

LOS DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL SIGLO XXI

Javier ESPINOZA DE LOS MONTEROS S.*

A mi madre, Cristina Sánchez, por todo.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos sociales como derechos subjetivos*. III. *El Estado social como Estado constitucional*. IV. *Algunas consideraciones sobre los “obstáculos” de los derechos sociales en México*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos, en general, y de los derechos sociales, en particular, representa uno de los debates más acalorados de los últimos tiempos. Pese al alto grado de consenso que se ha mostrado en torno a su reconocimiento y respeto, su desconocimiento sigue siendo un lugar común. Los problemas en este campo son tanto prácticos como teóricos. En cuanto a los primeros, creemos que no se ha consolidado una verdadera cultura de los derechos humanos, y en lo que respecta a los segundos, la concepción teórica de los derechos humanos no ha favorecido su articulación como derechos subjetivos susceptibles de acción judicial.

Se propone en concreto, a propósito de la realización de los derechos sociales, la consolidación de la fórmula del Estado constitucional, ya que a través de dicha organización política se puede lograr una mayor efectividad y alcanzar una sociedad en la que el derecho genere niveles de complejidad compatibles con ella. Concretamente se analizarán aquellos “obstáculos” —culturales, sociales y jurídicos (sustantivos y procesales)— que se encuentran presentes en el constitucionalismo mexicano y han impedido su realización.

* Investigador adscrito a la Dirección de Estudios Históricos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (jespinozams@hotmail.com).

II. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos humanos son facultades de los individuos que imponen vínculos frente a otros sujetos (poderes públicos, grupos sociales y particulares) que se encuentran comprometidos con su respeto. Son pretensiones justificadas,¹ en tanto alegan razones fundadas, pues solo desde esa perspectiva es como se entiende que una exigencia puede ser considerada como derecho y, por tanto, digna de tutela.

La noción de los derechos humanos, tal y como la conocemos en nuestros días, tiene su formulación primigenia en la modernidad; es ahí cuando se configura la idea de un conjunto de prerrogativas inherentes al ser humano —dado que los derechos humanos surgen históricamente como derechos naturales—, anteponiéndose los derechos a las obligaciones.²

Frente a los derechos de libertad o individuales —derechos civiles y políticos— se han venido configurando una serie de prerrogativas que de manera preferente corresponden a los grupos más desfavorecidos dentro de la sociedad, llamados derechos sociales —en el ámbito internacional, derechos económicos, sociales y culturales—. Ciertamente es que con la Revolución francesa se reconoce un conjunto de prerrogativas de carácter social, empero, estas no poseían el carácter reivindicativo que hoy se les atribuye ni se desarrolló un modelo institucional idóneo para su desarrollo (Estado social).

Los derechos sociales, en un sentido genérico, pueden ser caracterizados como un conjunto de expectativas y pretensiones de derechos, bienes y recursos con objeto de satisfacer “necesidades materiales mínimas” de los individuos más vulnerables o desprotegidos de la sociedad. En este sentido, aquellos derechos están estrechamente vinculados con el principio de dignidad de la persona.

Asimismo dichas pretensiones —los derechos sociales— presentan una serie de carencias de tipo conceptual. Estos no son concebidos como derechos, sino, siguiendo el esquema tradicional de derechos subjetivos, se han presentado generalmente como “declaraciones programáticas”, es decir, como líneas de actuación que el Estado tiene que desarrollar y satisfacer a mediano o largo plazos.

Lo anterior ha generado varias consecuencias relacionadas con la noción de Constitución. Si los derechos son una serie de directrices que marcan la actuación del Estado a futuro para la realización de ciertos servicios

¹ Costa, Pietro, “Derechos”, en Fioravanti, Mauricio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derechos*, Madrid, Trotta, 2004, p. 45.

² Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

o prestaciones de ciertos bienes, entonces no constituyen prerrogativas accionables jurisdiccionalmente de manera inmediata, *ipso facto*. Esto significa que en caso de violación sean susceptibles de hacerse valer mediante los mecanismos procesales adecuados ante un órgano jurisdiccional. Es así como la Constitución será cualquier otra cosa menos una norma jurídica susceptible de que sus postulados se apliquen y por tanto contundente en la práctica.

Entre los argumentos que se esgrimen para la negación de estos como verdaderos derechos se encuentra el de que esta clase de derechos requieren para su satisfacción de una importante inversión de recursos con los que el Estado no cuenta. De esta manera, si algunos derechos son dignos de tutela inmediata serían los individuales, ya que requerirían un gasto menor —mínimo— para su satisfacción.

