

Artículo

CUANDO LOS NUEVOS DERECHOS SE GUARDAN
EN VIEJAS CONSTITUCIONES. SOBRE LOS
MODOS EN QUE EL PASADO LIMITA AL
PRESENTE

*Roberto Gargarella*¹

Resumen

Muchos de los activistas y doctrinarios interesados en la vida de los derechos sociales han puesto demasiada energía en la consolidación y expansión de los derechos constitucionales. El constitucionalismo latinoamericano reciente ha avanzado enormemente en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales, pero lo ha hecho sin prestar la debida atención a los modos en que, típicamente, la “vieja” organización del poder político ayudaba u obstaculizaba dicha empresa. Este artículo contribuye a pensar la forma como el derecho limita su propia eficacia, la forma como las tensiones internas a las constituciones latinoamericanas contemporáneas limitan la materialización de los nuevos derechos. Tras proponer una categorización de las tensiones que existen dentro y entre las secciones orgánica y dogmática de la Constitución, este artículo sostiene que las constituciones latinoamericanas se han democratizado en materia de derechos sociales, pero no en materia de organización del poder. La parta dogmática ha evolucionado notablemente desde finales del siglo XX y a lo largo del siglo XXI, mientras que la orgánica sigue anclada en el elitismo de los liberales y conservadores del siglo XVIII o XIX. Esta falta de democratización de la estructura política tiende a dificultar el cumplimiento de las promesas sociales hechas por la Constitución.

Palabras clave

Constitucionalismo latinoamericano; Constitución y democracia; derechos económicos, sociales y culturales; sala de máquinas de la Constitución.

¹ Roberto Gargarella es abogado y sociólogo la Universidad de Buenos Aires, máster en Ciencia Política por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. de la University of Chicago Law School, J.S.D. por la Universidad de Chicago, y Post-Doctorado en la Balliol College de Oxford. Actualmente es profesor en la Universidad Torcuato Di Tella y en la Universidad de Buenos Aires, y también es director de la Revista Argentina de Teoría Jurídica. Su correo electrónico es roberto.gargarella@gmail.com

Abstract

Many activists and scholars interested in the life of social rights have wasted many efforts in the consolidation and expansion of constitutional rights. Recent constitutionalism in Latin America has tremendously advanced in the inclusion of economic, social and cultural rights. However, it has done so without paying due attention to the ways in which, typically, the “old” organization of political power has helped or hindered such efforts. This article provides new insights to understand the way in which the law limits its own effectiveness, the way in which the internal tensions of contemporary Latin American constitutions limit the realization of the newly included rights. After proposing a categorization of the tensions within and between the organic and dogmatic sections of the Constitution, this article argues that Latin American constitutions have democratized social rights, but not the organization of political power. The dogmatic part has remarkably evolved since the end of the twentieth and throughout the twenty-first century, while the organic remains stuck in the elitism of liberals and conservatives of the eighteenth and nineteenth century. This lack of democratization of the political structure tends to hinder the fulfillment of the social promises of the Constitution.

Key words

Latin American constitutionalism; Constitution and democracy; social, economic, and cultural rights.

I. Introducción: una historia

En este trabajo voy a ocuparme de los derechos sociales y las políticas democráticas, desde una perspectiva constitucional. La principal intuición que recorre este escrito es la siguiente. Muchos de los activistas y doctrinarios interesados en la vida de los derechos sociales hemos puesto demasiada energía en la consolidación y expansión de tales derechos constitucionales –por ejemplo, a través del reconocimiento de “nuevos” derechos sociales– sin prestar debida atención a los modos en que, típicamente, la “vieja” organización del poder político ayudaba u obstaculizaba dicha empresa. El resultado de esta estrategia es que hemos desarrollado Constituciones modernas e inclusivas en materia de derechos, preservando a la vez una organización del poder anclada en el siglo xviii, y fundamentalmente hostil a esa política de derechos. Como forma de aproximarme al tema, comenzaré este trabajo relatando una breve historia autobiográfica, que me resultara iluminadora y motivadora en mis primeras aproximaciones a la cuestión.

A comienzos de los años 80, trabajaba con el filósofo y constitucionalista Carlos Nino. Estábamos ocupados, por entonces, en un proyecto de reforma constitucional que tenía como marca distintiva su crítica al hiper-presidencialismo propio del constitucionalismo latinoamericano (Nino, 1996). Nino, como varios de los científicos sociales de su generación consideraba que el principal problema político-legal de la época tenía que ver con la inestabilidad institucional, y entendía que la Constitución era en parte responsable de dicha desgracia, a través del establecimiento de un sistema hiper-presidencialista que concentraba las expectativas y tensiones sobre una única figura, y que no ofrecía “válvulas de escape” apropiadas frente a las situaciones de crisis. De mi parte, aunque compartía completamente el diagnóstico de Nino, me encontraba movido por otras dos cuestiones institucionales, menos directamente ligadas al poder presidencial. Por un lado, me interesaba la crítica al “carácter contramayoritario” del Poder Judicial, que prácticamente no aparecía en la literatura latinoamericana, a la vez que parecía ocupar el primer lugar entre las obsesiones de la academia norteamericana². Mi impresión era que el análisis de dicho problema constituía una excelente puerta de entrada a la mayoría de los conflictos constitucionales que nos afectaban. El otro tema que concentraba mi atención era el de los derechos sociales, y sobre todo el problema de su no implementación efectiva, que contradecía la amplitud y la generosidad con que la mayoría de las constitucionales latinoamericanas se ocupaban del tema. Yo, como tantos, quería ver más derechos incorporados en la Constitución, a la vez que pretendía una más firme aplicación de los mismos. Tales cuestiones –clásicas entre las personas de izquierda que trabajábamos con el derecho– se entrelazaban finalmente con la primera –la que me llevaba a mirar críticamente al control judicial. En efecto, el interés por los derechos sociales ayudaba a reforzar la relativa hostilidad con que nos acercábamos a la cuestión judicial: eran los jueces, en última instancia, los que más resistencia oponían a la implementación de los derechos sociales, al considerarlos como “derechos de segunda clase” o “no directamente operativos”³.

Nino, que cotidianamente nos provocaba a pensar, desestabilizaba mis inquietudes con una simple pregunta: “¿Pero usted no se da cuenta de que

² Dedicaría entonces un primer trabajo doctoral a la cuestión, que quedaría reflejada luego en mi libro Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Ariel.

³ La discusión al respecto es muy intensa. Valiosos trabajos, descriptivos y evaluativos, sobre la recepción judicial de los derechos sociales, pueden verse en (Abramovich & Curtis, 2002; Balkin & Siegel, 2009; Bhagwati, 1985; Edelman, 1988; Gloppen, 2006; Gargarella et al, 2006; Gearty & Mantouvalou, 2011; Hunt, 1996; King, 2012; Langford, 2009; Scott & Macklem, 1992; Sunstein, 2004; Tushnet, 1974, 2002, 2008; Uprimny, 2006; Uprimny et al, 2006; Waldron, 2009).

al exigir la inclusión de nuevos derechos sociales en la Constitución termina por transferir más poder al mismo órgano judicial cuya influencia –nos dice– se encuentra empeñado en reducir?”. Su pregunta, como tantas veces, era algo tramposa, pero bastaba para desarmar mis ataques y dejarme por un buen rato en silencio. En todo caso, lo más importante es que Nino nos forzaba a reflexionar en torno a un tema sobre el cual –desde entonces– volvería una y otra vez: el impacto que una de las secciones de la Constitución –la que organiza los derechos o “parte dogmática”– tiene sobre la otra parte –la que organiza el poder o “parte orgánica”.

