

LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

UNA VISION CRÍTICA LATINOAMERICANA ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS DE SU CONTENIDO.

Por Luis Meliante Garcé*

Facultad de Derecho

Universidad de la República Oriental del Uruguay

“El tiempo es mi materia. El tiempo presente,
los hombres presentes, la vida presente.”

Carlos Drummond de Andrade.

Sumario: I.-Introducción. II.- La judicialización creciente de lo político, y eventualmente también su reverso, esto es, la politización de la justicia. III.- Un sostenido protagonismo de los *movimientos sociales*. IV.- Una reformulación y nueva puesta en escena del tema de los Derechos Humanos. V.-Un empuje renovado de constitucionalización del sistema jurídico-político.- VI.- Conclusiones.

Resumen.- El texto que sigue, encuentra su relación más profunda en otros tantos, propios y ajenos, inspiradores, y cuya previa e íntima lectura, hace aparecer a quien lo presenta no como un *iniciador de la discursividad*, sino más como un verdadero *bricoleur*, habida cuenta que muchas veces ha de renunciarse a la creación absoluta, *ex nihilo*.¹ Pero también es cierto que nada acerca de lo que se discurre, carece de la convicción y énfasis necesarios para que se note un fuerte intento de descubrir nuevos sentidos a lo ya dicho, o por lo menos la búsqueda de amplitud de aquellos que ya se produjeron.

Estos párrafos liminares, conforman entonces el marco adecuado en el que se desarrollarán las ideas principales que se sostienen en el presente trabajo.

Como se verá se aborda, desde una perspectiva “crítica” y en clave latinoamericana, algunos aspectos relativos a la notoria complejidad del Derecho, avanzado ya el S XXI.

Este planteo, contempla sin duda un abordaje parcializado de la temática convocada, y se desarrolla a través de cuatro notas típicas elegidas arbitrariamente, que consideramos

* Profesor Adjunto de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay; Profesor Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, CLAEH, Maldonado, Uruguay.

¹ Maurel-Indart, H. “Sobre el plagio”, FCE, Buenos Aires, 2014.-

constitutivas y peculiares de la praxis del Derecho en la actualidad, referida a las sociedades complejas latinoamericanas y por ende, a la República Oriental del Uruguay.

Sobre el final, el texto se consume como una aproximación a un tema que durante largo tiempo preocupó a la filosofía jurídica, conformado por la relación entre las categorías Derecho y Poder, que parece haberse resignado por ésta, para ser considerado por distintas ciencias sociales. Se reclama en suma, fundadamente una avocación del mismo por parte del pensamiento filosofante acerca del Derecho.

Palabras Claves: Derecho, Latinoamérica, judicialización, política, Derechos Humanos, constitucionalización, poder.

I.- Introducción.

En la actualidad, basta una mirada para darse cuenta que muchas de las formaciones sociales latinoamericanas, *del horizonte cultural latinoamericano*,² se ven enfrentadas a distintas situaciones histórico-sociales vinculadas, en algún caso, a nuevas formas de distribución del poder en muchas de sus posibles dimensiones, lo que trae aparejado una innegable repercusión en el subsistema jurídico.

Por otro lado también, se evidencia la existencia de fuertes reclamos de justicia social e igualdad, así como pretensiones de transparencia en la gestión de las autoridades públicas,- incluyendo la administración de justicia,- que parten, muchas de ellas, de fuertes oposiciones entre grupos sociales con distintas formas de hegemonía, consistencia y perdurabilidad, y cuya conformación y posicionamiento en la estructura social, depende de cada sociedad concreta.

Uruguay no escapa a estas características y es conveniente destacar, que hace tan solo cuatro décadas atrás o poco más, era casi impensada la consideración teórica de estos aspectos, por lo menos en esta parte del mundo, porque entre otras cosas también, es probable que ellos fueran ajenos al interés de la mayoría de los juristas.

Dentro de este contexto, existen algunas situaciones que reclaman a nuestro juicio, una atención prevalente. Ellas son si quiere, una especie de puesta en escena, que aunque limitada, da cuenta de las complejidades del Derecho latinoamericano contemporáneo.

Entendemos entonces de suma importancia explorar este tema, que en parte está signado por cuatro aspectos que enumeraremos a continuación.

Ellos son:

² El concepto de *horizonte cultural*, es una categoría de análisis creada, con definiciones propias, que exceden lo meramente lingüístico, y resume aspectos geográficos, antropológicos, sociológicos, etc.. Sirve para diferenciar en función de esas definiciones, por ejemplo, a gran parte geopolítica de Latinoamérica (el *horizonte cultural latinoamericano*), que es diferente al *horizonte cultural norteamericano*, por ejemplo. (sobre este concepto, V.: Cobos, J. "América Latina", Acento Editorial, Madrid, 1995, y Meliante, L. " La crítica jurídica latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional", en R. F. de Der., No. 36, U.de.la.R, Montevideo, 2014, pp.159.)-

1º.) La judicialización creciente de la política, y eventualmente también su reverso, esto es, la politización de la justicia.

2º.) Un sostenido protagonismo de los llamados *movimientos sociales*.

3º.) Una reformulación y nueva puesta en escena del tema de los Derechos Humanos.

4º.) Un empuje de constitucionalización del sistema jurídico-político, con una pretensión de búsqueda de un mejor balance del equilibrio de poderes.

Así las cosas pues, en esta mirada introductoria que puede pecar inicialmente de meramente descriptiva, se instala el tema que nos convoca, cuyo análisis como se verá, no conlleva ninguna pretensión de validez general, sino que se encuentra acotado a los lazos infranqueables del tiempo y el espacio. Se trata en suma de una reflexión limitada y sin ninguna pretensión de universalidad.

Analizaremos a continuación, brevemente, cada uno de los aspectos señalados.

II.- La judicialización creciente de lo político, y eventualmente también su reverso, esto es, la politización de la justicia.

El primer aspecto que se señala, esto es la judicialización creciente de lo político, da cuenta de la evidencia o por lo menos la sospecha, de que existen situaciones que por su particularidad o por alguna otra razón, no se puede o no se quiere que sean resueltas en otro escenario del sistema político, que no sea el judicial.³

El segundo, - la politización de la justicia - por su parte, puede revelar en algún caso, la configuración de una disfuncionalidad del sistema jurídico-político. Sobre ambos, abundaremos más adelante.

Pero bien. Es claro que la única expresión posible, como resultado final, de una cuestión que se exponga a ser judicializada en un Estado de Derecho, es la decisión de los Jueces, esto es, la *decisión judicial*.

Toda actividad de los jueces, en tanto sea definitiva de un conflicto de intereses, se consume en la *decisión judicial*, que conlleva por lo menos el análisis de dos aspectos: a) el del punto de partida (*factum*) de la decisión, y b) el de la interpretación de las normas. Ambos problemas se vinculan a la *racionalidad o a la argumentación racional*, que debe informar la decisión.⁴

Creemos que a ello, debe incorporarse también, *in media*,⁵ un riguroso estudio de la *prueba de los hechos*.

³ Ruiz, A.: "Constitución y Jurisdicción: por un compromiso del Juez Latinoamericano", en Jueces para la Democracia, Revista "información y Debate", no. 41, julio 2001, pp.1.-

⁴ Douglas Price, J.E. "La Decisión Judicial", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012. (1a. Ed.),pp.26.-

⁵ "fons in media urbe est".

Si bien la *decisión judicial* resulta ser un acto volitivo dictado por quien se encuentra legitimado para ello, es también un hecho histórico que compromete su historicidad, a través de la irrupción que hace en la realidad y en donde, su acaecimiento modifica la realidad personal, la realidad patrimonial, en suma la circunstancia del hombre, muchas veces aún en contra de su voluntad. Pero, lo que interesa en este contexto de análisis, es que también es una manifestación del poder jurídico del Estado, que se consuma como un acto racional, hermenéutico, caracterizado por su lingüisticidad, contextualidad, e historicidad, como vimos, y que si bien se *menta* – generalmente- para un particularidad intersubjetiva, deviene luego general al ingresar al sistema jurídico.

Finalmente, luego de un largo itinere, resulta ser el final de un proceso con las notas típicas de ser cognoscitivo e interpretativo, transformándose luego, en directivo (volitivo-decisorio).⁶

En el ámbito de la *teoría crítica*, desde el cual pretendemos enfocar el tema, como bien explica Cárcova, se entiende que cada vez que se discute sobre el rol de los jueces y el papel de la interpretación, se discute también sobre cuál es la forma de concebir al Derecho.⁷

Desde esta perspectiva, el Derecho es considerado como una *práctica social específica*. *Práctica*, diría Cárcova, porque se trata de una acción repetida y sostenida en el tiempo y además estilizada; *social*, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos, y *específica*, porque es distinguible de otras prácticas, sociales, como las políticas, económicas, morales, etc.⁸

Esta práctica es *discursiva*, en tanto se materializa como un proceso social de producción de sentido. Es a través del sentido, en donde el derecho adquiere especificidad y produce efectos.⁹

Vimos más arriba que la *decisión judicial*, que forma parte trascendente de la *práctica discursiva* que configura el Derecho,- en primer lugar porque es ella misma una variedad de los discursos que lo componen,- tiene un complejo itinerario y elementos internos que le son propios. En todo caso, la *decisión judicial*, es una variedad de discurso que requiere de la interpretación de los hechos y el derecho, entendidos como actos de sentido socialmente producidos, que luego de despliegan en otra *constelación de significaciones*¹⁰ que tendrán distintos protagonistas.

⁶ Meliante,L.:” La decisión judicial en el proceso laboral: Génesis, particularidades y mitos.”, en Revista de la Facultad de Derecho No. 23, Montevideo, FCU, pp 65-77, 2004.

⁷ Cárcova, C.M.: “Las Teorías Post Positivistas”, Buenos Aires, Lexis- Nexis, 2007.- pp. 162 y ss.

⁸ Cárcova, C. M, Ibid, op.cit. pp. 162 y ss.

⁹ Cárcova, CM, ibid., supra y Meliante ,L. : op cit. (Nota 2), pp.172.-

¹⁰ Meliante, L. “Semiótica y Derecho Penal. Aproximación interdisciplinaria y vinculación con la práctica.”, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2003.-

Va de suyo también, que el tema de la actividad de los jueces, se encuentra relacionado con el de la independencia de los mismos en el desempeño de su magisterio. Esta independencia puede ser técnica, institucional, funcional, o personal, interna o externa, negativa o positiva, etc., derivada del principio de separación de poderes, que regularmente, en las Constituciones liberales que organizan Estados Democráticos de Derecho, se encuentra expresamente garantizado. De allí podemos inferir que un régimen democrático de gobierno es tal, en la medida que exista garantizada la existencia de una cabal separación de poderes y la vigencia plena de un Estado de Derecho.¹¹

Garzón Valdés, por ejemplo, ha argumentado¹² que los jueces de los tribunales superiores dentro de un sistema democrático, son controladores de la calidad de las decisiones políticas, de sus instituciones y poderes, y su función principal, es la de *garantizar la estabilidad del respectivo sistema político*,¹³ entendiendo por *estabilidad*”, según comenta acertadamente María José Añón,¹⁴ *una propiedad disposicional de un sistema político, a reaccionar de tal forma que éste mantenga su identidad, nutriéndose de la actitud de quienes detentan el poder de orientar su comportamiento de acuerdo con la normas básica del sistema.*

Añón también comenta, que Garzón Valdés, distingue los conceptos de *estabilidad* y *legitimidad* del sistema político. El primero es un juicio de *naturaleza normativa*, descriptivo, que se vincula a una correcta identificación de la *regla de reconocimiento hartiana*, cuya identificación, está ligada, como se sabe, a condiciones normales de armonía oficial, y especialmente de armonía judicial. El segundo es un juicio de *naturaleza moral*, puesto que atiende a la calidad ética de un sistema político.¹⁵

Por su parte, en relación a los conceptos de independencia y autonomía de los jueces, Añón entiende que deben distinguirse ambos conceptos. La independencia es, “una garantía jurídico-institucional que se impone al Juez, en calidad de principio regulativo”, mientras la autonomía hace referencia a la institución o poder del Estado.¹⁶

La autora distingue luego, en línea con la tesis sostenida por Aguiló, que los jueces no son independientes porque están sometidos al Derecho, sino que tienen además el deber de ser independientes, en un marco institucional idóneo para que ello sea posible.¹⁷ La

¹¹ En la República Oriental del Uruguay, se ha debatido en algún momento, en los ámbitos políticos, académicos y gremiales-funcionales, acerca de si el Poder Judicial, reconocido constitucionalmente y orgánicamente como tal, sea un verdadero Poder en sentido propio, al no tener autonomía económica y presupuestal dentro del Estado.

¹² Garzón Valdés, E. El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, *Isonomía*, No. 18,(abril de 2003), pp. 27-46.-

¹³ Garzón Valdés, E. *ibid.* op cit. ,pp 27.-

¹⁴ Añón, Ma. J.: Jueces y control de calidad de los sistemas políticos”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 30 (2007), pp.53-59.

¹⁵ Añón, *ibid.* Pp. 54-55.

¹⁶ Añón, *ibid.*,. 57.-

¹⁷ Añón, *ibid.* 58

independencia judicial, se conecta a su vez, con el correlato del derecho de los ciudadanos, a ser juzgados desde el Derecho.

Percibe también cierta ductilidad de los jueces ante los cambios y transformaciones de los sistemas jurídicos, en donde pueden percibirse actitudes y reacciones diferentes, que pueden ir desde enmarcarse en general en la categoría de un “poder judicial afecto”, como ocurrió históricamente con la eclosión de la fascismos europeos de la primera mitad del SXX, y con la de las dictaduras que asolaron Latinoamérica desde los años setenta del mismo siglo en adelante, en cuyos contextos, los jueces fueron más, factores de control social, que autoridades garantes de los derechos ciudadanos; y también, en un polo diferente, frente al desarrollo de un contexto socio-jurídico desigualitario, conflictivo y con residuos de autoritarismo, experimentaron con la búsqueda del desarrollo crítico y alternativo de la normatividad constitucional vigente, con fines emancipatorios y opuestos al sistema político existente.¹⁸ Un ejemplo posible de esto, es probable que pueda encontrarse en la influencia que tuvo la corriente *crítica* del uso *alternativo del derecho*, en Brasil, particularmente en el Estado de Río Grande do Sul, y que Mario Losano, ubica entre los años 1988 y 1994.¹⁹

Ahora bien. El problema que hemos de plantearnos, siguiendo el hilo conductor de la cuestión que se propusiera como relevante para su análisis, consiste en intentar establecer la manera en que entendemos que puede situarse el protagonista emisor de este discurso decisorio, en el marco de este aparente conflicto entre Derecho y política.

La tarea de la jurisdicción es “juzgar y hacer cumplir lo juzgado”, reglas que metódicamente han sido propuestas y asumidas por la Teoría Jurídica liberal. Por ende la carga significativa y simbólica de las mismas, se traduce en que la actividad judicial, debe estar alejada de la política.

