

LETICIA MORALES

**DERECHOS SOCIALES
CONSTITUCIONALES
Y DEMOCRACIA**

Prólogo de
Roberto Gargarella

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO. DERECHOS SOCIALES: UN ACERCAMIENTO RENOVADO , <i>por Roberto Gargarella</i>	17
1. LA NECESIDAD DE PENSAR SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES.	17
2. DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	20
3. MODOS DE INTERVENCIÓN JUDICIAL Y DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: LA «SALA DE MÁQUINAS» DEL CONSTITUCIONALISMO	23
BIBLIOGRAFÍA.....	27
PALABRAS PRELIMINARES	29
INTRODUCCIÓN	33
1. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ENCRUCIJADA.....	33
2. JUSTICIA Y DEMOCRACIA	37
3. CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO O CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO	38
4. LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES	40
5. HOJA DE RUTA.....	42

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

CAPÍTULO I. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?	47
1. INTRODUCCIÓN	47
2. LOS DERECHOS SUBJETIVOS	47
2.1. Diferentes sentidos de la expresión «tener un derecho»	48
2.1.1. Las posiciones jurídicas según HOHFELD	49
2.1.2. Los sentidos de derecho subjetivo en KELSEN	50
2.1.3. La noción de obligación jurídica	52
2.2. La razón de ser de los derechos subjetivos	53
2.3. Derechos jurídicos y derechos morales	56
2.4. El concepto de derechos humanos	58
3. LOS DERECHOS SOCIALES	59
3.1. La tesis historicista de los derechos	61
3.2. Los elementos de los derechos sociales	63
3.2.1. Los sujetos titulares	63
3.2.2. Los sujetos obligados	67
3.2.2. El contenido	68
4. CONCLUSIÓN	75
CAPÍTULO II. EL ESTATUS CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES	77
1. INTRODUCCIÓN	77
2. DERECHOS A ABSTENCIONES Y DERECHOS A PRESTACIONES	78
2.1. El carácter negativo o positivo de los derechos	79
2.2. La objeción semántica	82
3. LA IRRELEVANCIA CONCEPTUAL DE LA ESCASEZ DE RECURSOS	85
3.1. La objeción de los costes bajo la lupa	86
3.2. Derechos sociales insaciables	92
4. LA TESIS DE LA CORRELACIÓN ENTRE DERECHOS Y DEBERES	93
4.1. La versión débil de la tesis de la correlación	95
4.2. Los derechos sociales como <i>ius in rem</i>	97

	Pág.
5. LAS GARANTÍAS Y LOS DERECHOS SOCIALES	104
5.1. La tesis normativa de la distinción	106
5.2. Presupuestos de la distinción	108
6. CONCLUSIÓN	112

SEGUNDA PARTE

**LA INSTITUCIONALIZACIÓN
DE LOS DERECHOS SOCIALES**

CAPÍTULO III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL	115
1. INTRODUCCIÓN	115
2. FORMAS JURÍDICAS DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES	115
2.1. Los derechos subjetivos	116
2.2. Las directrices	118
2.3. Las meras gracias	119
3. LA TUTELA CONSTITUCIONAL	121
3.1. El atrincheramiento de derechos fundamentales	123
3.2. La rigidez constitucional	124
3.3. El control de constitucionalidad	126
3.3.1. Criterios de distinción	126
3.3.2. Modalidades de justicia constitucional	128
4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ROBUSTO DE LOS DERECHOS SOCIALES	130
4.1. El sistema constitucional argentino luego de la Reforma de 1994	132
4.2. El sistema constitucional colombiano a partir de la Reforma de 1991	137
4.3. El sistema constitucional sudafricano desde la Constitución de 1996	140
5. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DÉBIL DE LOS DERECHOS SOCIALES	143
6. CONCLUSIÓN	145

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN LEGISLATIVA Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL	147
1. INTRODUCCIÓN	147
2. LA TUTELA LEGISLATIVA Y SUS DIVERSOS GRADOS	148
2.1. La tutela legislativa robusta de los países escandinavos	148
2.2. La tutela legislativa intermedia del sistema canadiense	149
2.3. La tutela legislativa débil del sistema estadounidense	153
3. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	157
3.1. El desarrollo del contenido de los derechos sociales en las declaraciones internacionales.....	158
3.2. Recepción de las normas internacionales sobre derechos sociales en el derecho interno de los Estados	161
3.3. Los mecanismos internacionales de supervisión.....	164
4. LA RECEPCIÓN JURÍDICA DE LAS EXIGENCIAS SOCIALES .	168
5. MODELOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES	173
6. CONCLUSIÓN	175

TERCERA PARTE

LA DIMENSIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES

CAPÍTULO V. LA JUSTICIA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES	179
1. INTRODUCCIÓN	179
2. EL PROBLEMA DE LOS DESACUERDOS EN LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA.....	180
3. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS EXIGENCIAS DE LA JUSTICIA.....	184
4. NECESIDADES BÁSICAS Y DERECHOS SOCIALES	189
4.1. Una intuición poderosa	189
4.2. El dilema	192
5. EL MÍNIMO SOCIAL EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA RAWLSIANA.....	194
5.1. Los principios de justicia	195
5.2. El mínimo social	196
5.3. Una noción compuesta	199

