

PRIMERA PARTE MARCO CONTEXTUAL

Capítulo primero. El Estado social de derecho	17
1. Consideraciones preliminares	17
2. Del Estado Liberal individualista al Estado social de derecho .	18
3. De la igualdad ante la ley a la igualación ante la justicia . . .	21
4. El derecho de acción como derecho constitucional	25
5. La apertura del nuevo orden normativo hacia la realidad social .	26

CAPÍTULO PRIMERO EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El siglo en que vivimos ha experimentado el tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado social de derecho, producto de grandes transformaciones económicas, políticas y sociales. Precisamente es la nueva fase del Estado de derecho, en donde tiene cabida la presente tentativa de acercarnos a la problemática sobre la tutela judicial efectiva de los intereses difusos y colectivos.

Hemos considerado pertinente realizar en este primer capítulo, algunas indicaciones en torno al proceso de evolución del Estado liberal burgués al Estado social de derecho, virtud de que es en este tránsito donde se produce la emergencia de nuevos colectivos que requieren de una mayor y eficaz protección jurisdiccional.

La primera cuestión que se plantea sobre nuestro tema es que si bien existe un reconocimiento generalizado de que las nuevas fuerzas sociales que emergen encuentran su origen y base con la extensión de los derechos producidos en el Estado de bienestar,¹ bien a través de la ley, los reglamentos, o ya mediante la jurisprudencia; lo que no resulta claro es que estas mismas fuerzas sociales sean capaces de asegurar que los derechos instituidos en su favor sean en la práctica efectivamente garantizados.

Ante esta realidad los grupos sociales desprotegidos (pobres, minorías varias: raciales, religiosas, étnicas, entre otras; arrendatarios, asalariados, y, cada vez más, personas que son portadoras de intereses difusos, tales como los defensores del medio ambiente o los consumidores, etcétera),

¹ Hacemos un llamado en el sentido de que en el desarrollo del trabajo utilizaremos indistintamente los conceptos de Estado social de derecho y Estado de bienestar, no sin tener presente lo acotado, en torno a sus respectivas diferencias, por García Pelayo, Manuel, "El estado social y sus implicaciones", *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 14.

plantean el requerimiento de los instrumentos de política legislativa, acción administrativa y función jurisdiccional que posibiliten que aquellos derechos establecidos en su favor no queden en letra muerta.²

Las exigencias *supra* señaladas llevan necesariamente al planteamiento de los problemas atinentes a la igualdad, al derecho de acción y, sobre todo, al tema del acceso a la justicia. Parece claro que el paso necesario de la igualdad ante la ley a la igualdad en la justicia no es suficiente; ya que para poder decir que cada uno puede hacer valer sus derechos, es imperativo que exista una justicia accesible y efectiva para todos.

2. DEL ESTADO LIBERAL INDIVIDUALISTA AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con la configuración y positividad del Estado social de derecho, como consecuencia ineludible de los fenómenos sociales, políticos y económicos que se dan durante la primera y, sobre todo, la segunda guerra mundial, se hace manifiesta la superación misma de algunos elementos del Estado de derecho.³

Es esencialmente en el ámbito de los derechos fundamentales⁴ donde el sistema decimonónico se ve aventajado por los requerimientos propios de efectividad y garantías consagradas en la Constitución.⁵

2 Cappelletti, Mauro (coord.), *L'accès a la justice et l'état providence*, París, Económica, 1984, p. 33.

3 En cuanto a las transformaciones sufridas en el esquema propio y originario del Estado de derecho, cfr.: Vergara, Vicerzo, *Lo stato di Diritto en evoluzione*, Padova, CEDAM, abril-junio, 1983; Kant, Emmanuelle, *Stato di Diritto*, Roma, 1978, pp. 61 y ss.; Ruggiero, Guido de, *Historia del liberalismo europeo*, tr. al español por Adolfo Posada, Madrid, Editorial Pegaso, 1942; Treves, G., "Considerazioni sullo stato di diritto", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3, 1959; García Pelayo, Manuel, "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, enero-abril de 1988.