Lo anterior ha llevado, por un lado, a la consideración de que los derechos sociales poseen una estructura diferente a la de los derechos individuales, estos últimos dotados de un *status* superior o preferible. La cuestión es rebatible debido a que todos los derechos tienen una estructura genética común, es así como a los derechos humanos en general les es imputable la caracterización de “indivisibilidad e interdependencia”; lo cual se puede traducir en la superación del viejo encasillamiento de los derechos humanos en generaciones,³ que por cierto tiene su origen en el clásico ensayo de Thomas Marshall, *Ciudadanía y clase social* (1950), cuya utilidad, aunque radica en una mera cuestión didáctica, puede llevar a confusiones. Esto es así porque el desarrollo de los derechos no se presenta de manera lineal, como si estos fueran surgiendo de acuerdo con un esquema de clasificación rígido, y no de manera espontánea conforme con las necesidades que va desarrollando la sociedad. Como bien ha observado Jack Donnelly,⁴ la noción de generaciones no es aplicable a los derechos humanos porque resulta contradictorio con el concepto de generación, debido a que resultaría anacrónico contemplar aquellos derechos que surjan posteriormente a la etapa histórica en la que se conformó una determinada generación. Por ejemplo, el derecho a la información, que es de corte individual, ha sido incorporado a los textos constitucionales de manera reciente.⁵

³ Un nuevo enfoque para el estudio de los derechos humanos es el de su análisis a través de los cuatro niveles del discurso, véase Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004, pp. 287-292.

⁴ Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales. En la teoría y en la práctica*, México, Gernika, 1998.

⁵ Sobre este punto son sugerentes las observaciones de Peter Häberle: “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Por otro lado, habría que aducir que “todos” los derechos individuales, políticos y los de carácter social implican una importante destinación de recursos por parte de los poderes públicos. Si bien es cierto que en los derechos sociales se acentúa en mayor medida esta situación, pues, como se dijo son derechos a prestación, también exigen, como los derechos individuales, una función omisa —de no hacer o abstenerse— por parte de los particulares o el Estado, por ejemplo, que este no intervenga con objeto de obstaculizar el derecho a la educación de un determinado individuo, como cuando se niega injustificadamente a expedir el título profesional una vez que alguien ha concluido satisfactoriamente sus estudios y acreditado su examen profesional.

Por su parte, derechos como la propiedad, que corresponden a los llamados derechos individuales de la primera generación, para su satisfacción requieren una actuación positiva por parte del Estado, es decir, reclaman un cierto andamiaje institucional para su desarrollo: la existencia de un registro público de la propiedad y el pago del personal burócrata para su funcionamiento.

A lo anterior habrá que añadir que generalmente se presentan críticas en torno a la incompatibilidad entre los derechos sociales y los derechos individuales, sin embargo, todos los derechos, incluso de la misma generación, están en constante conflicto en la realidad social. Este es un rasgo característico de la Constitución democrática de nuestros días, pues en ella perviven valores tendencialmente contradictorios. Aun así, si se quiere remarcar ese elemento de antagonismo entre los derechos sociales y los individuales hay que recordar que históricamente los derechos de primera generación —civiles y políticos— han convivido de manera no pacífica. Los derechos civiles ponderan una mínima intervención del Estado y los derechos políticos, al contrario, consideran positiva su injerencia, pues ven con buenos ojos que el individuo participe conjuntamente en la toma de las decisiones políticas que le afecten.

En consecuencia, no es cierto que los derechos sociales impliquen únicamente una intervención activa por parte del Estado, y los derechos individuales solo requieran una acción pasiva o de abstención para su satisfacción. La verdad es que una actitud pasiva o activa del Estado se acentúa en mayor medida en uno que en otro conjunto de derechos, pero eso no es una regla que los caracterice rotundamente.

Exposición y crítica” (Die Grundrechte im Spiegel der Judikatur des BverfGE. Darstellung und Kritik), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 2, 1999, pp. 9-46.

Por tanto, la visión de los derechos como normas programáticas y la consecuente reducción del Estado a la simple intervención frente a los mismos, ha producido una visión sesgada o parcial que no aporta nada en la realización de estos derechos, esto es, desde el plano de su eficacia. Es por ello que los derechos han sido vistos como mera fachada constitucional —para decirlo con las palabras de Salvador Cárdenas— es decir, simples reconocimientos, derechos dotados de escasa o nula efectividad. La Constitución, desde esta perspectiva, no lo es en realidad, pues está sujeta a los vaivenes de los poderes constituidos.

III. EL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO CONSTITUCIONAL

En el llamado Estado constitucional es en donde consideramos que se encuentra un importante instrumento para la realización de los derechos sociales y, en última instancia, de la justicia social.