	Pág.
6. RECURSOS ADECUADOS Y UNA VIDA MÍNIMAMENTE DECENTE.....	201
6.1. El interés fundamental en llevar una vida decente.....	202
6.2. Inconvenientes en la especificación	203
7. CONCLUSIÓN	207
 CAPÍTULO VI. EXIGENCIAS DE JUSTICIA Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.....	 209
1. INTRODUCCIÓN	209
2. OBJECIONES A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS EXIGENCIAS DE JUSTICIA.....	210
3. LA FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL	213
3.1. La cuestión del conocimiento experto de los jueces	214
3.2. El problema del policentrismo	217
3.3. La ley de presupuesto como cuestión política no justiciable	224
4. LA FALTA DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL.....	227
5. CONCLUSIÓN	233
 CAPÍTULO VII. LA DEMOCRACIA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES.....	 235
1. INTRODUCCIÓN	235
2. DEMOCRACIA Y EXIGENCIAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS	236
3. LA CONCEPCIÓN SUSTANCIALISTA DE RONALD DWORKIN.	241
3.1. La igual consideración como virtud soberana.....	241
3.2. Los problemas de la concepción sustancialista	245
4. EL PROCEDIMENTALISMO MODERADO DE THOMAS CHRISTIANO	248
4.1. Los límites a la autoridad democrática.....	248
4.2. Consideraciones respecto de la propuesta moderada	254
5. LA CONCEPCIÓN PROCEDIMENTAL SEGÚN JEREMY WALDRON	258
5.1. El derecho de participación como constitutivo de la democracia.	258
5.2. El dilema: ¿regreso infinito o autodestrucción?	265
5.3. La confianza en la cultura política	268
6. CONCLUSIÓN	273

CAPÍTULO VIII. PRECONDICIONES DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA	275
1. INTRODUCCIÓN	275
2. LA NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	276
3. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y PRECONDICIONES PROCEDIMENTALES	283
3.1. La tesis de las precondiciones democráticas.....	283
3.2. La objeción de petición de principio sobre los fundamentos	286
3.3. La objeción del escaso alcance en la protección de derechos ...	290
3.4. La paradoja de las precondiciones	292
4. LA LÓGICA DE LAS PRECONDICIONES EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS	294
5. CONCLUSIÓN	298
CAPÍTULO IX. DOS NIVELES DE DERECHOS SOCIALES	301
1. INTRODUCCIÓN	301
2. LOS DOS NIVELES DE DERECHOS SOCIALES	302
2.1. El primer nivel.....	303
2.2. El segundo nivel.....	309
2.3. La distinción entre niveles	310
3. PRECONDICIONES MATERIALES Y DERECHOS SOCIALES ..	312
3.1. El criterio interno	313
3.2. Exigencias normativas y relaciones empíricas.....	316
3.3. Objeciones.....	324
4. CONCLUSIÓN	329
CAPÍTULO X. LA PROTECCIÓN LEGÍTIMA DE LOS DERECHOS SOCIALES	331
1. INTRODUCCIÓN	331
2. PROTECCIÓN DEL PRIMER NIVEL: LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	332
2.1. La protección robusta del primer nivel	332
2.2. La previsión de la justicia constitucional	336
2.2.1. El modelo europeo de justicia constitucional.....	336
2.2.2. El modelo americano de justicia constitucional.....	338
3. LOS CASOS PROBLEMÁTICOS.....	343

ÍNDICE	15
4. PROTECCIÓN DEL SEGUNDO NIVEL: LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	345
5. CONCLUSIÓN.....	353
CONCLUSIONES.....	355
BIBLIOGRAFÍA.....	359

PRÓLOGO

DERECHOS SOCIALES: UN ACERCAMIENTO RENOVADO

Roberto GARGARELLA

Agradeciendo la posibilidad que me ha ofrecido Leticia MORALES de prologar esta obra, quisiera utilizar este espacio para afirmar tres ideas principales. En primer lugar, me interesa llamar la atención sobre la importancia y oportunidad del libro que ella ha escrito; en segundo lugar, quiero enfatizar cuál es el valor especial que el mismo tiene a partir de un análisis de sus principales aportes y, en tercer lugar, voy a sugerir algunas vías posibles para continuar con las discusiones que el libro inicia y define.

1. LA NECESIDAD DE PENSAR SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Derechos sociales constitucionales y democracia, de Leticia MORALES, es un libro importante que viene a ocupar varios casilleros vacíos dentro de la discusión contemporánea del constitucionalismo. Ello es así porque, a pesar de la enorme relevancia del tema de los derechos sociales, la reflexión teórica que existe en torno a ellos sigue siendo, hasta hoy, mucho más escasa de la que resultaría necesaria (al menos, es lo que voy a asumir en las próximas líneas). Comenzaré este breve escrito, entonces, refiriéndome a la oportunidad y necesidad del libro que hoy tenemos entre manos.

