

## CONTENIDO

|                      |    |
|----------------------|----|
| NOTA PRELIMINAR..... | 9  |
| PRÓLOGO.....         | 13 |

### INTRODUCCIÓN

|                                                                                           |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| EL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADOR<br>Y LAS TENTACIONES AUTORITARIO-POPULISTAS ..... | 21 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### CAPÍTULO I

#### LAS TRES CARAS DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y LAS TENSIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

|                                                                                                                                                                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. LAS TRES TEORÍAS QUE EXPLICAN EL DERECHO CONSTITUCIONAL<br>TRANSFORMADOR EN HISPANOAMÉRICA Y LA INFLUENCIA DEL<br>CONSTITUCIONALISMO EUROPEO. LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL,<br>LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES COMO DERECHOS<br>PRESTACIONALES Y EL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... | 50 |
| 2. LAS TENSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR CON<br>EL LIBERALISMO Y LOS MECANISMOS DE MERCADO. LOS RIESGOS DE LA<br>VISIÓN ESTATISTA DE LOS MANDATOS DE TRANSFORMACIÓN Y SU<br>REINTERPRETACIÓN DESDE LA CENTRALIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA<br>Y EL BIEN COMÚN.....                  | 71 |

### CAPÍTULO II

#### LA FRAGILIDAD ESTATAL EN HISPANOAMÉRICA Y EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR FALLIDO

|                                                                                                                                                                                                                         |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. CAPACIDAD ESTATAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN<br>DESDE EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR. A PROPÓSITO<br>DE LA CULTURA DE INCUMPLIMIENTO Y LAS “NORMAS VITRINA”. EL<br>DERECHO TRANSFORMADOR FALLIDO..... | 86 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

2. CONTROL JUDICIAL Y FRAGILIDAD INSTITUCIONAL. LOS RIESGOS DEL ACTIVISMO JUDICIAL. PROPUESTAS DESDE LA REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD ..... 105

### CAPÍTULO III

#### LA TENTACIÓN AUTORITARIO-POPULISTA Y LA FRAGILIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADOR

1. LOS RIESGOS DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ABUSIVO EN HISPANOAMÉRICA: CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DERECHO CONSTITUCIONAL AUTORITARIO-POPULISTA, DESEQUILIBRIOS MACROECONÓMICOS Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. LA IMPORTANCIA DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA ..... 128
2. EL EJEMPLO DE VENEZUELA: LAS DESVIACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL AUTORITARIO-POPULISTA. .... 141

### CAPÍTULO IV

#### REPENSANDO EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL BIEN COMÚN

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y LOS RIESGOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESTATISTA. DE NUEVO SOBRE LA CENTRALIDAD DE LA DIGNIDAD HUMANA, EL BIEN COMÚN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO EFECTISTA. .... 154
2. CUATRO NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSFORMADOR BASADOS EN LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE CAPACIDADES ESTATALES EN EL ESTADO ADMINISTRATIVO. EL EJEMPLO DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA OPINIÓN CONSULTIVA N° 32-25..... 167

### A MODO DE CONCLUSIÓN

- SUPERANDO LA “MENTIRA” DEL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR ..... 189

- BIBLIOGRAFÍA ..... 195

## PRÓLOGO

Con gratitud y orgullo asumo el privilegio de haber sido nominado por el Profesor José Ignacio HERNÁNDEZ para prologar su brillante trabajo sobre “La Fragilidad del Constitucionalismo Transformador en Hispanoamérica y sus tentaciones autoritario-populistas”, obra que con profundidad y acierto focaliza las serias falencias implícitas en las concepciones que apuntan a una amplia recepción constitucional de Derechos Fundamentales, con absoluto descuido de las condiciones económicas que caben con razonabilidad sustentar su debida concretización real.

El Profesor HERNÁNDEZ, es sin duda uno de los juristas de mayor envergadura y solidez para abordar estos temas, de tanta actualidad, dado que a su severa formación académica en el marco de la constelación jurídica iberoamericana tradicional, añade una clara visión del Derecho Americano, y en especial del “Common Good Constitutionalism”, vertiente actual de la teoría constitucional americana, en los lineamientos del Profesor Adrián Vermeule, extremo que le habilita un enfoque integral del fenómeno de la expansión de los Derechos Fundamentales en su reconocimiento constitucional. Paralelamente, y con especial gravitación en su pensamiento, es profundo conocedor de la estructuración jurídica determinada por el “Administrative State”, elemento sin sucedáneo, para asegurar la concreción eficaz de los Derechos aludidos. Con tamaño acervo de sustentación, se sumerge con fluidez en la vorágine administrativa y constitucional, que implica la notoria disidencia entre la magnitud y amplitud de los Derechos reconocidos constitucionalmente, y su reconocimiento efectivo, extremos que comprende de por sí serias connotaciones que exceden lo jurídico formal, y prefiguran graves derivaciones en la conformación democrática del sistema. Su análisis es vasto, en cuanto se proyecta a todo el espectro constitucional

hispanoamericano de las últimas décadas, y de severa profundidad, dado que no se restringe a lineamientos jurídicos, sino que los considera en función de sus connotaciones formales socio-políticas, y su raigambre histórica; siempre con visión prospectiva, extremo no habitual en la dogmática tradicional. Este marco conceptual, permite configurar a esta obra, pionera en la definición del “target” que nos compete hoy afrontar, para cuya consecución corresponde concatenar tanto lo atinente a Políticas Públicas, como a Ciencias de la Administración con el espectro jurídico, propio del Derecho administrativo y en su contextura constitucional.