4 Conviene recordar que, históricamente, el Estado de derecho se haya vinculado al siglo XIX, tanto en su origen como en sus relaciones sociales y políticas. En la base de su organización y en su propio sistema de libertades constitucionalmente garantizadas se evidencia la antinomia de una sociedad independiente del Estado. Pero si bien esto es cierto, no por ello lo es menos la relación de subordinación que se configura por el sometimiento del Estado al derecho: el Estado de derecho se traduce así, en la garantía de seguridad jurídica de sus ciudadanos, "en la creación de un área para el libre despliegue de la personalidad y en una organización del Estado racionalmente adecuada a la consecución de tales objetivos". Cfr., García Pelayo, "El *status* del Tribunal...", p. 16.

5 Por virtud del contexto sociopolítico en el que se da, la Constitución del Estado de derecho se caracteriza por un alto grado de formalización que conlleva a la afirmación de que sus principales elementos estructurales —división de poderes, concepto de ley, principio de legalidad de la administración, garantía de los derechos fundamentales e independencia de los tribunales— llevan en sí mismos la condición de su eficacia.

La versión lineal de un Estado como simple administrador pasivo e inerte como vigilante nocturno —*night watchman*, diría Lasalle— ha debido replegarse ante la nueva visión de los derechos fundamentales que ya no se conciben más como límites al poder del Estado, propios de una sociedad autorregulada, sino como derechos orientados con criterios positivos de participación.

Resulta indudable que a esta nueva orientación de los derechos fundamentales, contribuye la consagración de unos nuevos derechos: los derechos económicos, políticos y sociales que, al lado de los clásicos derechos individualistas del liberalismo burgués,⁶ pugnan por que se les dé plena realización.

Al decir de Constantino Mortati, es precisamente la aparición y consagración, a nivel fundamental, de los derechos sociales, la que ha dado lugar a la calificación del Estado como social.⁷ Los derechos de tal naturaleza tienden a procurar, mediante su ejercicio, una real y plena igualdad entre los individuos, su constitucionalización lleva al imperativo de la legitimidad del Estado de bienestar.

El Estado social no sólo garantiza los derechos y libertades fundamentales, sino que trata de hacer efectivas la seguridad material de las personas⁸ y la consecuente justicia social.⁹

Los referidos derechos fundamentales, en esencia derechos de libertad y derechos económicos, políticos y sociales, ya no se conciben, repetimos, como límites negativos frente al poder estatal, sino como garantías de

6 Es importante señalar que la primera constitución en la que se consagran los derechos económicos y sociales, en el siglo XX, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La Constitución del Estado de derecho es una constitución de garantías que, en síntesis, no son otra cosa que los derechos fundamentales, con una lógica que les viene dada por el concepto de ley y que hoy día no sólo implican límites al poder del Estado, sino facultades prestacionales a cargo de éste. *Vid.*, además: Forsthoff, Ernest, *Sociedad industrial y administración pública*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 67. Respecto de la función garantista de la ley, específicamente en su actual insuficiencia: Mortati, Constantino, *La persona, lo stato e la comunità intermedie*, Torino, ERI, 1977, p. 29.

7 Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, CEDAM, 1979, vol. II, p. 1135.

8 Forsthoff, Ernest, "Problemas constitucionales del Estado social", *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 60-61; en la misma obra, Dohering, Karl, "El Estado social y la obligación de igualdad de trato", *El Estado social...*, pp. 160-164.

9 Forsthoff, Ernest, "Concepto y esencia del Estado social de derecho", *El Estado social...*, pp. 87 a 89; Díaz, Elias, *Estado social y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986, p. 84; García de Enterría, Eduardo, "La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la 'pacem in terris'", *Comentarios civiles a la Enciclica Pacem in Terris*, Madrid, Taurus, 1963, pp. 142 y ss.; Heck, Bruno (prólogo al artículo de Dohering, Karl), "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", *El Estado social...*, p. 113.

participación, como derechos de prestación a cargo del Estado frente a los ciudadanos.

El vasto programa del Estado de bienestar arranca, pues, del ideal de la participación, que supone el explícito y puntual aseguramiento del acceso irrestricto a los bienes en general: ocio, cultura y, sobremanera, también, a la justicia.¹⁰ Una estructuración en síntesis de la sociedad por el Estado, a través de una política de reformas sociales en que la administración a través de la utilización de técnicas eficaces es la responsable de la procura existencial,¹¹ fundamento primero para la instauración de un Estado de justicia.