Es decir, se ha insistido profusamente en la idea de la “apoliticidad absoluta” de los jueces, como una muestra de la inmaculada organización del Estado liberal.

Es decir, se consideró y proclamó por gran parte de la teoría jurídica, que la jurisdicción operaba y debía operar al margen de *lo político*²⁰, cuando en realidad, es común que en casos *trascendentes*, esto es, aquellos que inciden de alguna manera *ad extra* fuera del ámbito de los conflictos individuales e intersubjetivos de intereses, resulta que las decisiones de los jueces tienen inherentemente una relevancia jurídico- política.

¹⁸ Añón, *ibid.* 59.

¹⁹ Losano, M. “La ley y la azada. Orígenes y desarrollo del Derecho alternativo en Europa y Latinoamérica”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 8, (Serie Derechos y Libertades), pp. 275-324.- (p.304). y Meliante, L.: “ La crítica jurídica latinoamericana: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. “ *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica*, No. 36, Enero- Junio de 2014, pp.153-183. (p 161).-

²⁰ *Lo político*, puede ser entendido de diversas maneras .La Política en sentido *estricto*, de la cual la *política jurídica* resulta ser tan solo una variedad, debe distinguirse de otra variedad de *politeya*, que adquiere forma valiéndose de estrategias específicas, a través de decisiones de distintas fuerzas políticas en puja, con designio electoral para la obtención del poder a los efectos del gobierno y control del Estado. Esta se denomina *política partidaria*. Cfr. Para este tema, Meliante, L. “Derecho y Política”: una relación conflictiva”, *Revista Crítica de Derecho Privado* No.6, La Ley Uruguay, Montevideo,2009, ‘pp.68 y ss.

En este contexto, un autor tan prestigioso como Ronald Dworkin, analizando la cuestión en relación a como deciden los jueces *los mentados casos importantes*, tanto en Inglaterra como en EE.UU., se pregunta si estos toman decisiones políticas y si en realidad deben ser políticas sus decisiones.²¹ En tales casos, estima, que el debate en torno a la “política judicial”, tanto desde la perspectiva británica como del “progresismo” en EE.UU., es “rudimentaria”. Según entiende el autor, el tema debe centrarse en los argumentos en base a los cuales los jueces pueden fundar sus decisiones. En ese sentido estima Dworkin que las posibilidades son dos, a saber: *o se fundan en argumentos basados en principios políticos que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales... o se toman en... función de argumentos fundados en políticas públicas que sostienen que una decisión dada, debe promover concepciones sobre bienestar general o interés público*, optando el autor, por la primera posición.

Y bien. Como veremos seguidamente, en nuestra opinión, tomando distancia respetuosamente de lo sostenido por Dworkin, en el marco de la complejidad que existe en determinar correctamente el sentido y alcance de lo *político o mejor aún, de la forma de política que, si se hace visible en las argumentaciones inherentes a las decisiones judiciales que se producen en un Estado Democrático de Derecho, no debería alarmar ni generar ningún tipo de reparo en tanto sea detectada*. Entendemos entonces que *es aquella que se consume en cuestiones de política jurídica, o incluso manifestaciones de políticas públicas, que son parte de la política o lo político en sentido propio o estricto*.

Creemos necesario entonces a esta altura, analizar brevemente cómo puede entenderse la *política en este contexto*, dadas las distintas posibilidades con que el término es comúnmente utilizado.

Así, por *política en sentido propio o estricto*, entendemos aquel conjunto de decisiones de política pública, que emanan de los órganos que ejercen el *poder* en un Estado determinado, y con arreglo a determinados fines que buscan regular la convivencia social.

La *política en sentido propio o estricto*,²² está siempre presente en las cuestiones de *política jurídica*. Ambas son *inherentes*. No hay contraste, como diría Ross, es una cuestión de grados.²³

²¹ Dworkin, R.: “Una cuestión de principios”, Grupo Editorial S XXI, la. Ed., Buenos Aires, 2012, pp. 27,28.-

²² Ross, A. “Sobre el Derecho y la Justicia” ,Eudeba, Bs. As.1997. Alf Ross entiende que, cuando se habla de Política en *sentido estricto, de la que la política jurídica forma parte*, en el caso, debe dejarse de lado lo que puede calificarse como *política partidaria*, esto es aquella vinculada al discurso de promoción y postulación de una fuerza política, cualquiera fuera su signo y su designio siempre sea obtener el poder de gobierno para el control del Estado.

²³ Como es sabido, el *realismo* de Ross, adjudica contenido específico al campo de la *política-jurídica*. A saber esta se ocuparía de: 1) *problemas específicamente técnicos-jurídicos de naturaleza sociológico-jurídica (política -jurídica en sentido propio)*; 2) *problemas políticos estrechamente vinculados con estos y que pertenecen al campo profesional de otros expertos, en donde el jurista sería un inexperto de segunda mano*; 3) *problemas que requieren pesar consideraciones y decidir como árbitros entre otros expertos*; 4) *formulación lingüística de la decisión, en un lenguaje jurídico aceptable y que armonice con el cuerpo de normas existente*.(Ross, *ibid*:403).

Vale la pena referir, que dada la complejidad de estas cuestiones, se puede correr el riesgo de que el jurista se convierta en experto itinerante y hasta diletante (Ross, *ibid*: 404), si no logra visualizar que debe también confiar en otros expertos, que tengan mayor capacidad de control sobre problemas que están fuera de su área profesional.

De esta forma, la *política* en *sentido propio o estricto*, debe distinguirse de otra variedad de *política* que está conformada, es decir adquiere forma y conformidad, nutriéndose de estrategias específicas a través de conductas de una fuerza política, generalmente en puja con otras y con un designio electoral, por lo menos en un Estado Democrático de Derecho, con miras a obtener el poder de gobierno y el control del Estado. A ella se le puede denominar, *política partidaria*.

A veces resulta difícil distinguir una de otra, porque los propios actores del acontecer político, suelen invocar muchas veces *la política en sentido estricto*, cuando en realidad refieren a la *política partidaria*, en un campo discursivo que en general busca captar adherentes o descalificar en forma concreta a otras fuerzas políticas.

Pueden aparecer problemas serios, si de alguna manera, los órganos decisorios de los conflictos intersubjetivos de intereses o Tribunales en sentido estricto²⁴, trasvasan de alguna manera sus *decisiones* desde la *política jurídica*, en la que está siempre presente *la política en sentido estricto*, a la *política como estrategia partidaria*.

Lo primero puede ser sano y lícito. Lo segundo ingresa en el umbral de la corruptela.²⁵ Por su parte, Michele Taruffo, ha expresado en este contexto a que nos estamos refiriendo, que la “política”, no ha de ser entendida como concepto abstracto o actividad, sino en forma concreta como “poder político”, cualquiera sea el modo institucional o extra- institucional en el que se ejerza²⁶, y sostiene que las relaciones entre jueces y política, pueden analizarse desde diversos puntos de vista.²⁷

El Juez, expresa Taruffo, es intérprete de los valores constitucionales o fundamentales en el moderno Estado Democrático. Al realizar esta función, “... *el Juez ejerce un papel fundamentalmente político: lleva a cabo elecciones que con frecuencia tienen una importancia política relevante, determina arreglos económicos, establece la distribución de la riqueza, garantiza los derechos fundamentales, condiciona el desarrollo de las relaciones políticas, individuales y colectivas...*”²⁸. El Juez, asume así un papel político (en sentido amplio), por lo que según el autor, “...*es natural que se verifiquen diferencias, y también fuertes conflictos entre las directrices de la Magistratura y las elecciones adoptadas por el Poder Político...*”²⁹.

El autor entiende que este análisis, si bien es campo fértil para una multiciplidad de miradas posibles, lo especifica en dos que considera de especial relevancia: a) la *subordinación*, esto es, esa tendencia del poder político de someter la magistratura a su voluntad, y b) el de la *dialéctica*, que se resume en la *fisiología inevitable de las relaciones entre jueces y política, o sea una relación que también puede ser de*

²⁴ Se hace la precisión, porque no debe olvidarse que para Ross, el concepto de Tribunal es entendido en sentido amplio designando a la totalidad de las autoridades que tienen a su cargo la prevención y castigo de los delitos, o incluso otras transgresiones, en el ámbito penal y civil. (Ross,A., *ibid*,pp. 62,n.6)

²⁵ Ser Juez, es una tarea noble y ardua. El Juez es también un investigador: busca descubrir la verdad en la vida y en la Ley. (Francisco Gamarra: “La vocación judicial”).-

²⁶ Taruffo M.: “Jueces y Política. De la subordinación a la dialéctica., Isonomía, No. 22, Abril de 2005,pp9.-

²⁷ Taruffo, M. *ibid*, op cit. pp. 9.

²⁸ Taruffo, M. *ibid*. op. cit. pp.:14.

²⁹ Taruffo,M: *ibid*.

*conflicto pero que no puede implicar el sometimiento de los jueces a la política ni el sometimiento de la política a las decisiones del poder judicial...*³⁰

Para Taruffo, finalmente, la definición del problema que se analiza, en los sistemas democráticos, consiste en “...crear, garantizando su funcionamiento, mecanismos de checks and balances capaces de detener la tendencia del poder político a someter a la magistratura y de contener el conflicto fisiológico entre los jueces y el poder dentro de los márgenes de la dialéctica institucional correcta....”³¹

Pensamos que es posible sostener que los jueces, por obligación y vocación, al momento de emitir su *decisión*, deben autocensurar su opinión *político partidaria*, de tal manera que evite contaminar gravemente el acto decisorio que se dicte, que es, según lo que hemos venido viendo, una cuota de poder que el Estado les ha conferido.³²

Sin perjuicio de lo dicho, en lo que como se ve, se cruzan perspectivas teóricas de distinto cuño, entendemos que un Juez *nunca puede*, aunque lo intente, ocultar su *ideología*.

En este sentido, cuando se alude a una *ideología*, ésta puede ser considerada *un conjunto de creencias y conceptos que refieren a una acumulación de información y experiencia sobre la realidad, y que además, esas creencias y conceptos son factuales y normativos, esto es, implican también comportamientos de los individuos y los grupos*. En principio es una explicación de la realidad social, más o menos simplificada en base a creencias, que tiene un valor subjetivo y en donde suele haber también, elementos irracionales. En general pretende ser secular, aunque hay algunas que pueden tener elementos religiosos.

Este concepto, que puede o no compartirse en tanto se refiere a aquello que puede entenderse por *ideología* mirada desde el sujeto y entendida básicamente como una simplificación más o menos grosera de la realidad, se conecta con otro tema mucho más vasto y sin duda también mucho más complejo, que es la relación del Derecho como práctica social discursiva, con la *ideología*. En este escenario pensamos que el Derecho, no es neutral, en varios sentidos. Primero porque al ser esencialmente una práctica discursiva, excede en mucho el mero contenido normativo. Esta práctica comprende en sí misma, distintos discursos, *una suerte de constelación discursiva*,³³ que atribuye sentido a palabras y cosas, y además, por eso mismo, es interviniente. La expresión de esa práctica discursiva se nutre *de politicidad, de valoraciones, de intereses en conflicto, y termina direccionada, según las formas en que el poder se encuentre efectivamente distribuido en la sociedad*.³⁴

La incidencia de la ideología sobre la práctica social discursiva que el Derecho es, entre otras cosas, reproduce una representación imaginaria y simplificada de los sujetos sobre sí mismos, sobre la relaciones con los otros sujetos, y fundamentalmente *oculta el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre ellos, con la finalidad de*

³⁰ Taruffo, M., *Ibid*, op. cit. pp.10

³¹ Taruffo, M. *ibid*. op. cit. pp 17.

³² Particularmente para Ross, un Magistrado bien entrenado llega a esa decisión, en base a un decurso encaminado a obtener ese objetivo – que es también una necesidad para eliminar un conflicto social - y lo logra activando dos elementos formados por la “conciencia jurídica material” (estándares, valores, actitudes que posee el Magistrado como miembro de una colectividad social) y la “conciencia jurídica formal” (convicción de respeto y acatamiento a la ley, que siempre debe estar presente en el mismo). (Cfr.: Meliante Garcé, L. “La decisión judicial en el proceso laboral. Génesis, particularidades y mitos.” Revista de la Facultad de Derecho.(UdelaR), No. 23, FCU, Montevideo, 2004).

³³ Meliante, L. en op cit. (N 10, *supra*)

³⁴ Cárcova, C.M. : *Ibid*. Op cit. pp. 137.

reproducir (y perpetuar) los mecanismos de hegemonía social de unos grupos sobre otros.³⁵ Pero, paradójicamente, genera consenso, no solo porque capitaliza una fuerza legítima – en sentido amplio- que es utilizada para ahorrar al sujeto, sino porque también, convence.³⁶ Por lo menos a determinados sujetos o grupos, con las relatividades que ello implica.

Dentro de este complejo escenario, entendemos que el rol de los jueces y la manera en que este debe ser entendido, está cambiando.

La investigadora de la FLACSO, Karina Ansolabehere,³⁷ opina que en América Latina, en muchas de las formaciones sociales democráticas, la relación entre política y Derecho, ha cambiado. Si inicialmente,- expresa- estuvo centrada en la dependencia del poder judicial al poder político, en la actualidad en tanto la actividad jurisdiccional, interviene y procesa problemas políticos, la situación cambió de signo, y constituye una preocupación actual, la dependencia del poder político, de las decisiones judiciales. *La tematización de las tan mentadas judicialización de la política y politización de la justicia, forma parte de este nuevo impulso....*³⁸

Si bien la cuestión no constituye una novedad, ha adquirido hoy, según la autora, mayor relevancia³⁹ en la medida que se ampliaron las atribuciones de los poderes judiciales para actuar como árbitros de los poderes políticos o entre el poder político y ciudadanía, así como para controlar que las decisiones políticas, sean compatibles con la Constitución. Ello tiene su expresión en tres aspectos, vinculados a su vez al cambio en tres tipos de funciones que cumple el poder judicial, a saber: a) la de ser custodio o guardián de la Constitución, en donde se revela una tendencia al aumento de control de constitucionalidad, en tanto capacidad del poder judicial para dejar sin efecto decisiones de los órganos legislativos y ejecutivos, b) la de ser árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político, en donde se percibe un aumento de las cuestiones políticas y sociales, sobre las que el poder judicial toma intervención, y c) en la fiscalización de la tarea de los políticos, en tanto se percibe una tendencia al aumento de decisiones que juzgan el comportamiento de funcionarios públicos.