El desarrollo de este modelo de organización política lo encontramos en la segunda mitad del siglo XX. Su surgimiento obedece en buena parte a la crisis en la que se vio expuesto el llamado Estado legislativo de derecho o simplemente Estado de derecho. Es una fórmula que retoma gran parte de las características del modelo de Estado surgido en Europa en el siglo XIII, el cual se prolongó hasta el siglo XVI, identificado como Estado jurisdiccional.⁶

El Estado constitucional es, al igual que el Estado legislativo de derecho que rigió durante el siglo XIX y primera mitad del XX, un “Estado de derecho”, porque tiene como fin establecer límites al poder por medio del derecho. Se separa de aquel modelo constitucional decimonónico (es decir, del Estado legislativo) en virtud de que extiende los límites y vínculos jurídicos a través del “control constitucional”, no solo a los poderes ejecutivo y judicial, sino también al órgano legislativo. Este último había permanecido omnipotente por residir en él la soberanía popular.⁷ Además, el control jurisdiccional lo extiende a los particulares, pues es evidente que estos cuen-

⁶ Sobre las tipologías del Estado moderno europeo véase Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derechos*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 13-43.

⁷ Recordemos que para Rousseau, la Ley no es otra cosa que “la expresión de la voluntad general”. Es por eso que se propugnó por su imperio, pues en ella residía la soberanía popular. Así, el parlamento, por el principio de representación popular, al ser el órgano creador de las leyes, fue más bien la entidad en donde residió la soberanía popular, lo que justifica que en esta forma de organización política no se haya sujetado a vínculos jurídicos salvo a los procesos formales de creación de leyes.

tan con un poder mucho mayor que el de los mismos Estados y que pueden llegar a lesionar en amplias magnitudes a los derechos fundamentales de los individuos, sobre todo en aspectos de materia social.

Este modelo de Estado (el Estado constitucional) tiene como ejes basilares los derechos fundamentales y la justicia constitucional. Son las dos caras de la misma moneda llamada Estado constitucional. Como apunta Giancarlo Rolla,⁸ “Una primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y la justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como ‘Estado democrático de derecho’...”.

La Constitución democrática es propia del modelo de Estado constitucional. Entre sus características se encuentran la de ausencia de la soberanía, el imperio de la Constitución en sustitución del imperio de la ley y, por ende, la adopción de la concepción de la Constitución como verdadera norma jurídica, es decir, en términos funcionales y no políticos, susceptible de aplicación y vinculación por parte de los poderes públicos y particulares. Las tesis de la fuerza normativa de la Constitución es la expresión más acabada de dicha caracterización. Otro aspecto importante, y por tanto digno de destacar, derivado del punto anterior, es que la Constitución es susceptible de aplicación directa para la resolución de los conflictos. Solo en aquellos sistemas jurídicos con control constitucional concentrado es en donde se dificulta tal pretensión.

Por último, la Constitución democrática, que también podría ser designada Constitución del pluralismo, contiene un conjunto de principios o valores fundamentales caracterizadores de este ordenamiento. Tales principios son los derechos fundamentales y otros valores superiores del ordenamiento, como la dignidad humana y la igualdad, entre otros. Se trata de principios que *a priori* conviven de manera armónica en la Constitución, pues nadie cuestionaría su inserción en el texto constitucional; sin embargo, en los conflictos concretos se encuentran constantemente en pugna, resulta antinómica la realización de uno(s) en detrimento de otro(s). De ahí que un método idóneo para la solución de antinomias entre los mismos sea la ponderación. Este no es más que un método de solución de antinomias entre principios que en el caso concreto atribuye, mediante un juicio axiológico de valor, un determinado peso o jerarquía sobre el otro derecho en conflicto. Esta prevalencia de un derecho sobre otro es móvil porque la solución

⁸ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 126.

vale solo para el caso particular que conoce el juez, por lo que la solución y el peso del principio vencido pueden cambiar. Ya se dijo que a priori todos los derechos tienen la misma jerarquía por encontrarse en la Constitución.

La protección de los derechos fundamentales en el Estado constitucional se encarga de manera principal a los jueces, en especial al juez constitucional. Este tiene como función vigilar la constitucionalidad de las leyes, y en caso de que estas sean ilegítimas, está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las mismas y su anulación. Como dice Andrés Botero:

El principal rasgo del Constitucionalismo de posguerra lo constituye la defensa judicial de la Constitución democrática. Lo que potencializa la actividad del juez constitucional y lo libera de la idolatría legal en aras de protección de la supremacía de la ley fundamental. Los orígenes fundacionales de la justicia constitucional coinciden con la habilitación de los jueces para llevar a cabo la defensa constitucional. Como son el tribunal constitucional de Kelsen y la *judicial review* norteamericana, caso *Marbury vs. Madison*.⁹

Nosotros añadiríamos, al respecto de la defensa de la Constitución, la subsiguiente protección de los derechos fundamentales en ella reconocidos.