La tesis sustantiva del libro, cuyo título ya la prefigura plantea la inhabilidad, de la pretensión de replantear estructuras socioeconómicas por la sola enunciación de mandatos de transformación de rango constitucional y más aún, adicionada a esa falencia, contemplar los riesgos de la generación de condiciones, que amparan proyecciones populistas, por la creciente insatisfacción social, motivada por la excesiva brecha entre la consideración jurídica y la dimensión real. Estas tesis se fundamentan a través de un detallado análisis de sus causales, respaldada por singular bibliografía, entre las cuales emerge relevante, la tensa relación entre la acción privada y la visión estatista de los mandatos de transformación; y también el patente déficit de la capacidad institucional para la satisfacción de Derechos Prestacionales. La perspectiva sustancial, núcleo de la obra, se corresponde a una valoración certera desde la dimensión de las Políticas Públicas, y, por ende, se percibe a la Capacidad Estatal, desde una perspectiva interdisciplinaria, como eslabón esencial de toda solución pragmática evolutiva.

Allende la originalidad del enfoque, es obra de lectura necesaria, para todos aquellos que pretendan integrarse, en una visión moderna de la dogmática, calificable como “Derecho Administrativo Prospectivo”; y de los variados alcances que esta perspectiva habilita, muchos de cuyos elementos merecen específica atención.

En tal sentido, se alerta sobre los riesgos propios del “Préstamo Institucional”, aspecto muchas veces arbitrado en los desarrollos

constitucionales y administrativos. Este trasplante de instituciones, forjadas en instancias históricas diversas, provocan sensibles desajustes que se proyectan en un excesivo acrecentamiento de la aludida brecha entre la definición constitucional y la efectividad de la normativa implicada. Así tal “mimetismo isomórfico” como bien lo alude el autor, al transpolar figuras propias del diseño del Estado Social de Derecho a la órbita latinoamericana, impulsó un fuerte activismo estatal, que, sin los contrapesos ordinarios de la cultura jurídica europea, promovió condiciones abusivas de fácil decantación en desbordes populistas, con el consecuente deterioro democrático. Este constitucionalismo social proyectó al Estado, mandatos positivos de transformación, pero al carecer de la raigambre que conformara límites propios del principio de “interdicción de arbitrariedad”, connaturales a sus contextos originarios, concluyó en consecuencias muy diversas de las pretendidas con su consagración prístina. Además, los riesgos esbozados se acrecientan en tanto las condiciones económico-sociales de los países prestatarios revisten entidad muy inferior, y por ende la insatisfacción social consecuente alienta de por sí esquemas autoritarios-populistas de pronta aceptación. Constituye parámetro de sumo interés, el análisis exhaustivo de este fenómeno de “mimetismo isomórfico”, que el autor afina con sólidas consideraciones jurídicas, e históricas a cuyo tenor puede visualizarse las falencias de dicho enfoque, que sin duda, es también extensible a muchas áreas tradicionales del Derecho Administrativo, en las cuales se exhibe la calidad de “tributario” de un régimen de diverso origen, que se adjudica a un instituto, sin las debidas prevenciones que dicha naturaleza implica en función de la realidad en la cual debe operar, y muy en especial, en una visión prospectiva de la normativa involucrada.

Acápiteme de especial interés, constituyen las agudas reflexiones sobre las calidades de la Función Judicial, ante las notas tan particulares del Constitucionalismo Transformador. Lejos del simplismo de apuntar a la prevalencia del “Poder Judicial”, conforme al Principio de Tutela Judicial Efectiva, el autor incursiona en el abrupto terreno que supone el planteo de un

Estado Prestacional Ampliado, con mandatos constitucionales considerablemente aumentados, orientados a la transformación de condiciones de elevada desigualdad económica y social, pero sin ser dotado del instrumental normativo mínimo adecuado y con extrema vulnerabilidad desde la perspectiva económica. En este Contexto, no se trata solo de predicar la prevalencia del decisorio judicial, como indicaría una interpretación simplista de la doctrina de “División de Poderes”; muy por el contrario, corresponde verificar el marco y alcances de los mismos, en función del objetivo final de consecución de la mejor satisfacción del interés general, con cabal respeto de sus Derechos Fundamentales, en el contexto que la realidad plantea. De ahí, que el autor perfila el concepto de “Interferencia Judicial” al referir a los parámetros correctos que un Activismo Judicial, debe contemplar con cautela, privilegiando la generación de vías integrativas apropiadas, con primacía de la reconsideración del Principio de Progresividad, a través del cual en conjunción con los Principios de Buena Administración cabe arbitrar carriles lógicos de un activismo judicial, que no condicione el ejercicio de la acción estatal, para la consecución efectiva de los objetivos principiales al configurarse mandatos constitucionales tan amplios. Así, la clara visión integral y prospectiva del autor señala con claridad vías hábiles para transitar espacios, en los cuales las estructuras sistemáticas tradicionales, al limitarse en el instrumental adecuado, carecen de la envergadura necesaria para afrontar planteos, que exceden las limitantes de un prisma jurídico exclusivo.

De alta originalidad y de sustancial interés, es la relevancia otorgada al concepto de Capacidad Estatal, no ya como simple corolario de elaboraciones propias del llamado Fortalecimiento Institucional, al cual tanto tiempo y financiamiento han dispensado entes públicos internacionales, con éxitos relativos, sino como entidad esencial en todo proceso normativo orientado a una correcta instrumentación pragmática de Derechos Fundamentales, de raigambre constitucional. La escasa concretización de los postulados del Constitucionalismo Transformador obliga a replantear su estudio “introduciendo la capacidad estatal desde una perspectiva interdisciplinaria”.