Si en el S XIX y gran parte del S XX el poder judicial se caracterizó por la tutela casi en exclusiva del derecho de propiedad, el último cuarto de ese siglo y lo que va del presente, se ha caracterizado por la tutela de los derechos sociales (laborales y de seguridad social), políticos, de género, ambientales, etc., siendo también actor fundamental en el arbitraje de conflictos políticos, requiriéndose su intervención para el control de los actos de gobierno, no solo a través de la eventual responsabilidad de los funcionarios públicos, sino también a través del control de constitucionalidad de las leyes.⁴⁰

³⁵ Cárcova, C.M.: Ibid. Op cit. pp 137.

³⁶ Cárcova, C.M.: Ibid. Op.cit. pp. 137.

³⁷ Ansolabehere, K. "Jueces, Política y Derecho". Particularidades y alcances de la politización de la justicia". Isonomia, No. 22, abril de 2005, pp. 39-63.-

³⁸ Ansolabehere, K.: Ibid. op.cit. pp. 39.

³⁹ Ansolabehere, K.; Ibid. op cit. pp. 40.

⁴⁰ Ansolabehere, K.: Ibid. Op. cit. pp. 41, 42.

Según la autora, existen indicadores precisos de esta tendencia del avance de los jueces hacia el espacio de la política, a saber: a) aumentan los casos en que la política no puede decidir (derechos de libertad negativa que implican una obligación de no hacer por parte del Estado o su contracara, derechos que marcan obligaciones de hacer por parte de éste, en donde se indica al Estado que es lo que debe hacer), b) se legitima el aumento de la capacidad de fiscalización del poder Judicial sobre los funcionarios públicos; c) aumenta la capacidad de revisión del Poder Judicial, respecto de normas sancionadas por el Poder Político, a través del control de constitucionalidad y d) aumenta la capacidad para resolver conflictos políticos, constituyéndose instancias en que se recurre a la intervención judicial para la resolución de conflictos entre Poderes del Estado.⁴¹- El Poder Judicial, controla y revisa las acciones del Poder Político, de manera que se constituye en un actor clave del juego político.-

Sigue diciendo Ansolabehere, que en las democracias latinoamericanas, las nuevas y las que no lo son tanto, se “*ampliaron las fronteras del Derecho sobre la política*”.

De alguna manera, ingresan a la escena política, funcionarios no políticos, en el sentido tradicional, que toman cada vez más, decisiones inherentemente políticas, con las características estructurales de toda *decisión judicial*, rompiendo por otro lado, el equilibrio tradicional de poderes, que garantizaba el Derecho liberal moderno, cuyo punto culminante fue el Estado Legal de Derecho, o por lo menos creando en su seno una funcionalidad diferente entre los poderes de diseño tradicional.

Esta situación puede ir hacia dos lugares diferentes en la búsqueda del balance entre Derecho y política: un poder judicial *máximo* en donde, se considera que la judicatura, es garantía de los excesos de la política, y un poder judicial *mínimo*, en donde si bien se reconoce la importancia y necesidad de la intervención judicial en distintos campos como forma de garantizar una correcta administración de justicia, no es deseable, se dice, que la decisión final pueda estar en una democracia, en manos de funcionarios no electos popularmente, como lo son los jueces.⁴²

Como puede verse, finalmente, todo parece indicar que la judicatura del S XXI, desde diferentes perspectivas y con diferente intensidad, se encuentra lanzada a la búsqueda de un redimensionamiento de la eficacia constitucional.

La actividad de los jueces, fundamentalmente en su faz decisional, se transforma así en *actividad política* por distintas fuentes, a saber: ya en función de buscar la ejecución de políticas jurídicas en las que está presente la política en el sentido político propio o estricto, o ya en función del ejercicio de la tutela constitucional efectiva, que de una manera u otra reclaman en los estados latinoamericanos contemporáneos, los ciudadanos en primer término, y la estabilidad institucional de los propios Estados, por otro.

No hay peor ciego que el que no quiere ver, y lo cierto es que en Latinoamérica, la reflexión en torno a la relación entre Derecho y Política ha tomado un nuevo cauce.

⁴¹ Ansolabehere, K.: Ibid.op.cit.:pp.42

⁴² Ansolabehere, K.: Ibid. op. cit .pp.44.

El acto final de la actividad judicial, *la decisión judicial*, se muestra también como una decisión inherentemente *ideologizada* según hemos visto, pero además *política* en los sentidos que acabamos de ver. Ello requiere una sutil y prudente observación de sus contenidos, para que, que no derive hacia la disfuncionalidad que apareja el corrimiento del acto hacia ese otro tipo de política, a la que hemos denominado, *política partidaria*.

III.- Un sostenido protagonismo de los movimientos sociales.

Los llamados “*movimientos sociales*”, constituyen un fenómeno social particularmente relevante en Latinoamérica, desde diversos puntos de vista, y sobre todo en aquellos países que padecieron algunas de las dictaduras militares que proliferaron en el continente. Se hace esta especificación, porque entendemos que una vez reinstalada la democracia política y culminada la nefasta etapa dictatorial, estos movimientos tomaron renovada fuerza, y complejizaron su protagonismo social según veremos más adelante.

*Si se adoptara una definición amplia, se incluirían en la categoría de movimientos sociales, a todas aquellas expresiones colectivas, no partidarias, que: a) se organizan alrededor de ciertos intereses (o valores) socialmente determinados; b) establecen ciertas áreas de igualdad entre sus miembros alrededor de las cuales priman solidaridades específicas, y c) inciden (o buscan incidir) en algún nivel del proceso de toma de decisiones políticas.*⁴³

Como bien explica Filgueira, una conceptualización amplia, llevaría a incluir en la categoría de participación política extrapartidaria a organizaciones comunales o barriales orientadas a la satisfacción de sus necesidades básicas (salud, medio ambiente, ollas populares, condiciones habitacionales, etc), así como otro tipo de movimientos afines a formas corporativas (medianos y pequeños productores rurales, sindicatos obreros de condición clasista, organizaciones feministas, movimientos de defensa de los derechos humanos, etc.)

Por su parte, una conceptualización estrecha, entendería por *movimientos sociales*, nada más que aquellos que proponen fines amplios o limitados de reforma de la sociedad, para establecer un orden social alternativo, quedando excluidos todos aquellos movimientos que tienen un referente estatal positivo y solidario para su accionar en pos de la lucha por intereses privados particulares, (grupos de interés, grupos corporativos, asociaciones de voluntariado, etc.).⁴⁴

Interesa destacar también otro aspecto significativo, ya que suele ser una característica de algunos de estos grupos, en tanto sus demandas se refieran a aspectos de la vida cotidiana y barrial, comunes a todos sus miembros y cuya gestión se hace de manera horizontal, su marcada proclividad a generar sistemas de autosatisfacción de las

⁴³ Filgueira, C.: “Movimientos sociales en la restauración del orden democrático: Uruguay, 1985”, en “Los movimientos sociales en el Uruguay hoy”, Clacso, Cieusu, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, diciembre de 1985, pp.15.

⁴⁴ Filgueira, *ibid.* Op. cit. pp. 15.

necesidades, potenciando la movilización grupal y organización de sectores populares relevantes.⁴⁵

Por su parte, *Federico L. Schuster*, expresa que los denominados “movimientos sociales”, son formaciones colectivas de carácter público contencioso, orientadas a la satisfacción de un conjunto de demandas propias,... que además,... generalmente,...actúan por fuera del sistema político, pero suelen dirigirse a él, logrando impactos efectivos.⁴⁶

Explica asimismo, que en general, tales demandas, se vinculan con un conjunto de necesidades o derechos reclamados, que no son satisfechos regularmente por el sistema político.⁴⁷

Si bien pueden situarse inicialmente,- dice el autor,- después de la segunda mitad del S XIX, eclosionan luego con fuerza en el SXX, y en el actual, han tomado un lugar de singular importancia.

Ahora, bien. Resulta relevante destacar algunas peculiaridades de estos *movimientos sociales*.

En primer lugar, suelen no efectuar demandas que abarquen aspectos generales de las sociedades complejas contemporáneas, sino que, sus reclamos se caracterizan por su parcialidad.

En segundo lugar, a veces, pueden conformarse como partidos políticos. En ese sentido Schuster expresa, que si bien en general estos movimientos actúan por fuera del sistema político aunque lograr obtener buen rédito del mismo, ocasionalmente dan el paso hacia su integración formal al sistema político partidario, y generalmente ello sucede cuando se complejiza el contenido de las demandas que, de parciales, pasan a ser generales.⁴⁸

En tercer lugar, explica el autor, que la relación entre *movimientos sociales* y *política* es muy lábil, puede asignarse a estos movimientos su *condición política*, por su innegable capacidad de influencia sobre el sistema político, aunque no se integren al mismo, lo que como vimos, de todos modos puede ocurrir.

La capacidad de influenciar al sistema político, queda evidenciada, cuando, de alguna manera, logran ser tenidos en “cuenta” al ser considerados como sujetos, y en “las cuentas”, es decir, cuando logran ser considerados presupuestalmente.

⁴⁵ Rodé, P, Marsiglia J., Piedra Cueva, E.; “Experiencias recientes de movilización urbana en las áreas de la salud, nutrición y organización barrial”, en ob cit. Supra N (.41), pp.72.

⁴⁶ Schuster, Federico L. :” Demandas sociales y política en América Latina” columna publicada en el marco del Seminario:” Movimientos sociales en movimiento: conceptos y métodos para el estudio de los movimientos sociales en América Latina”, realizado el 11 y 12 de junio de 2015, en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República ,”La Diaria”, 10 de junio de 2015, pp.11.-

⁴⁷ Schuster, F: Ibid .op. cit.,pp. 11.

⁴⁸ Schuster,F.. Ibid. op.cit,pp.11

En cuarto lugar, suele ocurrir que los *movimientos sociales*, denuncian la existencia de algún vacío político, es decir, de algún lugar o dimensión no considerado o excluido en ese contexto.

En Latinoamérica, explica Schuster, ha sido común detectar la existencia de movimientos sociales con sus fronteras muy “difusas” en relación a la política.

En nuestra región, como ya se adelantara la crisis de los gobiernos neo-liberales sobre todo en el último cuarto del S XX, y a nuestro juicio, la derrota de las de dictaduras militares que proliferaron en varios países del *horizonte cultural latinoamericano*, provocaron que una vez recuperada la vida política democrática, se abriera la puerta para que surgieran fuertes reclamos y reivindicaciones tendientes a cubrir necesidades insatisfechas o derechos omitidos por el sistema político, incluso desde el marco de los gobiernos democráticos.

Es del caso también puntualizar como una característica o insumo identificativo de los movimientos sociales, la notoria instalación de un tipo de lenguaje específico, con un marcado tono reivindicativo. Es decir, así como la instancia política neoliberal instaló un lenguaje específico preventivo de los conflictos y delimitó el campo de posibilidades de desarrollo del sujeto, la instancia de surgimiento, proliferación y aceptación de los *movimientos sociales*, como interlocutores válidos en distintos aspectos de las sociedades latinoamericanas contemporáneas, diseñó también su propio lenguaje, delineando a su vez los límites de cómo debe prevenirse, desarrollarse o instalarse el conflicto así como la lucha social reivindicativa, con la utilización de una comunicación muy marcada por el uso de consignas que proyectan la búsqueda y concreción de sus aspiraciones y deseos. No quiere decir esto, que un lenguaje haya sustituido al otro, aunque se busque gradualmente que así sea, pues en la actualidad, es perceptible la coexistencia de ambos modos en interacción.-

Interesa destacar como señala el autor que hemos venido citando, que estos movimientos sociales, han revelado tener hoy por hoy, una fuerza y un protagonismo sumamente relevantes, al punto que estudiar la vida política y concomitantemente jurídica – agregamos - de las sociedades complejas latinoamericanas en el presente, es impensable sin un profundo análisis de la actuación de estos grupos, en tanto no hacerlo, vedaría la posibilidad de pensar en proyectos democráticos plenos en la región, así como comprender aspectos relevantes de la acción colectiva, de las formas de reclamo social, y de las relaciones entre sociedad y política.

Como puede comprenderse, las formas jurídicas de estas sociedades suelen recoger reclamos sociales grupales, para instalarlos posteriormente en algún punto sensible del sistema político, por razones de consenso, oportunidad o conveniencia.

Entendemos que, de alguna manera, el Derecho debe irse adaptando a los signos de los tiempos, y mucho de ello tendrá que ver, seguramente, la incidencia en este proceso, de los movimientos sociales que reivindican aspectos no contemplados debidamente desde la iniciativa autónoma y propiamente política.

Finalmente, como puede apreciarse, la incidencia de los movimientos sociales en el escenario social, político y jurídico de las sociedades latinoamericanas contemporáneas, escenario que en realidad es uno pero mirado desde distintas perspectivas, provoca en el lenguaje de Robert Cover,⁴⁹ una ampliación del alcance del campo jurídico hacia afuera de las instituciones estatales, al incluir a los movimientos sociales, que también se transforman en comunidades interpretativas y actúan de manera más o menos autónoma contra el Estado, o en ocasiones, buscando su favor. En suma, hay una expansión del campo jurídico, por fuera de sus operadores tradicionales (jueces, funcionarios públicos, académicos, profesionales, prácticos, etc.), que se traduce en la distinción entre Derecho como *significado* y Derecho como *herramienta de control social*.⁵⁰

La inclusión de los movimientos sociales como actores no tradicionales, incluso como comunidades interpretativas acerca del Derecho, amplía el campo de esta práctica socio-discursiva, de manera sustancial.

En el plano abierto del Derecho *como significado*, al decir de Cover, todos podemos opinar en el marco de nuestras comunidades interpretativas. El debate público acerca de las cuestiones jurídicas, se organiza en función de una multiplicidad de interpretaciones, libres, sin restricciones. Por su lado, el plano del Derecho como *herramienta de control social*, opera en el marco de instituciones estatales, desde donde con legitimidad institucionalizada, se dice lo que el Derecho “es”, pero fundamentalmente lo que el Derecho “no es”. Se organiza un discurso oficial, una narración dotada de ortodoxia política.⁵¹

Uruguay por cierto, no ha sido para nada ajeno a estas particularidades.

IV.- Una reformulación y nueva puesta en escena del tema de los Derechos Humanos.

El debate en torno a los Derechos Humanos, más allá de las posibles discrepancias en su denominación, para lo que no hay aún uniformidad de criterios: (Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Derechos Individuales, Derechos Naturales, etc.), y teniendo aún en cuenta los aspectos simbólicos que conlleva la referida categoría, se ha incrementado notablemente en la actualidad latinoamericana. La vida sociopolítica actual, en cuyo embrión se encuentra el Derecho, ha demostrado sin intermitencias, que el tema de los *Derechos Humanos*, incluso dejando de lado su génesis histórica, constituye un ámbito de especulaciones, debates serios, juicios críticos razonables y de los que no lo son, que hace que se mantenga su vigencia en forma indiscutible.⁵²

⁴⁹ Cover, R.. “Nomos and narrative”,97.Harv. L.Rev.,4 (1983), cit. por Alvarez Ugarte, R. en “ El constitucionalismo popular y los problemas de la última palabra: apuntes para un contexto latinoamericano”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, No, 1, noviembre de 2012,(72-125),pp.84.