El preocupante hecho mencionado —la falta de discusión sobre un tema jurídicamente fundamental— es, sin duda, resultado de muchos

factores. Citaré algunos de ellos. Por un lado, puede ocurrir que el tema de los derechos sociales simplemente haya llegado demasiado «tarde» al constitucionalismo —recordemos que, en una mayoría de casos, los derechos sociales se insertaron en las Constituciones modernas a mediados del siglo xx—. Es decir, el nacimiento del constitucionalismo social encontró un derecho que se había especializado ya en otras cuestiones. El estudio de los derechos sociales tampoco fue favorecido por la existencia de doctrinas jurídicas que, desde temprano, se apresuraron a relegar a aquellos derechos a un estatus subordinado, asumiéndolos como «derechos no directamente judiciales». Además, la falta de una reflexión sistemática sobre los derechos sociales pudo deberse también al hecho de que el dinero dedicado a la investigación jurídica (siempre escaso) tendió a canalizarse prioritariamente sobre otras áreas del derecho más relacionadas con la protección de la propiedad, los contratos y el libre mercado. Esa falta de financiamiento no ayudó, seguramente, al desarrollo de trabajos sobre la cuestión. Según entiendo, otro factor que ayuda a explicar la falta de atención recibida por la cuestión de los derechos sociales lo constituyó el hecho de que muchas de las energías críticas existentes en la academia consideraron al derecho, durante muchos años, como un territorio sin esperanzas: nada podía aguardarse de él como instrumento de cambio social. Solo hacia fines de los años setenta y desde comienzos de los ochenta, con el reverdecimiento —por tristes razones obvias— del interés por los derechos humanos, muchas de esas perdidas energías críticas comenzaron a reencauzarse hacia los estudios de tipo jurídico y hacia la particular cuestión de los derechos sociales. Finalmente mencionararía también, como causa que ayuda a entender el poco y tardío estudio sobre la cuestión de los derechos sociales, el hecho de que la Constitución de Estados Unidos no haya incluido derechos sociales en su texto (se trata de una «Constitución negativa», solo destinada a proteger «libertades negativas»). Dada la autoridad que tiene la Corte Suprema de Estados Unidos sobre los tribunales de una mayoría de nuestros países y la influencia que ejerce la academia norteamericana en la producción de conocimiento a nivel internacional, uno puede entender que los debates en este ámbito no hayan alcanzado la relevancia de otros, que sí fueron impulsados, directa o indirectamente, desde los tribunales y la academia de Estados Unidos.

Debiera ser claro, sin embargo, que ninguno de los factores mencionados resulta suficiente para dar cuenta de la falta de más y mejores trabajos en la materia ni mucho menos para justificar tales ausencias. De hecho, ni la «tardanza» en la aparición del tema de (o el interés por) los derechos sociales, ni la falta de apoyos económicos para estudiarlo, justifican la falta de profundas reflexiones sobre la materia, sobre todo a la luz de las urgencias existentes sobre la cuestión (volveré sobre esto enseguida). Por otro lado cabe decir que aun en el ámbito constitucional norteamericano no ha sido posible —como sigue siendo

deseable— avanzar una discusión seria sobre los derechos sociales (BALKIN, 1997; EDELMAN, 1988; FORBATH, 2001; MICHELMAN, 1969, 1972, 1973; SAGER, 1994; SCHWARTZ, 1995; SCOTT & MACKLEM, 1992; SHUE, 1980; SUNSTEIN, 2006; TUSHNET, 1974, 2002). Quiero decir que no se entiende bien la falta de más reflexiones sobre la cuestión —muy particularmente en el ámbito hispanoamericano—.

En efecto, en buena parte de Hispanoamérica la discusión sobre los derechos sociales debiera verse facilitada e impulsada por la presencia de Constituciones muy robustas, tanto a partir de los derechos (económicos, sociales, culturales, etc.) que reconocen, como en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos que suscriben. Quisiera insistir sobre esto: el dictado de Constituciones tan exigentes en relación con los derechos sociales y económicos establecidos debiera servir como constante aliciente para que muchos de nosotros, académicos, activistas, interesados en el tema, trabajemos más decididamente sobre la cuestión. No estamos situados frente a Constituciones que incorporan declaraciones de derechos como poesía, sino frente a compromisos jurídicos de primer orden que debemos tomar como lo que son antes que como declaraciones de segundo nivel o menor interés. Sin embargo, y a pesar de todo lo dicho, el debate sobre la cuestión sigue apareciendo más limitado que lo esperable. Contamos hoy con algunos clásicos en la materia —textos que se han convertido en un punto de referencia ineludible cuando se estudia la exigibilidad de los derechos sociales (ABRAMOVICH y COURTIS, 2002), buenos trabajos y compilaciones que nos ayudan a entender la práctica judicial existente (ABRAMOVICH y PAUTASSI, 2009; PISARELLO, 2007) y algunos pocos, buenos estudios teóricos sobre el tema (ATRIA, 2003)—. La mayoría de quienes —sobre todo desde fines de los setenta y comienzos de los años ochenta— se dedicaron a reflexionar sobre el tema, lo hicieron tratando de describir la vida efectiva y los límites encontrados por el litigio en materia de derechos sociales, o a explorar estrategias promisorias —en términos comparativos— destinadas a ponerlos en práctica.

