

Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos

En este artículo vamos a reflexionar sobre las implicaciones, posibilidades y límites de la reforma constitucional. Para ello, vamos a comenzar recurriendo a una vieja metáfora empleada para pensar las reformas legales. Dicha metáfora presentaba al derecho vigente como un lago enorme y tranquilo, y a los cambios introducidos sobre el mismo como hojas que caían sobre ese lago. Las reformas del caso, como las hojas, se recuestan sobre el derecho existente (sobre el apacible lago) y se muestran, en principio, como ajenas al mismo. Durante un buen tiempo, el derecho nuevo y el viejo parecen cuerpos distintos y preservan, cada uno, sus propios rasgos intactos: las hojas flotan en el lago, indemnes, como no registrando su contacto con el lago. Sin embargo, el tiempo pasa y, poco a poco, la contextura del derecho nuevo cambia –las hojas ceden– y su arquitectura interior comienza a perder fuerza. Poco a poco, las reformas que aparecían como cuerpos extraños frente al derecho viejo comienzan a acercar su textura a la del derecho sobre el que reposan. El tiempo pasa, y las reformas, como las hojas húmedas, ya no se muestran más como cuerpos distantes: ahora, el viejo derecho y el nuevo, como el lago y las hojas caídas, forman un solo cuerpo.

Ahora bien, ¿son éstas imágenes adecuadas para pensar sobre los vínculos que se establecen, lentamente, entre el derecho viejo y el nuevo?

Una mirada superficial sobre la metáfora referida nos refiere a la adaptación más o menos pronta y no-conflictiva que tiende a darse entre el cuerpo establecido y el cuerpo que llega. Se trata de una cuestión de tiempo, de un proceso que culmina felizmente, con la cómoda integración de una parte con la otra, luego de que ambas han cedido y dejado de lado sus resistencias iniciales. Contra dicha visión, más bien complaciente, sobre los modos en que se vinculan el derecho vigente y el derecho que pretende incorporarse al derecho vigente, una mirada algo más crítica sobre el proceso descrito sugiere resultados diferentes.

Roberto Gargarella
es profesor de
Teoría
Constitucional,
Universidad de
Buenos Aires y
Universidad
Torcuato di Tella

En efecto, es importante destacar que la imagen del caso nos refiere a una relación en donde el derecho viejo, como cuerpo dominante, establece una clara relación de predominio sobre el cuerpo que llega. Decir esto no implica negar que las reformas, como las hojas caídas, ejercen algún impacto sobre el lago (mucho menos negar algo más interesante, como es que multiplicidad de hojas caídas, una tras otra, en el largo plazo, pueden generar un impacto significativo sobre el lago en el que caen). Sin embargo, nada de lo dicho debe impedir que resaltemos el carácter desigual del vínculo que se establece entre el cuerpo dominante y el cuerpo que se apoya sobre él: es éste último el que sufre el impacto mayor –radicalmente mayor– y el que, al poco tiempo, termina por adoptar la textura del primero. Es este peso especial del cuerpo mayor, más antiguo y vigoroso, el que nos interesa destacar. En otros términos, la metáfora del caso no nos refiere a una relación entre iguales, sino al choque entre fuerzas claramente no equivalentes, en donde la más débil va a sufrir el principal impacto.

De este proceso de integración jurídica desigual –en donde, en principio, todo indica que la práctica jurídica vigente tiende a imponer su fuerza sobre la recién llegada– nos ocuparemos en las páginas que siguen. Tomaremos, para ello, uno de los ejemplos más importantes que ofrece América Latina en términos de mezcla de tradiciones jurídicas diferentes: el caso de la incorporación de los derechos sociales, en el marco de un constitucionalismo que era hostil a los reclamos sociales que les dieron origen.

La entrada de la cuestión social en América Latina

Partiremos aquí de la idea de que la mayor parte de las Constituciones latinoamericanas surgieron a partir de un pacto liberal-conservador, que se consolidó a mediados del siglo XIX; pacto que, conviene destacar, excluiría a los sectores políticos más radicales, que apostaban por un constitucionalismo más social.¹ A principios del siglo XX, las profundas crisis políticas, económicas y sociales se tradujeron de forma inmediata en el orden constitucional.² El constitucionalismo intentó paliar los efectos de estas crisis mediante la incorporación de la cuestión social, que había quedado marginalizada en las viejas Constituciones del siglo anterior.³ El inicio de esta ola reformista se caracterizó por la aprobación de la

¹ Véase R. Gargarella, *The Legal Foundations of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776–1860*, 2010, pp. 16–19 donde se abordan las olas de liberalismo radical que culminaron en América Latina en un compromiso entre los liberales y conservadores de clase alta.

² Véase T. Halperin Donghi, *The Contemporary History of Latin America* [John Charles Chasteen ed. y trad.], Duke Univ. Press 1993 [1966], pp. 158–246, que profundiza en los cambios políticos, económicos y sociales acaecidos en América Latina.

³ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2010, p. 246 para un análisis de los países latinoamericanos que han incorporado los nuevos derechos sociales en sus Constituciones a principios del siglo XX.

Constitución mexicana en 1917,⁴ seguida por las de Brasil en 1937,⁵ Bolivia en 1938,⁶ Cuba en 1940,⁷ Ecuador en 1945⁸ y Argentina⁹ y Costa Rica¹⁰ en 1949.

Así, lo que se puso en marcha fue un intento, quizá algo cauto, de injertar instituciones vinculadas al modelo constitucional radical en un cuerpo de carácter opuesto, producto del pacto originario liberal-conservador. El resultado de la operación fue, como cabría esperar, extremadamente problemático. Los derechos sociales devinieron en «derechos programáticos»;¹¹ es decir, se convirtieron en objetos perseguidos por las diferentes ramas políticas, y no como derechos individuales o colectivos necesariamente judiciales.¹²

Nos encontramos con que, al menos durante muchas décadas, la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones latinoamericanas desde comienzos del siglo XX no se produjo de la mano de las ramas políticas en el Gobierno porque no contaban con el apoyo –incluso contaban con su rechazo–, por parte de los poderes judiciales.¹³

Se trata, sin duda, de un fenómeno constitucional extraordinario que requiere una explicación. ¿Cómo es posible que hayan permanecido dormidos tantos artículos de la Constitución y durante tantos años? Bajo nuestro punto de vista, tuvo mucho que ver con la forma en la que se produjo el “injerto constitucional”. A lo largo de las siguientes páginas pretendo reflexionar sobre los problemas creados por el proceso de “injerto” como el que tuvo lugar cuando se incorporaron los derechos sociales en las Constituciones latinoamericanas.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [C.P.], *en su forma enmendada*, Diario Oficial de la Federación [DO], 5 de febrero de 1917 (última reforma publicada el 29 de julio de 2010) (Méx.); véase también R. Gargarella, *op. cit.*, 2010, p. 246 donde se sitúa el punto de partida de las reformas constitucionales en América Latina en la reforma constitucional mexicana de 1917.

⁵ Constituição Federal, 1937.

⁶ Constitución Política del Estado de Bolivia, 1938.

⁷ Constitución de la República de Cuba, 1940.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, 1945.

⁹ Constitución Nacional, 1949.

¹⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

¹¹ Son «derechos programáticos» aquellos que tienen una naturaleza “aspiracional” pero que no son operativos directamente a través de los tribunales. M. A. Glendon, *Rights in Twentieth-Century Constitutions*, 59 U. CHI. L. REV., 1992, pp. 519, 527–528.

¹² Véase R. Gargarella, «Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights», en R. Gargarella *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2006, pp. 13, 26 «en América Latina, la abstención judicial en torno a los derechos sociales ha estado justificada por el argumento de que las referencias a los derechos sociales en la Constitución se producen en las ramas políticas...»; en R. Shep Melnick, *Federalism and the New Rights*, 14 *Yale L. & Pol’y Rev.* (symposium issue, 1996, pp. 325, 327 se comentan los derechos programáticos que se impulsan a través de los programas públicos, y no mediante acciones privadas pero véase también en el mismo lugar un ejemplo de «[derechos programáticos] producto de la promulgación del congreso y extensivos a la interpretación judicial...».

