

# Neoconstitucionalismo y reforma estructural

## Operatividad para garantizar derechos desde la perspectiva del poder judicial



*Julieta Martínez Molto\**

En este trabajo intentaré demostrar que el neoconstitucionalismo y la reforma estructural tienen relación directa y conceptualmente persiguen el mismo fin: el pleno ejercicio de derechos constitucionales. A partir del desarrollo de estos conceptos centraré el análisis desde el rol del Poder Judicial y su función teniendo en cuenta los cuestionamientos referidos a la división de poderes y las posibles intromisiones de las decisiones de los tribunales.

¿Podríamos hablar de reforma estructural si no existiera el neoconstitucionalismo como corriente jurídica?, ¿es la reforma estructural una de las formas de llevar a la práctica el neoconstitucionalismo?, ¿es el neoconstitucionalismo el que le da más protagonismo al Poder Judicial o es el ordenamiento jurídico el que le exige al Poder Judicial mayor protagonismo en la interpretación de los derechos humanos?, ¿son las decisiones judiciales cuando tratan de derechos sociales, económicos y culturales una amenaza a la división de poderes? A lo largo de este trabajo procuraré contestar estas preguntas.

### El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica-doctrinaria que surge después de la Segunda Guerra Mundial, “que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años” (Santiago, 2008: 3). El constitucionalista mexicano Miguel Carbonell propone

\* UBA - UNPAZ.

desarrollar el concepto partiendo de tres niveles de análisis (Carbonell, 2018): 1) Un nuevo modelo de constitución. Constituciones materializadas, con normas materiales de actuación de los poderes del Estado. Se convierten también en catálogos de los derechos fundamentales. Estas nuevas constituciones son materia de análisis del neoconstitucionalismo. 2) La forma de interpretar los textos constitucionales. En las constituciones “materializadas” existen muchos principios que requieren técnicas de interpretación como la ponderación del derecho, principio de proporcionalidad, principio *pro homine*. 3) Implica una nueva teoría del derecho, una nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico. No solo se trata de la tarea descriptiva que debe realizar el jurista sino también de una dimensión prescriptiva, el jurista debe señalar lo que el derecho debe ser en el marco de las antinomias que se presentan en el sistema o de las lagunas del derecho, en sistemas con mandatos constitucionales de leyes que deben existir y no siempre se encuentran. Implica una interpretación más sofisticada.

Partiendo del concepto de que las constituciones surgidas después de la Segunda Guerra Mundial amplían el espectro de derechos, es claro que el rol de cada órgano del Estado debe adaptarse al nuevo ordenamiento.

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales (Santiago, 2008: 13).

Se podría afirmar, entonces, que frente a un nuevo esquema de derechos, frente a una nueva mirada social y cultural de la humanidad que se materializa a través de las constituciones, cada poder del Estado debe cumplir con los mandatos constitucionales y desde el cumplimiento de esos mandatos y reconocimientos de derechos actuar en el marco de sus facultades. Si el positivismo analizaba el derecho desde la perspectiva de la validez del ordenamiento jurídico y el neoconstitucionalismo suma al análisis la validez desde la perspectiva del cumplimiento de los derechos humanos, es entonces en función de un contexto histórico-social que define un nuevo modelo que reconoce derechos y los plasma en los textos constitucionales.

El jurista latinoamericano Miguel Carbonell plantea tres niveles desde donde conviene analizar el neoconstitucionalismo. Estos son 1) Los textos constitucionales (aquellos textos que surgen después de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad. El autor cita varios ejemplos de Europa y Latinoamérica teniendo en cuenta las reformas constitucionales de los últimos 35 años en América Latina). 2) Desarrollos teóricos (desarrollo y análisis de la ciencia jurídica). 3) Prácticas jurisprudenciales, nivel que desarrollaré con detenimiento a continuación.<sup>1</sup>

Prácticas jurisprudenciales. El autor afirma que

---

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel (09/05/2011) [http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/view/101](http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/101)

en parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. [Los jueces] han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.<sup>2</sup>

A partir de estos nuevos textos muchos valores se encuentran constitucionalizados, a diferencia, por ejemplo, de los textos más antiguos como es la Constitución de Filadelfia (1787), que simplemente no tenía derechos en su texto (Carbonell, 2020).

