

# DEMOCRACIA EN CONDICIONES MENOS FAVORABLES

*Democracy in less favorable conditions*

**J. J. Moreso**<sup>1</sup>

**Fecha de recepción:** 8 de marzo de 2018

**Fecha de aceptación:** 18 de mayo de 2018

*The capacity for a good will defines the aristocracy of all.*

**John Rawls (2000: 211).**

**SUMARIO:** 1. *Introducción*; 2. *La secuencia Rawlsiana en cuatro etapas*; 3. *En condiciones ideales: Getting to Denmark*; 4. *En condiciones menos favorables: Getting to Colombia*; 5. *Los presupuestos de la democracia constitucional*; *Conclusiones*; 5. *Referencias Bibliográficas*.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. E-mail: josejuan.moreso@upf.edu. La investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente. Tiene su origen en una ponencia, con este mismo título, presentada en el Foro Internacional permanente de estudios anti-corrupción, Primer Encuentro: ¿Cómo guardar a los guardianes? Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) 21-22 de marzo de 2018, por la amable invitación del Vicerrector Luis Fernando Álvarez. S.J. A su vez, el texto se beneficia ampliamente de otro texto, que fue escrito también como respuesta a la amable invitación del Prof. Julio Montero (Universidad de Buenos Aires y CONICET): 'Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad', Revista latinoamericana de filosofía política, VI (n.2) (2017): 1-31. A la audiencia de Bogotá, y a L.F. Álvarez y J. Montero quedo en deuda por su amabilidad y sus observaciones. <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X> E-Mail: [josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

## **COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)**

Moreso, J.J. (2018). Democracia en condiciones menos favorables. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Vol. X N<sup>o</sup>. 20, pág. 10-31

## **RESUMEN**

En este texto se argumenta como puede la democracia en Latinoamérica, en condiciones no-ideales, superar algunos de los peligros que la acechan: desigualdad y corrupción, fundamentalmente. Se toma como base el magnífico libro reciente de Roberto Gargarella (2015), y se acepta con él que tal vez sea la igualdad la gran promesa incumplida entre los ideales del constitucionalismo en esta región del mundo. Se acepta también que parte de la responsabilidad de ello reside en el diseño institucional, en la sala de máquinas de la constitución, en concreto en una hipertrofia del presidencialismo. Se añade la sugerencia de que el ideal de la democracia constitucional presupone la existencia de un estado con una administración pública autónoma, eficiente, profesional y robusta. sólo con un sistema tributario bien diseñado y con una administración apta para llevar a cabo las funciones que le son propias es posible construir una sociedad bien ordenada, capaz de reducir significativamente la corrupción y de sentar las bases de una democracia republicana de personas iguales orientada hacia el bien común

## **Palabras Claves**

Constitucionalismo latinoamericano; igualdad; democracia; corrupción; administración pública; Roberto Gargarella; John Rawls.

## **ABSTRACT**

In this paper it is argued how democracy in Latin-America, in non-ideal conditions, can overcome some of the dangers which beset it: basically, inequality and corruption. From the excellent recent book of Roberto Gargarella (2015), the idea that maybe is the equality the great and unachieved promise among the ideals of constitutionalism in this region of the world is accepted. it is also accepted that an important part of the reason for this absence of equality lies in the institutional design, in the engine room of the constitution, concretely in an hypertrophy of presidentialism. A complementary suggestion is added: the ideal of a constitutional democracy presupposes the existence of a state with an autonomous, efficient, professional and robust public administration. Only with a well-designed tax system and an administration apt to carry out the proper functions it is possible to build a well-ordered society able to reduce significantly corruption and to ground a republican and common good oriented democracy of equal persons.

## **Key Words**

Latin-American constitutionalism; equality; democracy; corruption; public administration; Roberto Gargarella; John Rawls.

## 1. INTRODUCCIÓN

El nuevo libro de Roberto Gargarella (2015), la traducción al castellano de Gargarella (2013), contiene un impresionante fresco del desarrollo de dos siglos de constitucionalismo en Latinoamérica. Los conocimientos de historia de las ideas políticas y de historia económica, social y cultural realmente sobrecogen por su amplitud y atención al detalle. Pero no sólo eso. Roberto Gargarella es sobre todo un filósofo de la política y por lo tanto su retrato se funda en un análisis de los fundamentos filosóficos del constitucionalismo en Latinoamérica. De este modo, puede analizar tanto su alcance como sus límites.

Carezco de conocimientos para pronunciarme sobre el descomunal esfuerzo de reconstrucción de los orígenes del constitucionalismo en Latinoamérica que Roberto lleva a cabo. Sin embargo, el cuadro que nos ofrece está lleno de sugerencias valiosas siempre orientadas al objetivo de que el constitucionalismo sea la pieza clave para construir una comunidad humana de personas libremente iguales o, lo que es lo mismo, igualmente libres. No obstante, me atrevo a sugerir que, tal vez, se habría beneficiado de la literatura historiográfica que trata de mostrar la importancia de la legislación especial con la que los Imperios (el español, el francés, el británico o el portugués) regularon la vida de las colonias en el tránsito de los *Imperios* a las *Naciones*, una legislación y una política que tal vez sea capaz de arrojar luz sobre algunas de las especificaciones, y de explicar algunas de las insatisfactorias soluciones del primer constitucionalismo en Latino-américa. En este sentido es de reseñar el esfuerzo, también descomunal, que en mil quinientas páginas llenas de sugerencias interesantes lleva a cabo Fradera (2015).<sup>2</sup> Como después trataré de argumentar, esta vía habría podido llevar al autor a una atención mayor a la rama ejecutiva del gobierno, al terreno de la administración pública.

Dos ideas principales recorren este libro: por un lado, el fracaso del constitucionalismo en América Latina por hallar su fundamento en el ideal de la igualdad, que Gargarella plasma en los sub-ideales del gobierno colectivo y de la autonomía individual; y la idea de que una de las causas de este fracaso se halla en un rasgo del gobierno en esta región del mundo, un rasgo de la sala de máquinas de sus Constituciones, que es el de los poderes excesivos de la presidencia constitucional, del *hiper-presidencialismo*.<sup>3</sup>

Desde el prefacio hasta el último capítulo Roberto Gargarella (2015) nos aclara que su preocupación central es la de la igualdad. Hacia el final del libro nos confiesa:

---

<sup>2</sup> Al que podemos añadir las contribuciones a la comprensión del tránsito desde el final del Imperio español a las nuevas naciones latinoamericanas, en especial para Argentina, de Juan Carlos Garavaglia (2007, 2015a, 2015b).

<sup>3</sup> Estoy de acuerdo con Wang, Privatto (2014) en que, dada la relevancia de la tesis del hiper-presidencialismo en el libro, una mejor caracterización de los rasgos de dicho fenómeno habría ayudado a comprender mejor la tesis del autor.

La pregunta que podríamos hacernos, a la distancia, es qué podríamos decirle a Alberdi, si es que él nos invitara a identificar cuáles son, en la actualidad, las necesidades constitucionales de nuestro tiempo. ¿Cuál sería, hoy, el drama principal frente al cual la Constitución debería reaccionar?