En el Estado social de derecho las garantías constitucionalmente consagradas son derechos plenos y operativos, su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción.¹²

Así, a la remoción de los obstáculos están obligados los poderes públicos, a saber: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; obligación que se hace aún más imperativa en el seno de una sociedad en la que al lado de los grupos tradicionales de aglutinación de intereses, o asociaciones intermedias entre la sociedad civil y el Estado,¹³ tales como los partidos políticos,

¹⁰ Street, H., "Accès a la Justice et Etat Providence. Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif: Rapport pour l'Europe", *Accès a la Justice dans l'État Providence*, Paris, Económica, 1988, pp. 287 y ss. En la misma obra: Tunc, A., "Enquete de Justice", pp. 303 y ss.

¹¹ Forsthoff, Ernest, *Sociedad industrial y administración...*, cit., p. 57. Al decir de este autor, "el Estado se encuentra en una fase de transformación que también necesariamente tiene que afectar y alterar la procura existencial, si bien ese concepto fue forjado inicialmente con la finalidad de posibilitar la protección jurídica frente a la administración aportadora de prestaciones, hace ya tiempo que ha sido recibida por las transformaciones constitucionales del moderno Estado. Esto se puntualiza ya en el hecho de que el Estado es caracterizado y denominado como Estado distribuidor, Estado social o Estado de la procura existencial".

¹² Ejemplos de enunciados programáticos los tenemos, a guisa de ejemplo de algunos documentos fundamentales, entre otros: los artículos 3 (derecho a la educación), 4 (principio de igualdad formal o ante la ley, derecho a la protección de la salud, derecho a la vivienda, derecho a la protección del medio ambiente), 123 (derecho al trabajo) de la Constitución Mexicana de 1917; en el artículo 3; de la Constitución Italiana de 1948; la cláusula del Estado social de derecho de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 20, párrafo 1) ha elevado a obligación jurídica el establecimiento de la igualdad de oportunidades. Según el Tribunal Constitucional alemán, el artículo 19, apartado 4 de la misma Ley Fundamental, no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurídica. *Id.*, Gómez Colomer, J. L., "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania", *Justicia*, núm. 84, Barcelona, 1984, p. 266. Respecto de esta última garantía es de señalar que el maestro Fix-Zamudio ha realizado un parangón con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Mortati, *Istituzioni di Diritto...*, cit., pp. 24-27.

sindicatos, asociaciones de patronos, Iglesia, etcétera, emergen nuevos grupos,¹⁴ que producen un incremento de ideologías y de actitudes participacionistas que llevan a los individuos y a esos nuevos colectivos —ecologistas, consumidores, minorías varias— a exigir la efectividad de los derechos consagrados en su favor.

No queremos terminar el presente apartado sin hacer una advertencia. Si el Estado social de derecho concibe a los derechos fundamentales como derechos de participación que tienen como imperativo la eficacia de aquéllos y los mecanismos necesarios para la concreción de ésta, la efectividad no debe quedar al margen del mero postulado, sino verse como realidad sobre todo en la labor jurisdiccional. De otra manera, como advierte Habermas acerca de los derechos económicos y sociales, que

provistos de éstos derechos y prácticamente excluido de una participación efectiva, el pueblo se convierte en objeto de asistencia social. Surge una nueva forma de patrimonialidad del Estado de bienestar, como si la Constitución quisiese delinear ya el desenlace que podría entrañar el cumplimiento de cuanto hoy está todavía en estado de tendencia: todo para el pueblo, nada a través del pueblo.¹⁵

3. DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY A LA IGUALACIÓN ANTE LA JUSTICIA

En el esquema del Estado social de derecho, la dignidad del hombre engloba la esencial igualdad ante el derecho y la justicia.¹⁶ La defensa judicial de los derechos asume una significación superior, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción.

El concepto de igualdad formal ante la ley ya no es operante en el esquema del Estado social de derecho, se hace necesaria la igualdad material como consecución de una meta que se concreta en la realización de la igualdad de oportunidades.

Al decir de Dohering,

¹⁴ Offe, Claus, *Los partidos políticos y los nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1988, pp. 163-244.

¹⁵ Habermas, Jürgen, "Concepto de participación política", *Capital monopolista y sociedad autoritaria*, Barcelona, 1973, p. 53.

¹⁶ Heck, Bruno, "Prólogo al artículo de...", *cit.*, p. 113.