⁵⁰ Cover, cit. por Alvarez Ugarte, en op cit., supra, pp, 84-85.-

⁵¹ Ibd, opc. cit, supra.

⁵² Meliante,L.: “Derechos Humanos y Derecho Privado en la sociedad uruguaya contemporánea”, en Revista Crítica de Derecho Privado No. 3, Carlos Alvarez Editor, Montevideo,2006, pp.16

No cabe duda que cuando existen circunstancias políticas, jurídicas y sociales, que son consecuencia de la gestación e instalación de regímenes autoritarios, de los que Latinoamérica tiene experiencia sobrada, sobre todo a través de sus *décadas infames*,⁵³ está absolutamente justificado que nazcan reivindicaciones basadas en la necesidad de vigencia de los llamados Derechos Humanos, en la medida que esos episodios, conculcan y laceran el sistema general de libertades y derechos.

No obstante también, y ello conforma una peculiaridad que debe necesariamente atenderse, es notorio que en nuestro *horizonte cultural*, - categoría que ya hemos analizado, - aún desde el momento en que se instala en una formación social un marco político de ejercicio democrático del poder y por su lado el subsistema jurídico-político toma su forma a través de la consagración de un Estado de Derecho, - en el menos ambicioso de los supuestos, - es también recurrente la invocación y la demanda de vigencia plena de los Derechos Humanos. En este contexto en forma concomitante, aparece con cierta claridad la pretensión de realización efectiva y reclamos de vigencia de los llamados “derechos sociales”, que en muchos casos, se re-dimensionan al integrarse a aquella categoría más amplia de los Derechos Humanos, en forma explícita, siempre y cuando no se entienda que por inherencia, ya estaban integrados a la misma.

No obstante, se hace bastante difícil tratar este tema, sin caer en lugares comunes.

Prescindiremos por ende, de referencias históricas relativas al nacimiento de los llamados Derechos Humanos, sin perjuicio de que creemos procedente especificar que este aspecto, como se sabe, no está desligado del nacimiento del concepto jurídico-político de Estado de Derecho, que se va gestando, a partir de las revoluciones inglesa de 1688, norteamericana de 1787 y francesa de 1789.

Lo anterior es el contexto adecuado para mencionar someramente otro aspecto. En efecto, la posibilidad de analizar los fundamentos de los Derechos Humanos, cuya nomenclatura y vigencia puede situarse a partir de las históricas revoluciones aludidas, lleva a la necesidad de aclarar cuestiones terminológicas, y especialmente su categorización como “humanos” en donde, o se acepta que tales derechos tienen una fuente textual o normativa emanada de una autoridad legítima, o su fuente es otra. Como es fácil inferir, en este tema se entremezclan cuestiones filosóficas, ideológicas y lingüísticas, y surgen posiciones absolutamente contradictorias en su análisis y consideración, con una oferta de posibilidades que resultan ahora y para esta ocasión, claramente inabordables.

Por nuestra parte, pensamos que los “Derechos Humanos”, constituyen un fenómeno propio de la actividad social del hombre en donde se conjugan todos los aspectos posibles de la vida humana, y que, según sean las condiciones sociales en que se desarrolle la misma, pueden emerger a través de reivindicaciones concretas, ya en lo social, ya en lo jurídico, ya en lo económico, ya en lo político, ya en lo cultural o lo ecológico, sin perjuicio de los cruces de fronteras que puede haber de una a otra de estas

⁵³ Bruchera, O. “Las décadas infames”, Linardi y Risso, Montevideo, 1986.-

categorías. En suma, los Derechos Humanos, se relacionan a todos los ámbitos que conforman la praxis humana.

Puede suceder por ende, que en determinadas sociedades con regímenes políticos en donde campee el autoritarismo, los estos derechos aparezcan a través de reivindicaciones relativas a la libertad, a la necesidad de inviolabilidad de la dignidad personal, a la libertad de opinión, a las libertades políticas, etc.

Otras veces en sociedades dependientes, integrantes del capitalismo periférico como son en su mayoría las Latinoamericanas, las necesidades esenciales de la vida, promueven a un primer plano los derechos sociales en general, laborales y socioeconómicos, y culturales.

También es notorio que la pobreza, la enfermedad, el hambre, la ignorancia, la discriminación, el olvido de la situación de las poblaciones indígenas, no solo constituyen violaciones en sí mismas de los derechos humanos, sino que determinan las condiciones materiales que hacen posible la realidad misma...⁵⁴ invocar en medio de la explotación y la miseria los derechos humanos como una realidad, constituye una forma de hipocresía, un esfuerzo por ocultar y engañar. Es la invocación de un formalismo vacío que se satisface en la mera existencia de los textos jurídicos...⁵⁵

Ahora bien. El mundo se encuentra transitando por un proceso sumamente complejo, que no es nuevo ni reciente, y al que se la ha dado en llamar *globalización*. Respecto del mismo, que se encuentra dotado de una irreversibilidad inherente, no se sabe a ciencia cierta cuáles son los márgenes de su expansión, ni tampoco las consecuencias que esta conlleva, ni menos la dirección que las mismas vayan a tomar. Por lo pronto, entre otras cosas, se encuentra signado por lo que Ulrich Beck, denomina *ideología del globalismo*, entendiendo por globalismo *...aquella concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye el quehacer político, es decir... (es)...la ideología del dominio del mercado mundial o ideología del liberalismo... que procede de manera monocausal y economicista y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión, la económica... destacando... el presunto predominio del mercado mundial*. Esta cuestión revela así el núcleo ideológico del *globalismo*, que se da de traste - dice Beck- *con una distinción fundamental de la primera modernidad, a saber, la existente entre política y economía*. Es decir, *“...aquella tarea esencial de la política que era delimitar bien los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente, se sustrae así a la vista o se enajena...”⁵⁶*

⁵⁴ Gross Espiell, H.: “Una visión latinoamericana de la Carta de los Derechos Fundamentales”, Cátedra Unesco de Derechos Humanos, UNESCO, Universidad de la República, año 1/ Diciembre de 2003, pp. 11.

⁵⁵ Gross Spiell, H.; Ibid.op cit. supra. pp.11.

⁵⁶ Beck, U. :   Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Paidós, Barcelona, 1998. (cit. por Acosta, Y., en “Sujeto y democratización en el contexto de la globalización. Perspectivas críticas desde América latina, Nordan Comunidad, Montevideo, 2005,pp. 28 - 29.-

En este contexto, se produce una significativa alteración de la relación Sociedad Internacional-Estado Nacional, que repercute en lo más profundo de la dinámica intra-estatal, dificultando en forma grosera los procesos naturales de integración social, provocando la desestabilización de sectores socioeconómicos y culturales propios de la identidades nacionales; lo que conlleva también un debilitamiento progresivo de la actividad mediadora y política del Estado y repercute sustancialmente en el debilitamiento de la inversión productiva en pos de la inversión financiera, cuyos designios y enclaves, suelen muchas veces ser absolutamente desconocidos.

En la lógica de mercado que hemos venido describiendo,⁵⁷ suele entonces denominarse a la sociedad resultante, como *posmoderna*, *sociedad pos industrial* y como *sociedad de la información*, en la que "...la información es mercadería valiosa, y como tal corre la suerte del intercambio. En esta nueva Era, las tecnologías facilitan la creación, distribución y manipulación de la información que – como moneda virtual – es un elemento clave en el desarrollo personal, social, cultural y económico...."

Entonces no es casual que esta cuestión grave en forma necesaria en el campo de los llamados Derechos Humanos.

Creemos pues, que constituye una terapéutica ineludible para los países latinoamericanos que sufren – en mayor o menor grado- las consecuencias de este complejo proceso, retomar en forma gradual, quizás lenta pero segura, el protagonismo político democrático y mediador del Estado en su trama interna, posibilitando la reapropiación de la participación por parte de los sectores sociales que resultaron debilitados por la sacudida globalizante, en la toma de decisiones político-económicas reales, así como también organizar ámbitos culturales reales y no virtuales, en donde se creen actividades dialógicas con posibilidades de volver a humanizar nuevamente al sujeto ayudándole a confrontar la realidad globalizante, así como a rescatar su identidad.

Entendemos que esta idea debe trabajarse por lo menos en función de algunas líneas de procedimiento político, jurídico y cultural en general. Así fundamentalmente, creemos que debe irse en pos de *una ética del poder*, en donde se priorice la *libertad*. no solo la imprescindible y externa al sujeto, sino aquella que legitime la resistencia al poder ilegítimo, solapado, manipulador, impune; así como la *verdad*, que puede darse como la resultante de la posibilidad de ejercitar una crítica pormenorizada, profunda y honesta, en todos los ámbitos del quehacer socio-cultural y político. También entendemos que deberá buscarse un redimensionamiento de las relaciones internacionales, en función de criterios pragmáticos, que prevengan y defiendan aquellos contenidos que se perciban beneficiosos para el interés comunitario.

De este tipo de estrategias u otras alternativas, es posible que dependa la posibilidad de la recuperación de las identidades perdidas u oscurecidas, así como la creación de una nueva legitimidad, propia de democracias reales y bien consolidadas, en donde se haga

⁵⁷ Fernández Oliva, M : "Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del Common Law.", en Investigación y Docencia, No. 48, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, 2014, pp-185.

perceptible, que se guarde una adecuada tensión entre protagonismo ciudadano y política, por un lado, y por otro, entre prevención, seguridad, bienestar social, y derechos humanos fortalecidos.

De tal modo, que en este contexto de capitalismo transnacional, enmarcado en los ejes de la *globalización*, (un proceso irreversible, caracterizado por ser la más reciente revolución capitalista, en donde los Estados nacionales antes claramente independientes, se imbrican a través de actores transnacionales, lo que repercute fuertemente también en las formas de distribución del poder); del *globalismo* (la ideología que lo sustenta, cuyas notas hemos caracterizado más arriba) y de la *globalidad* (que se resume en la certeza del hombre contemporáneo y por ende de las distintas comunidades, de que hace tiempo que vivimos en una sociedad mundial y que la tesis de los espacios cerrados es inviable), solo resta preguntarse cuál es el papel que juega el *sujeto* en este escenario.

Estimamos que la *Teoría Jurídica Crítica*, precisamente, promueve la necesidad del análisis más profundo de la noción de *sujeto*, categoría que considera esencial.

Lejos de toda ortodoxia, el pensamiento *crítico*, pretende *re-categorizar al sujeto* otorgándole un lugar de privilegio tanto en lo *histórico*, como en lo *social*, lo *político* y lo *ideológico*.

El Derecho, precisamente, de alguna manera, es funcional a cada una de esas categorías (histórico-social-político-ideológico), como éstas lo son al Derecho. Confluyen todas, y se nutren unas de otras, recíprocamente, lo que supone que ninguna de ellas (lo histórico, lo social, lo político, lo ideológico, lo jurídico) pueda prescindir de las otras.

Lucía M. Aseff, ha expresado que : “... *el sujeto de derecho, uno de los conceptos fundamentales alrededor del cual se estructura y organiza todo el derecho moderno, como si fuera en realidad preexistente a su interpelación y constitución por las palabras de la ley, no deja de ser una categoría histórica propia de la modernidad, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen (libertad, autonomía), sin reparar que, como dice Alicia Ruiz, “la humanidad”, “la vida humana”, “lo humano”, “el hombre”, no son realidades dadas de una vez y para siempre, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextuadas. En todo caso, son conceptos contruidos y no dados de antemano, a los que no solo cabe descubrir, sino a los que cabe desmontar para averiguar cómo se han constituido y cómo funcionan...*”.⁵⁸

Por su parte, Boaventura De Sousa Santos, en su proyecto sobre una pos-modernidad de oposición, establece que: ... *Es necesaria una nueva teoría de la subjetividad que explique el hecho de que nos encontramos en una compleja red de subjetividades que va incrementándose. Más allá de las ruinas del colectivismo social, está emergiendo el colectivismo del “yo”. La lucha frente a los monopolios de interpretación debe*

⁵⁸ Aseff, L.: La Teoría Crítica en la Argentina. Alicante. Cuadernos de Filosofía del Derecho. DOXA 21-II, 1998, pp.21-32.

orientarse de tal forma que lleve a la proliferación de comunidades interpretativas políticas y jurídicas.... ⁵⁹.

En lo que dice relación con Uruguay, aún agotado el proceso dictatorial por la lucha político-ciudadana y por el peso de su inconsistencia histórica, durante mucho tiempo y en muchos aspectos, el desarrollo pragmático de los programas de Derechos Humanos, no fue o no pudo ser desarrollado adecuadamente. No es quizás el momento de abordar esta cuestión, pues más allá del contenido político que conlleva la reflexión, - y bueno es que se advierta- durante mucho tiempo el propio Estado uruguayo tuvo dificultades para desarrollar políticas sociales adecuadas, que transitaran por una hermenéutica de la pobreza. La pobreza es una vivencia, un acontecer existencial y por eso no constituye un aspecto meramente matematizable o cuantificable. Requiere un análisis político económico, un análisis jurídico y también uno que conlleve una perspectiva comunicacional. Porque precisamente por eso, por ser un acontecer existencial, una vivencia, debe ser cabalmente comprendida. En la actualidad, y no desde hace mucho, se está en camino de ello.

Tampoco el Estado uruguayo propició políticas carcelarias que velaran adecuadamente e intercedieran para evitar que se afectaran todos aquellos aspectos inherentes a la dignidad de quienes están privados de libertad, transformando en algo mítico los programas de acción plasmadas en la propia carta constitucional. En este aspecto, aún hoy, poco se ha logrado.

No puede dejar de decirse, además, que pese a que han transcurrido más de cuarenta y tres años de la nefasta perpetración dictatorial, aún no se han cerrado las heridas que provocaron años de inusitada prepotencia y violación de los más elementales derechos, -cualquiera sea su naturaleza jurídica y su fundamento- y que fueran avasallados en forma inmisericorde por la dictadura cívico-militar que recaló en Uruguay en los años setenta del siglo pasado. Por esta razón entendemos, que fortalecer el Estado de Derecho haciendo un viraje hacia el Estado Constitucional de Derecho, en base al soporte teórico y práctico que se determine adecuadamente, será una de las tantas formas de fortalecer la Democracia, lo que derivará en una mejor manera de garantizar la aplicación plena del contenido pragmático de un conjunto de derechos cuya naturaleza quizás poco importe analizar, comparándola con la necesidad de su realización en la praxis jurídica cotidiana.

Si bien es cierto que se han revalorizado los Derechos Humanos en muchos aspectos, sobre en materia sexual y familiar, sino también en otras esferas sentidas como privadas o connaturales a la misma definición de su personalidad, ello no basta.