En las páginas anteriores sugerimos, de modos diversos, la respuesta: el gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy, y que sigue irresuelto, y que sigue marcando a nuestra época, es el drama de la *desigualdad* (p. 347).

Y el ideal de la igualdad ha fracasado porque, en opinión del autor, el constitucionalismo se ha movido entre tres posiciones: una posición *conservadora*, restrictiva tanto acerca de la autonomía individual –ahogada por una concepción comprehensiva del bien, a menudo fundada en la religión católica- cuanto acerca del autogobierno colectivo, adoptando un enfoque elitista, partidario en el siglo XIX de un sufragio censitario; una posición *liberal*, que rechazaba la visión comprehensiva del bien, a favor de la neutralidad del Estado, pero que seguía manteniendo un fuerte aroma elitista en relación con la representación popular; y una posición *republicana* (a menudo de la mano de opciones procedentes del radicalismo político) que si bien rechazaba el elitismo a favor del mayoritarismo en política, reducía la autonomía individual en virtud del bienestar general o del propio devenir de la política de las mayorías.

Parece que Roberto considera que la solución se halla en algo, él no lo dice así, como un *republicanismo liberal*, un compromiso firme entre el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Sin embargo, lo que caracteriza gran parte del constitucionalismo con arreglo al autor es la coalición conservadora-liberal, siempre de acuerdo en cercenar los mecanismos de inclusión de las voces de todos. Y, cuando en los últimos años del siglo pasado y en los primeros de éste, en algunos países se intenta luchar contra la desigualdad ampliando el catálogo de los derechos sociales, entonces se hace sin prestar atención a cómo estos cambios en la parte dogmática de las constituciones afectan a su parte orgánica, a la distribución de poderes.

Para el autor, estos mecanismos no han ido suficientemente acompañados de reformas serias en la sala de máquinas de la Constitución, de reformas que afecten a la distribución de poderes en el sentido de introducir mecanismos de participación que sustenten una robusta democracia deliberativa.

Es más, nos advierte (Gargarella, 2015, p.250) de la relevancia de ciertas reflexiones al respecto de Carlos S. Nino (1993, 1996) mostrando una paradoja producida por el hecho de ampliar el catálogo de derechos haciendo lugar para los derechos sociales: pensando, de este modo, dar más voz y poder a los más débiles, en realidad se está dando más poder a los jueces, el poder más alejado de los ciudadanos.

Comparto los ideales de Roberto, el ideal de la igualdad, plasmado en la autonomía de todos y cada uno y en el autogobierno colectivo, en una democracia deliberativa<sup>4</sup>, en este bello oxímoron que nos ofrece, en la frase que encabeza el artículo, John Rawls: *una aristocracia para todos*. Estoy de acuerdo también con el autor en que un factor crucial de la inestabilidad de los modelos constitucionales en Latinoamérica, con su tendencia a caer en períodos autoritarios, es su diseño de la división de poderes: la máquina de la Constitución. En este breve comentario, ofreceré en el segundo apartado, un modo *rawlsiano* de configurar el diseño de nuestras instituciones para acercarlas a la justicia. Trataré de mostrar, en el apartado tercero, cómo algunos países europeos, en especial las democracias escandinavas, se han aproximado más que nadie a dicho ideal y cómo la introducción de los derechos sociales en las declaraciones de derechos en este modelo presupone una administración pública bien dotada, competente, eficiente e imparcial. En el cuarto, habré de referirme a qué hacer en condiciones menos favorables. En el quinto, desarrollando algunas ideas del propio Roberto (2015) en los caps. X y XI, concluiré señalando como una combinación de refuerzo de la administración y del sistema impositivo en diálogo permanente con todas las ramas del gobierno puede de modo indirecto mejorar y enriquecer la distribución de los poderes constitucionales, la máquina de la Constitución y, también, como un corolario reducir la corrupción.

## 2. La secuencia rawlsiana en cuatro etapas<sup>5</sup>

Como es sabido, con arreglo a la teoría rawlsiana, la adecuación a la justicia de un determinado orden social depende del grado de cumplimiento de dos principios que serían elegidos por seres humanos racionales en unas circunstancias especiales e hipotéticas, que comportan la ausencia de información acerca de las características particulares de la sociedad para la cual eligen los principios y del lugar que dichos seres humanos han de ocupar en ella –el velo de la ignorancia-, circunstancias conocidas en la teoría como la *posición original*. Los dos principios, en su última formulación, son los siguientes:<sup>6</sup>

(Primer principio): Cada persona tiene un igual e irrevocable derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos.

(Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos (principio de la diferencia). (Rawls, 2001, p.42-43)

---

4 De hecho Roberto y yo fuimos los directores de la tesis doctoral de José Luis Martí, dedicada a la democracia deliberativa, que se convirtió (Martí 2006) en una contribución crucial a la cuestión. Como veremos después, sin embargo, no estoy tan seguro como Roberto, y como Martí me temo, de la conexión entre la ausencia de mecanismos deliberativos y la desigualdad.

<sup>5</sup> En este apartado me valgo de las ideas de Rawls tal y como fueron presentadas en Moreso, Martí (2003, ahora en Moreso 2009: ensayo 8).

<sup>6</sup> Rawls 2001: 42-43. Véase también Rawls (1971: 60-61), Rawls (1999b: 53) y Rawls (1971: 302), Rawls (1999b: 266).

Estos principios van acompañados de unas reglas de prioridad: el primer principio es prioritario en relación con el segundo, y en el interior del segundo el principio de la igualdad de oportunidades lo es en relación con el principio de la diferencia.<sup>7</sup> (Rawls, 1971, p. 302-303).

La secuencia del diseño institucional de una sociedad justa es como sigue: La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia, que constituyen un estándar independiente con el cual juzgar la adecuación del resto de etapas. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al segundo principio-. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

De este modo, la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo se refleja en la prioridad de la etapa constitucional sobre la etapa legislativa.<sup>8</sup> Según Rawls, mientras en la etapa constitucional se garantiza el primer principio, se garantizan las libertades fundamentales de la persona, se protegen la libertad de conciencia y de pensamiento, y se asegura que el proceso político como un todo sea un procedimiento justo, el segundo principio actúa en la etapa legislativa, estableciendo que las políticas sociales y económicas consigan maximizar las expectativas a largo plazo de los menos favorecidos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

En *Political Liberalism*, Rawls especifica cuáles han de ser los elementos esenciales (*constitutional essentials*) que integran la etapa cuyo resultado es el establecimiento de una constitución, que son de dos tipos Rawls (1993):

- a. Los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: las competencias de la legislatura, del ejecutivo y del poder judicial; el alcance de la regla de la mayoría; y
- b. Las libertades y los derechos básicos iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: tales como el derecho al voto y a la participación en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las garantías del Estado de derecho (*The rule of law*). (p.227)

---

<sup>7</sup> Para las reglas de prioridad, véase Rawls (1971: 302-303) y Rawls (1999b: 266-267).