El principio de igualdad que, de acuerdo con su sentido originario, garantiza el trato igual según el orden jurídico, pasó a ser instrumento de fijación de contenido del orden jurídico y, por consiguiente, criterio de justicia material, de tal modo que se identificó el trato igual con el trato justo en relación al repartimiento de bienes jurídicos.¹⁷

Esta observación es acertada y adecuada a nuestro cometido, supuesto el hecho de que hoy día la exigencia de justicia está encaminada al repartimiento de bienes, titularidades jurídicas y prestaciones sociales, ya no se puede comprender, en cuanto a la realización de la justicia por parte del órgano jurisdiccional, desde la óptica de los intereses individuales de las partes, sino en función de la mayor tutela de los intereses sociales.

La igualdad ante la ley es, probablemente, el ideal más respetado; desde la perspectiva que se enfoque, es un principio meramente formal de consideración pareja, o una negativa de la racionalidad y relevancia de los criterios empleados para discriminar entre derechos subjetivos de diferentes clases de personas o grupos en determinados terrenos.

Han de distinguirse dos sentidos de “igualdad ante la ley”:

1. Puede referirse a las normas mismas, y es cuando hablamos de igualdad en el contenido de la ley; y,
2. A la práctica efectiva de los órganos jurisdiccionales, igualdad en la aplicación de la ley, puesto que, aun cuando el derecho puede ser formalmente justo, los jueces pueden ser corruptos, vulnerándose otra de las facetas del principio de igualdad, a saber: la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley.

En su primer sentido, la igualdad ante la ley implica igualdad de derechos subjetivos y deberes impuestos por el derecho objetivo, empero, como el derecho es un sistema de normas para sociedades en que se presentan considerables especializaciones y división de funciones, dado su origen burgués individualista, la distinción de derechos se torna inevitable, razón por la cual tenemos que recurrir a otro enfoque de la igualdad ante la ley en tanto igualdad de personalidad jurídica.

¹⁷ Dohering, K., “El Estado social y la obligación de igualdad de trato”, en *El Estado social...*, cit., p. 164.

Para Ernest Backer lo significativo de la igualdad es que “cada persona jurídica sea igual a otra en lo que atañe a su capacidad jurídica”.¹⁸ La personalidad jurídica es un tecnicismo carente de conexión necesaria con la persona en sentido técnico. Kelsen ha dicho al respecto

La persona jurídica es la sustancia a la que pertenecen, como propiedades jurídicas, derechos y deberes. La idea que “la persona tiene derechos y deberes” implica una relación de sustancia y accidente... En la realidad, en cambio, la persona jurídica no es una unidad separada junto a sus “deberes y derechos”, sino solamente su unidad personificada.¹⁹

La igualdad de personalidad jurídica es la igualdad de todas las personas físicas, bien individual o colectivamente, por el hecho de ser todas personas.

La igualdad jurídica no es una igualdad de atributos, aunque, en virtud de desigualdades específicas de los hombres llegan a ser jurídicamente iguales.

La legislación, sin embargo, es un proceso selectivo; destaca atributos significativos para los fines que el derecho está destinado a servir y los convierte en criterios jurídicos para discriminar entre personas. Otras propiedades irrelevantes permanecen sin significado legal. Pero aunque personas con diferentes atributos pueden ser así jurídicamente iguales, una modificación en el derecho que traiga a colación esos atributos particulares, las hará desiguales en el futuro. Saber si ciertos individuos o agrupaciones deben ser iguales jurídicamente —y en qué aspectos— depende de los fines que el derecho objetivo persiga.

Sin embargo, las normas jurídicas no son absolutamente inflexibles al establecer un repertorio fijo de atributos como relevantes para los fines jurídicos. Al aplicar el derecho, los jueces son creadores y no meras máquinas, como se concebía en el sistema decimonónico, en cuanto a la función jurisdiccional.