El jurista y filósofo español Manuel Atienza plantea que en el centro del debate jurídico se encuentran dos cuestiones que involucran la jurisdicción, el neoconstitucionalismo y el activismo jurídico. Considera que el neoconstitucionalismo parte de un error conceptual. El error conceptual parte de olvidarse del carácter autoritativo del derecho, y que a partir del neoconstitucionalismo los jueces creen que se pueden olvidar de las fuentes y dirigirse directamente a la Constitución; en ella encuentran siempre algún artículo que se acomode a su pensamiento y que le sirve para defender puntos de vista diferentes a los que se encuentran en los códigos o en otras fuentes del derecho. Según Atienza, quienes siguen esta corriente creen que el derecho consiste solamente en principios y que se pueden entender de cualquier manera, que en el derecho no hay límites. Neoconstitucionalismo y activismo judicial van de la mano, el activismo judicial atenta contra la división de poderes (Atienza Rodríguez, 2020). En mi opinión, el argumento que da es de carácter netamente ideológico y sin relevancia a los fines de este trabajo.

Los jueces toman gran relevancia, dado que el ordenamiento jurídico debe estar garantizado. Y aquí viene la discusión relativa a la división de poderes y a la intromisión que se puede dar por parte del Poder Judicial. El incumplimiento normativo o el abuso de poder se pueden dar más allá de la corriente en la que estemos situados. El sistema no es perfecto. Es por esto mismo que existen normas y reglas que controlan y ponen límites. Analizando desde el texto constitucional argentino, habiéndose obligado el Estado en diversos tratados internacionales, el control por parte del Poder Judicial es un eslabón más del funcionamiento institucional (entre otros) para que el Estado no incurra en responsabilidad-internacional-frente-a-eventuales-incumplimientos. Ahora bien, la pregunta que surge es, ¿se ve alterada la división de poderes frente a un poder judicial que forma parte de un sistema donde se deben garantizar y proteger determinados derechos, o es el neoconstitucionalismo una corriente que obliga también a garantizar esos derechos con especial atención a la división de poderes? Supongamos el-siguiente--caso: el derecho a la salud, es un derecho reconocido en la Constitución Nacional. Un ciudadano recurre al Poder Judicial por no ver garantizado su acceso a un tratamiento médico; si el Poder judicial no respondiera, ese ciudadano, que recurre a tribunales porque ve uno de sus derechos fundamentales afectado, como consecuencia podría encontrar como resultado extremo la muerte. Si en cambio el Poder Judicial responde y ordena al Ejecutivo una respuesta, podría ser analizado como una intromisión por parte de un poder a otro en cuanto a la decisión de Gobierno o como una respuesta al ciudadano que como resultado podría evitar

2 Carbonell, Miquel (09/05/2011) [http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/view/101](http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/101)

la muerte. Pero, a la misma vez, pensando al Ejecutivo como administrador de recursos escasos, podría interpretar como un entorpecimiento a la acción judicial. Sin embargo supongamos que por la escasez de recursos materiales la administración no otorgaba el tratamiento, ¿qué alternativa tiene el ciudadano más que recurrir al Poder Judicial que frente a la Constitución Nacional, no solo debe ser la última instancia para ver ese derecho garantizado, sino también que en función de esa Constitución encuentra su ámbito de acción y facultades? Si el neoconstitucionalismo se da a partir de nuevas constituciones con mayores derechos y valores en el marco de la división de poderes y del normal funcionamiento de la república, cada cual debe cumplir su rol en un sistema que se complementa a partir de lo que política y socialmente se ha decidido plasmar en el texto constitucional. Para que esos derechos reconocidos no sean meramente declarativos es necesario que exista justamente división de poderes. La posible intromisión que pueda ejercer el Poder Judicial, ya sea con medidas del Poder Ejecutivo o declarando inconstitucional una ley dictada por el Poder Legislativo, deberá ser resuelta no solo por la vía institucional sino también y principalmente desde la política.

En el texto “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales” de Abramovich y Courtis (2008: 973), los autores contraponen la “teoría tradicional”, que considera a los derechos sociales como normas programáticas que no reconocen derechos, que no son justiciables. En el texto los autores desarrollan la línea de argumentación tradicional la cual plantea que los derechos sociales (ej. prestaciones de salud, vivienda, educación) “establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o de hacer”. Más allá de que la crítica al neoconstitucionalismo no parte de la base de la erogación de fondos, en muchos casos el cumplimiento de la resolución judicial podría significarlo, como podría ser garantizar el tratamiento médico antes mencionado o yendo a un caso concreto de la CSJN<sup>3</sup> donde el máximo tribunal ordena al Gobierno de la Ciudad otorgar alojamiento a una madre y su hijo con discapacidad, la cuestión relativa a los fondos que puede llegar a implicar otorgar derechos frente a un incumplimiento es lo que en definitiva puede afectar el desarrollo de políticas públicas desde una perspectiva presupuestaria. Las críticas que surgen en cuanto a la división de poderes se refieren en parte a que no es facultad del Poder Judicial el diseño de políticas públicas y que el diseño de las mismas se trata de la distribución de la riqueza. En mi opinión, lo pertinente a la distribución de la riqueza tiene que ver con un modelo de Estado y un modelo político económico que suele ser la discusión central en la arena política. Pero en el caso de vulneración de derechos por falta de políticas públicas, por más que no sea función del Poder Judicial diseñarlas, las sentencias que reconocen o garantizan derechos o los protegen en caso de obligar al Estado a no realizar determinada acción no desarrollan políticas públicas, simplemente resguardan. Si se afirmara que el neoconstitucionalismo aplicado desde el Poder Judicial entorpece el desarrollo de mejores políticas públicas, se está diciendo que esta corriente interfiere en mayor o menos medida en la garantía y protección de los derechos humanos.