<sup>8</sup> Rawls (1971:199) y Rawls (1999b: 175).

Veamos aquello que no cubren los elementos constitucionales esenciales:

Mientras algún principio de oportunidades es seguramente un elemento esencial, por ejemplo, un principio que requiere al menos libertad de movimiento y libre elección de ocupación, una equitativa igualdad de oportunidades va más allá y no es un elemento esencial. De manera similar, aunque un *social minimum* que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he denominado “el principio de la diferencia” es más exigente y no lo es (Rawls, 1993, p. 228-229).<sup>9</sup>

Dos cosas nos resultan sorprendentes de esta argumentación de Rawls: en primer lugar, cuáles son las razones para establecer esta línea divisoria tan clara entre elementos constitucionales esenciales y otros elementos que no lo son; en segundo lugar, cuál es el encaje del mínimo social entre los elementos constitucionales esenciales.

A la primera cuestión responde el mismo Rawls. Según Rawls (1993, p. 230), hay cuatro argumentos para distinguir el papel que representan los elementos constitucionales esenciales especificados por las libertades básicas de los principios que gobiernan las desigualdades económicas y sociales:

- 1) las dos clases de principios cumplen diferentes cometidos en la estructura básica.
- 2) es más urgente establecer los elementos esenciales que se refieren a las libertades básicas;
- 3) es más fácil averiguar si estos elementos esenciales son respetados; y
- 4) es mucho más fácil alcanzar un acuerdo acerca de cuáles deben ser los derechos y libertades, aunque obviamente no con todos los detalles, sino sólo en líneas generales.

Aunque podría discutirse acerca de la fuerza de estos argumentos —por ejemplo en qué sentido es más urgente proteger la libertad de conciencia que el acceso universal a las prestaciones sanitarias o bien por qué no puede establecerse un catálogo de derechos sociales también en sus líneas generales—<sup>10</sup> este punto no va a ser cuestionado aquí. Rawls acaba sus consideraciones a favor de la restricción de los elementos constitucionales esenciales del siguiente modo:

Estas consideraciones explican por qué la libertad de movimiento, la libre elección de ocupación y un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos cuentan como elementos constitucionales esenciales mientras el principio de la equitativa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia no cuentan como tales (Rawls, 1993, p. 230).

---

<sup>9</sup> Sobre el *social minimum* véase también Rawls (1971:276-277, 285-286, 316-318), Rawls (1999b: 244-245, 252-252, 278-280) y Rawls (1999a: 88-89, 141-142).

<sup>10</sup> A veces, parece que la secuencia en cuatro etapas rawlsiana y sus consideraciones sobre los elementos constitucionales esenciales depende excesivamente de las contingencias históricas del proceso constitucional de los Estados Unidos. El mismo Rawls reconoce que la idea de la secuencia en cuatro etapas procede de la historia del proceso constitucional norteamericano. Rawls (1971: 196 nota 1) y Rawls (1999b: 172 nota 1).

De este modo, nos enfrentamos claramente con la segunda perplejidad: aunque el mínimo social que cubre las necesidades básicas de los ciudadanos nunca aparece en la lista de derechos y libertades exigidas por el primer principio, Rawls presupone que se trata de un elemento constitucional esencial. Es más, parece que la equitativa igualdad de oportunidades requiere equitativa igualdad de oportunidades en el acceso a la educación con independencia de los ingresos familiares (Rawls 2001: 44); y el primer principio, el principio de las libertades, podría ser precedido de un principio lexicográficamente superior según el cual las necesidades básicas deben ser satisfechas, al menos en la medida en que dicha satisfacción constituya una condición necesaria para que los ciudadanos comprendan y sean capaces de ejercer de un modo fructífero las libertades y derechos básicos (Rawls, 1993, p. 7; Rawls, 2001, 44 nota 7).

Sea como fuere, Rawls considera que la protección del cumplimiento del principio de la diferencia no debe quedar en manos de los jueces (Rawls, 2001, p. 162):

Una segunda preocupación consiste en averiguar si el cumplimiento del principio de la diferencia debe ser establecido en la constitución de una sociedad. Parece que no debe serlo, por los riesgos que conlleva hacer de él un elemento constitucional esencial que los Tribunales han de interpretar y aplicar, y esta es una tarea que los Tribunales no pueden llevar a cabo adecuadamente. Averiguar si el principio es respetado requiere una comprensión completa de cómo la economía funciona y es extremadamente difícil determinarlo con exactitud, aunque a menudo puede resultar claro que no ha sido satisfecho... Lo que debe ser un elemento constitucional esencial es el establecimiento de un mínimo social que cubra al menos las necesidades humanas básicas... Porque es razonablemente obvio que el principio de la diferencia es violado de manera directa cuando el mínimo no es garantizado.

Creo que para comprender el lugar de la cuarta etapa de la secuencia, la etapa de la aplicación del derecho, es importante traer a colación la distinción de Rawls entre la teoría *ideal* y la teoría *no-ideal*. La teoría ideal es la que tenemos en condiciones favorables en las cuales los conceptos y los principios son observados estrictamente por todas las partes (Rawls, 1999<sup>a</sup>, p. 537), es la etapa de la *estricta observancia* (*strict compliance* Vd. también por ejemplo Rawls, 1999<sup>b</sup>, p. 216). Por lo tanto, la cuarta etapa, la de la adjudicación de los deberes y derechos a los casos particulares, es fundamentalmente parte de la teoría no-ideal. La justicia constitucional, entonces, que determina cuándo los elementos constitucionales esenciales han sido vulnerados, es parte de la teoría no-ideal.<sup>11</sup> La teoría ideal está integrada, básicamente, por las tres primeras

---

<sup>11</sup> Queda por analizar si hay una dimensión de la cuarta etapa que integra la teoría ideal, dado que incluso en condiciones favorables pueden quedar problemas de coordinación irresueltos o, pensemos, en casos de responsabilidad extracontractual objetiva: hay observancia estricta, pero las circunstancias posibilitan la acusación de un daño. Entonces, los tribunales deberán determinar si ha sido causado por la acción de otro y por quién ha sido causado ese daño. Esta cuestión no será analizada aquí. El lugar de la distinción entre teoría ideal y teoría no-ideal es controvertido en la obra de Rawls. Por ejemplo, mientras a Sen (2009) le parece demasiado alejada de la realidad para tener algún interés práctico, acerca de cómo diseñar nuestras instituciones en el mundo real, a Cohen (2008) le parece una noción con demasiadas servidumbres empíricas. Para la discusión reciente, puede verse Simmons 2010, Schmidt 2011, Valentini 2012.

etapas de la secuencia. En ellas, la estricta observancia de los principios y de los elementos constitucionales esenciales garantiza que los dos principios son cumplidos. La etapa constitucional garantiza las libertades del primer principio, las bases más fundamentales de la igualdad de oportunidades y la salvaguarda de un mínimo social. La etapa legislativa es la que garantiza el cumplimiento del principio de la diferencia, es decir, el conjunto de políticas redistributivas que procuran que sólo se mantengan las desigualdades que benefician a los más desfavorecidos.