La pregunta de Nino tenía una importancia especial para nosotros, que pensábamos en la democratización de nuestras sociedades –recién salidas de la dictadura– desde el derecho. Nosotros, que tendíamos a confiar exageradamente en la potencia transformadora del derecho. Nosotros, que corríamos el riesgo de confundir el cambio social con el cambio constitucional.

En este trabajo, quisiera concentrarme en el modo en que el derecho impacta sobre el derecho, mostrando su hospitalidad u hostilidad a las reformas que se le introducen. En particular, le prestaré atención a la que es, según entiendo, la mayor y más peligrosa de tales influencias, en el derecho contemporáneo. Me refiero al modo en que la falta de reformas sustantivas en la sección orgánica de la Constitución se encuentra afectando el florecimiento de los derechos que ella incorpora o contiene.

II. Constituciones en tensión interna

Comienzo por concentrarme en los modos en que el propio derecho favorece o dificulta el crecimiento del derecho. Estas consideraciones nos ayudarán a entender que una reforma constitucional apropiada debe llevarse a cabo pensando no sólo en el modo en que el “mundo externo” puede llegar a modificarse a partir del arribo de la Constitución nueva o modificada; ni sólo tomando en cuenta el sentido, el valor o la fuerza misma de las innovaciones que se han introducido en la Constitución; sino también –y especialmente– pensando en las relaciones entre el derecho que llega y el que ya existe, el derecho nuevo y el viejo.

Otra vez, creo que nos encontramos frente a un problema que era mejor y más habitualmente tratado en los albores del constitucionalismo, que en la actualidad. Juan Bautista Alberdi, por caso, se refirió a esta cuestión en el capítulo XVIII de su fundamental libro *Bases* -su obra cumbre en materia constitucional. Allí señala:

(la tarea por delante no se limita) a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho. Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo (Alberdi, 1981).

Esto es decir, Alberdi –preocupado, como estaba entonces, por asegurar la más fuerte protección a la propiedad privada– hablaba de la necesidad de impedir que el nuevo derecho (constitucional) fuera desafiado y refrenado en la práctica, a partir de leyes todavía demasiado marcadas por la época de la colonia. La llegada del nuevo derecho debía ser favorecido –y nunca obstaculizado– por el viejo derecho. Si no, se iba a “arrebatar por un lado” lo que se “prometía por el otro.”

Los modos en que el viejo derecho se relaciona con el nuevo –hasta ser capaz de bloquear o de dificultar el crecimiento de lo nuevo– son numerosos, y aparecen en áreas muy diferentes del derecho. A Alberdi, según vimos, le preocupaba el modo en que las viejas leyes podían poner piedras en el camino de la nueva Constitución. En lo que sigue, vamos a concentrarnos en un aspecto particular de esas relaciones entre el viejo derecho y el nuevo. En lugar de explorar todo el primer gran problema que le interesaba a Alberdi –la relación entre la nueva Constitución y todo el “resto” del derecho existente, que podía incluir desde las viejas normas legislativas, a los decretos presidenciales, decisiones judiciales, bandos municipales vigentes– vamos a prestar atención, centralmente, a las relaciones entre la nueva Constitución y una porción del derecho restante: el representado por la vieja Constitución que, en todo o en parte, viene a ser reemplazada por una nueva. Es decir, prestaremos atención a las relaciones entre la vieja estructura de derechos e instituciones, y el nuevo esquema de derechos e instituciones que la nueva Constitución viene a instalar.

Por supuesto, el origen de nuestra preocupación no reside en alguna obsesión por contar con una Constitución ordenada; en la pretensión de llegar a la redacción de un texto prolijo; o en un simple interés por asegurar la consistencia formal del texto fundamental. El problema que examinamos tiene que ver con la certeza de que una Constitución mal diseñada –en este sentido, una *Constitución en tensión interna*– queda condenada a enfrentar (evitables) problemas en el largo camino que debe recorrer hasta convertirse en derecho efectivo.

Evitar las tensiones internas requiere, ante todo, prestar atención al modo en que la vieja estructura de derechos resultará hospitalaria u hostil frente a los derechos que llegan; y también reconocer el modo en que la vieja estructura del poder se encuentra preparada, o no, para recibir a las nuevas instituciones que llegan. Más decisivamente, evitar las tensiones internas requiere un examen en torno al modo en que se relacionan las distintas secciones de la Constitución (derechos/organización del poder) entre sí.

Lamentablemente, la mayoría de las Constituciones que conocemos –y, me animaría a señalar, de modo muy especial las nuevas Constituciones latinoamericanas– destacan especialmente por el nivel y la gravedad de las tensiones que albergan en su seno. Resulta demasiado común, en efecto, que nos encontremos con Constituciones –como las de Argentina, Brasil o Colombia– que al mismo tiempo que asumen un nivel extraordinario de compromisos sociales –hasta en convertirse en paradigmas mundiales del “constitucionalismo social”, establecen cláusulas de protección a los contratos, la propiedad privada o el libre mercado, que parecen propias de un “constitucionalismo neoliberal” –una tendencia que se acentuó especialmente en el constitucionalismo latinoamericano de los años 90.⁴ Para que quede claro: no impugnamos, aquí, al menos por ahora, el valor de contar con una Constitución más o menos “social,” más o menos “neoliberal.” Lo que se impugna, en todo caso, es la pretensión del constitucionalismo de hacer ambas cosas al mismo tiempo. Dicho lo anterior, detengámonos ahora en el examen de los distintos y principales tipos de tensión que suelen generarse al interior de una Constitución.

⁴ El constitucionalista Gerardo Pisarello, por ejemplo, cita los casos de las 35 enmiendas impulsadas por Fernando Henrique Cardoso, sobre la Constitución de Brasil de 1988, destinadas a facilitar el proceso privatizador; la reforma del artículo 58 de la Constitución de Colombia de 1991 –promovida por el gobierno conservador de Andrés Pastrana– destinada a dar mayores garantías de “intocabilidad” a las inversiones extranjeras; la modificación del artículo 27 de la Constitución de México, con el objeto de “acabar con el reparto agrario”; la reforma constitucional peruana de 1993 (impulsada por el presidente Fujimori, luego de un autogolpe), que eliminara muchos de los compromisos sociales asumidos por la Constitución de 1979; o las garantías al “valor de la moneda” aseguradas por la Constitución de la Argentina de 1994, elaborada durante la presidencia de Carlos Menem (Pisarello, 2011, 186-7). En sentido similar, pueden mencionarse las vastas iniciativas para la reforma judicial que circularon en la región, durante aquellos años, promovidas desde el Banco Mundial u otros organismos financieros multilaterales: se procuró, entonces, asegurar que el Poder Judicial ayudara a proveer un marco estable a las transacciones económicas características de la época (Domingo & Sieder, 2001).