En este sentido, los derechos fundamentales se erigen como condición de validez del orden jurídico. En efecto, los cambios sustanciales introducidos por el Estado constitucional devienen en la distinción entre *vigencia* y *validez*. No es otra cosa que la superación de la validez kelseniana. Para Kelsen una norma era válida y por tanto existe siempre y cuando fuera creada conforme con un procedimiento formal previamente establecido (proceso legislativo de creación de las leyes). Aquello provocó la existencia de normas válidas que podrían ser injustas, pero susceptibles de aplicación en tanto existentes.

La distinción introducida en nuestro modelo de Estado en cuanto a la validez apela a la justicia; es un retorno a las ideas del derecho romano, en donde la validez de la norma residía en su racionalidad intrínseca, en su justicia. Por tanto, se distingue ahora entre vigencia y validez, que son las especies de la validez en sentido amplio. Así, una norma es vigente —en el sentido kelseniano— si es creada conforme con el proceso legislativo, pero además de ello debe ser válida (validez en estricto sentido); esto es, debe guardar coherencia o adecuarse conforme con los contenidos sustanciales que prescribe la Constitución (como son los derechos fundamentales, la división de poderes, la dignidad humana, entre otros valores).

⁹ Botero Bernal, Andrés, “Defensa judicial de la Constitución”, *Diccionario histórico judicial de México*, t. I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (en prensa).

Desde esa perspectiva, los derechos irradian todo el orden jurídico subconstitucional y, como se dijo, condicionan la validez del resto de la normas. Es por ello que hablamos de que, bajo dicho tamiz, los derechos, en general, y los derechos sociales, en particular, tienen un campo de acción y de protección bastante amplio. Así, los derechos dentro del Estado constitucional¹⁰ tienen el *máximo rango* porque se encuentran en la Constitución, norma de jerarquía superior frente al orden infraconstitucional; tienen la *máxima importancia del objeto que regulan* porque a través de ellos se regula la estructura básica de la sociedad; tienen *máxima fuerza jurídica* en virtud de que los derechos deben tener los mecanismos jurisdiccionales adecuados que los restituyan frente a una eventual violación, así como también constituyen parámetros inexcusables que debe observar el órgano jurisdiccional en su resolución, y, por último, son *máximo grado de indeterminación*, pues el futuro desarrollo de los derechos depende de su interpretación, sobre todo hoy que se presentan como principios cuya característica es la ambigüedad y su textura abierta.

El Estado constitucional viene a quitarle el monopolio a la ley como paradigma constitucional y a atribuirle dicho *status* a la Constitución. No hace más que tomar lo mejor del constitucionalismo francés y del norteamericano; del primero toma el rico elenco de derechos fundamentales que se gestó en la Revolución francesa —que deviene de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano—, y del segundo adopta ese importante arsenal de instrumentos procesales que garantiza los derechos frente a los poderes públicos y tutela los postulados de la Constitución. Resulta así una síntesis idónea, por lo que el Estado constitucional viene a resolver la paradoja de los dos extremos de los constitucionalismos, esto es, Constituciones con un elenco de derechos garantizados.

De lo anterior, se desprende la necesidad de la protección de los derechos sociales puesta en el marco del Estado constitucional, en virtud que el llamado Estado social no estructuró un “sistema de protección” adecuado para el resguardo de estos derechos. Es por ello que delinearemos los rasgos del Estado social y su necesaria inserción dentro del Estado constitucional.

La realización de los derechos sociales requiere de un cierto modelo de Estado —en este caso sería el Estado social— para su realización y desarrollo. Para la conformación de un Estado social no basta el mero reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito constitucional. De ahí que no podamos decir que en México surgió el Estado social por haber sido

¹⁰ Sobre la posición de los derechos fundamentales en el Estado constitucional véase Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-36.

el primer país en positivizar a nivel constitucional aquellos derechos. Se trata de que el Estado despliegue una serie de funciones destinadas a satisfacer niveles mínimos de bienestar para los sectores más desprotegidos de la sociedad —como vivienda, seguridad social, educación, trabajo, entre otras—, de las cuales dependerá su legitimidad. En todo caso, asistimos a un adelgazamiento de la esfera pública dando entrada a las más imperiosas exigencias y necesidades de la sociedad. Si en el Estado liberal la sociedad y el Estado son dos esferas separadas, con el Estado social tienden a converger de manera equilibrada, por lo que la intervención del Estado es vista como un signo positivo.