Estamos interesados aquí, sin embargo, también en la teoría no-ideal, en cómo debe institucionalizarse la justicia constitucional para que, en condiciones menos favorables, repare los supuestos de incumplimiento o inobservancia con los principios.

Acerca de las libertades del primer principio, la respuesta de Rawls es que podemos dejar este aspecto en manos de los Tribunales. Es claro que este es un punto también controvertido y muchos abogan ahora por distinguir entre el hecho de que un Tribunal tenga el control de la constitucionalidad y el hecho de que la voz del Tribunal sea revestida de primacía. Existen diseños institucionales (Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido con la ratificación del Convenio Europeo de los derechos humanos, por ejemplo) en el que los Tribunales tienen voz, pero no es la voz definitiva, siempre en manos de las autoridades legislativas, lo que se denomina *constitucionalismo débil* o, ahora, *New Common Law Model of Constitutionalism*.<sup>12</sup> Sin embargo, esta cuestión no será abordada aquí.<sup>13</sup>

Acerca del principio de la diferencia, como hemos visto, Rawls considera que su control debe dejarse en manos de la actividad legislativa. Antes de tratar de mostrar cómo puede confiarse también alguna función en este punto a la justicia constitucional, quiero aclarar que contra lo que algunas veces se sostiene,<sup>14</sup> esta posición de Rawls (esbozada en Rawls 1993), no significa que el autor haya abandonado en *Political Liberalism* su ideal igualitario; él se encarga de desmentirlo sosteniendo que mantiene la *misma* concepción igualitaria y añade: “Hago este comentario dado que algunos han pensado que mi reconstrucción de las ideas del liberalismo político conlleva el abandono de la concepción igualitaria de *TJ*. No soy consciente de ninguna revisión que implique tal cambio y considero que dicha conjetura carece de fundamento” (Rawls, 1993, p. 7, nota 6).

---

<sup>12</sup> Véase Bayón (2004) o Tushnet (2009) para una robusta defensa del constitucionalismo débil, y el nuevo modelo *Common Law* de constitucionalismo en Gardbaum 2013.

<sup>13</sup> No me resisto a añadir que a mí, como a muchos, me parece una decisión justificada la que la Corte Suprema de los Estados Unidos tomó en 2015 reconociendo a todos el derecho de contraer matrimonio con personas del mismo sexo (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015)). Esta decisión, me temo, sólo puede lograrse —en las circunstancias de los Estados Unidos actuales— dando la última palabra a la Corte Suprema. Creo, por otra parte, que esta solución puede alcanzarse, como hace la Corte (aunque con una mayoría de 5 a 4, y con un voto particular del juez Scalia en el que acusa a la mayoría de la Corte de haber producido un *putch* judicial) razonando a partir de la autonomía personal y del derecho a no ser discriminado.

<sup>14</sup> Williams (1993: 7-8), Barry (1995: 913), Okin (1995: 1010), Gargarella (1999: 209 y nota 67), Gargarella, Ovejero (2001: 41 y nota 37), por ejemplo.

Más aún, en sus últimas publicaciones hay lo que podríamos denominar una profundización de su igualitarismo. En Rawls (2001, p. 129-130, 135-162) distingue cinco modelos de sociedad: el capitalismo *laissez-faire*, el socialismo estatal (la economía planificada), el Estado de bienestar, la democracia de propietarios (*owning-property democracy*)<sup>15</sup> y el socialismo liberal. Sólo la democracia de propietarios y el socialismo liberal son compatibles, según Rawls, con la justicia como equidad. Es más en el prefacio a la edición francesa de *A Theory of Justice* (Rawls, 1999<sup>a</sup>, p. 419-420) explica claramente cómo la idea que vindica de la democracia de propietarios se distingue de la idea del Estado del bienestar. Aunque ambos modelos permiten la propiedad privada de los medios de producción, la democracia de propietarios tiende a dispersar la propiedad de la riqueza y del capital y de este modo evita que una pequeña parte de la sociedad controle la economía y, al final, la vida política también. La democracia de propietarios lo evita no por redistribuir el ingreso a los que menos tienen al final de cada período, por así decirlo, sino por garantizarlo al comienzo. Así:

La idea no consiste simplemente en asistir a aquellos que son víctimas de accidentes o mala suerte (aunque ello también debe hacerse), sino de poner a todos los ciudadanos en condiciones de gestionar sus propios asuntos y tomar parte en la cooperación social en una tesitura de mutuo respeto bajo las condiciones iguales apropiadas (Rawls, 1999<sup>a</sup>, p. 419).

O también:

Para apreciar completamente la fuerza del principio de la diferencia éste debe ser considerado en el contexto de una democracia de propietarios (o en un régimen de socialismo liberal) y no en el de un Estado del bienestar: es un principio de reciprocidad, o de mutualidad, para una sociedad vista como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales desde una generación a la siguiente (Rawls, 1999<sup>a</sup>, p. 420).<sup>16</sup>

Por otra parte, y dado que la garantía de un mínimo social sí es un elemento constitucional esencial, Rawls considera aceptable la idea de constitucionalizar algunos derechos sociales para conseguirlo, siguiendo la línea desarrollada por Frank Michelman (1975, 2005).<sup>17</sup> Siempre recordando (Rawls, 2001, p. 127-128), sin embargo, que no acepta las propuestas de sustituir el principio de la diferencia por el principio de la utilidad promedio, limitado por la garantía para todos de un mínimo que cubra las necesidades humanas básicas para poder llevar una vida decente (Waldron, 1993), puesto que el principio de la diferencia supone un mínimo social que

---

<sup>15</sup> El término, como Rawls nos advierte, procede del economista Meade (1964).

<sup>16</sup> Es posible que si Rawls hubiera tomado en cuenta un conocido estudio sobre los tres modelos de Estado del bienestar –liberal, conservador corporativista, y socialdemócrata- (Esping-Andersen 1990) habría podido argüir que su modelo de Estado del bienestar sólo se corresponde con el liberal y que, en cambio, el modelo socialdemócrata es cercano a la democracia de propietarios, una peculiar fusión (sostiene su taxonomista, Esping-Andersen 1990: 28) de liberalismo y socialismo. Véase para esta idea O'Neill (2012:91). Más sobre la democracia de propietarios puede hallarse en, O'Neill, Williamson 2012, Freeman 2013 y Queralt 2013.

<sup>17</sup> Por ejemplo en Rawls (1993: 166 nota 29, 236-7 nota 23).

se deriva de una idea de reciprocidad, que va más allá de la satisfacción de las necesidades básicas.

Hasta aquí la exégesis rawlsiana. A partir de estas ideas, en los dos próximos apartados, trataré de mostrar cómo debe garantizarse el principio de la diferencia conforme a estas ideas, por un lado, y, por otro, cómo diseñar, en condiciones menos favorables, mecanismos de protección jurisdiccional de la Constitucionalización de determinados derechos sociales.