III. Cuatro fuentes de tensiones al interior de una Constitución

Concentrémonos, entonces, en el contenido de la Constitución, para observar las principales fuentes de tensión que pueden surgir en su seno. En principio, son cuatro las áreas que pueden merecer atención, teniendo en cuenta las dos secciones mencionadas de la Constitución, esto es decir, la sección de los derechos y la sección relacionada con la organización del poder. Dos de esas áreas nos hablan de vínculos internos a cada una de las secciones de la Constitución (relaciones intraseccionales: derechos con derechos; poder con poder); y las otras dos tienen que con vínculos entre las diferentes secciones de la Constitución (relaciones interseccionales: derechos con poder; poder con derechos). Tenemos entonces:

A. Relaciones intraseccionales

- i) Los modos en que la vieja estructura de derechos se relaciona con los nuevos derechos incorporados por la nueva Constitución
- ii) Los modos en que la viejas instituciones de la organización del poder se relacionan con las nuevas instituciones que inscribe la nueva Constitución

B. Relaciones interseccionales

- ii) Los modos en que la estructura de los derechos existente se relaciona con las instituciones que trae la nueva Constitución
- iv) Los modos en que las viejas instituciones se relacionan con los nuevos derechos adoptados por la nueva Constitución

Todas estas relaciones resultan de enorme interés, y nos hablan de problemas de absoluta actualidad para el derecho contemporáneo. Entre todos estos temas, voy a ocuparme principalmente de uno: el último (el número iv), que tiene una capacidad especial para iluminar muchos de los problemas que aparecen, también, o en ocasiones, en los demás casos. Más específicamente, voy a concentrar mi atención en los modos en que –todavía hoy, u hoy más que nunca– una organización del poder de naturaleza liberal-conservadora, que se remonta al siglo xviii, obstaculiza la puesta en vigencia de una lista de derechos constitucionales que pretende reflejar demandas e intereses del siglo xxi. De todas formas, antes de abocarme de lleno a dicha relación –la reflejada en el punto iv de la lista anterior– voy a referirme brevemente a los otros tres casos citados.

i) Derechos sobre derechos. El primero de los casos citados se refiere al modo en que los viejos derechos constitucionales se relacionan con los nuevos derechos incorporados por la nueva Constitución. El tema es de crucial importancia en el derecho contemporáneo, y de especial interés en el constitucionalismo latinoamericano de estos días. Ello así, en particular, si prestamos atención a las largas listas de derechos sociales, económicos y culturales que se han convertido en marca de identidad del constitucionalismo regional, y que distinguen singularmente a la última oleada de reformas constitucionales que tuviera lugar en América Latina, desde finales del siglo xx.

Un problema significativo que puede reconocerse en este caso es el siguiente: los nuevos derechos incorporados por el moderno constitucionalismo regional -que incluyen protecciones especiales a favor de diversas minorías y grupos vulnerables- no siempre son bien recibidos por la vieja estructura de derechos constitucionales existente que, de modo habitual, permanece intacta a pesar de las reformas. Este problema resulta reforzado por el hecho habitual de que los nuevos derechos incorporados en las nuevas Constituciones no tienden a desplazar o borrar a las viejas listas de derechos existentes (ni siquiera a algunos derechos en apariencia conflictivos con los nuevos), sino que, típicamente, se anexan a ellos. Este tipo de decisiones genera conflictos y tensiones obvias, como las que se producen, por ejemplo, entre nuevos derechos que vienen a afirmar la propiedad comunitaria indígena, y las viejas y poderosas protecciones otorgadas a la propiedad privada, y que todas las nuevas constituciones han tendido a dejar a salvo. Éste sería un típico ejemplo de conflicto de tipo i, esto es decir, un conflicto entre los viejos derechos inmodificados, y los nuevos derechos que se incorporan a la Constitución y que, inmediatamente luego de instalados en su lugar, pasan a desafiar a los anteriores. El hecho de que el nuevo constitucionalismo no haya prestado una atención especial a este tipo de problemas representa, sin dudas, un déficit propio de la política y la doctrina constitucionales contemporáneas.

Otra ilustración interesante del mismo tipo de conflicto es la que aparece con la introducción en el texto constitucional de “nuevos” derechos multiculturales. En efecto, algunas reivindicaciones que la Constitución puede hacer, en materia de derechos multiculturales, pueden entrar en tensión con los demás derechos individuales protegidos en la Constitución. Se trata del tipo de problemas que el filósofo del multiculturalismo, Will Kymlicka tratara a través de las categorías “restricciones internas,” “protecciones externas” (Kymlicka, 1995). Uno puede preguntarse, entonces, cómo acomodar el respeto pretendido a los derechos colectivos de, por caso, un determinado grupo aborigen, y el respeto a los derechos individuales de los miembros de tales grupos.

ii) Poder sobre poder. El segundo de los casos referidos nos lleva a pensar acerca del modo en que las nuevas instituciones (políticas y jurídicas) que forman parte de la organización del poder, conforme a las nuevas Constituciones, se relacionan con las viejas instituciones (políticas y jurídicas) ya existentes.

Una buena ilustración de lo dicho puede encontrarse en el ejemplo de lo que se llamara en Colombia el “choque de trenes”. Este “choque de trenes” es el que se produjo entre la vieja Corte Suprema Colombiana, con la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ambas instituciones –la Corte Suprema y la Corte Constitucional– mantuvieron durante años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, en 1991. Dicho enfrentamiento ha implicado persistentes disputas de poder, y una nociva competencia entre las dos Cortes, que ha terminado por afectar innecesariamente la fructífera y muy valorada vida judicial colombiana (Cepeda, 2007; Uprimny et al, 2006).

Otro ejemplo relevante en la materia es el que aparece en el constitucionalismo argentino, cuando se examinan las relaciones que se dan entre la Corte Suprema, presente desde la primera Constitución, de 1853, y el Consejo de la Magistratura, que fuera introducido por la reforma constitucional de 1994. Otra vez, en este caso, vemos relaciones de fuerte tensión entre los dos organismos (tensiones que podían anticiparse al momento de la creación del Consejo), relacionadas con la dificultad de definir con exactitud el área de la competencia exclusiva de cada una de las instituciones; pero también (y a partir de allí) con un cierto hostigamiento de la Corte sobre el Consejo, en donde la primera aparece celosa de perder facultades que considera propias. Más allá de los problemas de diseño propios de cada uno de tales casos (posiblemente, los conflictos desatados habrían sido menores, en ambas situaciones, de haber habido una más perfecta delimitación de competencias), lo cierto es que este tipo de conflictos resultaban esperables desde el momento mismo en que las nuevas instituciones comenzaron a imaginarse.

iii) Derechos sobre poder. El último caso que nos queda por repasar, antes de concentrarnos en el que tomaremos como objeto principal de estudio (la influencia de la vieja organización del poder sobre la nueva estructura de derechos), se refiere al impacto de la introducción de nuevos derechos sobre la vieja estructura de poder existente. Éste es, precisamente, el caso que le interesaba a Carlos Nino, conforme al ejemplo que comentáramos al comienzo de este texto. En dicho comienzo, recordé el modo en que Nino nos señalaba la existencia de problemas que afectaban a nuestra decisión de

proponer nuevos derechos sociales, a la vez que mostrábamos resistencia o desconfianza hacia el Poder Judicial. Lo que Nino nos mostraba, entonces, es que nuestra defensa de los “nuevos derechos” (sociales en este caso) terminaba por reforzar el poder de la misma estructura judicial que sometíamos a crítica. ¿De qué modo se producía dicho resultado? Lo que ocurría es que, al ser el Poder Judicial el primer custodio de los derechos constitucionales, y al tener él una responsabilidad especial en la puesta en práctica (el *enforcement*) de los derechos vigentes, era ese mismo Poder el que resultaba favorecido con la llegada de “nuevos derechos” bajo su jurisdicción (Nino, 1992, 1996, 1997). Por lo demás –y reforzando el punto anterior– si los derechos de los que hablamos importan (de modo más visible o notable que los demás derechos) la erogación de importantes recursos económicos (derecho a la salud, derecho a la vivienda, etc.), el fortalecimiento potencial del Poder Judicial (que pasa a ganar más control, en principio, sobre el manejo del presupuesto) parece obvio.