---

3 “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”

## La reforma estructural

Se denomina reforma estructural al modelo de función judicial donde los tribunales desarrollan instrucciones, “remedios”, una vez se han convencido de los “méritos del planteo del demandante” (Thea, 2012: 15). Surgen como solución a la hora de dar respuesta frente al incumplimiento en el ejercicio o garantía de derechos constitucionales cuando las medidas judiciales clásicas no sean suficientes para dar respuestas a temas de difícil solución (Thea, 2012: 15).

La reforma estructural es una forma de intervención judicial con el fin de satisfacer derechos, principalmente, económicos, culturales y sociales. Owen Fiss la define como

un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones (Basch, 2010).

La afectación de derechos económicos, sociales y culturales afectan derechos individuales o colectivos que requieren de una solución colectiva, “ya sea por la indivisibilidad del remedio o por razones de escala, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requiere, en general, de soluciones necesariamente colectivas” (Thea, 2012: 15).

Este remedio se sitúa en la noción de que la función del juez no es únicamente la de resolver conflictos, se plantea la intervención judicial para la satisfacción de derechos ejerciendo un rol propositivo y de armonización con los otros diferentes órganos del Estado.

Así, a diferencia del modelo de resolución de conflictos, el centro de atención del litigio estructural no está constituido por incidentes o transacciones particulares, ya que su objeto primigenio se centra en una condición social que amenaza valores constitucionales importantes y en la dinámica organizacional que, por acción o por omisión, crea y/o perpetúa tal condición (Thea, 2012: 16).

El juez se encuentra frente a una situación que le exige mayor proactividad dado que por el rol que ocupa no cuenta con toda la información pertinente al tema en cuestión; es allí donde no solo las partes deben hacer su aporte, sino también el juez debe investigar y sumar herramientas para poder tomar la decisión más adecuada.

Las características principales de este tipo de medidas, tal como cita Federico Thea a Owen Fiss en el texto *La reforma estructural en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* son: a) La negociación entre las partes en el litigio; b) El carácter continuado, provisional y fluido de

la intervención judicial; y c) La transparencia del proceso de adopción de estas medidas. El autor aclara también que la intervención del Poder Judicial a través de litigios no es la única forma para llevar adelante reformas estructurales, en el texto se hace referencia al movimiento Law and organizing, el cual plantea que no es suficiente para la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales la intervención judicial. En este trabajo me centro únicamente en el análisis de la cuestión judicial.

Ahora bien, ¿en qué se sustenta esté accionar judicial? Uno de los casos emblemáticos de reforma estructural se da en Estados Unidos con resoluciones de la Corte Suprema en el caso “Brown v Board of education” entre los años 50 y 60. Este caso surge a partir de la segregación racial que se daba en ese país. Segregación institucionalizada, avalada por la legislación de varios Estados norteamericanos y que años antes había sido avalada por la misma Corte Suprema. El tribunal a través de “Brown I” y “Brown II” establece una serie de medidas que debe tomar y revisar el Estado local dado que declara inconstitucional la segregación por motivos raciales. Nos encontramos frente a un caso de violación de derecho (derecho a la igualdad) donde el poder judicial toma medidas para revertir esta situación. Se entiende que los tribunales encuentran amparo para resolver de esta manera en el mismo ordenamiento jurídico.

No se trata únicamente de la violación de determinados derechos sino de cuál es el rol del Poder Judicial frente a esa violación y qué herramientas tiene para resolverla. Dice la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci

La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende de su justiciabilidad, por lo que es imprescindible que quienes dirigen juicios que los involucren actúen con creatividad y pleno respeto de las garantías del debido proceso, para encontrar las vías que aseguren la plena vigencia de ellos en las causas en trámite, estableciendo los procedimientos a seguir, ante la falta de determinación por el legislador (Kemelmajer de Carlucci, 1995: 50).