La democratización creciente y la necesidad imperiosa de prevenir y exorcizar cuando sea necesario, los desbordes autoritarios de poder, explícitos o implícitos, sobre todo cuando viene del poder público, requieren de otros pasos políticos y jurídicos, según habremos de ver en el apartado que subsigue.

⁵⁹ De Souza Santos, B.: "La transición posmoderna. Derecho y Política.", Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (No. 6,1989. (223-263) pp.247.-

V.- Un empuje renovado de constitucionalización del sistema jurídico-político

Toda organización política de una sociedad compleja, requiere un conjunto de normas para funcionar, pero no todo conjunto de normas puede tomar el carácter de organización constitucional.⁶⁰ Particularmente ese conjunto de normas, debe conceder principalmente, un conjunto de derechos fundamentales.

El constitucionalismo de corte democrático, en su forma articulada y codificada en un texto que se denomina Constitución, es un producto político de las Revoluciones liberales acaecidas en Norteamérica y Francia, a fines del S XVIII, que recogen la filosofía contractualista que naciera en el siglo precedente, y que ponen en escena un poder constituyente absoluto e ilimitado, en tanto pre-jurídico, y por otro lado un poder constituido, pos jurídico y limitado constitucionalmente. Su necesidad primordial, producto de la herencia revolucionaria, fue entonces organizar una forma de distribución del poder, limitándolo a través de la Constitución. Ya en el S XIX, la consumación constituyente en Latinoamérica, consolida la tradición constitucional que provenía del siglo anterior, inaugurando una forma de constitucionalismo al que puede llamarse *latinoamericano* y que recoge versiones heterogéneas, con influencias que provienen del constitucionalismo norteamericano y francés, por supuesto, y que arroja productos diferentes, aunque en algunos aspectos similares, como fueron los sistemas constitucionales instaurados en México, Venezuela, Colombia, Brasil, Argentina y Uruguay, en donde fue notoria la influencia jurídica de la corriente iusnaturalista del Derecho.

Bobbio, ya en el S.XX, estimaba que en las constituciones de tradición liberal, debían existir por lo menos *las cuatro libertades de los modernos*: libertad personal, de pensamiento, de reunión y de asociación. Si el documento constitucional, que en esta tradición debe ser rígida, escrita y suprema, contiene además *derechos políticos*, puede hablarse de *constitucionalismo democrático*; si contempla *derechos sociales*, puede hablarse de *constitucionalismo social*; y si contiene todos esos derechos, podemos hablar de *constitucionalismo democrático y social de derecho*. A ello debe agregarse una *necesaria garantía* para gozar de esos derechos que se conceden, y además una clara *división de poderes*, que garantice los principios de *legalidad, igualdad e imparcialidad judicial*.⁶¹

Sin perjuicio de aquello que sucintamente se expone, ubicándonos en la tradición liberal occidental y con referencia al constitucionalismo democrático que surgiera en Europa sobre la mitad del S.XX, luego de la segunda Guerra Mundial, Salazar Ugarte,⁶² releva que a las características que hemos reseñado en el párrafo precedente, se agregaron otras, tales como la mención de un elenco relevante de derechos

⁶⁰ Salazar Ugarte, P.: "El nuevo constitucionalismo americano. (Una perspectiva crítica), en Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2012, pp. 346, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

⁶¹ Salazar Ugarte, P. Ibid.op.cit.pp.347.

⁶² Salazar Ugarte, P. Ibid.op.cit.pp.347.

fundamentales (libertades, derechos políticos, sociales), reglas que organizan el acceso democrático al poder político; y mecanismos de control constitucional sobre las leyes.

En lo que dice relación con Latinoamérica, más allá de la conocida tradición del denominado *constitucionalismo latinoamericano* a que ya se aludiera, es claro que en su presente, nuestro *horizonte cultural* arroja a grandes rasgos por un lado, constituciones que responden claramente a la tradición europea de posguerra (México, Argentina, Uruguay Colombia entre otros), y por otro lado aquellas que responden al denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, nueva corriente, cuya características principales veremos más adelante, y que se consolida en Ecuador (2008), Bolivia (2009) y unos años antes, lo hiciera en Venezuela (1999).

Sin perjuicio de estas características principales, han tenido también cierto impacto y sugerencia de nuevas lecturas, algunos ecos traslaticios hacia la región, del autodenominado *neo-constitucionalismo euro-céntrico*. Esta última corriente, de larga trayectoria a esta altura, y que según se ha afirmado, es probable que tenga serias aspiraciones de convertirse en una suerte de Teoría del Derecho más que en una Teoría de la Constitución⁶³, muchas veces se aparta de la *nueva teoría constitucionalista latinoamericana*, aunque paradójicamente, en muchos aspectos, también mira hacia el mismo lado que aquella.

Pretendemos aclarar esta afirmación y hacer referencia a las particularidades más relevantes de cada una de las versiones, en el desarrollo de este apartado.

Ahora bien. En el discurso teórico contemporáneo acerca del Derecho, suelen hacerse referencias a su proceso de *constitucionalización*. Este puede ser visto desde su matriz *euro céntrica*, como terminamos de decir, fundamentalmente a través de la corriente *neo-constitucionalista*, o particularmente, desde aquella otra con peculiaridades latinoamericanas, como en el llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cuyo primer aspecto diferencial del primero, radica en proponer para las nuevas constituciones latinoamericanas, lo que se ha dado en llamar un *poder negativo como forma diversa de ejercicio directo o indirecto de la soberanía por parte del pueblo*⁶⁴, un instrumento tendiente a sostener su voluntad constituyente a través del control de constitucionalidad contra cualquier forma de intento de subversión de la misma, incluso por parte de aquellos que ejercen el poder, constitucionalmente habilitados. Con esta forma de *constitucionalismo* se procura, según se ha dicho: "...disminuir la clásica contradicción entre justicia constitucional y democracia...".⁶⁵

⁶³ Viciano Pastor,R.y Martínez Dalmau,R.(Universidad Valencia, España); "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?. Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Mexico, 2010.(www.juridica.mx).-

⁶⁴ Noguera Fernández, A. : "El neoconstitucionalismo andino:¿ una superación entre la democracia y la justicia constitucional?. Revista Vasca de Administración Publica.. No.90, Mayo-Agosto de 2011: 167-196), pp .180-181.

⁶⁵ Noguera Fernández,A.: Ibid. Op, cit.pp.195.-

Por su parte, uno de los aspectos esenciales de la corriente *euro-céntrica* mencionada, es la necesidad de reformulación del concepto de *Estado de Derecho*, de tal manera que poniendo el énfasis en la Constitución Política del Estado, ponderado como texto normativo y axiológico a la vez, posibilite la mutación de aquel concepto que se entiende superado, hacia el que promueve esta corriente y que se ha denominado, *Estado Constitucional de Derecho*.

En forma concomitante, se comenzó a otorgar otra dimensión y analizar con mayor cuidado el rol de los jueces dentro del Estado, adjudicándoles de alguna manera la función de *gestores del control de calidad de las decisiones políticas* buscando con ello una mayor apuesta a la forma, contenido y alcance de las decisiones judiciales.⁶⁶

También, el desarrollo del *neo-constitucionalismo euro-céntrico*, o si se quiere el contemporáneo *constitucionalismo europeo*, así como la nueva teoría *latinoamericana*, pujan por la ponderación del concepto de “*tutela judicial efectiva*” como forma de garantizar la vigencia de los *Derechos Humanos* frente a la posible opacidad o incluso insuficiencia de la legislación en sentido amplio. Esto ha llevado a que los órganos encargados del control de constitucionalidad particularmente, produzcan decisiones con un alcance diferente al que tradicionalmente han generado.

Se les ha denominado por la Doctrina especializada⁶⁷ “sentencias atípicas”, y constituyen: “...creaciones instrumentales para hacer más operativos los valores y principios constitucionales, explicitando su fuerza normativa y garantizando la mayor adecuación del ordenamiento infra-constitucional a la Constitución, especialmente cuando se vulneran derechos fundamentales o para evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad a través de las simples sentencias estimatorias de inconstitucionalidad...”.

Este tema no ofrece demasiadas aristas para posibles cuestionamientos, cuando el control de constitucionalidad se ejerce por Tribunales Constitucionales *strictu sensu*. Pero sucede, que el empuje *neo-constitucionalista euro-céntrico*, que es el que se ha desplegado de alguna manera en Uruguay, por ejemplo, a costas de alguna interpretación doctrinaria vernácula, tanto de las áreas del Derecho Público como

⁶⁶ Meliante, L.” La Crítica jurídica Latinoamericana.De la invisibilidad a su consideración en la Doctrina Nacional.”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay., Montevideo, Enero-junio de 2014, (.153-183), pp. 176, 177.

⁶⁷ Nogueira de Alcalá H.:“Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No. 2,pp. 71 -104, 2004.- A vía de ejemplo, Nogueira de Alcalá, las tipifica en sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas, exhortativas, prospectivas y de omisiones legislativas. Por su parte Néstor Sagües utiliza la terminología de “sentencias manipulativas”: admisorias, desestimatoria, aditiva, sustitutiva y exhortativa, apelativa o con aviso conforme Sagües, Néstor – “Las Sentencias Constitucionales Exhortativas” – publicado en Revista del Centro de Estudios Constitucionales – Universidad de Talca – noviembre – año/ vol 4 - número 002 – pág. 193 y ss.

Privado,⁶⁸ puede propiciar la irrupción de situaciones inéditas, en tanto alienta a la judicatura de primera instancia, a que en forma motivada, propicie la desaplicación de la legislación infra constitucional, cuando se estime que esta contradiga principios integrados al bloque de constitucionalidad programático de protección de los Derechos Fundamentales, (en el caso de Uruguay, nos referimos a los artículos, 7,72 y 332 de la Constitución de la República, básicamente.) o incluso más, en tanto pueda contradecir principios generales de máximo valor y fuerza que campean en forma supra constitucional, y que son inherentes a un *orden jurídico con validez y reconocimiento universal*, que debe primar aún, por sobre el orden constitucional supra legal.

Ahora bien. El “*neo-constitucionalismo*” o “*constitucionalismo*” como en realidad debiera denominarse, en su versión *euro-céntrica*, contiene posturas que van desde las moderadas a las más extremas y el proceso puede ser analizado desde el punto de vista *teórico, ideológico y metodológico*, según el buen decir de Paolo Comanducci. Es común a todas esas perspectivas, un discurso tendiente al desplazamiento del principio de *primacía de la ley* que se ve sobrepujado por el de *primacía de la Constitución*,⁶⁹ y como ya vimos, *un estímulo a toda la judicatura para instituirse en controladora de la constitucionalidad de la legalidad total y de la actuación de las autoridades estatales, particularmente*.

De esta manera, como puede verse, se legitima de alguna forma también, sobre bases teóricas específicas, *la politización de la justicia*, aspecto que ya hemos abordado en el primer apartado.

Pero veamos un poco más profundamente los aspectos sustanciales de las dos corrientes que hemos venido considerando en forma precedente.

Como hemos dicho al comienzo de este apartado, se ha afirmado⁷⁰ que el autodenominado *neo-constitucionalismo*, es decir la versión contemporánea *constitucionalista euro-céntrica*, no es en puridad, una teoría constitucional, sino más una teoría del Derecho, según ha expresado entre otros Miguel Carbonell,⁷¹ que reivindica el Estado de Derecho en su significado último. Por su parte Luigi Ferrajoli tras su conocida distinción de los dos modelos de Estado de Derecho surgidas luego de la vigencia del paradigma *de derecho jurisprudencial premoderno* identificado con los principios de derecho natural, que según el autor, puede situarse en el *ancien régime*, a saber : a) el paleo-iuspositivista de Estado Legislativo de Derecho (Estado Legal) y b) el modelo neo-iuspositivista de Estado Constitucional de Derecho (Estado

⁶⁸ Durán Martínez, A. “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, Montevideo, La Ley-Uruguay, 2012. Gamarra, J.: “Neoconstitucionalismo, Código y Ley especial”, Montevideo, FCU, 2012

⁶⁹ Comanducci.,P “ Formas de Neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico. En Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 16; ,2002, (90-102).,-

⁷⁰ Viciano Pastor,R, y Martínez Dalmau, R. Ibid, op cit. en N.63, pp. 2.

⁷¹ Carbonell, M. “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en “ “Neconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2003, pp. 9 y 10, y cit. por Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau (Universidad de Valencia) en : “ ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?. Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho constitucional, México, 2010. www.jurídica.mx

Constitucional), resultante de un modelo difundido en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y caracterizado por ser producto de cartas constitucionales rígidas, y una ponderación del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias; ha sugerido también, que nos encontremos en la puerta de un tercer modelo posible de Estado de Derecho.⁷²

Es posible afirmar, como se ha hecho en la doctrina publicista española,⁷³ que este empuje *neo-constitucionalista europeo*, “se aleja de los esquemas del positivismo teórico”, y utiliza la presencia hegemónica de los “*principios generales del Derecho*”, como criterios de interpretación, lo que ha constituido la principal herramienta de ataque al positivismo jurídico, aspirando a conceder a través de tales “principios generales”, la “unidad material” al sistema jurídico, aunque se encuentren presididos por el pluralismo.⁷⁴

Esta versión *euro-céntrica* se caracteriza también, por promover una constitución invasora, por positivizar un vasto catálogo de derechos, por justificar la presencia textual de principios, y por la aplicación de normas constitucionales respecto de la interpretación y aplicación de la ley.⁷⁵ Como veremos más adelante, estas características, no son exclusivas de esta corriente.

Ahora bien. Según explican Viciano Pastor y Martínez Dalmau, la versión europea “neo” del constitucionalismo, es una corriente doctrinal, que tiene el arraigo de años de teorización académica, y en forma trascendente, desde fines de la segunda guerra mundial. Por su parte, el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es un producto no ya de la academia, sino surgido más desde las reivindicaciones de los movimientos sociales, y como veremos seguidamente, carece de la necesaria cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional.⁷⁶

No obstante, si hay una consigna explícita e implícita en la que coinciden ambas versiones, esta se encuentra en la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico, proyectando una evolución hacia una fase nueva de Estado: el Estado Constitucional de Derecho, hacia donde deben dirigirse todos los esfuerzos teóricos. Este aspecto lo destacan los autores citados,⁷⁷ indicando que se releva en el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* una preocupación referida *no tanto a la dimensión jurídica de la “Constitución”*, sino primero a la *legitimidad democrática* de la misma.

El problema principal se sitúa así, en reflejar “...una traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del

⁷² Ferrajoli, L.: “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, en *Isonomía*, No. 16, abril de 2002, (7-20),pp.8,9.-

⁷³ Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau,, op. cit. (N.63), pp. 3.

⁷⁴ Sastre Ariza, S.: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*”, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp.145, cit. por Viciano Pastor, R y Martínez Dalmau en op. cit. (N81), pp. 3.-

⁷⁵ Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R. (op cit. (No. 63),pp.3.-

⁷⁶ Viciano Pastor,R y Martínez Dalmau, R, ;Ibid, op cit. en No.63, pp. 3 y 4.-

⁷⁷ . Ibid.pp.4.