Esta cuestión –reducida aquí a la relación *más derechos sociales-más poder en el Poder Judicial*– forma parte de un problema mayor, que puede expresarse en la fórmula *más derechos-menos democracia*. Es decir que cuando reformamos nuestra organización constitucional para expandir nuestro compromiso con los derechos (i.e., cuando le otorgamos status constitucional a nuevos tratados de derechos humanos, como lo han hecho recientemente muchos países latinoamericanos, incluyendo a la Argentina), de algún modo reducimos el ámbito de acción de nuestras democracias. Ello así, al menos, si consideramos a los derechos como los ha considerado habitualmente la tradición liberal, esto es decir, como demandas incondicionales, como “cartas de triunfo” oponibles de modo exitoso a cualquier pretensión mayoritaria (Dworkin, 1977).

IV. Poder sobre derechos: Madison/Alberdi/Bello

Desde aquí en adelante examinaremos el último de los problemas referidos en la sección anterior, relacionado con el modo en que la vieja organización del poder constitucional impacta sobre la llegada de nuevos derechos. Vamos a prestarle atención especial a esta vinculación (ubicada dentro de lo que llamamos las relaciones interseccionales de la Constitución) por varias razones, que incluyen a su particular importancia, su actualidad, su influencia, y su capacidad para explicar mucho respecto del estado de situación del constitucionalismo contemporáneo. En efecto, las trabas impuestas por la vieja organización de poder constitucional sobre la nueva estructura de derechos no nos refieren sólo a un problema relevante y actual para el constitucionalismo, sino a uno de tipo crucial, dado el peso que ejerce la vieja estructura de poder, bloqueando la realización de los

muchos cambios que se han tratado de establecer en el área de los derechos.

Otra vez, la falta de presteza que mostramos para atender a cuestiones como la referida en el párrafo anterior contrasta con la naturalidad con que nuestros antecesores se acercaban a circunstancias tales. Para ellos (e ilustraré enseguida la posición de algunos viejos constitucionalistas, tomando los ejemplos de James Madison, Juan B. Alberdi y Andrés Bello), resultaba simplemente obvio que la primera o más importante medida a tomar con el objeto de asegurar protección a ciertos derechos que (ellos veían como) prioritarios (i.e., de propiedad, de contratos), consistía en tomar control sobre la organización del poder constitucional, de forma tal de configurar a la misma de modo acorde a sus objetivos en materia de derechos. Quisiera insistir sobre el punto, dada su especial relevancia. En la actualidad, cuando mostramos atención sobre algún derecho (i.e., el derecho a la propiedad comunitaria indígena) prestamos atención al listado de derechos que nuestra Constitución ha incorporado, y nos dedicamos a leer los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito. Es decir, nuestro primer impulso consiste en registrar si los textos que suscribimos como comunidad consagran explícitamente el derecho específico que nos interesa. Nuestra prioridad parece pasar por el texto escrito, y por la sección constitucional dedicada a consagrar derechos. A resultas de ello, si lo que encontramos es que el derecho que es objeto de nuestro interés se encuentra ausente del texto, nos quedamos preocupados, y nos sentimos primeramente impulsados a exigir la incorporación del mismo al listado de derechos existente. Si, por el contrario, vemos que el derecho referido ya forma parte de nuestra estructura de derechos, respiramos aliviados y pensamos, en todo caso, de qué forma podemos lograr su implementación (judicial) más efectiva. Esta aproximación al tema hubiera resultado completamente extraña a nuestros antecesores. Preocupados por ciertos derechos, ellos hubieran tomado una actitud muy diferente a la nuestra, concentrando su mirada, primeramente, en los modos en que la Constitución organiza la estructura de los poderes. Y si, luego de dicho examen, encontraban que la estructura de poder ofrecía garantías suficientes para la protección del derecho en cuestión, ellos hubieran cerrado los libros y pasado a preocuparse por la cuestión siguiente.

La caricatura anterior no pretende ser descriptiva de ninguna situación real, sino ser reflejo de una cierta actitud, propia de nuestros antecesores, en relación con el texto constitucional –una actitud que se muestra demasiado lejana de la que tenemos nosotros. Permítanme ilustrar lo dicho con algunos ejemplos más concretos, provenientes de los siglos xviii y xix.

Comienzo por James Madison, sin dudas el gran intelectual detrás del naciente constitucionalismo norteamericano, a finales del siglo xviii. Madison, como muchos de sus contemporáneos, se encontraba especialmente preocupado por la emisión incontrolada de “papel moneda” que había distinguido a la vida de los estados locales luego de la independencia, y muy en particular desde mediados de 1780. La crisis ponía en grave riesgo los pagos a los que se habían comprometido las “facciones” de deudores, los pequeños propietarios, luego de la ruptura con Inglaterra (Wood, 1966; 1969; 1992; Schuckers, 1978). Sin embargo, para figuras tan relevantes como James Madison, resultaba obvio que la solución frente a la crisis del “papel moneda” no consistía en inundar a la Constitución de nuevas cláusulas protectivas de la propiedad, y limitativas de la posibilidad de emitir moneda sin respaldo. La solución principal al problema pasó a ser, sin dudas, otra diferente: Madison se concentró entonces en el papel de las “facciones”, y orientó al naciente constitucionalismo, de modo muy particular, en contra del poder de dichas “facciones.” Todo el esquema entonces ideado de “frenos y contrapesos” vino a ser un reflejo de aquella preocupación. Esto es decir: frente a un problema íntimamente vinculado con la violación de ciertos derechos (fundamentalmente, los derechos de la minoría acreedora), los doctrinarios del constitucionalismo norteamericano concentraron sus energías sobre la estructura que organizaba el poder. Resultaba obvio, para ellos, que dada la imposibilidad de remover las causas que originaban el surgimiento de facciones, sólo quedaba por actuar sobre ellas tratando de contener sus efectos –tal como expusiera Madison en *El Federalista* n. 10. Limitando férreamente el poder de las facciones mayoritarias –se propuso entonces– se reducirían de modo drástico los riesgos de los abusos legislativos (los que habían llevado a la emisión incontrolada de moneda).