¹³ Véase C. Courtis, *Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America*, en *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2006, p. 169, 179 para un debate sobre la tradicional falta de sensibilidad del judicial hacia determinados derechos sociales.

Tres preguntas para la teoría constitucional

La operación de “injerto constitucional” –en el caso que nos ocupa, el intento de incorporar, en un modelo constitucional liberal-conservador, instituciones provenientes de una concepción constitucional de tipo radical– mostraba así sus complejidades. Frente a tales complejidades, en lo que sigue, plantaremos básicamente tres interrogantes, entre los muchos posibles. El primero se refiere al impacto que tienen dichos injertos en la estructura constitucional; el segundo, con las formas en las que se ejecutan las “traducciones” entre distintos modelos constitucionales (y “lenguajes”); y el tercero, al fenómeno de las “cláusulas dormidas”, que permanecen judicialmente inactivas durante décadas.

Toda Constitución reconoce dos partes, una dogmática, que incluye una Declaración de Derechos, y otra orgánica, en la que se divide y organiza el poder

Sobre las posibilidades de éxito de un injerto constitucional: influencia interna, influencia cruzada

La primera cuestión que vamos a abordar nos lleva a mirar el modo en que la reforma constitucional *impacta dentro* de la propia estructura de la Constitución reformada.

Hay al menos dos tipos de influencias que puede tener sentido distinguir y examinar, si es que partimos del hecho de que prácticamente toda Constitución reconoce dos partes, una dogmática, que incluye una Declaración de Derechos, y otra orgánica, en la que se divide y organiza el poder. Por un lado, conviene poner el foco de la atención en el modo en que la reforma introducida en una cierta sección de la Constitución, impacta en la estructura interna de esa misma sección; hablaremos aquí de *influencia interna*. Por otro lado, tiene sentido explorar el modo en que la reforma introducida en una cierta sección de la Constitución (pongamos, una reforma en el área de los derechos o una reforma en el área de la organización del poder) impacta en la sección contraria; hablaremos en ambos casos de *influencia cruzada*. Si bien, en lo que sigue nos ocuparemos exclusivamente del impacto que las reformas en las secciones de derechos tienden a ejercer sobre la sección destinada a la organización del poder.

El impacto de las reformas en la organización del poder varía dependiendo de numerosos factores, incluyendo hasta qué punto es exhaustiva la reforma, si opera sobre una estructura más o menos consolidada y si la reforma llega a trascender el texto de la Constitución. De las múltiples y posibles formas, me referiré aquí a unas de las que más se

han producido en América Latina con *influencia cruzada*. Como ya hemos adelantado, está relacionada con las reformas introducidas en materia de derechos –mediante la incorporación de derechos sociales– y el impacto de estos sobre la parte orgánica de la Constitución.

Un modo de comenzar a reflexionar sobre la influencia cruzada de las reformas es a partir de una serie de reflexiones insistentes que realizara sobre la materia, ya hace algunos años, el jurista argentino Carlos Santiago Nino.¹⁴ A Nino le interesaba llamar la atención sobre un hecho paradójico que seguía a las entonces habituales modificaciones constitucionales latinoamericanas, destinadas a expandir la lista de derechos existente, para anexar a la misma nuevos derechos sociales. El jurista argentino detectaba un problema en tales reformas, inequívocamente introducidas por los grupos más avanzados o progresivos, más favorables al cambio social. El problema tenía que ver, justamente, con la *influencia cruzada* de tales cambios, en este caso, el impacto de la introducción de estos nuevos derechos sociales, en materia de organización del poder.¹⁵ Para Nino, resultaba evidente que, al incorporar nuevos derechos sociales, las fuerzas progresivas incurrían en una acción paradójica porque, contra lo que podían esperar, al actuar de ese modo transferían poderes adicionales al Poder Judicial,¹⁶ es decir, a la rama del poder más alejada de la elección y el control populares, es decir, en términos jeffersonianos, a la rama del poder menos republicana de todas.¹⁷

Frente a dicha paradoja, Nino se preguntaba acerca de la racionalidad y pertinencia de la decisión de introducir nuevos derechos sociales, en tanto iniciativa animada por una vocación de reforzar el poder popular, la capacidad de acción y decisión de los grupos más marginados de la sociedad. ¿Era ese el resultado esperable de reformas constitucionales semejantes, o es que ellas, en los hechos, amenazaban con socavar aún más el poder de los grupos desaventajados? Podría decirse que la duda planteada por Nino desnudaba, ante todo, la falta de reflexión que podía acompañar a muchos grupos constitucionales bien animados en su defensa de los derechos e intereses de quienes están peor.

¹⁴ Los comentarios incluidos en este apartado han sido extraídos en su mayoría de las entrevistas con Carlos Santiago Nino, director del Centro de Estudios Institucionales en Buenos Aires (1985-1993).

¹⁵ Véase C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, p. 12, 1996, «al estudiar las constituciones existentes y qué características incorporaría una ideal, pudiera parecer que existe la posibilidad de que determinados reclamos sustantivos válidos a priori entren en conflicto con el resultado de los procedimientos legítimos. Es decir, los derechos que se reconocen como pertenecientes a la dimensión liberal del constitucionalismo pueden entrar en conflicto con los resultados de procedimientos democráticos que constituyen la dimensión participativa del constitucionalismo».

¹⁶ Como mantiene J. Waldron en un trabajo reciente en el que aborda la introducción de los derechos sociales, sugiere que la introducción de estos compromisos sociales en forma de derechos es una extensión bastante evidente encaminada a «escorar de forma decisiva los asuntos hacia el proceso judicial más que hacia los procesos legislativos y ejecutivos», véase J. Waldron, «Socioeconomic Rights and Theories of Justice», 28, *N.Y. Univ. Sch. of Law, Pub. Law & Legal Theory Research Paper Series*, working paper No., 2010, pp. 10-79). Normalmente, «la administración o aplicación» de los derechos se delega a la rama judicial, *id.*

¹⁷ Carta de Thomas Jefferson a John Taylor (28 de may de 1816), en T. Jefferson, *Political Writings*, 1999, pp. 206, 208, Joyce Appleby & Terence Ball (eds.), en la que se comparan los rasgos republicanos del Gobierno y en el que se tilda al judicial de «profundamente anti-republicano».

Por supuesto, Nino podía tener razón o no en cuanto a su intuición de fondo, que venía a poner en duda el carácter progresivo de la expansión de la lista de derechos sociales. Tal vez, en determinados contextos (es decir, frente a poderes legislativos radicalmente corrompidos), puede tener sentido fortalecer de ese modo al Poder Judicial. Tal vez (lo que es más importante) tenga sentido incluir tales derechos a nivel Constitucional, por lo que ello puede significar simbólicamente, como gesto orientado a “empoderar” a los grupos más postergados y con independencia de lo que ello implique en términos de distribución del poder constitucional. Sin embargo, lo que ahora nos interesa es lo que la reflexión del caso nos alienta a pensar en el análisis de las reformas constitucionales. A través de su cuestionamiento, Nino nos ayuda a ver que las tradicionales reformas que se han venido llevando a cabo en la sección de los derechos hacen bastante más que engrosar la lista de derechos existente. Tal tipo de reformas, lo pretendan o no, no son neutrales en materia de organización del poder. Por lo tanto, y para evaluar su impacto, tenemos la necesidad de mirar más allá de las fronteras de la acotada sección de los derechos y preguntarnos acerca de su impacto en términos de distribución de poder entre las distintas ramas de Gobierno.

Para el caso específico examinado –el referido a los derechos sociales– la idea sería que, hoy por hoy, y dado el modo en que pensamos los derechos y actuamos en relación con ellos, todo robustecimiento de la sección de derechos implicaría, en principio, una transferencia de poder hacia el Poder Judicial.¹⁸ Dicha circunstancia, por supuesto, no depende de que el Poder Judicial tome medidas activas en la implementación de los mismos, para de ese modo mostrar su musculatura frente a las ramas políticas de gobierno. La inactividad de una mayoría de jueces, al respecto, no niega la existencia de su facultad de poner tales derechos en práctica, algo que –tal como ha ocurrido en los hechos¹⁹– puede ser determinado por cualquier juez, en el momento menos esperado, y cuando simplemente tenga la disposición de hacerlo, frente a alguna demanda.