## **Relación entre el neoconstitucionalismo y la reforma estructural**

Si el neoconstitucionalismo le da mayor actividad al Poder Judicial, la reforma estructural (también conocida como litigio estructural) es una consecuencia de esta corriente. Frente a situaciones de falta de políticas públicas que afectan derechos, ejemplo plan de vivienda, o de afectación del derecho a “gozar de un ambiente sano” (art. 41 de la CN), los tribunales se ven obligados por el mismo ordenamiento a “ser creativos” y encontrar soluciones. Es el mismo sistema, como mencionaba antes, que debe garantizar que el funcionamiento se dé armoniosamente y son esos mismos textos constitucionales los que dotan de herramientas a los poderes del Estado para que se dé ese funcionamiento.

La intromisión del Poder Judicial o la llamada judicialización de la política de quienes critican el activismo judicial que surge a partir de estos conceptos no tienen que ver con la protección de derechos constitucionales; cuando una sentencia judicial resguarde derechos, en el marco del debido proceso, la “intromisión” está avalada por la misma Constitución.

Podemos afirmar, entonces, que como corriente el neoconstitucionalismo viene a plantear el reconocimiento y el pleno ejercicio de derechos. Si el neoconstitucionalismo reconoce más derechos, una nueva forma de analizar a la ciencia jurídica y un accionar específico del Poder Judicial, podemos afirmar que el litigio estructural va en línea con esta corriente. Frente a la necesidad de satisfacer derechos económicos, sociales y culturales, el órgano jurisdiccional tiene la potestad y obligación de interceder para así también encontrar una solución. Alfonso Santiago en su texto cita a Comanducci, quien afirma que existe un “Neoconstitucionalismo de los contrapoderes”, todos los poderes del Estado se deben articular para “que las actividades del legislativo y del judicial [y agregó el ejecutivo] estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución” (Santiago, 2008: 12), el litigio estructural forma parte de esa concretización que debe ejercer el Poder Judicial.

## Conclusión final

Afirma Alfonso Santiago: “existen algunas amenazas teóricas y prácticas que, si se cae en extremos, pueden distorsionar la función judicial”. Hay quienes hablan de una “omnipotencia judicial”, como el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, “Vengan los jueces a salvar el mundo” (Zagrebelky), ambos citados por Santiago donde el autor hace referencia a la “consideración muy elevada de la misión de los jueces” (Santiago, 2008: 13). Coincido que son los extremos siempre peligrosos. Un Poder Judicial supremo que actúe por encima del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en cuanto a la última palabra en relación al cumplimiento de derechos humanos puede ser peligroso, y altera el espíritu de la república. Es del mismo modo peligroso un Poder Ejecutivo que no lleve adelante políticas que cumplan con garantizar derechos básicos, sin ser sometido a ningún tipo de control. Como lo es también peligroso un Poder Legislativo inactivo o que no formule legislación que articule o dote de herramientas a los otros poderes para hacer operativa desde el marco legal a la Constitución. Hemos visto a lo largo de este trabajo que las reformas estructurales se pueden dar desde el Poder Judicial, los textos que han sido consultados como fuente permiten concluir que debe ser articulado el accionar estatal. El neoconstitucionalismo nos permite analizar y estudiar las acciones administrativas, judiciales y legales a los fines de mejorar y encontrar soluciones a problemas de injusticias y desigualdad que surgen en las sociedades, tanto en el pasado como en el presente y posiblemente en el futuro.

## Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2008). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Atienza Rodríguez, M. (31 de enero de 2020). Neoconstitucionalismo y activismo judicial [video] Recuperado de [https://youtu.be/K4v\\_Jy3XvDU?si=tnc8E5xalZZZaQ83](https://youtu.be/K4v_Jy3XvDU?si=tnc8E5xalZZZaQ83)

Basch, F. (2010). Breve introducción al litigio de reforma estructural. Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural”, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

Carbonell, M. (22 de enero 2018). ¿Qué es el Neoconstitucionalismo? [video]. YouTube. Recuperado de <https://youtu.be/l6XmEfzaFGI?si=Gpmg6hnY-BY25JaP>

Carbonell, M. (24 de septiembre de 2020). De qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo. [video]. Recuperado de [https://youtu.be/a6cZwoy6F3E?si=zqq\\_W8xTUs2fTSxR](https://youtu.be/a6cZwoy6F3E?si=zqq_W8xTUs2fTSxR)

Kemelmajer de Carlucci, A. (1995). *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.

Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Thea, F. G. (enero de 2012). La reforma estructural en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de la Administración Pública RAP*. Id SAIJ: DACF150684