Dos cuestiones adicionales reafirman este reclamo de más y mejores reflexiones sobre el tema de los derechos sociales. Por una parte, nos encontramos con el crudo hecho de las necesidades básicas insatisfechas de una parte importante de la población en muchos de nuestros países. Tales necesidades son la contracara de las Constituciones robustas en términos de derechos que muchos de los países más afectados por la desigualdad social poseen: adoptamos esos derechos, en buena medida, como respuesta a los niveles de urgencia existentes en parte de la sociedad, y necesitamos pensar y activar esos derechos por el carácter fundamental y vital que tienen esas demandas sociales. Por otra parte, se encuentra el hecho de que nuestras «generosas» Constituciones, que algunos jueces comienzan a tomar en serio, han comenzado a generar resistencias de parte de académicos y formadores de opinión,

que ven en tal derecho y en estos movimientos judiciales una intrusión impermisible del derecho sobre la economía (UPRIMNY, 2001). Hacer frente a tales críticas requiere también de parte nuestra —de parte de quienes estamos convencidos del valor e importancia de los derechos sociales— de justificaciones más refinadas acerca de lo que reclamamos como justo y exigimos como derecho. Por razones como las antedichas no puede sino celebrarse la llegada de un libro como *Derechos sociales constitucionales y democracia*, que avanza de modo significativo una discusión —según viéramos— por razones diversas relegada.

2. DERECHOS SOCIALES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La pregunta central que organiza el trabajo de Leticia MORALES se refiere a la legitimidad de proteger los derechos sociales en democracia y a través del control de constitucionalidad. Esta cuestión más específica resulta de especial interés (en lo personal me he ocupado de ella en alguna oportunidad, *i. e.*, GARGARELLA, 2006). Pero, ¿por qué? ¿Por qué muchos le hemos dado un valor particular a esta pregunta dentro de la reflexión general sobre los derechos sociales? En primer lugar, porque muchos de nosotros nacimos a la vida académica desarrollando una mirada crítica sobre el control judicial de constitucionalidad: preocupados, en ocasiones, por expandir los alcances de las políticas democráticas (por ejemplo, en contextos de transición democrática como los que se dieron en España o América Latina en las últimas décadas), fuimos muchos los que desarrollamos una mirada de sospecha sobre el intervencionismo judicial, al que consideramos, *prima facie*, como elitista y, por tanto, impermisible (al menos en sus modos tradicionales). En segundo lugar, nos interesó la pregunta sobre el control judicial en materia de derechos sociales porque queríamos que las declaraciones de derechos sociales adoptadas por nuestras Constituciones no fueran tomadas como meras expresiones de deseos, especialmente en el contexto de padecimientos que veíamos, y frente a la displicencia doctrinaria que encontrábamos. En tercer lugar, porque advertimos que los poderes políticos tampoco se mostraban especialmente sensibles frente a las exigencias establecidas por nuestros textos constitucionales.

Entonces, ¿cómo pensar, desde el Derecho, sobre la suerte de los más postergados cuando teníamos Constituciones tan abierta y firmemente comprometidas con los derechos de los que estaban peor? ¿Cómo hacerlo, en particular, cuando nos encontrábamos con poderes públicos que, o no tomaban en serio las declaraciones de derechos que tenían frente a sí, o se consideraban (y los considerábamos) como no-legitimados para actuar en tales circunstancias? La situación de los más postergados en este contexto resultaba en extremo preocupante: los po-

deres políticos no «activaban» los compromisos sociales de la Constitución y los tribunales no se consideraban (ni los considerábamos) autorizados para hacerlo.

En dicho marco —Constituciones exigentes y robustas en derechos; amplios sectores de la población padeciendo situaciones de pobreza; poderes públicos retraídos— comenzaron a emerger algunos cambios. Ante todo, poco a poco algunos tribunales —aquí, allá y en todas partes— empezaron a dar pasos modestos pero razonables en dirección a la puesta en marcha de los derechos sociales. La famosa decisión de la Corte sudafricana en *Grootboom* (año 2000), por ejemplo, resultó poco menos que «revolucionaria» para parte de la doctrina constitucional. Un caso notable al respecto —una buena metáfora de las reacciones de la academia jurídica frente a este tipo de casos— fue el del profesor de la Universidad de Chicago Cass SUNSTEIN, quien —después del fallo sudafricano y declaradamente a partir del mismo— comenzó a defender un papel más activo de los jueces en el *enforcement* de los derechos sociales —una posibilidad que, hasta el momento, había negado y combatido desde su prominente lugar en la academia jurídica (SUNSTEIN, 1999)—. En segundo lugar, los crecientes procesos de «globalización» del derecho hicieron que los ordenamientos jurídicos de distintos países comenzaran a influir unos sobre otros: los tribunales de los países más «avanzados» (defínase el término como se lo defina) comenzaron a impactar sobre los tribunales de otros países jurídicamente más «rezagados», que se encontraban con soluciones, fundamentos y justificaciones que hasta el momento, tal vez, no habían imaginado o no se habían animado a adoptar. En tercer lugar, muchos empezamos a refinar nuestro acercamiento teórico al tema del control de constitucionalidad y comenzamos a preguntarnos por las implicaciones más específicas del tipo de teorías democráticas que asumíamos en nuestra crítica frente al activismo judicial (volveré sobre este punto más adelante).

De tal modo, la reflexión de muchos de nosotros fue variando, desde una primera etapa de rechazo de toda «intrusión judicial» en materia de derechos sociales, a otra diferente que no implicaba ingenuidad alguna respecto de nuestras «sospechas» anteriores, ni abjuraba de nuestras previas convicciones. La pregunta que comenzamos a hacernos fue: ¿cuándo, de qué modo y por qué razones puede llegar a justificarse —si acaso— la intervención judicial frente a las violaciones de derechos sociales constitucionales? (TUSHNET, 2000, 2009; FABRE, 2000).