¹⁸ Véase C. S. Nino, *op. cit.*, 1996, p. 196: «el proceso democrático no puede ser el último recurso para la protección de los derechos individuales, ya que la función principal de los derechos es albergar decisiones mayoritarias» y, por lo tanto, existen mecanismos tales como el examen judicial externo al proceso político para proteger dichos derechos; en M. J. Ballard, «The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil», 17 *Berkeley J. Intl L.*, 1999, pp. 230, 234 se explica que la Constitución de Brasil de 1988 «garantiza nuevos derechos individuales y sociales y fortalece la capacidad del poder judicial para protegerlos», pero esto, en comparación con otros factores permite «a los jueces con sensibilidad social influir sobre los esfuerzos del Gobierno por incorporar a Brasil más sólidamente en la economía global»; C. Scott y P. Macklem, «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution», 141 *U. Pa. L. Rev.* 1, 1992, pp. 147-48 aportan como ejemplos los derechos humanos internacionales y la jurisprudencia constitucional india como ejemplos de cómo el poder judicial puede proteger los intereses que subyacen a los derechos sociales.

¹⁹ Véase, por ejemplo, H. J. Etchichury, «Argentina: Social Rights, Thorny Country: Judicial Review of Economic Policies Sponsored by the IFIs», 22 *AM. U. INT'L L. REV.* 101, 2006, pp. 110-111 donde se hace hincapié en que «los jueces argentinos pueden... ejercer su poder constitucional de modificación para impulsar los derechos sociales» y aportar como ejemplo la decisión tomada en 2000 que ratificó la orden del tribunal de primera instancia para que el Gobierno de la nación «garantizara un tratamiento médico apropiado y en el momento requerido».

Como resultado de este tipo de análisis, es posible que no sea deseable una determinada reforma constitucional dada la redistribución del poder que generará en la estructura constitucional, o dado que pudiera haberse realizado de otra forma a la vista de las previsibles tensiones internas que provocaría una nueva institución.

Comenzaremos haciendo alguna referencia a la *influencia interna*, es decir, al modo en que la reforma producida en la sección constitucional dedicada, por caso, a la organización del poder, impacta sobre la estructura interna de esa misma sección constitucional. Como ejemplo, pensemos en el caso de la introducción de una Corte Constitucional, o en la creación de un Consejo de la Magistratura, dentro de Constituciones ya dotadas de una organización judicial determinada, normalmente bajo la cabeza de una Corte Suprema. A la hora de reflexionar sobre este tipo de reformas, y evaluar su eficacia –diremos aquí– no basta con prestar atención al modo en que las nuevas instituciones son organizadas. Así, no es suficiente con hacerse (importantes) preguntas tales como: ¿es que estos nuevos organismos contarán con personal suficiente? ¿Se les ha asegurado un financiamiento apropiado? Importa, además, y de modo muy especial, observar cuál es, y cuál puede ser, su forma de interactuar con las demás instituciones constitucionales ya instaladas y en marcha.

Ciertas preguntas, en particular, resultan especialmente reveladoras y promisorias, en este respecto. Fundamentalmente: ¿Qué institución es la que, hasta el momento de la llegada de la nueva institución, llamémosle X, desempeñaba las funciones que ahora va a desempeñar X? ¿Qué institución va a ver su capacidad operativa o su poder de decisión afectado, por la llegada de X? Tales cuestionamientos son importantes, en principio, más allá de cuál sea la respuesta que luego ofrezca la práctica. Y es que, a la hora de promover una reforma en la parte orgánica de la Constitución, las principales resistencias frente a la institución X recién llegada pueden provenir del propio interior de la estructura constitucional vigente. Esto es decir, la reforma orgánica puede verse afectada, previsiblemente, por la resistencia proveniente de alguno de los organismos –algunos de los funcionarios– más directamente impactados por la introducción de la novedad del caso. Es dable esperar, en tal sentido, que cuantas más sean las instituciones –y los funcionarios– “perjudicados” por la novedad o cuanto más fuerte sea el impacto de dicha llegada, sobre la estructura existente, mayores sean las resistencias que deba afrontar la nueva institución adoptada.

Un buen ejemplo de lo dicho puede encontrarse, por caso, en el ejemplo del llamado “choque de trenes”, en Colombia, que enfrentó a la vieja Corte Suprema Colombiana, con la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991.²⁰ Ambas instituciones man-

²⁰ Véase E. Lamprea, «When Accountability Meets Judicial Independence: A Case Study of the Colombian Constitutional Court's Nominations», 10, *Global Jurist* 1, 2010, p. 16 [disponible en <http://www.bepress.com/gj/vol10/iss1/art7> en referencia al conflicto entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional como un “choque de trenes”].

tuvieron durante años una relación de rivalidad y tensión, que comenzó con el mismo nacimiento de la última, y que implica persistentes disputas de poder y una nociva competencia entre las dos Cortes.²¹ Otro ejemplo relevante, en la materia, es el que puede encontrarse en la Argentina, cuando examinamos las tensiones que se han producido entre la vieja Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura, que fuera introducido por la reforma constitucional de 1994.²² Más allá de los problemas de diseño propios de cada uno de tales casos y de que, posiblemente, los conflictos desatados habrían sido menores de haber habido una delimitación más clara de competencias, lo cierto es que este tipo de conflictos resultaban esperables desde el momento mismo en que las nuevas instituciones comenzaron a imaginarse, ello, aunque en los hechos, notablemente, tales conflictos no aparezcan como previstos. Esta última situación nos habla, otra vez, de la poca atención recibida por lo que llamamos la *influencia interna* de las reformas.

Convergencias y tensiones entre distintos modelos constitucionales

En las páginas anteriores, examinamos distintas maneras en que una reforma constitucional tiende a impactar sobre la propia estructura constitucional que es reformada. Ahora bien, el punto que sostuvimos, en relación con reformas constitucionales específicas –la introducción de un Consejo de la Magistratura, la expansión de la lista de derechos– puede y merece tomar una dimensión más general. Ello así, gracias al conocimiento que hemos acumulado en torno a la existencia de diferentes modelos constitucionales.

En efecto, hemos hecho referencia ya a distintos modelos de organización constitucional, a los que llamamos –siguiendo el lenguaje de la época– conservador, radical y liberal. Sabemos que en la historia constitucional americana ha habido Constituciones de tonalidad conservadora (véanse los casos de Chile 1823;²³ Chile 1833;²⁴ Colombia 1843;²⁵ Ecuador

²¹ En Felipe Saez, «The Judiciary», en Ma. M. Guigale *et al.* (eds.), *Colombia: the Economic Foundation of Peace*, 2003, pp. 897, 897-905 se aborda la formación de la Corte Constitucional, el papel activista que asumió y las tensiones derivadas con la Corte Suprema.

²² Véase, por ejemplo, A. M. Garro, «Judicial Review of Constitutionality in Argentina: Background Notes and Constitutional Provisions», 45 *Duq. L. Rev.*, 2007, pp. 409, 417-418 para una descripción de las críticas habituales al Consejo Superior de la Magistratura durante la década posterior a su creación entre las que se encuentran la lentitud del proceso de selección, la destitución de jueces y la influencia política del presidente en el proceso de selección.

²³ Véase R. Gargarella, «Towards A Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-1860», 39 *Latin Am. Res. Rev.* 141, 2004, pp. 143-44: «[...] El perfeccionismo moral estaba claramente encarnado en la Constitución [chilena] de 1823... mediante la creación de un “senado conservador” a cargo del control de «los hábitos y la moralidad nacional» así como de la supervisión de la creación de un “código moral” estricto, orientadas ambas a la regulación de la vida moral de los habitantes chilenos... [...] los derechos individuales eran contingentes según su acomodación a los principios a priori más altos y preeminentes».

²⁴ *Id.*, pp. 144-145 donde se destaca que la Constitución chilena de 1833 era conservadora e incorporaba un nivel importante de autoridad al presidente, incluyendo la capacidad de este de suspender la Constitución y la aplicación de la mayor parte de los derechos civiles.