### **3. En condiciones ideales: *Getting to Denmark*<sup>18</sup>**

En la secuencia en cuatro etapas rawlsiana, la etapa legislativa es la que está regida por el principio de la diferencia. Las políticas redistributivas, a través de los tributos y del gasto social,<sup>19</sup> deben estar orientadas de tal modo que se implante aquel esquema en el cuál los menos favorecidos de una sociedad estén mejor. Desde el principio la teoría rawlsiana está comprometida con este fuerte componente igualitario:

Una vez el principio de la diferencia es aceptado... se sigue que el mínimo debe seleccionarse de modo que, tomando los salarios en cuenta, maximice las expectativas de la clase con los menores ingresos. Ajustando la cantidad de transferencias, y los beneficios de los bienes públicos que mejoran sus circunstancias, es posible incrementar o disminuir el ingreso total de los menos favorecidos (salarios más las transferencias más los beneficios de los bienes públicos) (Rawls, 1999, p. 154)).

Si uno atiende a las políticas de bienestar en el mundo, con arreglo a los modelos ideales diseñados por Esping-Andersen (1990, Vd. nota 16), entonces tal vez lo que este autor denomina “Estado del bienestar socialdemócrata” (cercano a los desarrollos en Dinamarca, Noruega, Suecia y Finlandia) constituye la realización más acabada, en el mundo real, del ideal igualitario rawlsiano. Un gasto público entorno del 50% del PIB y derechos sociales (a la educación, a la sanidad, a las pensiones, a la dependencia, al desempleo) accesibles a todos, potencialmente universales. Aquí, coincidiendo con las ideas rawlsianas, el papel que en estos sistemas desempeñan las garantías judiciales es menor. El Estado del bienestar ha sido construido

---

<sup>18</sup> La expresión es de Fukuyama (2011: 14) en el primero de los dos monumentales volúmenes dedicados al orden político. Del segundo (2014) he de valirme más adelante. Dinamarca ha sido en los últimos años objeto de muchos ejemplos en España y, en especial, en Cataluña, por dos razones: a) por la exitosa emisión de la serie televisiva *Borgen*, una serie de ficción sobre las vicisitudes políticas de dicho país y, también, b) porque los políticos catalanes partidarios de la independencia han puesto dicho país como modelo de lo que Cataluña sería si fuese un Estado independiente. Desafortunadamente, ignorando que (en números redondos) con un 25 % menos de población que Cataluña dispone de una riqueza (en términos absolutos) mayor en un 25% y recauda el 25% más en impuestos de su PIB. Una comparación insostenible como puede apreciarse.

<sup>19</sup> Acerca de la política impositiva, Rawls es partidario de importantes impuestos sobre la herencia y las donaciones, pero parece preferir los impuestos indirectos que gravan el gasto, sobre los impuestos directos y proporcionales que gravan el ingreso (Rawls 2001: 161). Advirtiendo que en los países europeos la canasta de los impuestos es a menudo una combinación de todos ellos, en especial el impuesto sobre la renta (que en España recauda en torno al 40% del total) y el impuesto sobre el valor añadido (en España otro 40%), dejo esta cuestión, que requiere de conocimientos económicos de los que no dispongo, en el aire. Para una justificación filosófica y pormenorizada de las políticas impositivas puede verse Murphy, Nagel 2002.

mediante la actividad legislativa y, es claro, una ingente labor de ejecución administrativa de estas medidas legislativas. En este sentido, este modelo se acerca a la teoría ideal.

Daré algunos datos de uno de estos países, de Dinamarca en concreto. Y daré también los de Alemania y los de España. Y lo haré con el objetivo de compararlos con los de México, Chile y Colombia, como ejemplos paradigmáticos de Latinoamérica. Primero la riqueza: la renta per cápita (en dólares internacionales, paridad de poder adquisitivo):<sup>20</sup> Dinamarca ocupa el lugar 19 con 49.364 \$, Alemania el lugar 17 con 49.814 \$ y España el lugar 30 con 38.238 \$. Mientras tanto, México ocupa el lugar 62 con 18.840 \$, Chile el 54 con 24.796 \$ y Colombia el 68 con 14.609 \$. Veamos qué ocurre con el lugar que ocupan en el índice de desarrollo humano de Naciones Unidas (de 2017):<sup>21</sup> Dinamarca ocupa el quinto lugar, con un índice de 0,925; Alemania el cuarto, con un índice de 0,926; España el vigésimo séptimo, con un índice de 0,884; mientras México ocupa el septuagésimo séptimo, con un índice de 0,762; Chile el trigésimo octavo, con un índice de 0,847 y Colombia el nonagésimo quinto, con un índice de 0,727. Podemos añadir la medida de la igualdad de ingreso, con el coeficiente GINI (siendo 0 la igualdad absoluta y 1 la desigualdad absoluta),<sup>22</sup> entonces tenemos lo siguiente: Dinamarca en el puesto 16, con un coeficiente de 0,2908; Alemania en el 17 con un coeficiente de 0,3012; España en el 58, con un coeficiente del 0,350; y México en el 123, con un coeficiente de 0,472; Chile en el 133, con un coeficiente de 0,499 y Colombia en el 143, con un coeficiente de 0,535. Aunque los países con mayor riqueza tienden a tener mayor desarrollo humano y más igualdad en el ingreso, hay diferencias que deben ser explicadas: ¿por qué Dinamarca es más igualitaria en el ingreso que Alemania, aunque por poco, o Colombia menos que México y Chile?

Tal vez vale la pena recurrir a los datos de cuál es su gasto público, como porcentaje del PIB y, también, de cuál es su gasto social como porcentaje del mismo PIB. El gasto público como porcentaje del PIB es el 44,20% para Alemania, el 53,50 % para Dinamarca, el 42,20 % para España y el 26,10 % para México, el 29% para Chile y el 29,79% para Colombia.<sup>23</sup> El gasto social<sup>24</sup> se distribuye así: Alemania el 24, 6 %, Dinamarca el 25,4 %, España el 23, 7 %, México el 11,3%, Chile el 15,6% y Colombia 13,6%.

Ahora parece más claro: quiénes mayor parte de la riqueza dedican al gasto social son más igualitarios.

---

<sup>20</sup> Datos del Fondo Monetario Internacional: [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses\\_por\\_PIB\\_\(PPA\)\\_per\\_c%C3%A1pita](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_por_PIB_(PPA)_per_c%C3%A1pita)

<sup>21</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses\\_por\\_%C3%ADndice\\_de\\_desarrollo\\_humano](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_por_%C3%ADndice_de_desarrollo_humano)

<sup>22</sup> Son datos del índice de desarrollo humano de UN, no plenamente actualizados (los más actuales de 2012, pero la realidad no se aleja mucho de ellos). [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses\\_por\\_igualdad\\_de\\_ingreso](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_por_igualdad_de_ingreso)

<sup>23</sup> Los datos son para 2016 del diario económico *Expansión*, <https://www.datosmacro.com/estado/gasto>.