*poder constituyente, y la constitución entendida en su sentido amplio, como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del Derecho y a las relaciones políticas y sociales... ”*⁷⁸

Según exponen los autores citados, la versión del nuevo *constitucionalismo latinoamericano*, busca analizar en primer lugar la *exterioridad* de la constitución, lo que no es otra cosa que su *legitimidad*, que por su naturaleza es *extrajurídica*, para luego analizar su *interioridad*, con referencia a su normatividad, en donde en este aspecto, existirían conexiones con la versión *neo-constitucionalista euro-céntrica*.

En la nueva versión *latinoamericana* que estamos analizando, el Estado Constitucional, solo puede ser aquel regido por una Constitución *legitimada democráticamente por el poder constituyente*,⁷⁹ que refleja su voluntad, y que rige sin excepciones las relaciones jurídicas y políticas creadas a partir de ella.⁸⁰

Ahora bien, de acuerdo a lo expresado, parece ser que la versión *euro-céntrica*, por su parte, pretende transformarse en una *teoría del Derecho*⁸¹ en función de esta característica que pretende impregnar todo el ordenamiento jurídico por normas constitucionales,⁸² que, según advierte Guastini, se caracteriza por una Constitución invasora como ya vimos, *capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal*. La respetada opinión de Riccardo Guastini, puede generar alguna interrogante, y a su vez la necesidad de encontrar para ello una explicación.

En efecto, este aspecto de establecer como una de las características del o los *constitucionalismo/s* la peculiaridad invasiva de la Constitución, ha sido -digámoslo así- ideológicamente aceptada primero por la versión del *constitucionalismo euro céntrico*, y luego de alguna manera se ha trasladado al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.⁸³

No obstante, podríamos llegar a preguntarnos, sin que ello constituya una falacia, ¿cómo debería entenderse esta característica o condición de una Constitución invasora de la legalidad, propuesta por Guastini, si precisamente la legalidad, esto es las leyes

⁷⁸ *ibid.* pp.4

⁷⁹ El tema referido al concepto de poder constituyente, no es simple. Se distingue usualmente la noción de “poder constituyente”, de aquella de “poder constituido”. Este último es aquel poder, constitucional y legalmente estatuido y regulado, a partir de una constitución, y particularmente, en opinión de Riccardo Guastini, desde la primera constitución del Estado. El poder constituyente, en su opinión, es el que instaura la primera constitución. En esta visión positivista, el poder constituyente despejado de ideología, dice el autor, no es fundamento axiológico de la Constitución, es el hecho que da nacimiento a la primera constitución, pero no sobrevive, sino que desaparece con ella y en ella. (Cfr. Guastini, R.: “Estudios de Teoría Constitucional”, Fontamara, México, la. ed. 2001, pp. 40). En la visión del nuevo constitucionalismo Latinoamericano, podrá coincidirse en parte con la visión de poder constituido. En cambio, el poder constituyente, no fenece, permanecería vivo y activo.

⁸⁰ *Ibid.*,. pp. 5.

⁸¹ *Ibid.* pp., 5

⁸² Guastini, R., Estudios de teoría constitucional, Mexico, DF, IJ- Fontamara, 1ª. Ed. 2001, pp.153.

⁸³ Vide supra N 78.-

como normas abstractas, generales y obligatorias, solo resultan válidas y eficaces, aún dentro del plano del más tenue al más rígido positivismo, si acomodan su condición, a la propia Constitución?

¿Será que esta característica invasiva de la constitución, supone otorgar contenidos normativos de corte legal a las disposiciones constitucionales, incluso a aquellas meramente programáticas? ¿Será que a costas de la sobre-interpretación constitucional, al no quedar, como el propio autor expresa “...espacios vacíos de –o sea, “libres” del-derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional...”⁸⁴.

Sea como sea, esta invasión proyectada y promovida desde el sistema constitucional, se irradia a todo el sistema infra-constitucional, sin que exista un resquicio que quede libre de ella. Y tal expansión, abarca no solo los espacios propios de su cometido (organización política, distribución del poder, derechos fundamentales, etc.) sino que alcanza también al derecho privado en general.

Se reafirmaría así la pretensión del *neo-constitucionalismo euro-céntrico*, de consolidarse como una nueva teoría del Derecho, todo.

Así las cosas, en principio, el atractivo de la propuesta, no evita la generación de interrogantes nada estériles.

Por su parte, la versión *latinoamericana*, será teoría del Derecho solo subsidiariamente, y tan solo *en la medida en que la constitución rige el resto del ordenamiento jurídico*, pero según los autores citados, es sí básicamente, *una teoría democrática de la constitución*.⁸⁵

Esta (teoría), se ha convertido según nuestros autores, en *práctica*, a partir de nuevos procesos constituyentes dados en algunos lugares de Latinoamérica, en donde se han legitimado textos constitucionales, que han buscado reflejar claramente la voluntad del poder constituyente, penetrar en el ordenamiento jurídico, y revolucionar el *statu quo* de sociedades en estado de necesidad, *avanzando por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos*.⁸⁶ En similares apreciaciones a este respecto, coinciden los profesores argentinos Gargarella y Courtis.⁸⁷

Los procesos constitucionales latinoamericanos, a los que hemos hecho referencia, son de alguna manera, resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la

⁸⁴ Guatini, R. *ibid.* op. cit. pp.159-160-

⁸⁵ Viciano Pastor R. y Martínez Dalmau, R.: *Ibid.* op. cit. en Nota 63, pp.5

⁸⁶ *Ibid.*, pp.5.-

⁸⁷ Gargarella, R, y Courtis, C. “El nuevo constitucionalismo americano”: promesas e interrogantes, CEPAL, Santiago de Chile, 2009, pp.11.

aplicación de políticas neoliberales, particularmente en la década de los años ochenta del siglo pasado, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos.⁸⁸

Es decir, que por razones vinculadas con necesidades sociales y deficiencias en la instalación democrática, los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos, toman fuerza a partir de la década de los años noventa del siglo precedente, y puede señalarse a Colombia como un antecedente válido en este sentido.⁸⁹

Según explica Pedro Salazar Ugarte, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, las constituciones que lo acompañan, comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las “decisiones públicas sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera”.⁹⁰

Si bien debe decirse que excede ampliamente los límites y objetivos que nos hemos propuesto para este trabajo,- inclusive por razones de especialidad, - efectuar un análisis de los procesos constituyentes que se toman en general como referentes del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es del caso mencionar tan solo que en este enclave, suelen considerarse, como dijimos, los procesos constituyentes de Ecuador, Bolivia y Venezuela que con intermitencias y relecturas, se consolidaron en su última fase, en el correr del presente Siglo.

Según afirman los autores españoles que hemos venido citando,⁹¹ las experiencias constituyentes de estos países, se *conforman en sí mismas como un modelo teórico práctico de proceso constituyente*.

Se señalan como elementos formales comunes al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, el de *legitimidad*, al que ya hicimos referencia, en busca de la recuperación de la teoría clásica de los procesos constituyentes y la naturaleza originaria y creadora del poder constituyente. Todo ello enmarcado en el concepto racional-normativo de *constitución, como texto escrito, ordenado y articulado*, aunque adentrándose en el fortalecimiento de su *dimensión política*.⁹²

Asimismo aparece el elemento *necesidad*, que se orienta hacia la búsqueda de elementos útiles para el cambio de objetivos planteados por el proceso constituyente, aspecto en donde se percibe la necesidad de incorporar al texto constitucional, conceptos e instituciones que coadyuven con su aplicación, en el cumplimiento de la constitución así como en la mejora de la calidad y condiciones de vida de los ciudadanos, rompiendo incluso con el poder de reforma del texto constitucional colocado en manos de legislativos ordinarios, tal como provenía del constitucionalismo liberal tradicional, dejándose de lado así, que la capacidad de reforma quede en manos

⁸⁸ Viciano Pastor, R, y Martínez Dalmau, R, Ibid. en op.cit. No.63, pp.6

⁸⁹ Ibid.,pp 9.

⁹⁰ Salazar Ugarte, P: ibid, op cit. en No. 60, pp. pp. 356

⁹¹ Viciano Pastor, R, y Martínez Dalmau, R.: ibid. en op cit. N.63, pp.11.-

⁹² Ibid. pp. 12

de poderes constituidos, para trasladarse a un poder constituyente que radica en la *soberanía popular*.

Se trasluce también, la incorporación de un *lenguaje simbólico*⁹³ que debe relacionarse con el fortalecimiento de la dimensión política de los referidos Estados, más que con previsiones de índole jurídica.

En suma, deben señalarse un contenido innovador (originalidad), una relevante extensión del articulado (amplitud), una capacidad de conjugar elementos técnicos complejos con un lenguaje accesible (complejidad) y la ponderación del poder constituyente que radica en el pueblo, ante cualquier posibilidad de cambio constitucional, lo que denota una clara rigidez de estos textos constitucionales .⁹⁴

Quizás una de las peculiaridades que denotan los nuevos textos que surgen de los procesos constitucionales ya referidos y que se insertan en el marco del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, es que se trata de textos *principistas*⁹⁵ en lo que tiene que ver con los criterios de interpretación, particularmente cuando estos criterios que toman como fuente a determinados principios generales, se dirigen a los Tribunales Constitucionales, para generar un razonamiento vinculante al momento de interpretar el texto constitucional.⁹⁶

Debe señalarse también como aspecto original, que en general las nuevas constituciones emanadas de los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos a que hemos hecho referencia, plantean, teniendo en cuenta sus respectivas realidades nacionales, la integración de sectores tradicionalmente marginados, como los pueblos indígenas, lo que es notorio en la Constitución que establece el Estado Plurinacional de Bolivia, reconociendo la autonomía indígena así como su jurisdicción, sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria, además de un amplio espectro de derechos específicamente referidos a los pueblos indígenas, así como el reconocimiento de

⁹³ Por ejemplo Viciano Pastor Martínez Dalmau,. Anotan los términos : República Bolivariana de Venezuela que vino a sustituir a República de Venezuela, así como el Estado Plurinacional de Bolivia, que sustituye a República de Bolivia, por ejemplo.

⁹⁴ Viciano Pastor y Martínez Dalmau, R. : Ibid. op.cit. N.63, pp.14. Este aspecto se encarama en el concepto de “ rigidez constitucional”, cuyas características principales, sucintamente enunciadas, pueden enunciarse en estos dos rasgos: a) la *estabilidad*, en tanto la rigidez asegura la perdurabilidad de la constitución, en la medida que los cambios que se proyecten solo podrán ser logrados luego de un largo proceso de discusión: y b) la *definitividad* en la medida que la Constitución rígida impone por principio, un límite al accionar legislativo. (Busrtin, D., Sarlo. O. y otros: “La Constitución uruguaya:¿ rígida o flexible?.Un estudio de teoría constitucional contemporánea, aplicado al caso uruguayo. Fde.Der. Universidad de la Republica, Montevideo, .FCU, 2010,pp. 17 y ss.).

⁹⁵ Ronald Dworkin, expresa que en el Estado de Derecho, por lo menos en la concepción que sostiene el autor, “... *enriquece la democracia aportándole un foro de principios independientes y esto es importante porque no solo se puede allí hacer justicia, sino porque el foro confirma que la justicia es, en última instancia una cuestión de derechos individuales y no una cuestión independiente del bien público...*”. Dworkin, R,: Dworkin, R.: “Una cuestión de principios”, Grupo Editorial S XXI, la. Ed., Buenos Aires, 2012, Cap. 2º.)-.

⁹⁶ Ibid.pp. 15

derechos referidos a formas electivas de sus representantes, y la integración de la jurisdicción indígena al Tribunal Constitucional.⁹⁷

También es correcto mencionar, que los nuevos textos de esta variante del constitucionalismo, prevén la introducción de mecanismos de participación ciudadana directa en la elección de los miembros de los Tribunales Constitucionales,⁹⁸ aspecto radical en el caso de Bolivia y más atenuada en los casos de Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela.

Esta cuestión, nos introduce en un tópico de discusión, en el propio terreno del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, como correctamente lo plantea Salazar Ugarte. En efecto. Por un lado, como ya hemos considerado brevemente, esta visión del constitucionalismo responde a una génesis y a una vocación declaradamente popular que se inspira en principios “de democracia radical”. En efecto, entendemos que esta condición, conforme a los elementos que surgen de las nuevas constituciones latinoamericanas, estaría plasmada en función de dos criterios que dan cuenta de mecanismos de poder negativo indirecto, es decir formas de democratización del control de constitucionalidad y formas de ejercicio directo de la soberanía popular, tendiente a sostener su voluntad constituyente: a) uno jurisdiccional, que contempla la legitimación activa que corresponde a cualquier ciudadano, para interponer recursos de inconstitucionalidad ante cualquier acto de poder, como forma de respeto de la voluntad constituyente,⁹⁹ así como las acciones consagradas para que los ciudadanos puedan atacar la vulneración por omisión de la Constitución por parte de los poderes públicos;¹⁰⁰ y b) por otro lado uno institucional, que rompe la tradicional tripartición de poderes, con el sistema de auto control de “pesos y contrapesos” entre los tradicionales poderes del Estado, que se fusionó con el paradigma de la democracia representativa parlamentaria como forma de ejercicio del poder. Frente a esta forma tradicional, se crea un tipo de poder popular autónomo, con capacidad de ejercer control democrático y poder negativo sobre los gobernantes.¹⁰¹ Es así entonces, que se rompe la estructura tripartita del poder, para dar paso además de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), al Poder Electoral y al Poder ciudadano de control (Venezuela 1999, Título V, cap. IV), Poder de Transparencia y Control social (Ecuador, 2008, Capítulo V, Título IV) y Participación y control social (Bolivia, 2009, art. 241 y 242).

⁹⁷ Arts.60,61,62, 178 y 289 y ss. , de la Constitución Boliviana.

⁹⁸ Bolivia: Constitución 2009, arts. 183 y 199, Ecuador, Constitución 2008, art. 434 (posibilidad de veeduría e impugnación ciudadana); Venezuela, Constitución art. 264.(posibilidad de objetar por parte de la ciudadanía),

⁹⁹ .Noguera Fernández, A .- Ibid. op cit. No. 64 ,pp-. 183, 184 (V, por ej. Arts. 241 y 242 de la Constitución de Colombia de 1991 y art. 112 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, art. 439 de la Constitución de Ecuador de 2008, y art.120.1 de la Constitución de Bolivia de 2009.

¹⁰⁰ Noguera Fernández, A, ibid. Pp. 187- Art. 93, Const. de Ecuador, 2008 (acción de incumplimiento), y art. 134.1 de la Constitución de Bolivia (acción de cumplimiento).