²⁵ *Id.*, p. 145, adviértase que la Constitución colombiana de 1843 fue redactada por «conservadores extremos».

1869²⁶); radical (Pennsylvania 1776;²⁷ Apatzingán 1814²⁸); o liberal (Colombia 1853;²⁹ Colombia 1863³⁰). Además, muchas Constituciones han tenido un tono “de fusión” (de modo especialmente relevante las Constituciones liberal-conservadoras como las de Argentina 1853;³¹ México 1857;³² Paraguay 1870³³).

Aquí nos interesará llamar la atención brevemente, y a partir de lo dicho, acerca de las posibilidades de éxito de reformas constitucionales orientadas a modificar la estructura del modelo constitucional vigente. Claramente, el caso de las reformas que introdujeron derechos sociales en las viejas Constituciones americanas resulta especialmente interesante, en este sentido. Hablamos aquí de la introducción de reformas al modelo constitucional liberal-conservador, destinadas a incorporar en el mismo rasgos que eran propios del modelo constitucional excluido de dicho pacto, es decir, el modelo radical o republicano. La cuestión, en todo caso, puede plantearse de modo más general: ¿qué posibilidades hay de llevar adelante una reforma con éxito, cuando lo que se pretende es modificar, de ese modo, la estructura constitucional vigente? Más precisamente, ¿qué posibilidades hay de injertar exitosamente instituciones propias de una cierta tradición constitucional, en un cuerpo constitucional organizado conforme a los parámetros propios de una tradición diferente u opuesta?

Una manera posible de comenzar dicha reflexión sería la de tomar algunos de los datos que conocemos, sobre la existencia de tradiciones constitucionales diferentes en la región. Así, hicimos referencia, hasta el momento, a tres modelos constitucionales diferentes, a los que llamamos conservador, radical y liberal. El primero, como sabemos, puede ser definido por su combinación de elitismo político y perfeccionismo moral (el modelo que en Lati-

²⁶ Véase P. V. N. Henderson, *Gabriel García Moreno and Conservative State Formation in the Andes*, 2008, p. 240, en la que se caracteriza la Constitución de 1869 como autoritaria y un indicio del alejamiento del liberalismo clásico latinoamericano.

²⁷ Véase Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776–1787*, 1998, pp. 83-85 donde se aborda el movimiento revolucionario en Pensilvania y el ascenso de los *outsiders* políticos que en 1776 «tomaron el control de la convención encargada de redactar la Constitución más radical de la Revolución».

²⁸ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 146: «Probablemente la Constitución que mejor encaja en el ideal radical sea la Constitución de Apatzingán mexicana de 1814, redactada por el cura revolucionario Morelos y Pavón».

²⁹ Véase D. Bushnell, *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*, 1993, p. 108 donde se aborda la Constitución de 1853 que incluyó el sufragio universal masculino como un logro del partido liberal a pesar de sus iniciales reservas.

³⁰ Véase J. P. Osterling, *Democracy in Colombia: Clientelist Politics and Guerrilla Warfare*, 1989, p. 68 que reflexiona sobre el carácter «federal, ultraliberal y totalmente laico» de la Constitución de 1863.

³¹ Véase T. Link y R. McCarthy, *Argentina: A Primary Source Cultural Guide*, 2004, p. 63 donde advierte que la misma Constitución estableció el catolicismo romano como religión del Estado a la vez que prometía el derecho a la libertad religiosa; W. Spence Robertson, *History of the Latin-American Nations*, p. 237, 1922, que afirma que la Constitución de 1853 «supuso un intento por armonizar dos tendencias que habían estado en pugna por la dominación –la federal y la centralista».

³² Véase H. Donghi, *op. cit.* 1993, pp.128–29 que describe la creación de la “reforma” constitucional de México en 1857.

³³ Véase Fed. Research Div., Library of Cong., *Paraguay: A Country Study*, p. 161, D. M. Hanratty y S. W. Meditz (eds.) [2 ed.], 1990. Se describe la Constitución de 1870 como «más democrática que las dos anteriores», aunque destaca la gran autoridad del presidente.

noamérica significó poderes concentrados en el Ejecutivo e imposición religiosa);³⁴ el radical –en fuerte disputa con el anterior– lo podemos caracterizar como un modelo rousseauiano, que destaca por su mayoritarismo político;³⁵ y el liberal –que pretendió intermediar entre los dos anteriores– podemos resaltar su defensa de un sistema político de equilibrios (contra los excesos de presidentes fuertes y mayorías concentradas), y su reivindicación de la neutralidad (religiosa) del Estado.³⁶

Teniendo en cuenta este panorama –y esto es lo que aquí nos interesa destacar– es posible reconocer la existencia de áreas de parcial convergencia y conflicto entre estos diferentes modelos. Hemos sabido de tales encuentros y desencuentros a través del estudio de la historia, pero podíamos anticipar y explicar a los mismos prestando atención a las áreas de conflicto y tensión existentes entre estos proyectos diversos. Desde el común anti-mayoritarismo de liberales y conservadores,³⁷ al compartido rechazo de la neutralidad liberal, por parte de conservadores y radicales;³⁸ o la habitual resistencia que liberales y radicales presentaron, conjuntamente, frente al autoritarismo religioso, tan típico en Latinoamérica.³⁹

Lo que se quiere afirmar, en definitiva, es que las posibilidades de un trasplante exitoso se incrementan cuando las instituciones que se introducen forman parte del mismo modelo constitucional vigente (es decir, instituciones de carácter liberal, sobre un esquema constitucional vigente de carácter también liberal). Un ejemplo de ello podría ser una nueva contraloría –pongamos, la “Auditoría General de la Nación”, o un “Tribunal de Cuentas”– dentro del esquema de frenos y contrapesos vigente; o cuando las instituciones que se introducen forman parte de un modelo constitucional distinto, pero en áreas en donde ambos modelos son compatibles. Las probabilidades de éxito aumentarán si las instituciones que se incorporan forman parte de un modelo constitucional diferenciado, pero en aquellos ámbitos en los que sean compatibles ambos modelos. Podría ocurrir, por ejemplo, con la introducción de reformas liberales tendientes a limitar el peso de los órganos mayoritarios, dentro de un esquema institucional conservador, ampliamente hostil al mayorita-

³⁴ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, pp. 142-46. Las constituciones conservadoras se caracterizan por un perfeccionismo moral, a menudo enraizado en el catolicismo, y en el elitismo político que incluía una concentración de poder en la rama ejecutiva y en un senado integrado por ciudadanos ricos.

³⁵ Véase *id.*, p. 142 donde se caracteriza el modelo radical de «anclado en un mayoritarismo político».

³⁶ Véase *id.*, para una caracterización del modelo liberal que «hace hincapié en la limitación de los poderes y en la neutralidad moral».

³⁷ Compárese D. Bushnell, *op. cit.*, 1993, p. 108 que documenta los temores de los liberales colombianos del siglo XIX con respecto al sufragio universal masculino con R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 142 que considera elitistas los modelos constitucionales conservadores.

³⁸ Véase, por ejemplo, R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 142 donde se explica que los conservadores favorecen el perfeccionismo moral, los radicales el populismo moral y los liberales la neutralidad moral.

³⁹ O. Maduro, «Christian Democracy and the Liberating Option for the Oppressed in Latin American Catholicism», en G. Baum y J. Coleman (eds.), *The Church and Christian Democracy*, 1987, pp. 107-109 identifica actitudes anticlericales y apoyo al laicismo tanto con los liberales como con elementos más radicales de la izquierda.

rismo político radical. Para ilustrar lo dicho con un ejemplo, podría citarse el caso de poderes judiciales a los que se faculta a llevar a cabo un control de constitucionalidad (que incluye el desplazamiento jurídico de leyes consideradas inconstitucionales), una facultad considerada, típicamente, contra-mayoritaria. Un cambio constitucional semejante puede ser bien recibido tanto por el constitucionalismo liberal como por el conservador, sospechosos ambos de los poderes del Congreso, sobre todo, si el conservadurismo advierte que el Ejecutivo puede contar con una especial influencia en la nominación de los miembros del máximo tribunal judicial.