Si la igualdad ante la ley es considerada una propiedad de las normas mismas, y no del modo en que son aplicadas, no se puede decir que, en algún sentido, todos los hombres deban de ser tratados de la misma manera. O bien encontramos excepciones razonables,²⁰ o el principio se

18 *Idem*

19 Kelsen, Hans, “Justicia y derecho natural”, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.

20 En cuanto a la situación alemana y la interpretación jurisprudencial, *vid.*, Dohering, “El Estado social y la obligación de igualdad de trato”, *El Estado social...*, *cit.*, pp. 164-165.

revela como una mera declaración de principio contenida en la norma, o como un postulado retórico. Debemos considerar que sólo adquiere un sentido práctico cuando abandonamos la búsqueda de una base universal de igualdad y la interpretamos negativamente, como un rechazo a discriminar.²¹

En su segundo sentido, en tanto igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, el principio implica, precisamente, su aplicación exenta de factores irrelevantes que incidan en la decisión judicial, consecuentemente, tenemos que ir más allá de la forma y contenido de las normas, es decir, al examen de los operadores jurídicos encargados de su aplicación; en este sentido, no basta decir que el juzgador debe gozar de plena independencia respecto de los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino que además deben estar libres corrupción, tendencias irracionales y ser humanamente comprensivos e intelectualmente formados.

La justicia, legalmente hablando, no es simple aplicación de las normas conocidas a hechos objetivamente dados —subsunción—, presenta, también, el aspecto de la creación de instituciones y procedimientos que operen imparcialmente, que haya una valoración judicial porque, en definitiva, la igualdad en la aplicación correcta de la ley es la igualdad en la justicia.

De lo antes indicado podemos lógicamente concluir que la incorrecta aplicación jurisdiccional de la ley produce desigualdad, situación que no sólo puede provenir de la parcialidad del órgano jurisdiccional sino, también, de situaciones de otra índole: tecnicismos procedimentales, carencia de recursos económicos para afrontar los gastos que implica la remuneración del abogado y costos del juicio, desigualdades grupales, etcétera, dicho de otro modo, la igualdad jurídica no implica igualdad de hecho y viceversa, estos factores producen, como consecuencia inmediata, una desigualdad sustancial en el acceso a la justicia que, como veremos, es uno de los problemas a los que se enfrentan los grupos portadores de los llamados intereses difusos.

Para evitar riesgos de tratamiento desigual en el contenido de la ley y en su aplicación, así como un efectivo acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los intereses, es presupuesto fundamentalísimo que las garantías de igualdad procesal gocen de la jerarquía constitucional²² y que,

²¹ *Idem*

²² La Constitución Española en su artículo 24.1 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales así como las debidas garantías en el proceso (artículo 24.2). Este artículo se encuentra en estrecha vinculación con los artículos 14 —principio de igualdad formal ante la ley— y

precisamente, como hemos intentado plantear, la cuestión de la igualdad ante la ley —bien en su contenido, bien en su aplicación— se traduzca en el tema de la igualdad ante la justicia.²³

4. EL DERECHO DE ACCIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Vista desde su consagración a nivel constitucional, el derecho de los ciudadanos a accionar se determina en una doble proyección como fundamento del acceso a la justicia, primera, como imperativo imposter-gable en la determinación de instrumentos y mecanismos procesales de los propios justiciables a la tutela efectiva de sus derechos e intereses, bien legítimos, bien simples, máxime cuando hoy día, como ya lo hemos asentado, se adjetiva al Estado de derecho como un Estado social.²⁴ La reflexión que cabe hacer en este momento es que en el campo en el que nos movemos, no basta con la simple reforma legislativa a nivel procesal insertando en la vida jurídica de los pueblos los mecanismos procesales, creo que la cuestión incide en situaciones más de naturaleza sociológica que han de ser analizadas bajo la óptica desmitificada del jurista considerando cada uno de los ordenamientos en particular y, en retrospectivas histórica, analizando cada una de las instituciones operantes hasta el momento, de no ser así, corremos el grave peligro de incurir en el transplante

9.2 —igualdad material—, constituyendo de manera integral, desde nuestra óptica, la trilogía que hace efectiva la tutela judicial de los que acuden ante los tribunales en protección de sus intereses, en el caso particular, difusos. Cfr., González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 29 y ss. Respecto de la constitucionalización de las garantías procesales, *vid.*: Calamandrei, Pietro, *Proceso y democracia*, tr. por Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJE, 1960, p. 178; *id.* *La relatividad del concepto de acción*, tr. por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EUDEBA, 1945, p. 135; Couture, E. J., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, De Palma, 1978, vol. I, pp. 19 y ss. Por su parte, el artículo 24, apartado tercero de la Constitución Italiana, asegura a los no pudientes los medios idóneos para actuar en justicia y defenderse ante cualquier jurisdicción, en el caso mexicano es el artículo 17 (CPEUM) el que consagra el derecho de acudir a los tribunales para obtener justicia pronta y expedita, por su parte, los artículos 17 a 23 son los que contienen las garantías del procesado.