El surgimiento y justificación del Estado social no es muy claro y diversas doctrinas sostienen aspectos divergentes. Sin embargo, en todas ellas se encuentran presentes, de manera invariable, las afirmaciones tales como:¹¹ el individuo se encuentra indefenso en virtud de que no puede autosatisfacer sus necesidades en el esquema que plantea la vida urbana; los nuevos riesgos sociales que derivan del desarrollo tecnológico exigen nuevos sistemas de seguridad que permiten transitar de la reparación civil tradicional a la llamada “socialización del riesgo”, y, por último, el papel que juega el Estado en su función de protección de los derechos fundamentales, respecto de la cual ya no tiene únicamente que abstenerse para no afectarlos, sino que es necesario que intervenga para la satisfacción de los mismos. Así, la legitimación del Estado ya no dependerá de su respeto frente a los derechos, en cuanto a no interferir en el ejercicio de estos, sino que tiene que realizar una serie de acciones con el objeto de satisfacer las necesidades más básicas de los individuos más desprotegidos en el seno de la sociedad. De este modo, el grado de compromiso asumido por el Estado en torno a los derechos representa un parámetro evaluador de su actividad.

Desde nuestro punto de vista, el Estado social no es propiamente un Estado (social) “de derecho”. En tal afirmación seguimos una aclaración importante de Bobbio, quien nos advierte que bajo la doctrina del liberalismo se entiende la idea del Estado limitado en dos sentidos. Cuando nos referimos a Estado limitado en cuanto a “poderes” estaremos aludiendo al Estado de derecho; cuando se hable de Estado limitado en cuanto a “funciones” haremos referencias al Estado mínimo, es decir, a la mínima intervención de este en el ámbito de la economía. Este último se contrapone al Estado máximo, que exige la intervención del Estado en el ámbito de la economía. Por tanto, creemos que el Estado social se encuentra más constreñido a la

¹¹ Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 175-182.

idea de Estado máximo, en cuanto a funciones, que en la de llegar a ser un verdadero modelo de Estado.

El llamado Estado social no cuenta con una Constitución como sí la tienen el Estado jurisdiccional (constitución estamental), el Estado legislativo de derecho (constitución liberal) y el Estado constitucional (constitución democrática). También destacamos que no cuenta con una teoría jurídica ni política propia, por lo que consideramos sigue siendo Estado legislativo de derecho, aunque con una importante intervención estatal en el ámbito de la economía y regulación del mercado. Es por ello que las tendencias actuales ponderan la configuración del Estado social como Estado constitucional en el que los derechos condicionan la “validez” del orden jurídico.¹²

La configuración del Estado social, con sus notas distintivas con las que ha pasado a nuestros días y ha sido caracterizado, se delineó en la Constitución de Bonn de 1949. De ahí es exportado y acogido por la gran generalidad de los países,¹³ y constituye un signo distintivo del constitucionalismo de más reciente factura.¹⁴

La crisis del Estado social precisamente se encuentra en las ya mencionadas carencias: la ausencia de una teoría política y una teoría jurídica. Para decirlo con las palabras de Ferrajoli,¹⁵ “Existe una inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*”.

Dicho de otro modo, el Estado social no desarrolló un sistema de garantías para tutelar los derechos sociales de forma eficaz análogo al que

¹² Balaguer Callejón, Francisco de y Cámara Villar, Gregorio (eds.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009.

¹³ Como lo muestra Peter Häberle, “Así se encuentran ejemplos de textos en la mayoría de las Constituciones recientes, ya sea en los Estados reformados de Europa oriental (artículo 1o., inciso 1, de la Constitución de Macedonia de 1991: ‘social state’; artículo 2o., de la Constitución de Polonia de 1997: ‘Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social’; artículo 1o., de la Constitución de Ucrania de 1996: ‘social, law-based state’) o en África (artículo 1o., inciso 1, de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991: ‘Estado social y democrático’; preámbulo de la Constitución de Madagascar de 1995: ‘Estado de derecho’, asimismo el artículo 8o., inciso 1, de la Constitución de Níger de 1996: ‘Estado de Derecho’)... Las fórmulas varían, pero en el fondo quieren decir lo mismo: El Estado constitucional comprometido con la justicia social. Ciertamente es que esta es una fórmula demasiado general y abstracta, por lo que es susceptible y requiere de una configuración (política) y de interpretación múltiple”. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 224 y 225.