A continuación, y de modo muy breve, quisiera señalar los paralelos significativos que podemos encontrar entre el tipo de razonamiento que presentara Madison –en representación del grupo de los “federalistas”–, en el momento fundacional del constitucionalismo de su país, y el tipo de razonamiento que podemos hallar entre los principales constitucionalistas latinoamericanos, durante el momento fundacional del constitucionalismo latinoamericano. Tomemos, por caso, los ejemplos del argentino Juan Bautista Alberdi y el venezolano Andrés Bello (sin dudas, dos gigantes de la talla de James Madison, en términos de creatividad constitucional). Tanto Alberdi como Bello se mostraban entonces muy especialmente preocupados por la suerte de los derechos de propiedad en la región, a los que consideraban amenazados por las demandas crecientes y cada vez más agudas de mayorías desposeídas –un escenario, finalmente, bastante similar al que preocupaba a Madison en su momento. Frente a dicha circunstancia, la principal obsesión de Alberdi y de Bello fue la de

garantizar protección al derecho amenazado, a través de un replanteo en el modo de la organización del poder. Dicho replanteo consistió, centralmente, en la limitación temporaria de las posibilidades de las mayorías para participar y decidir en política. Para ambos, ya habría tiempo suficiente, más adelante, para adoptar una postura más permisiva al respecto.

Para Bello, la adopción de este tipo de soluciones resultaba relativamente obvia. Finalmente –pensaba Bello– el pueblo no se mostraba particularmente angustiado por el alcance y dimensión de sus libertades políticas, mientras que sí se preocupaba por el peso de sus derechos económicos. En sus palabras:

los pueblos son menos celosos de la conservación de su libertad política, que la de sus derechos civiles. Los fueros que los habilitan para tomar parte en los negocios públicos, les son infinitamente menos importantes, que los que aseguran su persona y sus propiedades. Ni puede ser de otra manera: los primeros son condiciones secundarias, de que nos curamos muy poco, cuando los negocios que deciden nuestro bienestar, de la suerte de nuestras familias, de nuestro honor y de nuestra vida, ocupan nuestra atención. Raro es el hombre tan desnudo de egoísmo, que prefiera el ejercicio de cualquiera de los derechos políticos que le concede el código fundamental del Estado al cuidado y a la conservación de sus intereses y de su existencia, y que se sienta más herido cuando arbitrariamente se le priva, por ejemplo, del derecho del sufragio, que cuando se le despoja violentamente de sus bienes. (Bello, 2001, 212)

La formulación que presentara Alberdi, al respecto, resultaba todavía más contundente. Alberdi distinguió entonces, célebremente –y siguiendo en parte a Bello– entre libertades civiles y libertades políticas. Las primeras, decía, debían ser ampliamente distribuidas entre todos los individuos, “nativos y extranjeros.” Por el contrario, y en relación con las libertades políticas, consideraba que ellas debían ser limitadas, y distribuidas con cuidado, lentamente y a lo largo del tiempo (Alberdi, 1920, vol. xiv, 64-65). En sus palabras:

No participo del fanatismo inexperimentado, cuando no hipócrita, que pide libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tiranos. Pero deseo ilimitadas y abundantísimas para nuestros pueblos las *libertades civiles*, a cuyo número pertenecen las *libertades económicas* de *adquirir*,

*enajenar, trabajar, navegar, comerciar, transitar y ejercer toda industria*⁵.

Por supuesto, no se trata aquí de acordar con la respuesta sustantiva dada por Madison, Alberdi o Bello, frente al tipo de problemas que aquejaban, según ellos, a los sociedades de su tiempo. Se trata, más bien, de llamar la atención sobre la lucidez del enfoque de los tres constitucionalistas. Para todos ellos resultó claro, en su momento, que la forma apropiada de asegurar la protección de ciertos derechos, consistía menos en la meticulosa enumeración constitucional de los mismos (y otros afines), que en la reorganización de la estructura de poder de modo acorde con dicha finalidad. Curiosamente, una mayoría de constitucionalistas contemporáneos, enfrentada a dificultades similares, parecen obstinados en desoír aquellos consejos que llegan desde el pasado.

V. La sala de máquinas de la Constitución

El resultado constitucional con el que nos encontramos, luego de más de doscientos años de constitucionalismo, nos muestra una organización institucional con –por lo menos– dos caras: por un lado, una sección de derechos de avanzada, de algún modo propia del siglo xxi; a la vez que una organización del poder anclada en el pasado, más propia del siglo xviii o xix que de nuestro tiempo⁶. En efecto, la sección constitucional dedicada a los derechos se ha desarrollado tomando en cuenta los diversos y profundos cambios sociales, políticos y culturales que se han generado desde el momento fundacional del constitucionalismo. Entre tales cambios se incluyen la amplísima diversidad de planes de vida existentes; la pluralidad social que ha salido a la superficie en las últimas décadas; los rasgos multiculturales propios de muchas de nuestras comunidades; el reconocimiento de que nuestras sociedades albergaban sectores minoritarios históricamente postergados (i.e., grupos indígenas) y grupos sociales tradicionalmente víctimas de la discriminación (mujeres, etc.). En cambio, la sección relativa a la organización del poder parece todavía impermeable a toda esa diversidad emergente. De hecho, podría decirse,

⁵ Y continuaba: “Estas libertades, comunes a ciudadanos y extranjeros (por los arts. 14 y 20 de la Constitución), son las llamadas a poblar, enriquecer y civilizar estos países, no las libertades políticas, instrumento de inquietud y de ambición en nuestras manos, nunca apetecidas ni útiles al extranjero, que viene entre nosotros buscando bienestar, familia, dignidad y paz. Es felicidad que las libertades más fecundas sean las más practicables, sobre todo por ser las accesibles al extranjero que ya viene educado en su ejercicio”. Juan Bautista Alberdi. *Sistema Económico y Rentístico. Alberdi.* (1920). xiv, 64-65.

⁶ Refiero mi juicio, con las reservas del caso, a América Latina, aunque con similares reservas me animaría a extender el juicio a otros ámbitos.

nuestra organización constitucional sigue siendo tributaria de una sociología política muy pobre y atrasada, basada en la existencia de una sociedad dividida en pocos grupos, internamente homogéneos, y fácilmente representables. Piénsese, por caso, en la descripción social realizada por James Madison, en sus escritos de *El Federalista*. Resulta claro: si la sociedad se divide fundamentalmente –y tal como él pensaba– entre ricos y pobres, propietarios y no propietarios, acreedores y deudores; y además estos grupos son internamente homogéneos, luego resulta más fácil imaginar formas de asegurar la representación de estas facciones en los órganos de gobierno y garantizar así, del mejor modo, el sueño de la *representación plena*, o representación especular, en donde el sistema político pasa a ser un “espejo de la sociedad” (Hamilton, Madison & Jay, 1988). Sin embargo, dicho ideal se presenta como imposible de alcanzar o directamente irrisorio, cuando reconocemos la explosión de pluralidad que vino a caracterizar a las sociedades modernas. Justamente, teniendo en cuenta esta pluralidad, es que uno puede reconocer la inercia y el retraso que sigue distinguiendo a nuestra organización constitucional en la materia: nuestras constituciones han sido capaces de reconocer, en su sección de derechos, el “hecho del pluralismo” (Rawls, 1991), mientras que –notablemente– se han negado a reconocer tales cambios desde la sección relativa a la organización del poder. Para utilizar una metáfora que ya he empleado en otros trabajos, nuestras Constituciones han sido capaces de introducir cambios relativamente atractivos en materia de derechos, a la vez que se han empeñado en mantener cerrada la puerta de la *sala de máquinas* de la Constitución (Gargarella, 2014). La organización del poder –la sala de máquinas– sigue estando fundamentalmente cerrada para la clase trabajadora, las mujeres, los grupos indígenas y las minorías desfavorecidas que, de un modo u otro, han conseguido algún reconocimiento en la sección de los derechos constitucionales.

