las normas programáticas se limitará a las del Capítulo II, Sección II.

40 Cf. Jiménez de Aréchaga, Justino, “La Constitución Nacional”, Tomo I, Homenaje de la Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, págs. 216, 384 y 385.

41 Ibidem. Korzeniak define a las “normas preceptivas” como aquellas que no se limitan a señalar un tema, sino que disponen su solución, lo regulan, por lo menos básicamente, siendo de aplicación inmediata; y a las “normas programáticas” como aquellas que mencionan un determinado tema, pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordenan su regulación al legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto dicha regulación se haya producido (Korzeniak, José, “Primer Curso de Derecho Público, Derecho Constitucional”, FCU, Segunda Edición, Montevideo, 2002, págs. 172 y 173).

Risso señala que las “normas programáticas” constituyen meros mandatos dirigidos al legislador o a otras autoridades, o bien autorizaciones con un contenido variable en cuanto a su precisión, y que, por definición, no son operativas. A su vez, distingue subtipos de normas programáticas: facultativas e imperativas. Señala, además, que hay que saber distinguir entre las normas preceptivas con amplia remisión a la ley y las programáticas del subtipo imperativo, y que, en la duda, el intérprete debe inclinarse por la preceptividad de la norma (cf. Risso, Martín, o. cit. págs. 47, 248, 523 y 524). Por su parte, Cagnoni señala que las normas programáticas formulan una guía de acción futura y no presentan una estructura homogénea (o. cit., pág. 19). Se aprecia una tendencia en la doctrina del derecho público a considerar que las disposiciones sobre los derechos de las personas son normas de principio (Ver, entre otros, Risso Ferrand, Martín, “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, FCU, Montevideo, 2008, pág. 32).

política para el Estado, pero no reconoce o consagra un derecho ni habilita la posibilidad de reclamar la actuación del Estado al respecto.

Desde la óptica de Ferrajoli, en tanto que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y en la medida que entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa adscripta a un sujeto por una norma jurídica, parece seguirse, que en el caso del artículo 44 inciso 1º, se estaría frente a un derecho subjetivo, dentro de la categoría de los derechos sociales: el sujeto activo sería todo habitante del país y la expectativa sería al perfeccionamiento de su salud física, moral y social. El artículo 44 inciso 1º, dentro de este marco teórico, implicaría una disposición en virtud de la cual se puede afirmar que el derecho existe.

En cuanto al artículo 44 inciso 3º, desde la óptica tradicional nacional, prevé un deber a cargo del Estado: el de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes⁴².

Bajo la perspectiva de Ferrajoli, los indigentes o carentes de recurso suficientes serían, a partir de esta disposición, titulares de un derecho subjetivo, en tanto que titulares de una expectativa: que el Estado proporcione gratuitamente prevención y asistencia médica gratuita.

b. Garantía primaria o de primer grado

Conforme Ferrajoli, las normas de garantía de los derechos sociales son las obligaciones de prestación.

Ahora bien, respecto del artículo 44 inciso 1º es difícil concluir que se esté ante una garantía primaria en tanto que no establece una obligación de prestación.

De todos modos, y dentro del marco teórico del autor de referencia, en caso de no garantizarse el derecho que se reconoce o consagra, con una garantía primaria adecuada a la satisfacción del mismo, se estaría ante una indebida laguna.

Corresponde advertir –y nuevamente, dentro del marco teórico del autor de referencia– que la valoración de la suficiencia o insuficiencia y de la adecuación o inadecuación de las garantías primarias al derecho a que refiere el artículo 44 inciso 1º de la Constitución, implica ingresar al análisis de las disposiciones de rango legal que refieran al tema en tanto que la garantía primaria no se encuentra a nivel constitucional.

En nuestra opinión, para el caso que se concluyera que la legislación sobre la temática no incorpora las garantías primarias suficientes o adecuadas, que requiere la satisfacción del derecho a la salud, cabría la posibilidad de sostener que nuestro ordenamiento jurídico constitucional permite colmar ese vacío o insuficiencia (Constitución, artículo 332)⁴³ o acudir al instituto del amparo para lograr que se reglamente lo que por mandato constitucional se debe reglamentar (o garantizar en la terminología de Ferrajoli) y no se ha reglamentado⁴⁴.

Desde el marco teórico de Ferrajoli, respecto del artículo 44 inciso 3º, se puede afirmar que éste constituye una garantía primaria en tanto que prevé un quehacer concreto, esto es, la prestación gratuita de servicios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes por parte del Estado. E incluso, el artículo 186 de la Constitución prevé el servicio que tendrá a su cargo esta prestación.

⁴² En cambio, Risso señala que la disposición puede leerse como un derecho (Risso, Martín, o. cit., pág. 742).

⁴³ El tema es opinable y ha merecido numerosos análisis por parte de la dogmática nacional.