¹⁴ Espinoza de los Monteros Sánchez, Javier, “Estado social (de derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa (en prensa).

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 16.

estableció el viejo Estado liberal de derecho para la defensa de los derechos individuales. La generalidad de los instrumentos procesales de carácter jurisdiccional en materia de derechos individuales se encuentra en buena parte consolidada, esto es, todos conocemos los instrumentos idóneos existentes en la legislación para restituir los daños causados en nuestro derecho de propiedad en caso de violación, o bien, los sujetos obligados, generalmente, se encuentren claramente definidos en la legislación, lo que no acontece con el derecho a la vivienda o el derecho a la salud, entre otros.

Este mismo problema de ausencia de un sistema de garantías para la tutela eficaz de los derechos sociales se reproduce en el ámbito internacional cuando se intenta hacer efectiva la universalidad de los derechos humanos frente a los viejos dogmas de la soberanía y ciudadanía que restringen el ámbito de validez espacial de los derechos humanos. Frente a estas aporías se ha presentado la propuesta de un constitucionalismo global¹⁶ como paradigma, pero entre sus debilidades se encuentra la ausencia de una fuerza coactiva que se imponga ante los Estados y los particulares frente a la violación de los derechos humanos.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS “OBSTÁCULOS” DE LOS DERECHOS SOCIALES EN MÉXICO

En México, como en el resto de América Latina, la pobreza, las carencias en salud y vivienda, así como un alto índice de desempleo, son el rostro común de nuestros pueblos. Son evidentes el bajo nivel de educación de la sociedad en general, los altos niveles de pobreza y las malas maneras de vida en la que se encuentran millones de personas, estando en las situaciones más precarias. También son visibles los grandes problemas a los que se enfrenta la población que pretende acudir a los servicios de salud prestados por el Estado, y que, por lo general, son insuficientes e inadecuados.

Los obstáculos para la realización de los derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico son muy variados, empezando por la denominación que hace nuestra Constitución de los derechos fundamentales. Esto ha sido bastante criticado en virtud de que se confunden los derechos con sus respectivas garantías. Estamos de acuerdo con dicha distinción, sin embargo, es necesario hacer algunas matizaciones al respecto.

En efecto, se trata de una concepción que va en contra de las tendencias actuales del neoconstitucionalismo. Si uno observa los ordenamientos

¹⁶ Espinoza de los Monteros Sánchez, Javier, “Derechos humanos, problemas actuales: Un constitucionalismo mundial”, *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, Universidad de Medellín, vol. 5, núm. 9, 2006.

constitucionales de diferentes países se da cuenta de que el término garantía se utiliza para referirse a los instrumentos procesales de protección de los derechos fundamentales. Esto es consecuencia del significado que se le atribuyó a este término en el constitucionalismo de la segunda posguerra, pues hoy en día, conforme con la teoría constitucional y las tendencias del constitucionalismo, garantía ya no significa, como lo entendió el constituyente, reconocer simplemente un derecho en el texto constitucional. Es por ello que hay que distinguir, como lo hace Guastini,¹⁷ entre atribuir (reconocer) y garantizar (dotar de eficacia un derecho a través de los mecanismos jurisdiccionales que permiten restituirlo).

Más concretamente podemos decir que el término “garantía” ha sufrido una reelaboración. En general se entiende como una técnica normativa que permite reducir la distancia estructural entre un derecho reconocido constitucionalmente y su eficacia. Ferrajoli,¹⁸ por ejemplo, distingue entre garantía primaria y secundaria. La primera se refiere al clásico esquema de bilateralidad de la norma jurídica, es decir, frente a un derecho debe haber un obligado al cual exigirle su satisfacción, y la segunda alude al instrumento jurisdiccional que restituye el derecho una vez que este ha sido vulnerado.

En una línea de tutela diferente a las garantías institucionales propuesta, Pisarello¹⁹ ha sugerido la idea de la “garantía social”, pues, en última instancia, la protección de los derechos fundamentales corresponde a los ciudadanos, de manera especial en materia de derechos sociales en la que intervienen numerosos sectores en desventaja de la sociedad ya se económicamente, social o biológicamente. En todo caso, el término garantía alude a los diferentes medios de protección de los derechos fundamentales, por lo que desde esta perspectiva, hasta el principio de rigidez constitucional operaría como medio de defensa de los derechos frente a los poderes constituidos.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera en reconocer a ese nivel los derechos sociales, es decir, como derechos fundamentales. Paralelamente, la Constitución rusa de la misma fecha llevó a cabo dicho proceso de positivización constitucional; les siguió la Constitución de Weimar de 1919, en la cual aquellos derechos fueron desarrollados más ampliamente. Estos dos extremos entre realidad y Constitución han puesto en tela de juicio al constitucionalismo de la igualdad, debido a que la tutela de los derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido eficaz.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 59-64.