Por supuesto, lo que aquí presentamos como un problema –la tensión entre una declaración de derechos “moderna,” y una estructura de poder férreamente arraigada en el pasado– no es reconocido como tal por todo el constitucionalismo. Más bien lo contrario: resulta demasiado común que se vea a dicha escisión entre la parte de los derechos y la parte de la organización del poder, como un problema menor o directamente inexistente; como un problema potencial pero neutralizado en la práctica; o directamente como un hecho virtuoso. Permítaseme dar algún detalle de esta diversidad de respuestas:

i) Autonomía. Para algunos, el hecho de que la Constitución mantenga cerrada la puerta de la sala de máquinas es un problema relativamente menor. Ello, porque –así lo asumen quienes sostienen esta postura– las distintas secciones de la Constitución son total o fundamentalmente

autónomas entre sí. Frente a quienes reclaman una mayor consistencia interna, los defensores de esta postura pueden decir: “sólo se trata de una cuestión de tiempo, la Constitución ya será reformada, oportunamente, en el resto de su estructura.” Este supuesto acerca de la relativa autonomía de las secciones constitucionales suele acompañarse con otro acerca de la *auto-operatividad* de determinadas cláusulas constitucionales. La idea sería que basta con incorporar ciertos artículos en la Constitución, para que tales artículos cobren vida, se auto-ejecuten.

ii) Indiferencia. Una variante algo más sofisticada del argumento anterior podría partir del reconocimiento de que existen relaciones efectivas entre ambas secciones de la Constitución, pero para agregar luego que se trata, en principio, de una relación pacífica o de *relativa indiferencia* entre una y otra sección constitucionales. Finalmente, alguien podría decirnos, son muchos los países que han tenido gobiernos de muy distinto tipo conviviendo con Constituciones cada vez más generosas en materia de derechos –lo cual parecería sugerir que la maquinaria del poder puede receptor sin mayores problemas los diferentes cambios que se operen en la sección de los derechos.

iii) Compensación. Una tercera línea de respuesta, diferente de las anteriores, partiría del reconocimiento de que las distintas partes del texto constitucional se encuentran en relación y diálogo entre sí. Sin embargo, en lugar de sostener que ellas traban una relación de tensión mutua o, peor aún, que una parte de la Constitución –la vinculada con la organización del poder– afecta el desarrollo de la otra, los que defienden esta postura sostendrían que hay una relación de equilibrio entre ambas secciones constitucionales. Finalmente –se afirma aquí si bien es cierto que el poder no se ha democratizado y se ha concentrado desde la parte orgánica, también lo es que los derechos políticos y de participación se han expandido en estos últimos años.⁷ Algunas recientes reformas constitucionales (por

⁷ Alguna de estas visiones pueden encontrarse en la literatura que analiza los desarrollos recientes del constitucionalismo latinoamericano. Por caso, en los trabajos de Uprimny (2011) o Pisarello (2011), se advierten, en primer lugar, referencias descriptivas sobre las nuevas Constituciones, que muestran procesos de concentración de poderes en el Ejecutivo, acompañados de otros cambios orientados en direcciones aparentemente contradictorias, y relacionados, típicamente, con el reforzamiento de derechos, la protección de grupos previamente desamparados, o la apertura hacia mayores oportunidades de participación popular. Jonathan Hartlyn, por su parte, ha destacado “el creciente uso de elecciones para la selección de puestos ejecutivos en el nivel subnacional, y la presencia creciente de elementos de democracia directa”, en estas nuevas Constituciones (ver Hartlyn y Luna, 2007, 7).

caso, en América Latina) ilustrarían este doble desarrollo “compensado” de “más concentración de poder” *pero* a la vez “más derechos”.⁸

iv) Necesidad. Finalmente, también correspondería citar otra postura, más optimista, que considera que la forma de organización de poder dominante en nuestras Constituciones (que encapsula el poder en una elite demasiado distante del control democrático; o que, como en América Latina, sobreconcentra el poder en el Poder Ejecutivo) no representa un problema sino, por el contrario, una condición necesaria o indispensable para el sostenimiento y desarrollo del área de los derechos. Esta postura ha sido sostenida, recientemente, por algunos doctrinarios que han estudiado el derecho de América Latina, y que han sostenido, por caso, que sólo o fundamentalmente un sistema de poder concentrado puede lograr la “activación directa” del poder popular (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, 20; 2009).⁹ Como dijera algún investigador, al respecto, “la consolidación de los avances de derechos sociales se dio en marcos de concentración de poder en el Ejecutivo y de hegemonía parlamentaria, más que en escenarios de presidencias débiles y pluralismo en las legislaturas” (Etchemendy, 2012).

Contra enfoques como los citados, la valoración que aquí sostenemos frente a una Constitución que resiste toda reforma en su “sala de máquinas”, mientras que se muestra activa en materia de “nuevos” derechos, es –ante todo– negativa. La evaluación es doblemente negativa, primero, porque entendemos que hay un problema con el hecho de que la Constitución esté organizada conforme a un esquema de “dos velocidades” –cualesquiera sean ellas, cualesquiera sean, en principio, los objetivos que están en tensión; y segundo, por el tipo de tensiones que aquí tenemos en juego, esto es decir, por arrastrar una organización del poder demasiado conservadora y de autoridad concentrada, que se mantiene insistentemente cerrada a toda reforma, y que a la vez traba el desarrollo de otro tipo de

⁸ En términos de Hartlyn y Luna: “Comparando los poderes ejecutivos formales, tal como aparecían al comienzo del más reciente período democrático...con los poderes formales corrientes (hacia el 2006), encontramos que la tendencia general nos muestra un cierto movimiento de declive en relación con los poderes del ejecutivo (ibid., 6). La causa de este declive se debería a “la emergencia de mayores (potenciales) limitaciones sobre la concentración del poder presidencial, en otras áreas (no-legislativas)...” (ibid). Algo similar sostiene Pisarello, en su ilustrado análisis sobre el constitucionalismo moderno, al afirmar que el “neopresidencialismo” o presidencialismo reforzado de esta última etapa podría considerarse, finalmente, un presidencialismo “mitigado por otros mecanismos de control como el referendo revocatorio, una suerte de moción de censura popular ya utilizada, de hecho, tanto en Venezuela como en Bolivia” (Pisarello, 2011, 194).

⁹ En sentido similar se puede ver (Criado, 2011; de Cabo, 2011; Palacios Romero, 2011).

constitucionalismo, más justo, inclusivo y respetuoso de la diversidad social existente.

Más específicamente, controvertimos las cuatro visiones antes ofrecidas (“autonomía,” “indiferencia,” “compensación,” “necesidad”), por una pluralidad de razones que sería imposible desarrollar con detalle en el marco de este trabajo. Brevemente, sin embargo, podría dejar constancia de algunas de ellas. Por ejemplo, entendemos aquí que entre las dos secciones de la Constitución hay un vínculo obvio, que nos remite finalmente a la íntima, conflictiva y bien estudiada relación que existe entre democracia y derechos;¹⁰ que no puede presumirse (como lo hacen algunos de los enfoques revisados) que el vínculo entre las dos secciones de la Constitución sea *igualitario*, dado que la “llave” de la creación positiva, la puesta en práctica, la interpretación y la delimitación final de los derechos, se encuentra en la organización del poder; que debe reemplazarse la visión “estática” de la Constitución y sus partes (que parece propia de algunas de las visiones arriba presentadas), por otra *dinámica e históricamente situada* que nos permita reconocer que –como era esperable– el poder político-institucional se ha ido independizando del control democrático, tornándose más resistente frente a los límites que se le han querido imponer, y más capaz, por tanto, de actuar de modo discrecional; que, para el caso particular de América Latina, la situación resulta todavía más preocupante, en razón de la historia especialmente conflictiva entre un Poder Ejecutivo cada vez más poderoso y una lista de derechos cada vez más robusta, pero a la vez más vulnerable a la voluntad discrecional del jefe de gobierno¹¹.