¹⁰¹ Ibid. pp.189

No obstante, esta misma vocación popular, la extensión de los textos constitucionales, el lenguaje fuertemente simbólico de los mismos según hemos reseñado líneas atrás, el contenido principista y la complejidad interpretativa, colocan potencialmente a los jueces en ser intérpretes únicos, y controladores y custodios de la vigencia de las constituciones no solo desde el punto de vista jurídico sino también político¹⁰². Los jueces pueden así, apropiarse del contenido constitucional e imponer su voluntad al resto de los poderes constituidos así como a todo el sistema político.¹⁰³ Para ello, en estos nuevos textos, los jueces cuentan con un amplio margen de actuación para imponer con sus interpretaciones el único contenido constitucional válido.

Por otra parte, dentro de la visión ideológica del constitucionalismo popular, teóricamente, es tradicional una desconfianza hacia los jueces, particularmente los de los Tribunales Constitucionales por considerarlos una clara muestra de elitismo y de un poder al que se ha denominado como “*contramayoritario*”.¹⁰⁴

Quiere decir, que se instala en el propio seno de la nueva visión latinoamericana una clara contradicción, en la medida, que los propios textos postulan la inapelabilidad, y el carácter definitivo y vinculante de las decisiones de estos tribunales, en base a una interpretación auténtica, y la elección con intervención ciudadana de los magistrados, lo que termina potenciando aquello de lo que se desconfía por “*contramayoritario*”.

Parece surgir así, con la intervención ciudadana para la elección de los Magistrados, un intento de buscar aflojar la tensión entre la ideología de la democracia popular radical y control de constitucionalidad.¹⁰⁵

¹⁰² Salazar Ugarte, P: *ibid.* op.cit. en No. 63, pp. 377.

¹⁰³ Salazar Ugarte, *ibid.*

¹⁰⁴ Sobre este tema, probablemente la opinión más radical, haya sido la del neozelandés Jeremy Waldrom, quien cuestiona que el control de constitucionalidad sea un mecanismo de decisión apropiado para una sociedad democrática. En efecto pretende demostrar el carácter antidemocrático de la revisión judicial de constitucionalidad, en tanto afecta a cualquier sociedad democrática. Sus argumentos básicamente son dos: a) el carácter no electivo de los jueces y b) el carácter político del debate sobre los derechos, en la medida que en la mayor parte de los ciudadanos y los funcionarios públicos, existe un compromiso respecto de los derechos fundamentales. El debate no es materia exclusiva de una interpretación jurídica ni formalista, sino que requiere un debate moral y político. (Waldrom J, en : “The core of the case against judicial review”, en *Yale Law Journal*, 115, (6), (pp.1346-1406).- Por su parte Carlos María Cárcova, argumenta su discrepancia respecto a lo sostenido por Waldrom, y sostiene en lo sustancial, que resulta un argumento retórico tendencioso sostener el carácter *contramayoritario* de la actividad de los Jueces, en la medida que sugiere que siempre actúan en contra de las mayorías, lo que no es así. En todo caso, podría hablarse de un poder no mayoritario. Por otro lado en cuanto al proceso de elección de los Magistrados, estima que al intervenir los Parlamentos tanto al inicio como al final del proceso electivo, así como los otros Poderes y la Academia y las representaciones profesionales, garantiza adecuadamente el proceso respectivo.: Cárcova, C.M. en: *Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el Derecho de las sociedades complejas*”, trabajo presentado en el Congreso sobre Racionalidad Jurídica, organizado por las Universidad de San Petersburgo y la Universidad de Buenos Aires, en la ciudad de Buenos Aires, en el mes de Octubre de 2014, que fuera incluido en el dossier respectivo, y facilitado por el autor, a quien suscribe este trabajo.

¹⁰⁵ Salazar Ugarte, P.: *ibid.* op. cit. No. 60, pp.. 380.

En suma, más allá de los méritos o deméritos que pueda tener la corriente que venimos analizando, es claro que la misma se ha insertado en el escenario latinoamericano y no puede ser ignorada en su postulación innovadora.

Si bien puede admitirse que lo novedoso de la misma se encuentra principalmente en el rescate histórico de los conceptos de democracia popular radical, soberanía popular, y poder constituyente, así como la protección constitucional inclusiva de grupos sociales vulnerables; tampoco puede dejar de señalarse que hay muchos aspectos en que coinciden las dos visiones de constitucionalismo. En efecto, cuestiones tales como: a) rigidez constitucional, b) el aspecto invasivo de las constituciones emergentes sobre todo el ordenamiento jurídico político, c) la incorporación positiva al texto constitucional de un abundante elenco de derechos previstos en la legislación ordinaria o incluso en tratados de derecho internacional, d) la justificación de la presencia textual de principios generales que luego serán claves para la interpretación e integración del texto constitucional, e) la aplicación de normas constitucionales respecto de la interpretación y aplicación de la ley, son algunos de los temas que comparten ambas doctrinas.

No obstante, hay un tema al que ya hemos aludido, que adolece de cierta dificultad o por lo menos se presenta con flancos que pueden ser pasibles de críticas, particularmente en *la nueva corriente latinoamericana*, y es el que tiene relación con el papel adjudicado a los Magistrados, incluyendo a los Jueces de los Tribunales Constitucionales, lo que se traslada también a su forma de designación para ocupar tales cargos.

Probablemente en la versión *euro-céntrica*, no existan demasiados reparos y auto-cuestionamientos en el rol adjudicado a la Magistratura en todos sus niveles, sobre todo en lo que tiene que ver con la función de contralor sobre el sistema político.

Por el contrario, pensamos que la nueva visión *latinoamericana*, adolece en este aspecto, de alguna contradicción. En efecto, y como ya vimos, como producto de la ideología que impregna la doctrina de la democracia popular radical, si bien se recela del poder *elitista* y *contramayoritario* que se atribuye a los Magistrados, se culmina finalmente a través del texto, potenciando su rol institucional al máximo, al insertar modelos de elección directa y popular de los mismos, así como al otorgarle a su poder decisorio en la cuestión interpretativa de la constitución, el crédito de la inapelabilidad y su carácter vinculante.

Así las cosas, una adecuada perspectiva de este fenómeno constitucional revisionista, nos permite inferir que en muchos de sus aspectos, el mismo resulta contradictorio, además de complejo.¹⁰⁶

Por otro lado, este empuje nos obliga también a tener en cuenta que sobre el tablero, existen dos distintas corrientes bien definidas, y que de alguna manera, si bien ambas responden a un tronco común democrático, han elegido, por las circunstancias históricas

¹⁰⁶ Salazar, P. .Ibid.. op cit. N. 60, pp.386.

y políticas de sus respectivas gestaciones, distintos caminos o modelos de soluciones para los Estados potencialmente reclamantes o necesitados de posibles soluciones.

Todo ello requiere necesariamente, una prudente mirada de quienes se pongan en situación de interlocución frente a las mismas.

Así las cosas, y en lo que dice relación con la cultura jurídica uruguaya, entendiendo por tal, todos los mecanismos discursivos tradicionales de abordaje del Derecho o mejor aún de la juridicidad, (Legislación, Jurisprudencia, Doctrina) o aún aquellos no tradicionales (operatividad jurídica discursiva y pragmática gestada desde el imaginario social), el *empuje constitucionalista*, ha entrado en escena. Esto merece una aclaración.

En efecto. Pudo apreciarse en el análisis de determinados casos puntuales, que la doctrina promovida por la versión *neo-constitucionalista euro-céntrica*, ha tenido algunos momentos de irrupción en el campo *decisional judicial* uruguayo y la misma ha sido recogida también, con las adaptaciones del caso, por una parte de la doctrina vernácula tanto en el ámbito del Derecho Público como del Privado.

No obstante, el apego generalizado de la judicatura del país a una visión normativista del Derecho, hace que el tema pueda considerarse aún, con clara excepcionalidad.¹⁰⁷

Por otro lado, como vimos líneas arriba, el viraje hacia la *constitucionalización* del Derecho, implica también un cambio que es político en sentido estricto. En ese contexto, pese a la mera insinuación que del mismo se ha hecho en el ámbito jurisdiccional y doctrinario, recién ahora está siendo considerada por la fuerza política que gobierna al país, una revisión del tema constitucional. Probablemente no tanto por la incidencia que estos episodios jurisprudenciales y doctrinarios puedan haber tenido, sino más por las necesidades políticas de adaptar el texto constitucional a la realidad o al signo de los tiempos, o eventualmente, por ciertos cambios que puedan haber ocurrido en la matriz ideológica que sustenta a las nuevas democracias latinoamericanas.

En función de ello, conforme a lo que ha trascendido a través de la opinión de algunos legisladores nacionales, se piensa que la misma comprenda aspectos que vayan más allá de un mero cambio del sistema electoral, introduciendo también reformas en la parte dogmática de la Constitución, particularmente en lo que dice relación con el tema de los Derechos Humanos, propiciando la posibilidad de aplicación directa de los Tratados Internacionales que regulan este aspecto, así como la inclusión en el marco constitucional, de situaciones tuteladas en leyes especiales como por ejemplo las de matrimonio igualitario o equidad de género, entre otras. En relación a la parte orgánica se plantea también la creación de un Tribunal Constitucional, lo que lleva aparejado la necesidad de repensar el principio de separación de poderes en atención al modelo

¹⁰⁷ Vide, supra, No. 68. V. asimismo Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Uruguay, No. 119, de 8 de agosto de 2007, publicada en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T XXXVIII. Y asimismo, Meliante, L. "La constitucionalización del Derecho. El neoconstitucionalismo entre luces y sombras. Su vinculación a la nueva Teoría de la Argumentación, en Revista Crítica de Derecho Privado No. 5, La Ley, Montevideo, 2008, pp.21-46

elegido para trasladar al sistema constitucional uruguayo. Ha trascendido también, que uno de los modelos posibles tomado como referencia para estos cambios proyectados, es el de la Constitución española vigente.

Con la prudencia con que este proceso debe ser tenido en cuenta en nuestro país, creemos que es necesario intentar un diálogo cauteloso con ambas versiones del *constitucionalismo contemporáneo*. No considerar aquella gestada desde Latinoamérica constituiría una flagrante omisión, máxime en tanto se pretenda que la dignidad del ser humano, se constituya en el centro de confluencia y la razón de ser del orden político y jurídico en concordancia con los términos de re-significación del sujeto. Siempre- claro está- si esto se entiende necesario, y por cierto no podría ser de otra manera, en un escenario tan complejo como el que muestra Latinoamérica en la actualidad.

Sin perjuicio de ello, seguramente la puesta en escena de las distintas posibilidades que hemos considerado que, como se ve. provienen de matrices diferentes, requerirá antes de cualquier toma de decisión, la apertura de un debate público y amplio que la preceda,- el más público y amplio que pueda instalarse,- y en el que intervengan legítimamente los poderes constituidos, pero también la Academia, los grupos sociales y los grupos de interés, transfiriendo su opinión a la ciudadanía para su conocimiento y análisis. Ello ayudará a buscar una salida seguramente correcta, pero también sin duda, democrática.

VI.-Conclusiones.-

Resulta necesario a esta altura, que procuremos arribar a algunas conclusiones primarias en torno a este entramado que conforman los aspectos de real significación reseñados y que caracterizan a nuestro juicio, por lo menos en parte, al Derecho del conjunto de las complejas formaciones sociales latinoamericanas contemporáneas, de las que la República Oriental del Uruguay es tan solo una pequeña parte.

A lo largo de este trabajo, hemos transitado básicamente por cuatro aspectos elegidos arbitrariamente pero también con profunda convicción, en tanto pensamos que en ellos se refleja por lo menos parcialmente, la complejidad que presenta el Derecho como praxis social- cultural en el más amplio sentido y sin duda también política. Esta praxis organizada, - quizás la más organizada que exista – fue, es y será imprescindible, para el correcto funcionamiento social.

1.- Lo primero que hemos de decir entonces, es que no es posible concebir al Derecho desvinculado de la política. Su estrecha vinculación, constituye un *maridaje* matizado por momentos de sano relacionamiento y otras veces de alta conflictividad.

De hecho, en primer lugar, hemos pretendido hacer notar que cuando se razona *jurídicamente*, se razona a la par, *ideológicamente*.

Esta faceta *ideológica*, es común tanto a lo político como a lo jurídico.

Contribuye esto a pensar que el Derecho ya no es como el *aire, puro*. Tampoco creemos que lo haya sido nunca.

Han sido varias las herramientas con las que el Derecho ha operado para develar, es decir correr el velo *ideológico* que conlleva cada concepto, cada segmento y cada argumento de esta praxis. La *metalectura* del contenido ideológico integrada al estudio

del Derecho a través de la Teoría del Lenguaje y la Semiótica, entre otras, ha sido altamente fructífera. Ha permitido romper la ingenuidad.

Esta primera fase, opera decididamente en un nivel conceptual, en la dimensión significativa, *semántica*, del Derecho.

Por su parte la influencia que se irradian recíprocamente las categorías *Derecho-Política*, deja traslucir los contenidos *ideológicos que son inherentes a la Política en sentido estricto así como aquellos que corresponden al Derecho*.

La *decisión judicial*, que repercute fuertemente en el nivel *pragmático* o de aplicación del Derecho, es uno de los centros de difusión ideológica y política más fuertes y controversiales de la praxis jurídica.

Esto ocurre a través de un acervo de insumos que se integran a la *política jurídica*, propia de la actividad judicial y que en el fondo no hace sino recoger aquellos insumos pertenecientes a *políticas públicas*, (*económicas, financieras, culturales, previsionales etc.*), *que se nutren de decisiones estatales que contemplan necesidades y valores generalmente asumidos y puestos de manifiesto por grupos sociales representativos y hegemónicos que en conflicto con otros grupos, requieren ser tenidos en cuenta como parte humana influyente (en sentido amplio), integrante de la estructura social que conforma una sociedad organizada.*

Asumir la politicidad del Derecho por parte de los juristas, no constituye por cierto un acto de valentía. Es asumir una obviedad.

En segundo término, pensamos que los órganos decisorios públicos jurisdiccionales, – Tribunales en sentido estricto, – mentores de las *decisiones judiciales*, como vimos, coparticipan espontáneamente de este proceso, aunque se pretenda generalmente establecer por parte de sus titulares, salvo excepciones, que solo se responde a las directivas de un entramado legislativo.

Esta tarea política, es parte de la cuota de *poder etatico-político* que los Tribunales ejercen.

Entendemos por su parte, que debe erradicarse de plano, que el razonamiento y el discurso judicial que constituyen herramientas de política jurídica con contenidos de políticas públicas, - cuestión esta correcta, - se transformen explícita o implícitamente, en tramas proclives a cualquier forma de política partidaria, lo que constituye por el contrario, el umbral de una de las peores formas de corruptela.

Si esto acaeciera, fallará la confianza en la institucionalidad judicial, se perderá la fe en el razonamiento judicial, la fe en la Magistratura, la fe en la legislación y por ende sucumbiría el Estado de Derecho en cualquiera de sus formas.