⁴⁴ Risso, Martín, o. cit., pág. 251 y “Operatividad de las normas constitucionales en el derecho uruguayo” en: Revista de Derecho Constitucional y Político, T. 11, junio-julio, Montevideo, 1994, pág. 19.

c. *Garantías secundarias, jurisdiccionales o de segundo grado*

Las garantías secundarias son obligaciones que en materia de derechos se imponen al juez; actuarían en caso de incumplimiento de las garantías primarias, en el caso de los derechos sociales, ante el incumplimiento de las prestaciones positivas.

En nuestra opinión, si bien en nuestro derecho no existen garantías específicas que protejan a sus titulares respecto de las violaciones de los derechos sociales, entendemos aplicables las garantías genéricas para todos los derechos, tales como el amparo (Constitución, art. 7) y la responsabilidad del Estado (Constitución, artículo 24).

5.5. Disposición: Artículo 45 sobre Vivienda

“Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados a ese fin”.

a. *Derecho Subjetivo*

La dogmática nacional ha señalado que la estructura de la primera oración del artículo 45 permitiría sostener que se está ante una norma preceptiva (y por tanto, operativa) que reconoce un derecho social⁴⁵. Sin embargo, la segunda oración configura lo que la dogmática califica de norma programática⁴⁶ o norma programática del tipo imperativo⁴⁷, por lo que, finalmente, todo el artículo podría leerse como norma programática.

Desde la óptica de Ferrajoli, en tanto que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, y en la medida que entiende por derecho subjetivo, cualquier expectativa adscripta a un sujeto por una norma jurídica, parece seguirse, que en el caso del artículo 45, se está frente a un derecho subjetivo, dentro de la categoría de los derechos sociales en tanto que todo habitante tiene la expectativa a gozar de una vivienda decorosa.

b. *Garantía primaria o de primer grado*

A nuestro entender, la disposición constitucional analizada, no prevé garantía primaria respecto del derecho a la vivienda digna.

En consecuencia, nos remitimos a lo señalado supra respecto a que la valoración como suficientes o insuficientes, adecuadas o inadecuadas de las garantías primarias del derecho a que refiere el artículo 45 de la Constitución, implica, en el caso, el análisis de las disposiciones de rango legal que refieran al mismo.

Nos remitimos, asimismo, a las soluciones que en nuestra opinión pueden manejarse en caso de ausencia o insuficiencia de las disposiciones de rango legal.

c. *Garantías secundarias, jurisdiccionales o de segundo grado*⁴⁸

Nos remitimos a lo señalado supra con relación al artículo 44.

45 Risso, Martín, o. cit, págs. 253 y 766.

46 Esteva, Eduardo, *Derecho Constitucional II, Tomo VI, Lecciones de Derecho Positivo Vigente (Primera Parte)*, Versión taquigráfica corregida Nelson Míguez, Montevideo, 1982, pág. 79.

47 Risso, op. cit., pág. 766.

48 Conforme al objeto limitado de este trabajo, hemos dejado de lado la consideración de garantías de segundo grado internacionales y la eventual responsabilidad internacional del Estado.

6. Reflexiones finales

Luego de haber realizado el ejercicio propuesto, hemos observado que la lectura de las disposiciones constitucionales a luz de la distinción de las categorías: derechos fundamentales y garantías de Ferrajoli no arroja resultados sustancialmente diferentes a las consideraciones que se realizan desde la dogmática nacional sobre el tema.

En consecuencia, las categorías de derecho subjetivo (en el sentido que propone Ferrajoli) y garantía primaria no aportan –en nuestro concepto– una óptica que nos permita leer la normativa constitucional –al menos la seleccionada para el ejercicio– desde una perspectiva sustancialmente diferente. Sin perjuicio que otros aspectos, eventualmente, podrían permitirlo (pero se tratan de aspectos que no han sido tomado como fuentes en el presente trabajo y que refieren al uso alternativo del derecho).

A lo que nos condujo el ejercicio propuesto fue a pensar en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de nuevas garantías que permitieran una mayor efectividad de los derechos sociales. Estimamos que ello es consecuencia de la concepción valorativa de la ciencia que propone Ferrajoli. En ese sentido, corresponde recordar sus propias palabras: *“El derecho es siempre una realidad no natural, sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto”*. Obviamente, éste no es un aspecto menor y, además, es especialmente controversial.

Desde el punto de vista externo, podría pensarse en sugerencias para garantías respecto de los derechos de referencia. Así se estima que una posible sugerencia podría ser modificar la redacción del artículo 332 de la Constitución en el sentido de brindar mayor claridad respecto de su aplicabilidad para los derechos sociales. O podría entenderse conveniente la incorporación de normativa constitucional que regule expresamente la temática del control de la inconstitucionalidad por omisión. Incluso, se ha señalado como una garantía útil para las omisiones legislativas el “mandato de injunção” brasileño.

Relacionado con este tema, tampoco puede dejarse de mencionar la discusión sobre la conveniencia de la creación de un Tribunal Constitucional o de una sala especializada dentro de la Suprema Corte de Justicia con competencia respecto del control de constitucionalidad (el que podría abarcar tanto la aprobación de actos legislativos inconstitucionales, como la no aprobación de actos legislativos “debidos” por mandato constitucional).