¹⁰ En tal sentido, podría decirse, al ampliar o reducir la esfera de los derechos, reducimos o ampliamos el ámbito de lo que está sujeto a una decisión democrática, y viceversa. Ver por ejemplo (Holmes, 1993).

¹¹ Frente a quienes sostienen la *necesidad* de un Poder Ejecutivo fuerte para asegurar el respeto y desarrollo más activo de los derechos, convendría exigir, en primer lugar, un estudio más pormenorizado acerca del *tipo* de derechos creados en cada oportunidad (es dable esperar que los regímenes post-autoritarios se preocupen, primero, por la protección de derechos humanos básicos como la integridad física y personal); y la trayectoria de esos derechos (muchos regímenes autoritarios, como el varguismo, crearon derechos y violaron gravemente derechos, a veces del mismo tipo, a veces de distinto tipo). Por lo demás, dicha postura oculta que es en exactamente esas mismas condiciones de máximo poder presidencial cuando –como podía esperarse– más se han violado derechos (y más graves y masivas han sido las violaciones). Pero además, y lo que es más grave para su caso, es que es bajo esas mismas condiciones institucionales que en América Latina se ha desarticulado el propio Estado social que pretendía sostener los derechos sociales (piénsese en los casos de Menem en la Argentina; Fujimori en Perú; Collor de Melo en Brasil; entre tantos otros). Es decir, conforme a nuestro criterio, el

VI. Derechos sociales, Poder Judicial y política democrática

Hemos sostenido en las páginas anteriores que nuestras Constituciones se han democratizado en materia de derechos –receptando las demandas y reconociendo los intereses de numerosos grupos vulnerables– pero no en materia de organización del poder. Consideramos, en tal sentido, que esta falta de democratización tiende a dificultar, más que a favorecer, el cumplimiento de las promesas sociales hechas por la Constitución. De algún modo, este criterio es consistente con lo que ha sido la historia de los derechos sociales en América Latina y en buena parte del mundo: finalmente, alguien debe explicar por qué es que luego de décadas de firme, insistente y expansivo compromiso constitucional con los derechos sociales (desde 1917), tales derechos recién comenzaron a ganar vida hacia finales del siglo xx.¹² Una hipótesis podría ser que la estructura de poder existente –comenzando por el Poder Judicial, pero sin terminar allí– no ha sido funcional a la aplicación y desarrollo de tales derechos.

Para nuestra investigación, este punto de llegada refuerza la postura de Carlos Nino, con la que abriéramos el presente trabajo. Esto es decir, podemos reafirmar, con él, que el interés particular que mostramos por la suerte de los derechos sociales debe llevarnos a mirar más allá de esos mismos derechos: nuestra preocupación especial por los derechos sociales nos exige trascender el estudio sobre la sección dogmática de la Constitución.

Del mismo modo, conclusiones como las anteriores refuerzan la opinión de muchos de nuestros antecesores en el constitucionalismo, que –como nos enseñaran James Madison o Juan Alberdi– nos exigían enfocar la atención en la organización del poder, si es que nuestro principal interés se vinculaba con la suerte particular de algún derecho.

híper-presidencialismo es consistente con la creación y aplicación de nuevos derechos, pero i) también es consistente con la no aplicación y socavamiento de los mismos; a la vez que ii) manifiesta una tendencia hacia este último resultado, si tenemos en cuenta factores que hacen a la propia lógica del sistema, tanto como elementos teóricos, históricos y contextuales, como los que examináramos en páginas anteriores.

¹² En realidad, las preguntas son dos: primero, cómo puede ser que esos compromisos, afirmados en todas las Constituciones latinoamericanas desde comienzos de siglo, quedaron “durmiendo” durante tantas décadas; y segundo, por qué es que esos derechos tendieron a “despertar” de su sueño hacia finales del siglo.

Estos puntos de vista, cabe advertirlo, son diferentes de los que han parecido adoptar muchos convencionales constituyentes de nuestro tiempo. Interesados especialmente por la afirmación de ciertos derechos, muchos de ellos han concentrado su labor en las Comisiones de trabajo especializadas en los derechos constitucionales, sin prestar mayor atención a las demás condiciones materiales, políticas y constitucionales, necesarias para la implementación y expansión efectiva de los mismos.

Del mismo modo, la postura que aquí hemos defendido difiere de la ofrecida por muchos doctrinarios contemporáneos, para quienes la preocupación especial por los derechos sociales se traduce en un trabajo insistente sobre la relación entre tales derechos y el Poder Judicial. Estos doctrinarios nos ofrecen sofisticadas teorías acerca de las razones que tienen los jueces para poner en práctica los derechos sociales; los medios legales que pueden facilitarles esa tarea; o las justificaciones necesarias para hacer compatible dicho activismo a favor de los derechos sociales y el respeto de la autoridad democrática. Frente a ellos, señalamos que –por más que consideramos sus esfuerzos encomiables y muy valiosos– la suerte de los derechos sociales no debe descansar, ni única ni principalmente, en la organización judicial. Ello así, primero, porque los derechos sociales dependen (deben depender), ante todo, de la política democrática; y segundo, porque –estando el sistema institucional organizado del modo en que lo está– no hay razones para pensar que los jueces vayan a asumir como propias unas formas de acción que, en el mejor de los casos, podrían aceptar coyuntural y discrecionalmente, pero que no tienen incentivos ni facilidades institucionales para tomar como propias.

Finalmente, los criterios aquí sostenidos nos ayudan a desafiar o poner en cuestión, también, algunas de las mejores respuestas “políticas” que se han ofrecido frente a las tan tradicionales críticas al “carácter contramayoritario” del Poder Judicial (críticas que se han acentuado a partir de la renovada discusión doctrinaria que se ha dado en nuestro tiempo en torno a los derechos sociales). Estas respuestas han venido a sugerirnos la creación de mecanismos institucionales capaces de “devolverle” al Congreso la “última palabra” (Tushnet, 2009); han reivindicado la existencia de medios constitucionales destinados a dotar a la legislatura de “poder de insistencia” frente a los tribunales superiores (Hogg & Bushell, 1997; Hogg et al, 2007); o han defendido la “dignidad de la legislación” frente al accionar judicial (Waldron, 1999b). Contra estos significativos criterios, hemos sugerido aquí que los problemas de organización del poder que afectan a nuestro sistema constitucional trascienden a la esfera judicial para abarcar, completamente también, a la esfera política. En efecto, sostenemos aquí que nuestra organización institucional se encuentra afectada por sesgos y defectos que se remontan

al siglo xviii, y que luego de más de dos siglos no han sido resueltos. El punto es: todo nuestro esquema institucional se muestra gravemente deficitario en términos democráticos, y demasiado resistente e impermeable a los controles, críticas, desafíos y cambios que la comunidad política pueda querer imponerles. Por lo dicho, la crítica democrática que tradicionalmente le hemos hecho al Poder Judicial no debe ni puede dejar a salvo al poder político. Se trata de un problema que nuestra organización política no remedia, sino que tiende a agravar: este poder político se encuentra estructuralmente incapacitado de darnos mucho de aquello que el Poder Judicial no nos da, por razones también estructurales. De allí que sea injusto señalar al Poder Judicial, exclusivamente, como responsable de la suerte adversa corrida por los derechos sociales, económicos, culturales y multiculturales en estas últimas largas décadas. El poder político carga sobre sus espaldas responsabilidades iguales o mayores en la materia, relacionadas tanto con sus indebidas acciones como con sus indebidas omisiones (Nino, 1991).