Leticia MORALES interviene en este estadio y en este punto de la discusión y aporta en relación con la misma ideas relevantes que prometen trasladar el debate a un nivel más elevado e interesante. Básicamente, ella problematiza las respuestas más habituales en la materia (provenientes de quienes denomina *constitucionalistas políticos* y *constitucionalis-*

tas jurídicos), ya sea la de seguir mostrando resistencia, como principio, frente a la intervención judicial, ya sea la de dar respaldo, como principio, a todo tipo de intervención judicial en la materia.

Frente a esa alternativa dicotómica, que cuenta con el apoyo de muchas de las autoridades académicas en el área, la estrategia que sigue Leticia resulta atractiva. Ella se apoya en una concepción de la democracia procedimentalista, y desde allí distingue dos territorios diferenciables y que bien merecen ser tratados de modo diverso. Distingue, por un lado, los temas relacionados con las precondiciones de la democracia —precondiciones destinadas a garantizar el estándar de no exclusión y la participación política efectiva de la ciudadanía (estas serían las «precondiciones materiales de la legitimidad democrática»)—, y, por otro, refiere a las exigencias propias de la justicia social. Hecha esta pertinente distinción, ella sugiere reservar, para las primeras cuestiones, un control de constitucionalidad robusto, al que considera legítimo. Para las segundas, en cambio, propone la intervención de la asamblea democrática; dicha asamblea es la que debe quedar a cargo del debate sobre los modos y alcances de la justicia social.

La solución que propone Leticia tiene varias virtudes que le dan un atractivo muy especial: se trata de una propuesta que es simple; es intuitiva (encaja bien con intuiciones básicas que tenemos en la materia); se apoya abiertamente, y como debe hacerlo, en una concepción democrática interesante, y toma en serio, en tal sentido, preocupaciones teóricas que tenemos relacionadas con la legitimidad democrática de nuestras prácticas institucionales. Leticia apoya todo su análisis, a su vez, en dos intuiciones fundamentales que recorren y le dan carácter especial a todo el trabajo. La primera tiene que ver con un cierto compromiso con la justicia social y la convicción del valor de la aplicación de los derechos sociales en una sociedad justa. La segunda se relaciona con una intuición «waldroniana» referida a la presencia y el peso propio de los desacuerdos que tenemos en temas valorativos básicos (WALDRON, 1999). La propuesta de Leticia navega, entonces, entre estas dos aguas (la pretensión de afirmar los derechos sociales en el marco de sociedades desiguales e injustas y el reconocimiento de la importancia de los desacuerdos que nos separan también en dicha materia) y aparece como un modo atractivo de dar respuesta a preguntas básicas sobre el derecho, honrando a la vez (sin deshacerse de) convicciones y compromisos fundamentales que asumimos en la materia. Se trata —podemos decir entonces— de una propuesta fructífera en términos teóricos —una propuesta que, para seguir con la imagen empleada, es capaz de llegar a buen puerto—. Por ahora, simplemente asumo que propuestas como las de Leticia son merecedoras de una detenida consideración de parte de nosotros —los interesados en la suerte de los derechos sociales—, dado el promisorio camino que nos abren para la reflexión. Me detendré entonces, a continuación, simplemente en el señalamiento de algunas

cuestiones que hoy aparecen como más pertinentes cuando pensamos en el constitucionalismo y los derechos sociales —cuestiones que pueden ayudar a enriquecer el análisis que nos propone Leticia—.

3. MODOS DE INTERVENCIÓN JUDICIAL Y DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: LA «SALA DE MÁQUINAS» DEL CONSTITUCIONALISMO

En esta sección quiero aportar dos elementos a la discusión que abre Leticia en relación con los derechos sociales. Al hacerlo no estaré sugiriendo que estas cuestiones que menciono debieran haber estado presentes en el análisis de Leticia. A ella le interesó abordar preguntas básicas sobre los planos *conceptual*, *institucional* y *normativo* de la cuestión, y tales cuestiones, según entiendo, guardan prioridad respecto de las que yo habré de mencionar. Las cito, en todo caso, porque las considero pertinentes para la misma discusión que ella propone.

La primera cuestión tiene que ver con novedades que son propias de lo que podríamos llamar el «constitucionalismo dialógico»¹. Estos desarrollos vienen a decirnos que hay formas diferentes de la intervención pública (política o judicial) que pueden ayudar en la promoción de cambios sociales desde un compromiso con el «debate público robusto». Por la forma que adoptan, tales intervenciones no pueden ni merecen ser atacadas desde nuestras tradicionales preocupaciones de raíz democrática. Vale decir que este tipo de respuestas alternativas (que ahora preciso) se muestran conscientes de —y comprometidas con— las dos intuiciones que mueven al trabajo de Leticia, esto es, el valor especial de los derechos sociales y la existencia de radicales desacuerdos entre los miembros de la comunidad. Estas alternativas, que han demostrado tener especial relevancia dentro del ámbito judicial, han implicado, por caso, la llamada a audiencias públicas con los interesados (poderes públicos, empresarios, ciudadanos, etc.) destinadas a ganar información y conocimiento sobre temas difíciles (típicamente en situaciones de «litigios complejos»: contaminación ambiental, cárceles, etc.); la creación —desde los tribunales— de comisiones de seguimiento de sus fallos compuestas también por representantes de la ciudadanía; el establecimiento de mesas de diálogo destinadas a buscar acuerdos entre partes enfrentadas, etc. Lo interesante de estas alternativas judiciales, en primer lugar, fue la demostración de que la intervención judicial no debía entenderse como binaria (valido o invalido una norma, apruebo o declaro inconstitucional una ley, etc.); no se trataba de dar respuestas a «todo o nada», como en el control judicial tra-