Los injertos más dificultosos, mientras tanto, aparecerían en relación con los intentos por combinar instituciones pertenecientes a modelos constitucionales diversos, en áreas en donde los mismos tienden a entrar en conflicto. La introducción de los derechos sociales en un esquema liberal-conservador sería otro ejemplo fundamental del fenómeno referido: el constitucionalismo social, debemos recordarlo, fue rechazado directamente por liberales y conservadores, durante las Convenciones Constituyentes del siglo XIX. Por otra parte, dicho modelo constitucional social requiere de un entramado institucional desafiante del orden vigente, y caracterizado por instituciones más sensibles a los reclamos populares, muy distintos de los que liberales y conservadores podían animarse a apoyar.

Otro ejemplo interesante para Latinoamérica podría estar dado por las instituciones destinadas a hacer hincapié en los mecanismos de democracia directa en un modelo constitucional hostil a la participación cívica. Una vez más, aquí podríamos anticipar la aparición de tensiones, propias de la pretensión de combinar instituciones que se orientan por aspiraciones en principio contradictorias entre sí. Más aún, podríamos predecir, para tales casos, la sucesión de acciones de socavamiento o boicot, desde la presidencia en ejercicio, hacia las tentativas destinadas a implementar las reformas más orientadas a la participación, capaces de afectar su autoridad.

En definitiva, el reconocimiento de la existencia de tradiciones constitucionales diferentes y el análisis de sus áreas de relación y tensión, pueden ser de ayuda, a la hora de intentar responder a la pregunta acerca de las posibilidades de llevar a cabo, efectivamente, un trasplante determinado.

Traducciones entre modelos constitucionales diferentes

El segundo de los problemas que identificamos –un problema muy propio del modo en que se pretendió hacer la incorporación de los derechos sociales en las Constituciones americanas– es el que se relaciona con cuestiones (que denominamos) de *traducción*. Para examinar este tipo de cuestiones, partimos del supuesto –arriba referido– según el cual no

resulta sencillo realizar *mezclas* entre modelos constitucionales diferentes. En todo caso, y según señaláramos, dichas mezclas se facilitan cuando nos referimos a áreas en donde los diferentes modelos se intersectan. Por ejemplo, las Constituciones liberales y las conservadoras suelen tener una impronta contra-mayoritaria, que las hace compatibles.⁴⁰ Por añadidura, esto sugiere que se pueden tornar factibles una cantidad de arreglos institucionales que podrían soportar bien ambas estructuras constitucionales.

El problema de traducción aparece cuando se quiere compatibilizar instituciones vinculadas con áreas en donde los modelos en juego aparecen contrapuestos. Por ejemplo, y según dijéramos, liberales y conservadores celebraron pactos constitucionales relativamente exitosos (al menos, en términos de la estabilidad que alcanzaron). Sabemos también que había amplias áreas de acuerdo entre ambos modelos, que hacían concebible el éxito de dicho acuerdo. Mencionamos, por caso, su común apuesta por una lista restringida de derechos,⁴¹ y con acento puesto en la defensa del derecho de propiedad;⁴² y un esquema institucional de perfil contra-mayoritario.⁴³ Sin embargo, liberales y conservadores disientían profundamente en otros aspectos. Por caso, ellos se diferenciaban decisivamente en cuanto a los poderes que consideraban necesarios transferir hacia el Poder Ejecutivo. Los conservadores fueron, habitualmente, partidarios de una concentración extrema del poder político; mientras que los liberales pelearon comúnmente contra dicha posibilidad, bajo la certeza de que dicha concentración amenazaba toda la estructura constitucional.⁴⁴ Se presentaba aquí un problema grave de traducción. En el caso de una mayoría de países latinoamericanos, la cuestión que se planteaba era si se podía incorporar la fundamental demanda conservadora por mayor concentración de poder dentro del esquema constitucional liberal, de tipo americano, que se adoptaba, y que requería del equilibrio de poderes, de frenos y contrapesos. Este era el gran problema de traducción constitucional del momento, que se resolvió, en una mayoría de casos, «desequilibrando el sistema de equilibrios»,⁴⁵ a través de la

⁴⁰ Véase R. Gargarella, «The Constitution of Inequality: Constitutionalism in the Americas, 1776–1860», 3 *Int'l J. Const. L.* 1, 11, 2005 donde defiende que muchas de las constituciones latinoamericanas de principios a mediados del siglo XIX reflejaban: «tendencias conservadoras manifiestas en un impulso contramayoritario en defensa de la concentración de poder en el Ejecutivo»; R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 150 donde se afirma que el modelo liberal incluye la implementación de «medidas contra mayoritarias».

⁴¹ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, pp. 143–151 para una discusión sobre las diferentes restricciones a los derechos en los modelos liberal y conservador.

⁴² R. Gargarella, *op. cit.*, 2010, p. 193: «Es evidente que el fuerte compromiso liberal con los derechos de propiedad abre un espacio amplio para el acuerdo entre liberales y conservadores: para ambos el apoyo a los derechos de propiedad ha sido una de sus prioridades».

⁴³ Véase *supra* nota 40 y el texto que la acompaña.

⁴⁴ En R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 144 se plantea que los conservadores han favorecido históricamente la existencia de un poder político centralizado que garantizara la aplicación de un código moral; en *id.*, p. 149 se explica cómo los liberales equiparaban la centralización del poder político con la tiranía.

⁴⁵ Véase B. A. Rockman y E. Waltenburg, «The American Constitution, the State, and Executive Prerogative», en F. G. y T. A. J. Toonen (eds.), *Crossing Borders: Constitutional Development and Internationalisation*, 81, 2007, p. 100 para un análisis sobre cómo ha aumentado el poder del Ejecutivo en EEUU desde que se adoptara la Constitución.

cesión al Poder Ejecutivo de poderes adicionales, que lo convertían en un *primus inter pares*. En principio, podríamos decir, este peculiar injerto fue muy problemático –una traducción mal hecha– y, según algunos (aunque no insistiremos aquí, sobre este punto), terminó por convertirse en causa de la fragilidad que acompañó al sistema, a partir de ese momento. Dicha cesión de poder al Ejecutivo se convirtió en “talón de Aquiles” de un proyecto, en términos de su estabilidad, en general exitoso.⁴⁶

Dicho esto podemos volver, entonces, al ejemplo que habíamos citado en la sección anterior, referido a la introducción de derechos sociales. Tendríamos aquí otro caso, en apariencia más grave, de mezcla fallida entre proyectos diferentes. Para comenzar este análisis, conviene recordar que, como suele ocurrir, muchos de los compromisos esenciales del modelo constitucional radical se encuentran interrelacionados entre sí, es decir, se necesitan unos a otros (por eso es que hablamos de modelos en términos generales). Esquemáticamente, podríamos decir que entre las piezas fundamentales, constitutivas, de este modelo se encontraban: i) una organización política más abierta y sensible a la participación popular; ii) una organización económica igualitaria; iii) ciudadanos dotados de “virtud cívica,” es decir, centralmente, motivados para intervenir activamente en política.⁴⁷ Estas piezas se encontraban vinculadas entre sí, necesitándose mutuamente. El objetivo era el autogobierno colectivo, que necesitaba de una ciudadanía virtuosa.⁴⁸ Para ello, se creaban instituciones políticas que se abrían a, a la vez que alentaban, la participación política. Al mismo tiempo, los radicales proponían organizar la economía de un modo afín a la generación de comportamientos colectivos hostil a la generación de ciudadanos meramente autointeresados.⁴⁹ La ausencia de cualquiera de estas piezas amenazaba con poner en riesgo a toda la estructura restante. Por ejemplo, si se mantenía el esquema general, pero en el marco de instituciones cerradas a la participación popular, se invitaba al estallido social, y

⁴⁶ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2010, p. 221-222 para una descripción sobre cómo los compromisos establecidos entre liberales y conservadores si bien eran una garantía para la estabilidad política, conducían hacia una “corrosión gradual” del sistema liberal de equilibrio de poderes, hacia una mayor concentración de poder y mayor fuerza del Ejecutivo y a una fagocitación de los liberales por parte de sus aliados conservadores; véase J. J. Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, & Reequilibration*, 1978, pp. 72-73 que plantea la hipótesis de que el «carácter de suma cero» del presidencialismo –en oposición a los sistemas parlamentarios en que se reparten los resultados– presiona a las democracias latinoamericanas para crear salvaguardas constitucionales contra el poder Ejecutivo, y que dichas salvaguardas «generaban conflictos constitucionales que debilitaban el sistema, ponían en peligro su legitimidad y frustraban a los presidentes que creían ejercer un mandato directo, popular y plebiscitario».