Frente a semejante panorama, este trabajo sugiere –otra vez– volver a mirar atrás, para encontrar en nuestros antecesores respuestas y enseñanzas capaces de remediar nuestras dudas e incertidumbres actuales. Tal vez, como los republicanos de un tiempo atrás, debamos volver a pensar en la “cuestión social” como responsabilidad propia de la comunidad política (antes que como una mera cuestión de derechos); y tal vez, como ellos, necesitemos volver a exigir herramientas institucionales capaces de devolverle a la comunidad los poderes de control y decisión de los que hemos sido privados¹³.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles* Barcelona: Trotta.
- Alberdi, J. B. (1886). *Obras completas de Juan Bautista Alberdi*. Buenos Aires: Imprenta La Tribuna Nacional.
- Alberdi, J. B. (1920). *Obras Selectas*. Ed. Joaquín V. González. Buenos

¹³ “We may say with truth and meaning that governments are more or less republican as they have more or less of the element of popular election and control in their composition; and believing as I do that the mass of the citizens is the safest depository of their own rights, and especially that the evils flowing from the duperies of the people are less injurious than those from the egoism of their agents, I am a friend to that composition of government which has in it the most of this ingredient”. Thomas Jefferson to John Taylor, 1816 (Jefferson, 1999).

- Aires: La Facultad.
- Alberdi, J.B. (1929). *Estudios sobre la Constitución Argentina*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Alberdi, J.B. (1981). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Plus Ultra: Buenos Aires.
- Balkin, J. & Siegel, R. (2009). *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford U.P.
- Bello, A. (1997). *Selected Writings*. ed. by I. Jaksic, Oxford: Oxford University Press.
- Bhagwati, P. (1985). Judicial Activism and Public Interest Litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, 561.
- Cepeda, M. (2004). Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, 3, 259.
- Criado, M. (2011). El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas. Distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador. *Revista general de derecho público comparado*, ISSN 1988-5091, 9, 1-44.
- de Cabo, A. (2011). Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista general de derecho público comparado*, ISSN 1988-5091, 9, 1-40.
- Domingo, P., & Sieder, R. (2001). *Rule o Law in Latin America*. Londres: Institute of Latin American Studies.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. New York: Oxford University Press.
- Edelman, P. (1988). The Next Century of Our Constitution: Rethinking our Duty to the Poor. *Hastings Law Journal*, 39, 1.
- Etchmendy, S. (2012). Las contradicciones del progresismo liberal. *Le Monde Diplomatique*, 154. Recuperado de <http://www.eldiplo.org/154-el-subsuelo-en-disputa/las-contradicciones-del-progresismo-liberal?token=&nID=1>
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (1998). Full Representation, Deliberation, and Impartiality. J. Elster, ed. *Deliberative Democrac.*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R., Domingo, P., & Roux, T. (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracie*. Aldershot: Ashgate.
- Gargarella, R. (2010). *The Legal Foundations of Inequality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R. (2013). *200 Years of Latin American Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en America Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz

- Gearty, C., & Mantouvalou, V. (2011). *Debating Social Rights*. London: Hart Publishing.
- Gloppen, S. (2006). Analyzing the Role of Courts in Social Transformation. *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Ashgate: Londres.
- Gloppen, S., Wilson, B., Gargarella, R., Kinander, M., & Skaar, E. (2010). *Courts and power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1988). *Federalist Papers*. New York: Bantam Books.
- Hartlyn, J., & Luna, J. (2007). Constitutional Reform in Latin America: Intentions and Outcomes. Montreal.
- Hogg, P., & Bushell, A. (1997). The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall L. J.*, 35, 75.
- Hogg, P., Bushell, A., & Wright, W. (2007). Charter Dialogue Revisited, -Or much Ado About Metaphors. *Osgoode Hall L. J.* 45,1.
- Holmes, S. (1993). Precommitment and the Paradox of Democracy. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hunt, P. (1996). *Reclaiming Social Rights*. Sidney: Darmouth.
- Jefferson, T. (1999). *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- King, J. (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kymlicka, W. (1995). *The Rights of Minority Cultures*. Oxford: Oxford University Press.
- Langford, M. (2009). *Social Rights Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Molina, G. (1987). *Las ideas socialistas en Colombia*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo.
- Murillo Toro, M. (1979). *Obras Selectas*. Bogotá.
- Nino, C. (1991). *The Ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1996). Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina. *Institutional Design in New Democracies*. New York: Westview Press.
- Nino, C. (1997). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Otero, M. (1967). *Obras*. México: Editorial Porrúa.
- Paine, T. (2004). *The Thomas Paine Reader*. London: Penguin Books.
- Palacios Romero, F. (2011). El mito de la separación del poder judicial en el

- constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: Quis custodiet ipsos custodes?). Revista general de derecho público comparado, ISSN 1988-5091, 9, 1-49
- Pisarello, G. (2011). *Un largo termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Prillaman, W. (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*. New York: Praeger.
- Rawls, J. (1991). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Schuckers, J.(1978). *A Brief Account of the Finances and Paper Money of the Revolutionary War*. Philadelphia: John Campbell and Son.
- Scott, C., & P. Macklem. (1992) Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1-148.
- Sobrevilla, D. (2009). *Manuel González Prada. Textos Esenciales*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books.
- Tushnet, M. (1974). And Only Wealth Will Buy You Justice. Some Notes on the Supreme Court. 1972 Term. *Wisconsin Law Review*, 177.
- Tushnet, M. (2002), State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations. *Chicago Journal of International Law*, 435.
- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton U.P.
- Tushnet, M. (2009). *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton University Press.
- Uprimny, R. (2006). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. 147-200.
- Uprimny, R. (2011). The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, 1587-1610.
- Uprimny, R., & Rodríguez, C., & García, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau. (2009). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. Manuscrito no publicado, Universidad de Valencia.
- Viciano Pastor, R. & Martínez Dalmau. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University

Press.

- Waldron, J. (1999b). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2009), Refining the question about judges' moral capacity. *Int J Constitutional Law*, 7, 69-82.
- Waldron, J. (2010). Socioeconomic Rights and Theories of Justice. Unpublished manuscript, New York University.
- Wood, G. (1966). A Note on Mobs in the American Revolution. *William and Mary Quarterly*, 23, 4, 635-642.
- Wood, G. (1969). *The Creation of the American Republic*. New York: W. W. Norton & Company.
- Wood, G. (1992). *The Radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred Knopf.