<sup>24</sup> Con datos de la OCDE (para 2016), <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/gasto-publico-social-ocde.htm> y para los países latinoamericanos con datos (de 2010) de CEPAL: [https://dds.cepal.org/gasto/indicadores/ficha/?indicador\\_id=1](https://dds.cepal.org/gasto/indicadores/ficha/?indicador_id=1)

Sin embargo, creo que podemos realizar la siguiente conjetura: para ofrecer servicios de educación, salud, pensiones, desempleo y asistencia social se precisa una administración profesional, eficiente y robusta. Es lo que tiene Dinamarca y lo que también tiene Alemania. España no dispone de una administración pública tan robusta (en 1965 el gasto público de un país empobrecido por la guerra civil era sólo del 12 % del PIB). Sin embargo desde la transición a la democracia a fines de la década de los setenta del siglo pasado evolucionó hasta disponer de una estructura de gasto, surgida de una política impositiva decidida, que se acerca a la media europea y que le ha permitido colocarse en una buena posición en el índice de desarrollo humano (*muy alto* según la calificación de UN), aunque no haya conseguido reducir más la desigualdad como sería deseable. El aumento de Argentina desde comienzos de este siglo es semejante al de España en el último cuarto del siglo pasado. Deberíamos esperar resultados semejantes.

La idea de una administración profesional, robusta y eficiente es, en mi opinión, junto al respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley –la *rule of law*- y la democracia aquello que constituye el ideal de nuestras democracias constitucionales. Gargarella en su libro hace un esfuerzo encomiable para hacernos comprender la profundización de la democracia, y por lo tanto de nuestros órganos legislativos, para conducir al espacio público la deliberación de las razones políticas. También realiza un importante esfuerzo para mostrar cuál debe ser el lugar del poder judicial en este ámbito, un poder que no ha de convertirse en un freno *elitista* a los impulsos democráticos, so pretexto de salvaguardar nuestros derechos básicos. Estoy de acuerdo con él. Pero cuando se refiere al poder ejecutivo, se refiere solamente a los peligros del hiperpresidencialismo. Parte de esos peligros guardan relación, como la historia de los Estados Unidos desde fines del XIX hasta el presente pone de manifiesto,<sup>25</sup> en la captación de servidores públicos mediante el clientelismo de los partidos en el gobierno y no seleccionados según su mérito y capacidad.

En el notable estudio sobre el orden político de Fukuyama (2014), el autor insiste en que los países que consiguieron generar administraciones *weberianas* están en mejor situación para conseguir sociedades bien ordenadas. Como Fukuyama escribe:

Muchos de los defectos atribuidos a la democracia son de hecho defectos de las administraciones estatales que son incapaces de cumplir las promesas realizadas por los nuevos políticos elegidos democráticamente a sus votantes que desean no solamente que se respeten sus derechos políticos sino también ser bien gobernados (Fukuyama, 2014, p. 38).

En mi opinión, aunque no soy historiador, parte del problema en Latinoamérica era como construir una administración moderna a partir del absolutismo *débil* (la expresión es de Fukuyama

---

<sup>25</sup> Véase el iluminador estudio de Ackerman (2000).

de nuevo, 2014, p.252, 260, 390) del Imperio español y su administración de Indias que, a menudo, decidía –según un viejo aforismo del derecho castellano, pensado para aplicaciones injustas de los fueros u otros instrumentos legales medievales- conforme a la fórmula “Obedézcase, pero no se cumpla” (Tomás y Valiente, 1983, p. 291 y ss.). El sistema presidencialista no ayudó, porque tendió a mantener los viejos hábitos clientelistas de la Corona española, ahora en manos de las administraciones presidenciales, demasiado a menudo con tentaciones autoritarias. Como bien nos recuerda Ackerman:

Los burócratas profesionales tienen un horizonte temporal diferente. Están interesados en un servicio de toda la vida y reconocen que tendrán que servir muchos jefes políticos diferentes a través de sus carreras. Por lo tanto, sufrirían un coste a largo plazo si se convirtieran abiertamente en partidarios y se adhirieran apasionadamente a los fines del gabinete actual. En algún momento indeterminado del futuro, el gabinete perderá una elección y el próximo grupo de políticos gobernantes depurarán responsabilidades de aquellos burócratas que se hubiesen comprometido ostensiblemente con la ideología del régimen previo (Ackerman, 2000, p. 695).

Una administración moderna además de profesional, robusta y eficiente ha de ser *autónoma*. Esta es la administración que crearon, tal vez antes que nadie en la modernidad, Francia y la Alemania unificada en la segunda mitad del siglo XIX.<sup>26</sup> Ha de reclutar a sus miembros a través del mérito y la capacidad, ha de ser meritocrática.<sup>27</sup>

#### **4. En condiciones menos favorables: *getting to Colombia***

Sin embargo, ¿qué sucede en condiciones menos favorables? Por ejemplo, México cuenta con más de 10 millones de personas, casi el 10% de la población, según estadísticas oficiales,<sup>28</sup> en situación de pobreza extrema (personas que viven con ingresos inferiores a los 2 dólares diarios). Y, por otro lado, México cuenta con una Constitución, más después de la reforma de 2011 incluida la reforma del amparo, que protege jurisdiccionalmente algunos derechos sociales básicos. Por ejemplo, el artículo 4, en su epígrafe tercero, establece: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”.

Mientras tanto el gasto público de México, como sabemos, no llega ni siquiera al 30% de su PIB y, aún peor, el gasto social no llega al 12% del PIB –uno de los más bajos de los países de la OCDE- (mientras el de la mayoría de países de la UE está entre el 20% y el 30% del PIB).

---

<sup>26</sup> En la antigüedad (véanse las interesantes reflexiones de Fukuyama 2011 al respecto) fue el Imperio chino el que usó la meritocracia para generar su legendaria administración imperial. España imitó, aunque sólo parcialmente, a Francia en el siglo XIX, creando algunos cuerpos de funcionarios de élite y reemprendió dicha labor en un proceso de modernización que se remonta a los años cincuenta del pasado siglo, durante la dictadura franquista. Véase para las dos etapas Nieto (1996) y Nieto (1976, 1977, 1978) respectivamente.

<sup>27</sup> Véase recientemente Ramió (2015: cap. 4).

<sup>28</sup> <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.

¿Cómo, en estas más que desfavorables circunstancias, pueden el poder legislativo, el ejecutivo y la justicia constitucional colaborar para honrar mínimamente los derechos sociales? Como hemos visto, y dado que para Rawls un mínimo social es un elemento constitucional esencial, constitucionalizar los derechos sociales es una opción legítima. Una opción legítima que permite remedios para los casos flagrantes de inobservancia, una opción que activa lo que (Ferrajoli, 2007, p. 96-197, 668-695) ha denominado las “garantías secundarias”, una parte por lo tanto de la teoría no-ideal. Lo ideal es que los derechos sociales sean implementados mediante lo que Ferrajoli denomina “garantías primarias”, es decir aquellas medidas legislativas que la Constitución requiere y que empoderan a la administración para llevarlas a cabo. Claro, para ello hace falta disponer de una administración apta para dichos fines y una administración empobrecida y clientelar, desde luego, no lo es.