¹ Trato sobre estas cuestiones en un libro de reciente publicación que me he tenido la oportunidad de editar (GARGARELLA, 2014).

dicional. En segundo lugar, este tipo de alternativas han servido como una interesante vía de escape frente a la habitual tensión teórica que reconocemos entre el constitucionalismo y la democracia. Desde el punto de vista de teorías democráticas aún exigentes muchas respuestas dialógicas parecen irreprochables: el poder judicial no pretende interferir con el área de trabajo propia del poder político (determinando cómo debe utilizarse el presupuesto, legislando, etc.), pero a la vez deja de responder como le era habitual, esto es, decidiendo no intervenir en un caso (declarándose incompetente) o reinsertando su respuesta dentro del marco de la lógica binaria arriba descrita.

Lo que me interesa destacar de las alternativas dialógicas, y en relación con el trabajo de Leticia, es que insisten en vías de respuesta particulares, justificables democráticamente y ricas en matices. Para decirlo de una forma más precisa: estas respuestas nos ayudan a pensar en formas posibles, tal vez necesarias, de la intervención judicial, sin necesidad de ingresar en la disputa acerca de si debe considerarse permisible o no —*in totum*— el control judicial. Leticia, por ejemplo, analiza la disputa entre el constitucionalismo político y el jurídico en términos de si autorizan o no, o en qué casos, el control judicial. Vías de salida (dialógicas) como las que aquí señalo ayudan a dejar de lado ese tipo de dilemas, mostrando que la disputa no debe darse en torno a «control judicial sí o no», sino, más bien, acerca de qué particular forma de la intervención judicial podría llegar a considerarse justificada.

Quiero referirme ahora a un segundo punto que en todo caso sugiero perseguir en una etapa posterior, siguiente al trabajo de Leticia. Lo menciono, de todas formas, porque —siendo importante— se encuentra claramente relacionado con lo que Leticia escribe (aunque vaya más allá de los pertinentes intereses de su libro). El punto es el siguiente: desde hace varias décadas (al menos, desde los años ochenta) muchos juristas y estudiosos del derecho han comenzado a prestar atención a los derechos sociales. Según dijera, la reflexión teórica sobre el tema no ha abundado, pero ello no niega la existencia de un creciente interés por el tema, particularmente en sectores vinculados al «progresismo jurídico» y a las corrientes críticas del derecho. Más específicamente, muchos activistas que habían (o hubieran) despreciado el papel del derecho tiempo atrás (movidos, tal vez, por la idea de que el derecho era simplemente un fenómeno superestructural) comenzaron a encontrar en el mismo una esperanza de cambio social. Conforme anticipara, ayudaron a este fenómeno diversos factores y, en particular, un renovado interés por la causa de los derechos humanos, que volvió a ganar centralidad luego de la violencia y el autoritarismo político que dominaron la segunda mitad del siglo xx y que culminaron, en muchos casos, con masivas violaciones de derechos humanos.

A partir de aquellos años, y junto al renovado prestigio de los derechos humanos, muchos volvieron a acercarse al derecho y a ver en él una herramienta de reforma de la sociedad. Muchos de entre ellos se interesaron en el litigio dirigido a activar derechos sociales; muchos comenzaron a estudiar mejor el tema de los derechos sociales y económicos; muchos pasaron a abogar por los «derechos todavía faltantes», incluyendo los relacionados con cuestiones multiculturales (derechos indígenas, temas de género, etc.).

Como resultado de todo el movimiento anterior buena parte del «progresismo jurídico» occidental concentró su atención, su estudio o su trabajo en el área constitucional relacionada con los derechos. De modo muy notable, y siguiendo en parte tales impulsos, muchas de las reformas jurídicas y constitucionales más importantes de las últimas décadas se dirigieron a renovar, expandir y precisar las secciones de derechos incorporadas por nuestras viejas Constituciones: Brasil y Colombia primero, luego Argentina, más tarde Bolivia, Ecuador y Venezuela, representan ejemplos relevantes de países que cambiaron sus Constituciones en la dirección citada.