¹⁹ Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor *et al.*, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

Aunque en última instancia, los problemas en materia social son una cuestión cuya satisfacción va más allá de lo jurídico —pues las constituciones no son como alguna vez se pensó, o se sigue pensando, una fórmula mágica a través de la cual una vez reconocidos los derechos automáticamente operan para la satisfacción de los mismos—, las Constituciones juegan un papel importante, pues comprometen a las autoridades públicas, en este caso, a destinar el máximo de recursos para la satisfacción de estos derechos o modifican inmediatamente el *statu quo*. Sin embargo, las carencias en materia de derechos, ante la ausencia de un sistema garantista eficaz para tutelarlos, han dejado ver aquello que hemos llamado “apariencia constitucional”, de modo que existen diversos obstáculos para la exigibilidad de los mismos en sede jurisdiccional.

Como se ha dicho en otro trabajo,²⁰ en última instancia, la protección de los derechos fundamentales no es un problema de los jueces, sino de una cultura de los derechos fundamentales que concierne a la ciudadanía.

La gran paradoja del constitucionalismo mexicano se presenta en este punto, en virtud de que aun siendo los creadores de una institución fundamental para la protección de los derechos constitucionales —como es el juicio de amparo— y los primeros en reconocer constitucionalmente los derechos sociales, instituciones que han sido acogidas y desarrolladas por los ordenamientos constitucionales de otros países, carecemos de un “amparo social”.²¹

La noción de Constitución, fruto del debate constituyente, fue la de la consolidación del movimiento revolucionario, por ello fue vista en términos políticos antes que jurídicos y, por tanto, antes que funcionales. Como explica José Ramón Cossío: “La posición mayoritaria en el Congreso Constituyente de 1916-1917 se representó y explicó a la Constitución en términos fundamentalmente políticos. La Constitución, en otros términos, era para ese grupo de hombres la plasmación del ideal político a partir del cual se había llevado a cabo la revolución de 1910”.²² Esto trajo como consecuencia una visión sesgada de la Constitución al no articular su función en términos normativos, sino respecto a su carácter de programa político.

Lo anterior obedece a diversas circunstancias muy propias de la historia social de nuestro país. Entre estos aspectos podemos señalar la consolidación del régimen político priísta, que se mantuvo incólume en el poder por

²⁰ Espinoza de los Monteros S., Javier, “Estado social (de derecho)...”, *cit.*

²¹ Narváez Hernández, José Ramón, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación durante la época del presidente Vicente Fox Quezada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 31.

²² Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998, p. 31.

más de 70 años, este se instauró como el gran promotor de la Revolución, que tenía como función la actualización de la causa social revolucionaria. De ahí que su estancia en el poder debía prolongarse indefinidamente. Su legitimación residió en erigirse como el bastión de los principios de la Revolución mexicana.

El régimen mantuvo a raya a los intelectuales, quienes se encontraron ante dos opciones: sumarse a las filas del gobierno y trabajar para él, siendo recompensados mediante algún puesto burocrático, o bien ser excluidos. Cualquier desacuerdo estaba prohibido y era objeto de represión severa. De este modo, los intelectuales jugaron un papel importante para mantener el régimen de dominación. Fueron pocos los que se atrevieron abiertamente a hacerle frente. De esa suerte, el modelo de derecho que se difundió en las aulas y en los libros jurídicos estaba, salvo algunas excepciones, encaminado a ocultar los desajustes del sistema. Se trataba de que se creara el ideal del mejor de los mundos posibles, como en la clásica novela de Aldous Huxley. En un esquema como el señalado poco lugar queda para la conformación de una teoría crítica de la situación.

En términos generales, el modo de entender a la Constitución y al funcionamiento del Estado fue articulado por los juristas, políticos e intelectuales de forma tal que no perjudicara los privilegios del gobierno, sino que al contrario, los maximizara. Es así que —y todavía seguimos sintiendo sus secuelas— se enseñaba un modelo de Constitución alejado de la realidad histórica y social. De esta manera, la enseñanza del derecho constitucional estuvo alejada de los problemas que se presentaban en el sistema jurídico mexicano, en el que la legislación podía llegar a socavar impunemente a la ley fundamental.