En suma, y en relación a este aspecto, estimamos que la relación entre Derecho y Política es inescindible, se le mire por donde se le mire. Y a costas de esta relación interdisciplinar tan estrecha, asoma con claridad la politización de la decisión judicial, en el sentido que la hemos analizado.

2.- En segundo lugar, hemos visto que los llamados “ *movimientos sociales*”, dejando de lado su genesis histórica no inmediata, constituyen un fenómeno social de singular importancia en la actualidad Latinoamericana, y particularmente en aquellos países que padecieron algunas de las formas de dictaduras cívico- militares que proliferaron en el continente hace ya más de cuarenta años. No obstante, una vez reinstalada la democracia política, y defenestrados estas formas abnormes y antidemocráticas de poder, los movimientos sociales tomaron renovada fuerza, complejizaron su protagonismo social y muchas veces mutaron en sus formas y objetivos.

Más allá de las múltiples definiciones que se han hecho de este fenómeno, fundamentalmente desde los campos de la Sociología y la Política, así como las distintas formas que los mismos han asumido, incluso cuando se han transformado en partidos políticos, parece ser aceptable que los mismos, por lo menos en su fase actual, dada su condición de formaciones colectivas público-contenciosas orientadas a lograr la satisfacción de determinados tipos de demandas regularmente parciales; generalmente actúan por afuera del sistema político aunque lo toman como referente calificado y necesario. Es decir, operan desde el “afuera” político, pero políticamente, hacia el “adentro” político, normalmente sin integrarse al sistema, en la búsqueda de satisfacer demandas o incluso reconocimiento de derechos que no fueron contemplados, o no lo fueron debidamente, desde el campo político. Obtienen con ello réditos adecuados en relación a sus exigencias o necesidades. Ser tenidos “en cuenta”, es también muchas veces, ser tenidos en cuenta, “en las cuentas”.

Las relaciones que entablan los *movimientos sociales* con el sistema en su totalidad, implican también la generación de un lenguaje apropiado marcado por el uso de consignas, para prevenir, instalar y desarrollar un conflicto, lo mismo que lo hizo en su momento la instancia política neo-liberal, pero claramente en desmedro de la subjetividad. Es decir al paio de sus demandas, los movimientos sociales, convertidos en operadores jurídicos no tradicionales y en comunidades de interpretación significativa del Derecho, son también generadores de lenguaje y esenciales protagonistas del conflicto social, que es, de alguna manera un componente vigente del estatus jurídico y político de la sociedades complejas latinoamericanas.

Pretender analizar en la actualidad cualquier forma jurídica en las sociedades latinoamericanas contemporáneas, tanto en sus proyecciones como en su pretensión de estabilidad democrática, y dar cuenta correctamente de las relaciones entre sociedad, Derecho y política sin considerar el protagonismo de los movimientos sociales, resultaría, sin duda, absolutamente engañoso.

3.- En tercer lugar, es claro, como hemos anotado, que existe en estos tiempos latinoamericanos, un redimensionamiento o reformulación del tema de los Derechos Humanos, más allá de las cuestiones relativas a su nomenclatura.

Como expresa singularmente Cárcova, pensar lo jurídico a partir de los derechos, reclama comenzar por los denominados derechos fundamentales que en las últimas décadas han encontrado consagración positiva no solo en tratados y declaraciones internacionales, sino también en las Constituciones de la enorme mayoría de los países de tradición democrática en el mundo entero....” Hablar de derechos fundamentales es pues, a mi ver, – dice el autor- co- extensivo de hablar en términos de democracia radical...”¹⁰⁸.-

No podemos menos que coincidir con esta opinión.

¹⁰⁸ Cárcova, C.M.: en ob. cit. N 103, pp 5.-

No obstante, creemos que es procedente establecer algunas particularidades que el tema tiene en el escenario latinoamericano.

Hemos visto que los “Derechos Humanos”, se relacionan intrínsecamente con todos los ámbitos de la praxis humana, constituyendo un fenómeno propio de la actividad social del hombre. Suelen emerger por ende, a través de reivindicaciones concretas en función de diferentes contenidos de esa praxis. Sin perjuicio de ello constituye una particularidad en Latinoamérica, que aún en sociedades en donde existe claramente una institucionalidad democrática y en donde se han plasmado mediante su positivización, elencos de Derechos Humanos de distinta generación, se sigue reclamando por su vigencia, o ampliación, o incluso por su respeto irrestricto.

Con esto queremos significar que, muchas veces, la declaración expresa de elencos de derechos de esta categoría, no garantiza su goce efectivo por sus destinatarios.

Por ende declaración nominal y positivización, inclusive constitucional, deben ir de la mano de la consideración real de las asimetrías sociales, de cualquier tipo: *económicas, étnicas, culturales, de género, de opción sexual*, en la medida que los grupos que las padecen, *interactúan en el marco de sus propias identidades y mediante estrategias a partir de las cuales defienden sus intereses y visiones del mundo.*¹⁰⁹

El mundo, y en él Latinoamérica en particular, sufre las consecuencias de la sintaxis *globalidad, globalización globalismo*.

Entendemos por ello, que debe retomarse en forma gradual, quizás lenta, pero segura, el protagonismo político democrático y mediador del Estado en su trama interna, posibilitando la reapropiación de la participación por parte de los sectores sociales que resultaron debilitados por la sacudida globalizante, en la toma de decisiones político-económicas y sociales reales.

Pensamos también, que deben organizarse ámbitos culturales reales y no virtuales, en donde se creen actividades dialógicas con posibilidades de volver a humanizar nuevamente al sujeto, ayudándole a confrontar la realidad globalizante, así como a rescatar su identidad, posibilitando el desarrollo de estrategias de procedimiento político, jurídico y cultural en general, tendientes fundamentalmente a una búsqueda de una *“ética del poder”*, resistiendo y desplazando no solo aquel explícitamente ilegítimo, sino también el solapado, manipulador y potencialmente impune. Ello traerá aparejado un inevitable encuentro con la *libertad* en todos sus sentidos y con ella, con la *verdad*.

Seguramente esto posibilitará, que se guarde una adecuada tensión entre protagonismo ciudadano y política, por un lado, y por otro, entre prevención, seguridad, bienestar social y Derechos Humanos fortalecidos, por otro.

4.- En cuarto lugar, estimamos que en Latinoamérica toda, y con ella particularmente la República Oriental del Uruguay, debe atender rápidamente tanto en el discurso como en la praxis, el viraje hacia la constitucionalización del Derecho y abrirse al cambio de paradigma jurídico-político que ello puede significar, por lo menos para su estudio y análisis prudente, pero a la vez racionalizado, ponderado, minucioso y sin prejuicios.

¹⁰⁹ Cárcova, C.M. en ob cit N 103, pp.13.

Debe tenerse en cuenta que este cambio, provoca la mutación en algunos de los aspectos estructurales muy profundos del Derecho, además de la gestación explícita y también implícita, de un nuevo concepto de Estado en donde resulta resquebrajada, de alguna manera, la linealidad del principio de separación de poderes, propia del Estado de Derecho en sentido tradicional.

En este ámbito, entendemos que resultaría sumamente provechoso particularmente para la Filosofía del Derecho y la teoría dogmática jurídica uruguaya, ámbito este último en que ya se inició un diálogo con el pensamiento *neo-constitucionalista euro-céntrico*, que éste se inicie también con la nueva versión del *nuevo constitucionalismo Latinoamericano*, teniendo plena conciencia de los aspectos contradictorios que pueda contener esta corriente, pero también el plexo de profundos avances y méritos de la misma.

Debe quedar claro entonces, que el viraje hacia la *constitucionalización* del Derecho, implica también un cambio que es político en sentido estricto. En ese contexto, creemos que deben considerarse con suma atención algunas particularidades que se presentan como innovadoras y que han ocurrido en la matriz ideológica que sustenta a la nueva democracia latinoamericana, y con más razón, teniendo en cuenta que en Uruguay, se viene considerando la posibilidad de abordar una reforma constitucional integral.

Será necesario, por ende, que en forma previa a la toma de decisión en relación a la adopción de un modelo constitucional posible para Uruguay, con las particularidades inherentes a la formación social respectiva, se organice un amplio debate en donde se discuta en distintos ámbitos socio-culturales las razones, alcances, méritos y deméritos del cambio que se proyecte, con la mayor difusión posible, y en donde el rol que de una manera u otra se perfila conferir a la judicatura, se discuta con claridad y rigurosidad.

Luego del debate que debe instalarse antes de una prudente toma de decisión ciudadana, cuestión a la que hemos aludido repetidamente, pensamos que es necesario priorizar y por ende instalar constitucionalmente, la perspectiva radical de que la dignidad del ser humano en todos los aspectos posible, quede constituida en el centro de confluencia y la razón de ser del orden político y jurídico. Ello no es otra cosa que re-significar al sujeto en el escenario tan complejo que muestran las sociedades Latinoamericanas en la actualidad.

Finalmente, pensamos que solo resta mostrar las necesarias conexiones que los tópicos abordados tienen intrínsecamente, aspecto que trataremos de resumir brevemente.

Sin perjuicio de que el tema de la *constitucionalización del Derecho*, no fue el primer aspecto que tratáramos en este trabajo, es claro que el mismo desborda por su interés, y porque de alguna manera, debe vincularse al desarrollo de los restantes.

Entendemos desde esta perspectiva que no puede existir una cultura jurídica que no tome en serio las constituciones.¹¹⁰ Ello resulta imprescindible para restablecer, junto al significado de las palabras, el sentido mismo de la democracia y de sus garantías.

Hemos dado cuenta por ello, dejando de lado la historia de la constitucionalización europea, de las notas de un proceso que se inicia en Europa poco antes de que finalizara la mitad del S. XX, y que hoy de cara al tercer lustro del S XXI, se instala también con

¹¹⁰ Ferrajoli, L. Positivismo crítico, Derechos y Democracia, en Isonomía No., 16, abril 2002, pp.20.

otros aires y como producto de otras tradiciones y connotaciones, en una sufrida y compleja Latinoamérica.

Al considerar que el Derecho debe ser pensado racionalmente, como un producto *histórico, positivo, público y social*,¹¹¹ así concebido, reclama como materia y escenario de intervención, el conflicto y las contradicciones grupales dentro de las sociedades concretas, esto es, históricamente determinadas. Este protagonismo del Derecho, como dice Cárcova, cumple una función paradójica: por un lado da estabilidad al sistema, *formalizando y reproduciendo* las relaciones sociales establecidas, reconduciendo a su vez formas de distribución del poder; y por otro, en contextos democráticos, sirve también para transformar y remover las relaciones de poder en sentido progresivo. Es decir que cumple a la vez por un lado, una función conservadora y por otro, transformadora.¹¹²

¿Es que acaso de eso se trata, finalmente? ¿Es que en realidad, todo parece reducirse en última instancia, a una reformulación de las formas de distribución del poder que se consolida, con distintos matices, en todas las sociedades Latinoamericanas, estableciendo así el grado de apertura democrática que cada una muestra?

Todo parece indicar que en gran medida es así.

Decía Michel Foucault, que el juego del poder, es como la representación de una obra en un teatro si lugar¹¹³

No obstante, entendemos que el lugar realmente existe, y ha quedado explicitado a lo largo de este trabajo.

Por su parte la metáfora del “juego del poder” en Foucault, es tan válida como la de los “juegos del lenguaje” en Wittgenstein.-

Si el Derecho es un instrumento del poder, o si aquel es vulnerado por éste, si se ha rendido alguna vez ante la espada (Ross), o si las relaciones entre Derecho y poder, responden a otro tipo de condiciones y características, constituyen temas del más alto nivel de consideración por parte de la Filosofía Jurídica.

Entendemos por ende que existe una relación inescindible entre Derecho y poder, cuya consideración de alguna manera, ha sido desplazada como centro de análisis prioritario de la Filosofía del Derecho, pasando a ser patrimonio teórico de distintas disciplinas sociales.

A nuestro juicio ello requiere una avocación inmediata y principal de su análisis, por parte del Derecho y su Filosofía, sin perjuicio de los necesarios aportes de la mirada interdisciplinaria.

La consideración de los tópicos por los que se ha transitado en este trabajo, son muestra de la estrecha relación que existe entre ambas categorías.

Los jueces mismos, ejercen una gran parte del poder que se concentra en el Estado moderno.

¹¹¹ Cárcova, C.M, en ob. cit. N. 103, pp 21. . asimismo en *Las teorías post-positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp.139.

¹¹² Cárcova, C.M. ob cit. N. 103, pp.21.

¹¹³ Foucault, M. “Microfísica del poder”, La Piqueta, España, 1992, pp. 17.-

En su condición de productores de la decisión judicial, acto legítimo, voluntario, racional, hermenéutico, histórico, contextual y político, como hemos visto, se introducen claramente en un marco formal, que puede ser reproductor o transformador de las relaciones de poder que se disputan en el entramado social, en el que el Estado, además de legitimar la actuación judicial, juega un rol esencial.

La actuación contenciosa y demandante de los movimientos sociales, su actividad como operadores no tradicionales de lo jurídico, su conversión en comunidades interpretativas de esta praxis, constituyen necesarios centros de interés del Derecho contemporáneo y sus estrategias se despliegan dentro de los carriles del poder.

Legitimados jurídicamente, se insertan políticamente desde un “afuera” político, hacia la interioridad del sistema en procura de sus pretensiones muy variadas. Su actividad, resulte exitosa o no, puede modificar las relaciones establecidas de poder y repercute además, en el marco formal del Derecho.

Los Derechos Humanos, que en principio comenzaron viendo la luz a través de declaraciones formales miradas generalmente desde la lejanía, por el contrario en la actualidad latinoamericana, aparecen potenciados con un alcance que excede lo meramente discursivo, como hemos intentado demostrar oportunamente, en la medida que operan no solamente dentro del marco del conflicto social, sino que insertos en la dinámica recepticia del poder, se han transformado en permanentes y valiosas herramientas de liberación y reivindicación humanas, máxime teniendo en cuenta el escenario de la constitucionalización del Derecho.

Cerramos entonces este conjunto de ideas, pensando que el viraje del Derecho hacia este proceso, ya se le considere como una nueva Teoría General del mismo o una Nueva Teoría democrática de la Constitución, quebrando aún en este último caso el tríptico de la división tradicional de poderes, se presenta en el contexto de democratización en Latinoamérica, con ciertos visos de novedad. El proceso y su dinámica contienen, como dijimos, respuestas para muchos de los aspectos que hemos planteado en este trabajo. Como tal debe ser examinado con prudencia, primero por una razón histórica y de circunstancia, y luego para estimar si es posible una definición clara y consistente de sus principales elementos constitutivos, con el objetivo de que ayuden a profundizar la democracia en nuestro *horizonte cultural*.

Maldonado, Uruguay, setiembre de 2015.-