¿Pero qué ocurre, entonces, cuando una Constitución reconoce algunos derechos sociales y otorga a los ciudadanos legitimación activa para demandar su protección y, no obstante, la administración es incapaz de proveer los servicios que los ciudadanos reclaman? En el capítulo X del libro, Gargarella (2015) comenta favorablemente la introducción de un control de constitucionalidad activado por los ciudadanos, a partir de los años noventa, en Costa Rica y Colombia.

En el caso de Colombia fue a partir de la Constitución de 1991 que se estableció un control de la constitucionalidad apto para la protección de los derechos, incluidos los derechos sociales. La protección que otorga la *tutela*, de fácil activación ante cualquier Tribunal, ha permitido mediante el impulso de la Corte Constitucional generar una práctica de protección jurisdiccional activa y sólida. Dos ideas han sido claves en este proceso (Uprimny, 2014, p. 72): en primer lugar, la idea de la ‘conexidad’, de acuerdo con la cual dado que los derechos sociales (así el derecho a recibir determinados medicamentos) están vinculados con los derechos civiles (en este caso con el derecho a la vida), entonces cabe su protección jurisdiccional, y en segundo lugar, y con mayor determinación, la vinculación de los derechos sociales con la dignidad humana. Como nos recuerda Uprimny (2006): “Es claro que la intervención activa de la Corte al desarrollar los derechos sociales no habría sido necesaria si los otros actores políticos hubiesen realizado su tarea” (p.131). De este modo, Uprimny nos muestra como esta tarea de la Corte forma parte de la teoría no-ideal, como se trata de activar una garantía secundaria, porque fallaron las garantías primarias.

Tal vez los casos más conocidos sean los de la protección de la salud, que comportan un claro coste económico para el Estado, y por ello ha abierto una gran controversia sobre la oportunidad

del activismo judicial en este ámbito.<sup>29</sup> Sin embargo, por ejemplo, dado que la Constitución colombiana establece en su artículo 44, primer epígrafe:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Constitución Política, 1991).

Entonces parece razonable obligar a proporcionar la asistencia médica necesaria a los niños con parálisis cerebral, como estableció la Corte (Sentencia T-408/2011).

Pero pensemos en otros casos en donde la colaboración entre la Corte, los responsables administrativos de las políticas públicas y las organizaciones de la sociedad civil establecieron una fructífera colaboración. Me refiero (Uprimny, 2014, p. 86-87) a la tragedia del desplazamiento forzado de personas como causa de la violencia. En la sentencia T-025/2004, la Corte declaró este estado de cosas “inconstitucional” y ordenó el diseño e implementación de un programa tendente a corregir los fallos que condenaban a la miseria a millones de personas. Es un proceso que ha continuado hasta ahora, no exento de dificultades como es obvio, pero parece que la decisión de la Corte, en estos casos, está claramente justificada.<sup>30</sup>

Podemos, entonces, decir que el modelo de Colombia consiste en que la Corte trata de determinar cuál es el contenido esencial de los derechos sociales constitucionalmente protegidos y, de acuerdo con ello, establece el perímetro de protección jurisdiccional. Pero lo hace en diálogo con el poder legislativo y el poder ejecutivo para que diseñen los instrumentos más adecuados para alcanzar su fin.

## 5. Los presupuestos de la democracia constitucional

Mi contribución no debe ser leída como una objeción al constitucionalismo igualitario de Roberto Gargarella. Adhiero a dicho modelo. Considero que una democracia constitucional realmente comprometida con sus tres vértices, los derechos básicos, la *rule of law*, y la democracia es un

---

<sup>29</sup> Según Uprimny (2006: 134) los costes adicionales del Estado como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este ámbito pasaron de 2 millones de dólares en 1998 a 7 millones en 1999.

<sup>30</sup> No todos los casos de actuación de la Corte pueden ser considerados igualmente felices. Por ejemplo (Uprimny 2014: 83-86), la Corte decidió (C-383/1999, C-747/1999 y C-700/1999), para proteger el derecho a la vivienda, ordenando reconsiderar todos los créditos hipotecarios de un sistema de financiamiento para la adquisición de la vivienda, que se vieron aumentados astronómicamente por una gran recesión y por una modificación del modo de cálculo de la deuda establecida por la autoridad monetaria. Como consecuencia, introdujeron mucha rigidez en el mercado hipotecario lastimándolo y, al parecer, sólo sirvió para rescatar los préstamos hipotecarios de la clase media, dejando a los más desfavorecidos desamparados.

sistema político y social que honra y respeta la igualdad. Es más, considero como Roberto que la aptitud de un sistema concreto para alcanzar la igualdad es un buen *test* de calidad de las democracias constitucionales.

Mi contribución debe ser leída como un complemento a dicho ideal, como la sugerencia de aceptar que entre los presupuestos de la democracia constitucional se halla el de disponer de una administración eficiente, profesional, robusta y autónoma.

En el capítulo VIII del libro Gargarella se refiere a cómo han de gestionarse aquellos cambios en el diseño institucional que, necesariamente, provocan otros cambios y que pueden hallarse en tensión. Refiriéndose a su maestro Carlos Santiago Nino nos lo dice así:

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. 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. 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, 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 [notas omitidas].

Y esta desconfianza hacia el poder judicial recorre también parte de la obra del propio Gargarella (véase Gargarella 1996 y la respuesta a mi defensa del control de constitucionalidad –Moreso 1998- en Gargarella 1998). Pues bien, esta es mi propuesta: una democracia constitucional presupone un Estado con una administración robusta, profesional, eficiente y autónoma. Sólo así el ideal de la igualdad se dibuja como accesible en nuestros diseños institucionales. En condiciones más favorables, ello puede hacerse (como sucede en Europa occidental en general) sin la participación del poder judicial. En condiciones menos favorables, sin embargo, es necesario acudir a lo que el propio Roberto denomina (refiriéndose a Costa Rica y Colombia en el cap. X de Gargarella 2015) “reformas *sigilosas, localizadas y bien dirigidas*, que dan cuenta de la importancia, y de la posibilidad efectiva, de llevar a cambio modificaciones de peso en la ‘sala de máquinas’ de la Constitución”. Es decir, decisiones judiciales que tiendan la mano a las otras dos ramas del gobierno y las empujen a colmar las lagunas que su diseño institucional tiene a la hora de satisfacer las necesidades sociales.

Sólo con un sistema tributario bien diseñado y con una administración apta para llevar a cabo las funciones que le son propias es posible construir una sociedad bien ordenada. En dicha sociedad, con una Administración profesional e imparcial, será más difícil que se extiendan las prácticas de corrupción que, a menudo, atenazan las democracias latinoamericanas.<sup>31</sup> Entre los fundamentos de una república regida por el bien común se halla, sin duda, una Administración robusta e independiente, una coraza contra las prácticas corruptas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce (2000): 'The New Separation of Powers', *Harvard Law Review*, 113: 642-724.