⁴⁷ Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 146 donde se aborda la cuestión del compromiso radical con una participación pública amplia en el gobierno lo que conlleva un fortalecimiento de la Cámara de Representantes, la «rama del poder más popular»; en *id.*, p. 148 se destacan las enmiendas incluidas en el programa radical al *statu quo*, tales como una distribución sustancial de la tierra así como su «preocupación por el “cultivo” de una ciudadanía virtuosa».

⁴⁸ «Los impulsos igualitaristas» definían al modelo radical y se «expresaban a través de un fuerte compromiso con el autogobierno colectivo», véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2005, p. 3.

⁴⁹ Véase J. Linz, *op. cit.*, 1978, pp. 38-39 donde se describe la posición de los radicales con respecto al carácter indispensable de la igualdad económica como precondition para el autogobierno; véase también R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, pp. 148-149 para una relación de las propuestas radicales con respecto a una sustancial redistribución de la tierra en diversos países latinoamericanos.

así se ponía en crisis a todo el sistema. Del mismo modo, si se mantenían instituciones abiertas a, y motivadoras de, la participación, en un contexto de profunda desigualdad, se creaba el riesgo de socavar todo el proceso participativo que se pretendía alentar por otros medios: los más afectados por la desigualdad, en ese contexto, podían verse en dificultades para dedicar sus energías a la política, antes que a asegurar su inmediata subsistencia.

El problema suscitado en torno a la incorporación constitucional de los derechos sociales es de la índole de los citados. Para cualquiera de los radicales que abogaba, en el siglo XIX, por mayores compromisos sociales en el orden constitucional, lo hecho en el siglo XX –fundamentalmente, la inclusión de una lista de derechos sociales a Constituciones de tonalidad liberal-conservadora–, podría verse como un gesto poco interesante, sino directamente ofensivo.⁵⁰ Para aquellos que pensaban –como Artigas en la Banda Oriental,⁵¹ o mejor, como el presidente de la Convención Constituyente de México, 1857, Ponciano Arriaga⁵² –que la Constitución debía ser “la ley de la tierra” (es decir, que la reforma constitucional debía venir acompañada de una profunda reforma redistributiva en materia de propiedad de la tierra)–, la mera incorporación de una lista de derechos sociales hubiera resultado poco menos que ridícula. ¿Qué relevancia podría alcanzar dicha lista de derechos escritos si los hombres mencionados pretendían introducir cambios socioeconómicos que incluyeran, y a la vez trascendieran con creces, la redacción de una Constitución?

Los problemas propios de esta operación (la introducción de las demandas sociales de los radicales en Constituciones que no eran afines a ellas) fueron numerosos. Ante todo, las modestas reformas constitucionales no se acompañaron de medidas adicionales capaces de dar sustento a los viejos reclamos de los radicales. No se pretende decir aquí que la dirigencia liberal-conservadora debió haber transformado su Constitución en una Constitución de tipo radical; y tampoco que ellos debieron haber tomado por ciertas las demandas radicales acerca de todo lo que era necesario para dar vida al proyecto radical. Tampoco se quiere decir aquí que las piezas de un cierto modelo constitucional deben ir todas juntas, o que no pueden acomodarse de otro modo, o con otras piezas, si es que quieren ganar vida propia. Más bien, lo importante es que cada modelo constitucional incorpore una cierta lógica interna, que dista de resultar arbitraria. Teniendo ello en cuenta, los radicales podrían decirnos, con razón, que era difícil dar sustento a las reformas sociales que ellos habían pro-

⁵⁰ En R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, pp. 147–148 se destaca cómo los radicales subordinaban los derechos individuales a la defensa de «la voluntad de la mayoría», y que «el interés de los radicales por “el cultivo” de una ciudadanía virtuosa reforzaba la idea de que su proyecto fuera incompatible con la elección individual y autónoma».

⁵¹ Véase *id.*, p. 148. Al igual que José Artigas, quien propusiera un proyecto para la redistribución de la tierra, los radicales reclamaban una «revisión sustancial del *statu quo* para proponer, por ejemplo, una redistribución radical de la tierra».

⁵² Véase *id.*, p. 149. «La redistribución de la tierra era un elemento central en los debates [constitucionales] hasta el punto de que Ponciano Arriaga (“el liberal puro”), presidente de la convención, resumía la posición de los reformistas al afirmar que cabría entender la Constitución en su totalidad como la expresión legal de la reforma sobre la propiedad de la tierra: la Constitución es «la ley de la tierra», afirmó.

puesto tiempo ha, si al mismo tiempo no se contaba con una sociedad movilizada, preparada para defender las fuertes medidas de cambio promovidas. La Constitución –podrían agregar– era capaz de colaborar modestamente (pero colaborar al fin) en dicha tarea pero, sin embargo, llegado el caso, los constituyentes a cargo de la reforma no habían dado ningún paso contundente en tal dirección. Todo lo contrario.

La forma que se escogió fue la de traducir
esos reclamos potentes, vigorosos, socialmente radicales,
al lenguaje liberal de los derechos, dentro de un molde
estrecho que nada tenía que ver con la modalidad
escogida por los radicales

En efecto, resulta casi imposible imaginar el éxito de aquellas propuestas de reconstrucción radical cuando, desde las nuevas Convenciones Constituyentes, no sólo no se alentaba la movilización social que dichas medidas parecían requerir, sino que por el contrario se mantenía una organización del poder concentrada, y apoyada en una élite política y social que obviamente se mostraba hostil al avance de tales iniciativas.⁵³ En términos institucionales: ¿era concebible que el poder judicial se pusiera a la vanguardia de la lucha social en defensa de una expansión de los derechos sociales, en un marco en el que, para colmo, el acceso de la ciudadanía a los tribunales aparecía extremadamente cerrado? Resulta difícil imaginar un contexto institucional menos favorable para el florecimiento de este articulado de contenido social.

El último punto que podría marcarse en esta operación de injerto en principio fallida (el punto, tal vez, más importante de todos), tiene que ver con el modo en que la dirigencia liberal-conservadora decidió incorporar los reclamos sociales por los que los radicales habían bregado durante décadas. La forma que se escogió fue la de traducir esos reclamos potentes, vigorosos, socialmente radicales, al lenguaje liberal de los derechos.⁵⁴ De esta manera, las demandas de los radicales, que excedían largamente el texto constitucional, quedaron reducidas a una fórmula constitucional especialmente limitada. Transformados en derechos sociales, tales reclamos extremos quedaron encorsetados, prácticamente inmóviles, dentro de un molde estrecho, asfixiante, que poco o nada tenía que ver con la modalidad escogida por los radicales, en su momento, para dotar de sentido y permanencia a sus exigencias político-constitucionales.

⁵³ Ya he abordado previamente la cuestión de la victoria liberal sobre el pensamiento liberal con respecto a las reformas radicales. Véase R. Gargarella, *op. cit.*, 2004, p. 149. La teoría liberal «tuvo una influencia decisiva sobre la evolución del constitucionalismo americano» y resultaba atractiva en comparación con las alternativas radicales o conservadoras.

⁵⁴ Véase *id.*, donde se sugiere que la iniciativa de los liberales se distinguía de la radical con respecto a la propuesta de un equilibrio de poderes, derechos básicos y la protección de la autonomía individual.

Lo que quedó, en todo caso, fue un muy pobre intento de mezcla constitucional, tan pobre que algunos podrían vincularlo a un mero acto de demagogia o de hipocresía, es decir, a un modo de comprometerse con una serie de acciones que se saben de muy difícil cumplimiento, por las propias faltas.