En efecto, reformas constitucionales como las citadas se dirigieron, ante todo, a trabajar sobre la sección de los derechos. Pero algo más: tales reformas destacaron también por lo que no hicieron, lo que no reformaron o lo que dejaron básicamente intacto —tal como estaba—, esto es, la parte orgánica de la Constitución. El punto, según entiendo, es de extrema importancia para todos aquellos interesados en la suerte de los derechos sociales. La idea es que los reformadores sociales de fin del siglo xx pusieron en riesgo —según entiendo— a los mismos derechos que procuraban cuidar y expandir por el hecho de haber mantenido la organización del poder constitucional básicamente del mismo modo en que la encontraron. Ello fue así cuando decidieron preservar (si no agravar) una organización del poder vertical, autoritaria, lejana de la ciudadanía, propia del constitucionalismo del siglo xviii (típicamente, a través de la aceptación de cláusulas reeleccionistas). A dicha vieja y tradicional forma de organización del poder le anexaron una lista de los derechos refinada y ambiciosa, propia del siglo xxi. Contrapusieron entonces, frente a una organización de los derechos democratizada y popular en sus pretensiones, una organización del poder verticalizada y poco democrática. La combinación de estas dos pretensiones —las «dos almas» de las Constituciones contemporáneas— no podía ser —ni lo fue en los hechos— pacífica; habitualmente, el poder concentrado se rebela frente a los nuevos derechos sociales y políticos que pretenden expandirse y consolidarse. No es extraño, finalmente, que cuando los derechos sociales o de participación quieren afirmarse, ellos encuentren un inmediato freno en un poder ejecutivo que ve tales demandas de «empoderamiento social» como amenazas a su propio poder: el ejecutivo tiene buenas razones

para temer tales movimientos, porque habitualmente representan una amenaza frente a su propio poder. El resultado es, en definitiva, que las ambiciosas secciones de derechos que se incluyen en las nuevas Constituciones terminan resultando frustradas por un poder que sigue organizado, en su esencia, como hace tres siglos. Lo que tenemos entonces es que la «sala de máquinas» del constitucionalismo se ha preservado intocada y ha tendido a trabajar contra los robustos derechos que le hemos incorporado a su lado.

Por lo dicho hasta aquí, aquellos de nosotros preocupados por la suerte de los derechos sociales deberíamos empezar a interesarnos, por ello mismo, por la forma en que está organizado el poder en nuestras sociedades y en nuestras Constituciones. En tal sentido —es mi opinión— deberíamos mirar atrás y aprender la dura lección que nos enseñaran nuestros antecesores en el constitucionalismo —fieros barones del conservadurismo que, sin embargo, mostraron contar con ideas claras (más claras que las nuestras, sin duda) sobre la Constitución—. Interesados como estaban en la protección de ciertos derechos individuales clásicos (propiedad, contratos, libre mercado), en lugar de ponerse a trabajar por la incorporación de más y más derechos en la Constitución, tales pioneros conservadores se conformaron con la adopción de textos austeros en materia de derechos. En cambio, fueron muy cuidadosos en el diseño del poder y muy precisos, sobre todo, en los modos en que tendieron a «atarle las manos» a la ciudadanía, principal amenaza frente a los derechos que pretendían cuidar (típicamente, la propiedad). La enseñanza que nos legaron a este respecto parece clara: tal era su interés por los derechos constitucionales que decidieron ocuparse entonces, intensamente, de la organización del poder más que de la organización de los derechos. Por ello hoy, cuando compartimos ideas en muchos sentidos opuestas a las de nuestros antecesores, debemos retomar las enseñanzas de aquellos: interesados como estamos en los derechos (sociales, económicos, culturales) debemos asumir que ha llegado la hora de comenzar a trabajar, prioritariamente, sobre la organización del poder. Una organización de derechos democratizada, horizontal, necesita encarecidamente de una organización del poder acorde. La llegada de trabajos como el de Leticia MORALES nos alienan a ello: el nivel de conocimientos que hemos alcanzado en materia de derechos exige que comencemos a apoyar tales estudios en crecientes, urgentes cambios destinados a democratizar el poder. Solo así podremos honrar el sueño de los derechos sociales por el que nos hemos comprometido desde un principio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Barcelona: Trotta.
- ABRAMOVICH, V., y PAUTASSI, L. (comps.), 2009: *La revisión judicial de las políticas sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- ATRIA, F., 2003: «Existen derechos sociales?», manuscrito. Santiago de Chile: Universidad Adolfo Ibáñez.
- BALKIN, J., 1997: «Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith», *Fordham Law Review*, 65, p. 1703.
- EDELMAN, P., 1988: «The Next Century of Our Constitution: Rethinking our Duty to the Poor», *Hastings Law Journal*, 39, p. 1.
- FABRE, C., 2000: *Social Rights Under the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- FORBATH, W., 2001: «Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction», *Fordham Law Review*, 69, p. 1821.
- GARGARELLA, R. (ed.), 2014: *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- 2006: «Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?», *Perfiles Latinoamericanos*, 28, pp. 9-32.
- MICHELMAN, F., 1969: «The Supreme Court, 1968 Term – Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review*, 83, p. 7.
- 1972: «Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause», *Supreme Court Review*, 41.
- 1973: «In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View», *University of Pennsylvania Law Review*, 121(5), pp. 962-1019.
- PISARELLO, G., 2007: *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- SAGER, L., 1994: «Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law», *Northwestern University Law Review*, 88, p. 410.
- SCHWARTZ, H., 1995: «Do Economic and Social Rights Belong in a Constitution?», *American University Journal of International Law*, 10, p. 1233.
- SCOTT, C., y MACKLEM, P., 1992: «Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution», *University of Pennsylvania Law Review*, 141(1), pp. 1-148.
- SHUE, H., 1980: *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- SUNSTEIN, C., 1999: «Social and Economic Rights? Lessons from South Africa», *Constitutional Forum*, 11(1-4), pp. 123-132.
- 2006: *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.
- 2000: *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- 2002: «State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations», *Chicago Journal of International Law*, 3, p. 435.