Si tomamos en cuenta que los juristas son quienes dentro del sistema jurídico pueden ejercer una función de instancia de valoración crítica frente al derecho positivo, al estar estos en contubernio con el gobierno, es entendible que la difusión de la dogmática jurídica siguió los mismos derroteros. Así, los operadores jurídicos (jueces, litigantes, legisladores, etcétera), guiados por la doctrina jurídica acrítica, resultaron influenciados por ese modo de ver las cosas; se podría decir que fueron (de)formadas varias generaciones de abogados.

Ahora ese régimen ha sido derrocado, y las condiciones de la dominación han venido cambiando. Tenemos frente a nosotros un camino más favorable, que no llano, para la consolidación de la incipiente democracia mexicana. También la concepción de la Constitución, en términos políticos, ha empezado a transformarse y a entenderse en términos más funcionales o normativos. Se trata de tomarnos en serio el principio de “supremacía

constitucional”, que, como es del todo conocido, consiste en que la Constitución es un conjunto de normas jurídicas que articulan el orden jurídico infraconstitucional y condiciona su validez.

En materia procesal continúan operando dos obstáculos que han quedado como residuos del entendimiento decimonónico del sistema jurídico y, en especial, de nuestro juicio de amparo, cuya remoción allanaría el camino hacia una mejor protección de los derechos fundamentales de carácter social. Nos referimos concretamente a las nociones de “interés jurídico” y de “efectos relativos de la sentencia de amparo”, también conocidos como *fórmula Otero*. Se trata, como dice Jorge Ordóñez, de “las puertas de entrada y salida del juicio de amparo”. Son dos lastres de carácter legislativo y jurisprudencial de los cuales todavía no nos hemos podido librar.

En cuanto al primero de ellos, la legitimación activa se ha circunscrito al ámbito personal del individuo afectado por un acto de autoridad, por lo que se pondera una noción más amplia del mismo, que faculte a entidades colectivas como las que normalmente reivindican los derechos sociales. Por lo que respecta al segundo, para la promoción del juicio de amparo, los efectos particulares de la sentencia de amparo excluyen de un beneficio generalizado a sectores importantes de la sociedad que, por carecer de los recursos necesarios, no promueven el juicio de amparo. La teoría constitucional tradicional que argumentaba a favor de este principio hoy en día resulta bastante cuestionable si se pretende, parafraseando una bella metáfora de Ronald Dworkin —aunque este autor la refiere a los derechos—, “tomar en serio la Constitución”.

Con relación a los poderes públicos, a estos les corresponde un papel más comprometido en torno a la defensa de los derechos desde sus respectivos ámbitos de competencia. Al Poder Legislativo le corresponde respecto al desarrollo de contenido de los derechos sociales una mayor extensión de los mismos. Al Poder Ejecutivo corresponderá una política pública que satisfaga las exigencias mínimas de los individuos, destinando el máximo de recursos para tal fin.

A la judicatura, además de la tutela en sede jurisdiccional y, por tanto, su función reparadora frente a su eventual violación de los derechos, le corresponderá el máximo desarrollo interpretativo. En este sentido, la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como auténtico tribunal constitucional, es decir, como el último intérprete de los contenidos constitucionales y defensor del orden constitucional, juega un enorme papel en la configuración del Estado constitucional en México y del cambio en el modo de entender la función de la Constitución y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Por último, concluimos recordando, a propósito de la preponderancia de los jueces en el Estado constitucional y su compromiso en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, una bella frase de Couture, la cual ilustra cuanto se ha dicho hasta ahora: “*La Constitución vive en tanto se aplica por los jueces*”.²³

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOTERO BERNAL, Andrés, “Defensa judicial de la Constitución”, *Diccionario histórico judicial de México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en prensa.
- CARBONELL, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.
- COSSÍO, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.
- COSTA, Pietro, “Derechos”, en FIORAVANTI, Mauricio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derechos*, Madrid, Trotta, 2004.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- DONELLY, Jack, *Derechos humanos universales. En teoría y en la práctica*, México, Gernika, 1998.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, Javier, “Estado social (de derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa (en prensa).
- , “Derechos humanos, problemas actuales: Un constitucionalismo mundial”, *Revista Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, vol. 5, núm. 9, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.

²³ Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 95.

- FIORAVANTI, Maurizio, “Estado y Constitución”, en FIORAVANTI, Maurizio (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derechos*, Madrid, Trotta, 2004.
- GASCÓN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2005.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado*, México, Escuela Libre de Derecho-El Colegio de Michoacán-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2004.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, núm. 2, 1999.
- MORANGE, Jean, *Las libertades públicas*, México, FCE, 1981.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *La Suprema Corte de Justicia durante la época del presidente Vicente Fox*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.
- PIETRO SANCHÍZ, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- PISARELLO, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en ABRAMOVICH, Víctor *et al.*, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.