BARRY, Brian (1995): 'John Rawls and the Search of Stability' *Ethics* 105: 874-915.

BAYÓN, Juan Carlos (2004): 'Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo' en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 67-118.

COHEN, Gerald (2008): *Rescuing Justice and Equality*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

ESPING-Andersen, Gosta (1990): *The Three Models of Welfare Capitalism*, (Cambridge: Polity Press).

FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I (Roma-Bari: Laterza).

FRADERA, Josep M. (2015): *La Nación Imperial (1750-1918)*, 2 tomos, (Barcelona: Edhasa).

FUKUYAMA, Francis (2011): *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*, (London: Profile Books).

FUKUYAMA, Francis (2014): *Political Order and Political Decay. From the Industrial revolution to the Globalization Democracy* (London: Profile Books).

GARAVAGLIA, Juan Carlos (2007): *Construir el Estado, inventar la nación: el Río de la Plata, siglos XVIII-XIX*, (Buenos Aires: Prometeo).

---

<sup>31</sup> De manera que en 2016, un 61% de los colombianos consideran que la corrupción se ha incrementado en su país.

[https://elpais.com/internacional/2017/10/16/colombia/1508167539\\_278882.html](https://elpais.com/internacional/2017/10/16/colombia/1508167539_278882.html).

Véase, sobre todo ello, un buen diagnóstico y algunas interesantes vías de salida en Malem (2017).

GARAVAGLIA, Juan Carlos (2015a): *La disputa por la construcción nacional argentina. Buenos Aires, la Confederación y las provincias, (1850-1865)*, (Buenos Aires: Prometeo).

GARAVAGLIA, Juan Carlos (2015b): *Población y sociedad argentina, (1830-1880)*, (Barcelona: Random House).

GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press).

GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, (Barcelona: Ariel).

GARGARELLA, Roberto (1998): 'Il ruolo dei giudici di fronte al 'terreno proibito'', *Ragion Pratica*, 10: 65-73.

GARGARELLA, Roberto (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós).

GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism, 1810–2010. The Engine Room of the Constitution*, (Oxford: Oxford University Press).

GARGARELLA, Roberto (2015): *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, (Buenos Aires: Katz).

GARGARELLA, Roberto; Ovejero, Félix (2001): 'Introducción: el socialismo, todavía' en R. Gargarella, F. Ovejero (comps.), *Razones para el socialismo* (Barcelona: Paidós).

MALEM SEÑA, Jorge (2017): *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, (Madrid: Marcial Pons).

MARTÍ, José Luis (2006): *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid: Marcial Pons).

MARTÍ, José Luis; Pettit, Philip (2010): *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, (Princeton: Princeton University Press).

MEADE, J.E. (1964): *Efficiency, Equality and the Ownership of Property*, (London: George Allen & Unwin).

MICHELMAN, Frank (1975): 'Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*' en N. Daniels (ed.), *Reading Rawls*, (Oxford: Basil Blackwell), 319-347

MICHELMAN, Frank (2005): 'Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law' en S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, (Cambridge: Cambridge University Press), 394-425.

MORESO, J.J. (1998): 'Diritti e giustizia procedurale imperfetta' *Ragion Pratica*, 10: 13-40.

MORESO, J.J. (2009): *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons).

MORESO, J.J., MARTÍ, José Luis (2003): 'La constitucionalización del principio de la diferencia'. *Revista de ciencias sociales*, 47 (2003): 545 – 574.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas (2002): *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, (Oxford: Oxford University Press).

NIETO, Alejandro (1976): 'De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo (I)', *Revista española de Derecho administrativo*, 11: 567-583.

NIETO, Alejandro (1977): 'De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo II)', *Revista española de Derecho administrativo*, 15: 573-588.

NIETO, Alejandro (1978): 'De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo', *Revista española de Derecho administrativo*, 18:359-366.

NIETO, Alejandro (1996): *Los primeros pasos del estado constitucional: la historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, (Barcelona: Ariel).

NINO, Carlos S. (1993), 'Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America', en D. Greenberg, S.

KATZ, B. Oliveiro and S. Wheatle (eds.), *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*, (Oxford: Oxford University Press).

KATZ, B. Oliveiro and S. Wheatle (1996), 'Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina', en A. Liphart and C. Waisman (eds.), *Institutional Design in New Democracies*, (New York: Westview Press).

OKIN, Susan Moller (1995): 'Review of *Political Liberalism*', *American Political Science Review* 87: 1010-1011.

O'NEILL, Martin (2012): 'Free (and Fair) Markets without Capitalism: Political Values, Principles of Justice, and Property-Owning Democracy', en M. O'Neil, T. Williamson (eds.); *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, (Oxford: Willey-Blackwell). 75-100.

O'NEILL, Martin; Williamson, Thad, (eds.) (2012): *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, (Oxford: Willey-Blackwell).

QUERALT, Jahel (2013): 'The Place of the Market in a Rawlsian Economy', *Analyse & Kritik*, 35: 121-140.

RAMIÓ, Carles (2015): *Administración Pública y Crisis Institucional. Estrategias De Reforma E Innovación Para España Y América Latina*, (Madrid: Tecnos).

RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

RAWLS, John (1993): *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press).

RAWLS, John (1999a): *Collected Papers*, S. Freeman ed., (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

RAWLS, John (1999b): *A Theory of Justice*, second edition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

RAWLS, John (2000): *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Barbara Herman ed., (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

RAWLS, John (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*, E. Kelly ed. (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

SCHMIDTZ, David (2011): 'Nonideal Theory: What It Is and What It Needs to Be', *Ethics*, 121: 772-96.

SEN, Amartya (2009): *The Idea of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

SIMMONS, A. John (2010): 'Ideal and Nonideal Theory', *Philosophy & Public Affairs* 38: 5-36.

TOMÁS Y Valiente, Francisco (1983): *Manual de Historia del Derecho español*, (Madrid: Tecnos).

TUSHNET, Mark (2009): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press).

UPRINMY, Rodrigo (2006): 'The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates', en R. Gargarella, P. Domingo, T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, (Aldershot: Ashgate), cap. 6.

UPRINMY, Rodrigo (2014): 'La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada', en M. Cervantes Alcayde, M. Silvia. Emanuelli, O. Gómez Trejo, A. Sandoval Terán, (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM), 65-89.

VALENTINI, Laura (2012): 'Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map', *Philosophy Compass*, 7: 654-64.

WALDRON, Jeremy (1993): 'John Rawls and the Social Minimum' en J. Waldron, *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991* (Cambridge: Cambridge University Press), 250-270.

WANG, Daniel Wei L.; PRIVATTO, Priscila (2014): 'Book Review: Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2013)', *International Constitutional Law*, 12: 256-271.

WILLIAMS, Bernard (2003): 'A Fair State. Review of John Rawls, *Political Liberalism*', *London Review of Books*, 15, n.9, 13 May 1993: 7-8.