- 2009: *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- UPRIMNY, R., 2001: «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», *Precedente*. Cali: ICESI.
- WALDRON, J., 1999: *Democracy and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

PALABRAS PRELIMINARES

En mi adolescencia, junto con los estudios del colegio secundario, me dediqué a la natación competitiva. Un deporte solitario y sumamente exigente que me recompensó con logros deportivos y amistades. De la mano de mi entrenador Alfredo FASCINATTO aprendí que con disciplina y esfuerzo se puede alcanzar una meta ambiciosa: durante cuatro años entrené duramente con el objetivo de mejorar la marca en el campeonato sudamericano en cien metros espalda, con la cual obtuve un lugar en la selección argentina en el Campeonato Mundial de Natación. Algunos años después se me presentó un nuevo desafío, esta vez fuera del agua pero igualmente solitario. Hacer una tesis doctoral en filosofía del derecho es una meta distinta a batir un récord en natación. Se trata de un proceso largo de elaboración, discusión y maduración de ideas.

El presente libro es, con algunas modificaciones, el resultado de ese proceso plasmado en mi tesis doctoral defendida en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Durante dicho proceso conocí a personas extraordinarias de varias partes a quienes estoy agradecida por su compañía y estímulo intelectual. En primer lugar quiero agradecer a mis directores de tesis Jorge Luis RODRÍGUEZ y José Juan MORESO. Jorge confió en mi capacidad de realizar este proyecto y me dio el impulso inicial para trasladarme desde Mar del Plata (Argentina) a Barcelona a realizar la tesis. Pero también me acompañó durante estos años en la distancia dirigiendo este trabajo y corrigiéndolo con su rigor crítico característico. A Jorge le agradezco su generosidad intelectual y de todo tipo, su constante apoyo, su honestidad y valentía.

El proyecto de realizar la tesis en la Universidad Pompeu Fabra no hubiese sido posible sin la ayuda de mi otro director, José Juan MORESO.

Mi llegada a Barcelona coincidió con su nombramiento como rector de la Universidad. Por ello, pese a encontrarnos en la misma ciudad, también nuestro contacto muchas veces se estableció en la distancia. Sin embargo, y pese a sus muchas ocupaciones, me mostró su apoyo y disposición para la discusión.

Mi estancia en Barcelona fue financiada parcialmente con una beca de investigación del entonces Ministerio de Educación y Ciencia de España. Esta beca me permitió visitar diversos centros académicos donde presenté parte del trabajo de cuyas discusiones me he beneficiado. En Génova fui recibida con afecto por Riccardo GUASTINI y Paolo COMANDUCCI y el grupo de investigación del Di.Gi.Ta. en 2007 y 2008. En 2009 pasé seis meses trabajando en la University of Edinburg bajo la supervisión de Cécile FABRE y en 2010 hice una estancia en McGill University en Montreal. Finalmente, en septiembre de 2012 tuve la fortuna de volver a Montreal a trabajar con Daniel WEINSTOCK en McGill University, a quien le agradezco su confianza y apoyo.

Varias personas leyeron borradores de los distintos capítulos, dispusieron de su tiempo para discutirlos y me han estimulado a mejorar el trabajo con sus valiosos comentarios y sugerencias. Mi profundo agradecimiento a Juan Carlos BAYÓN, Carlos BERNAL, Paula CASAL, David CASASSAS, Ricardo CUEVA, Juan CRUZ PARCERO, Isabel FANLO, Jordi FERRER, Roberto GARGARELLA, Riccardo GUASTINI, Julia LÓPEZ, Colin MACLEOD, Pablo NAVARRO, Blain NEUFELD, Cristina REDONDO, Rodrigo SILVA, Germán SUCAR, Camil UNGUREANU, José María VILAJOSANA y Andrew WILLIAMS. Entre ellos, ocupan un lugar destacado José Luis MARTÍ, Claudina ORUNESU y Hugo SELEME. Y una mención especial de reconocimiento a Jurgen DE WISPELAERE y Marisa IGLESIAS, quienes no solo leyeron, comentaron y discutieron paciente y generosamente todos los borradores de los distintos capítulos, sino que con sus palabras de aliento y comprensión me rescataron del naufragio en más de una ocasión.

En la Universidad Pompeu Fabra tuve el gusto de formar parte del grupo de investigación de Filosofía del Derecho y compartir gratos momentos de trabajo con Ricardo CARACCILO, Alberto CARRÍO, Ernesto GARZÓN, Jorge MALEM, Laura MANRIQUE, David MARTÍNEZ, Ezequiel PÁEZ, José Luis PÉREZ, Jahel QUERALT, Lorena RAMÍREZ, Rafael RAMIS, Laura ROTH y Neus TORBISCO. El grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona fue un segundo espacio de discusión con cuyos miembros, Jordi FERRER, Celeste BRAGA, Raúl CALVO, Maribel NARVÁEZ, Diego PAPAYANNIS, Giovanni RATTI y Carmen VÁZQUEZ, hemos construido lazos de amistad. Por último, el grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata a cargo de Jorge RODRÍGUEZ ha sido un foro regular de discusión desde el comienzo. Agradezco a mis amigos Pablo PEROT, Tobías SCHLEIDER y Juliana TUMINI por sus oportunas observaciones y continuo apoyo.