Cláusulas dormidas

El panorama más o menos desolador descrito en las páginas anteriores, merece alguna calificación importante que nos puede servir, a su vez, para reflexionar sobre un tema más general referido a la Constitución, los derechos y las reformas legales: el concepto de *cláusulas dormidas*. Recapitemos un poco: sostuvimos en las páginas anteriores que es importante tomar en cuenta cuál es la modalidad que se escoge para llevar a cabo una reforma constitucional. Es habitual que la operación de reformar la Constitución implique la modificación de un texto que consagra instituciones que llevan tiempo como instituciones vigentes. No es esperable que esas instituciones y esa práctica constitucional vigentes resulten neutrales, frente a las novedades institucionales que se le anexan. Ellas pueden ayudar o, muy comúnmente, resistir la llegada de tales cambios, si es que no se asume responsablemente la tarea del caso. Por supuesto, no hay fórmulas mágicas que nos permitan conocer todo lo que debe hacerse o dejarse de hacer en estos casos, pero sí al menos existen criterios que nos permiten anticipar cuándo es que una cierta reforma aparece mal encaminada. Escogimos el ejemplo especial de los derechos sociales, en tal sentido, porque el mismo ilustra bien las dificultades materiales (e irresponsabilidades políticas) que suelen acompañar a este difícil proceso de reconversión constitucional.

Hablamos entonces, en definitiva, de un caso de injerto al que consideramos, en principio, como injerto (previsiblemente) fallido. Dicha afirmación venía respaldada por un consenso extendido, que aquí tomamos por bueno, y que nos refería a las largas décadas durante las cuales los derechos sociales quedaron durmiendo su sueño constitucional, arrumbados en los cajones de jueces que consideraron –a lo largo y ancho de toda Latinoamérica– aquellos derechos como no directamente operativos.⁵⁵

Una situación como la descrita puede ayudar a fortalecer una posición común, que nos dice que estas nuevas Constituciones, tan generosas en cuanto a los derechos que afirman, resultan “pura poesía”, textos descomprometidos con su aplicación real en la práctica. Peor aún, para algunos, la inclusión de tales cláusulas en el nivel constitucional resulta una decisión negativa para la propia vida del texto constitucional, dado que el reiterado –sino imposible– incumplimiento de estos mandatos sociales, termina por socavar la autoridad y legiti-

⁵⁵ Véase nota 13.

midad de la Constitución.⁵⁶ ¿Es que entonces fue un error la incorporación de tales cláusulas sociales? ¿Acaso los latinoamericanos se equivocaron en su abrumador alineamiento con la causa de la constitucionalización de los derechos sociales?

Las primeras dudas frente a tales interrogantes aparecen cuando advertimos que, hacia el final del siglo XX, aquellos derechos sociales legalmente relegados, durante tanto tiempo, comenzaron a despertarse de su largo sueño. Los mismos jueces que se habían negado, una y otra vez, a reconocer ningún lugar relevante a las demandas judiciales que les reclamaban la puesta en marcha o implementación de algún derecho social constitucionalizado, comenzaron a entornar sus puertas y a declarar como aceptables demandas que antes habían rechazado.⁵⁷ Esta situación llamativa, notable, nos exige agregar alguna pregunta importante a nuestra pregunta inicial: y así como en un comienzo nuestra pregunta era por qué es que los derechos sociales habían quedado “dormidos” durante tanto tiempo, ahora corresponde hacer la pregunta opuesta, y es por qué es que, después de casi medio siglo, fueron capaces de, lentamente, despertar.

Los hechos que explican los cambios que se han ido produciendo en la materia parecen diversos: la creciente internalización del derecho;⁵⁸ el mayor peso adquirido, entonces, por exigentes tratados internacionales de derechos humanos;⁵⁹ el desarrollo de una compleja y densa reflexión dogmática en la materia (crítica sobre *statu quo*);⁶⁰ el surgimiento de mayores demandas sociales (canalizadas por fuera de los órganos políticos, desfavorecidos por una práctica decepcionante);⁶¹ la aparición de reformas legales (en particular, cláusulas referidas a los requisitos sobre el *standing* legal) destinadas a facilitar el acceso de los más

⁵⁶ Véase C. Rosenkrantz, «La pobreza, la ley y la Constitución» en *El Derecho como Objeto e Instrumento de Transformación*, 2003, pp. 241, 246 (Seminarario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política ed.) donde se argumenta contra la inclusión de los derechos económicos en el nivel constitucional dada la preocupación porque el fracaso de los tribunales de lograr grandes redistribuciones de riqueza socavaría su poder y su papel central en la democracia.

⁵⁷ Véase C. Courtis, *op. cit.*, en R. Gargarella *et al.*, *op. cit.*, 2006, p. 170 donde se aborda la creciente voluntad de los jueces latinoamericanos de hacer cumplir los derechos sociales.

⁵⁸ Sobre la creciente tendencia en América Latina hacia una apertura al Derecho internacional dado el reconocimiento constitucional de la norma internacional y el diálogo entre los tribunales locales y los organismos internacionales de control, véase, por ejemplo, A. E. Dulitsky, «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado» en M. Abregú y C. Courtis (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, pp. 33, 74.

⁵⁹ Véase C. Courtis, *op. cit.*, en R. Gargarella *et al.*, *op. cit.*, 2006, p. 169 donde se detalla «la ratificación extendida de los tratados internacionales sobre derechos humanos como uno de los dos cambios más importantes en el ámbito de la aplicación de los derechos humanos».

⁶⁰ Véase J. A. Couso, «The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity», en R. Gargarella *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2006, pp. 61, 64. «[...] los juristas latinoamericanos progresistas han aplicado una mirada crítica tanto a sí mismos como comunidad de una disciplina, como hacia los demás actores protagonistas del drama jurídico...».

⁶¹ Véase, por ejemplo, J. Reinaldo de Lima Lopes, «Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited», en R. Gargarella *et al.*, *op. cit.*, 2006, p. 185 para una descripción del litigio de acción popular en Brasil contra los proveedores privados de servicios sanitarios y de educación.

desaventajados a los tribunales.⁶² Todos estos elementos, entre otros, se combinaron para dar marco a una realidad cambiante, en donde los derechos sociales ya no aparecían, necesariamente, como derechos de segunda clase.

Enfrentados a este nuevo contexto, los jueces fueron reconociendo, además, que tenían frente a sí diversas alternativas a la dicotomía que parecía dominante hasta entonces: implementar o dejar de implementar un derecho (es decir, una demanda por acceso a una vivienda).⁶³ Los jueces podían optar por dar órdenes a los demás poderes; dejar en claro, simplemente, que los demás poderes estaban violando la Constitución; sugerirles opciones de caminos a seguir en la materia; convocar a audiencias públicas para discutir colectivamente acerca de cómo resolver situaciones de litigio complejo; o definir plazos dentro de los cuales el poder político debía encontrar soluciones a los problemas bajo examen, entre otras.⁶⁴

Y aquí aparece, entonces, otro dato notable sobre el cual conviene llamar la atención: los países que aparecen como más rezagados en esta lenta marcha hacia el reconocimiento público de los derechos sociales parecen ser, justamente, aquellos que, por una razón u otra, más se resistieron a incorporar aquellos reclamos sociales en el cuerpo de su Constitución. Destacan, en este sentido, los ejemplos de la espartana y austera Constitución de Chile,⁶⁵ y sobre todo el caso de EE UU, cuya Constitución guarda completo silencio en materia de derechos sociales, y ha sido reiteradamente descrita como una Constitución verdaderamente “negativa”.⁶⁶

Uno se pregunta, entonces, cuán irracional fue aquella apuesta inicial, de décadas atrás, por incorporar derechos a una Constitución que no parecía amigable, en principio, respecto

⁶² Véase, por ejemplo, *Constitución política de Colombia* [C.P.] art. 86 (Colom.): «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales...»; *id.* art. 87: «Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo»; *id.* art. 92: «Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación de sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas»; Constitución de Costa Rica, art. 48: «Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus... Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de Amparo».

⁶³ En R. Gargarella, «Theories of democracy...» en R. Gargarella *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2006, p. 27 se argumenta contra la abstención de los jueces a la hora de hacer cumplir los derechos y se plantea que «otras teorías democráticas igual o más atractivas requieren a los jueces implicarse en la garantía de los derechos sociales de un modo completamente distinto».

⁶⁴ Para un debate más amplio sobre la necesidad de incorporar opciones diversas para la ejecución judicial de los derechos sociales, véase S. Gløppen, «Courts and Social Transformation: An Analytical Framework», en R. Gargarella *et al.*, *Courts and Social Transformation in New Democracies*, 2006, pp. 35, 51–56.

⁶⁵ Véase M. Ensalaco, «In with the New, Out with the Old? The Democratizing Impact of Constitutional Reform in Chile», 26, 1994, *J. Latin Am. Stud.*, 409, pp. 416–1. La Constitución chilena de 1980 incluía escasos límites a la soberanía del Estado y una «obligación vaga a respetar los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”».

⁶⁶ El juez Posner ha descrito la Constitución de EE UU como una carta de libertades negativas más que positivas. A las personas que redactaron la Carta de Derechos Humanos no les preocupaba que el Gobierno no solucionara los problemas de la población, sino que pudiera interferir excesivamente en sus asuntos. La enmienda 14, de 1868 en pleno auge del pensamiento *laissez-faire*, pretendía proteger a los americanos de la opresión del Gobierno del Estado, y *no garantizarles los servicios básicos*. *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983), [las cursivas son nuestras], [citas omitidas].

de estas novedades que se le agregaban. ¿Es que entonces no corresponde hablar de un injerto fallido? ¿Acaso, contra lo que habíamos sugerido apenas unos párrafos más arriba, la constitucionalización de los derechos sociales resultó ser una estrategia en el largo plazo victoriosa?

La respuesta, podríamos decir, es matizada. Ante todo, parece claro que quienes se involucraron en una reforma constitucional como la descrita (defendiendo la incorporación de derechos sociales a la Constitución), lo hicieron por razones muy diversas, en ocasiones contradictorias. Sin duda, hubo constituyentes que acometieron dicha tarea con la vocación de aplacar un conflicto social que veían creciente; otros que lo hicieron estimando que la letra no iba a mezclarse jamás con la práctica concreta; otros que sólo buscaron diferir un problema que no sabían cómo resolver; otros por mera hipocresía o populismo. Al mismo tiempo, hubo participantes comprometidos, que creían en lo que hacían y que confiaban en la fuerza generativa de los cambios constitucionales. Podría decirse, de todos modos, que una modificación constitucional como la mencionada se hizo, en una mayoría de casos, con cierta irresponsabilidad en relación con la dimensión del propósito que se encaraba. Por supuesto, no resultaba sencillo reconocer, de antemano, todo lo que podía implicar el tomarse en serio una reforma como la que se proponía. Al mismo tiempo, parece claro que ya había un grado suficiente de reflexión intelectual acumulada, que podía haber ayudado a evitar problemas como los que sobrevinieron, luego de producidas las reformas del caso.

Pero, en todo caso, ¿qué decir sobre el citado despertar de las “cláusulas dormidas”? En primer lugar, conviene aclarar que no vivimos, hoy, en la era de los derechos sociales consolidados, sino simplemente en una etapa de apertura, en donde –típicamente– han ido apareciendo jueces menos cerrados frente a las demandas por la implementación de los derechos sociales (o al menos no tan automáticamente dispuestos a descartar a los mismos como derechos no operativos).

Dicho lo anterior, convendría hacer referencia a algunos puntos más generales, de especial interés para la discusión sobre la reforma constitucional. En primer lugar, tiene sentido reconocer que, más allá de lo señalado, algunas reformas pueden valer el esfuerzo, aun cuando las condiciones de recepción inmediatas no sean favorables a las mismas. Ello, simplemente, porque dicha apuesta puede implicar un compromiso constitucional asumido por la comunidad, un compromiso que, simbólicamente, dista de representar un dato jurídico menor. Se ha comenzado a hablar, en tal sentido, de un *constitucionalismo aspiracional*, como forma de dar cuenta de este modo diverso de pensar en la cuestión constitucional: la Constitución no debería verse, entonces, como un catálogo de derechos y deberes, sino también como un modo de dejar asentado cuál es la utopía o el lugar ideal al que se aspira a llegar.⁶⁷

⁶⁷ Véase K. Lane Scheppelle, «Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models», 1 *Int'l J. Const. L.* 296, 2003, p. 299. El *constitucionalismo aspiracional* se refiere a un

En segundo lugar, la incorporación de ciertas cláusulas constitucionales ambiciosas puede ser una buena manera de apostar al futuro, en pos de un cambio en las condiciones político-sociales que hoy bloquean el desarrollo o la consolidación de los nuevos compromisos. Más aún, puede ser un modo inteligente de intervenir en el tiempo, empezando a crear las condiciones para la formación de coaliciones diversas a las dominantes. Así, la Constitución modificada podría servir para operar cambios en la estructura de incentivos de los principales actores vinculados con las reformas del caso. Por ejemplo, al reconocer que sus reclamos cuentan con respaldo constitucional, ciertos individuos podrían comenzar a actuar de manera conjunta, en pos de sus derechos; o ciertos grupos podrían comenzar a movilizarse socialmente, a favor de los mismos.

Finalmente, podría señalarse un último comentario a favor de la apuesta por ciertas cláusulas dormidas. Es decir, la apuesta por la introducción de nuevas cláusulas constitucionales que, se supone, no están en condiciones de prosperar y desarrollarse, en el corto plazo. Lo que aquí está en juego, no es otra que la que aparece encerrada en la ambigüedad –en la extraordinaria potencia y amenaza– de toda la idea de los “derechos universales” desde sus orígenes. Cabe esperar que entonces, como hoy, algunos hayan invocado la existencia de derechos universales con el solo objeto de avanzar los propios intereses, desentendidos de lo que podía corresponderle al resto, o en todo caso confiados en asegurar, primero, los propios beneficios. Sin embargo, la invocación universalista a favor de la adopción de derechos encierra una potencia extraordinaria, en esos abusos que lúcidamente autoriza. Quienes reclaman –más no sea de la forma más egoísta– la idea de los derechos universales, lo hacen amparados en el consenso que puede recoger siempre la idea de que «se trata del reclamo de algo que nos corresponde a todos» (¿quién puede oponerse a semejante petición?). Puede ocurrir –como suele ocurrir– que no todos estén en las mismas condiciones de apropiarse del beneficio reclamado, en el momento en que ese reclamo aparece. Puede resultar, entonces, que algunos resulten mucho más beneficiados que otros, amparados en la excusa de un beneficio universal. Sin embargo, el derecho suele tomarse revancha de tales situaciones: suele ser el caso que, con el paso del tiempo, las condiciones sociales originarias varían de modo sustantivo, y aquellos que en un primer momento no estaban en condiciones de tomar las ventajas que otros tomaban, quedan de pronto en condiciones de exigir lo suyo. En definitiva, la apuesta por las cláusulas que, en principio, reconociblemente, pueden pasar a ser cláusulas dormidas, no resulta una apuesta extraña, ni mucho menos irracional, sino una demasiado común, que está profundamente enraizada en la historia del Derecho moderno.

proceso de elaboración de la Constitución (proceso que incluye la intervención en el borrador y en su interpretación de múltiples actores) en el cual los responsables interpretan sus acciones en términos de los objetivos que pretenden alcanzar y sus aspiraciones. Se trata fundamentalmente de un punto de vista con miras al futuro».

Obviamente, nada de lo dicho anteriormente disuelve por completo objeciones como las examinadas más arriba: puede resultar preferible tener una Constitución más austera que barroca o innecesariamente sobrecargada; tiene sentido no exigir tanto de la Constitución, de forma tal que no se genere un riesgo indebido de pérdida de autoridad en la misma. Nada justifica, sobre todo, el grado de irresponsabilidad, ignorancia o des-compromiso con que muchos encararon la reforma constitucional. A pesar de ello, los aspectos aquí destacados pueden servir para mostrar que la apuesta por cláusulas que, a sabiendas, no cobrarán vida en lo inmediato, puede tener mucho de apuesta racional y razonable; una forma de mostrar confianza en el porvenir y, sobre todo, habla de la notable potencia que encierra el núcleo constitucional de los derechos: hay derechos que pueden cobrar vida después de un tiempo, como hojas que vuelven a parecer hojas, cuando las aguas que parecían ahogarlas se retiran.