²³ *Idem*, además, Vescovi, *La garantía de la igualdad frente a la desigualdad económica de las partes*. Ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal, actas del mismo, vol. III, p. 216. En la misma obra Davis Echandia, H., *Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas frente aquélla y en el proceso*, vol. II, pp. 180 y ss.

²⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, ponencia presentada en las *IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Madrid, 1985, núm. 46.

de instituciones completamente ajenas a cada ordenamiento que, sin lugar a dudas, implican en riesgo de quedar en letra muerta.

No obstante, tal como lo ha dejado asentado el maestro Fix-Zamudio, el gran logro de nuestra época a sido hacer eficaz el ejercicio del derecho de acción.

La segunda proyección del derecho de acción como derecho constitucional y su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la justicia lo es, en tanto su consideración de derecho humano que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona, bajo tal tenor, el derecho de acceso a la justicia adquiere la categoría de derecho humano a la justicia el cual no es pensable sino se presenta como real el derecho de acción como eficaz.²⁵

No cabe duda que en el problema que aquí tratamos se presenta una gama de obstáculos respecto del accionar y el acceder, en el sentido procesal. Precisamente a la remoción de los obstáculos —en esencia de índole económica, cultural y social— que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones legales equilibradoras:²⁶ piénsese en el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal en España, o como lo es en nuestro país la llamada Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ministerio Público, o bien en la instauración de la asesoría jurídica gratuita, instituciones las dos primeras que han encontrado respaldo constitucional y que veremos más adelante.

Respecto del tópico de la constitucionalización de la acción volveremos a referirnos al tratar la tutela de los portadores de intereses difusos y su calidad para actuar ante jueces y tribunales.

5. LA APERTURA DEL NUEVO ORDEN NORMATIVO HACIA LA REALIDAD SOCIAL

Finalmente, es necesario traer a colación el fenómeno de la apertura del nuevo orden normativo hacia la realidad social, amén de los de índole sociopolítico que se vienen dando a partir de los años sesenta²⁷ y que han

²⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, p. 64.

²⁷ En cuanto al análisis de las crisis sociopolíticas que sufre el Estado social de derecho, *vid.*, Offe, Clauss, *Los partidos políticos y los...*, cit., García Cotarelo, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

sacudido a la ciencia jurídica, iniciando una esencial apertura tendente a una cosmovisión mucho más amplia, comprensiva de los problemas y de la transformación de la sociedad. Factores como la crisis del positivismo jurídico, la revaloración del papel de la sociología jurídica y las nuevas aportaciones histórico-comparativas, han marcado el *impasse* a los juristas a que hagan motivo de su reflexión a la realidad social en que se insertan; en éste sentido resulta invaluable la labor de la sociología,²⁸ que ha incidido en cuestiones fundamentales para los juristas y que son: la vinculación entre norma y realidad y la eficacia de las normas del derecho.²⁹

En virtud de estas corrientes que inciden en el pensamiento jurídico dándole nueva vida, se producen consecuencias que, particularmente, se manifiestan en dos vertientes.

La primera de tales vertientes se decanta hacia la renovación metodológica, que se caracteriza por el uso de técnicas y métodos propios de la sociología en el análisis de los problemas y, con especial relevancia, de las propuestas y alternativas de solución de técnica y política legislativas.³⁰ La segunda se refiere a la concepción del ordenamiento jurídico como verdadero instrumento del cambio social en tanto superador de su tradicional papel de protector y sancionador.

Lo trascendente de estas nuevas ideas, que brevemente venimos acotando, radica no sólo en el hecho de que han influido en el derecho de fondo sino, también, en la notable incidencia en lo que a la ciencia procesal se refiere,³¹ preciso es señalar que respecto de lo procesal, su objeto se ha venido revalorando para dar lugar, al lado del estudio de la dogmática, a otros análisis que ponen su atención en la realidad misma de los fenómenos, preocupándose especialmente de buscar las soluciones pertinentes.

²⁸ En cuanto a la investigación social y sus métodos, ver: Duverger, Maurice, *Métodos de las ciencias sociales*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 115 y ss.; Galtung, *Teoría y métodos de la investigación social*, Buenos Aires, EUDEBA, 1982; Goran, Therbon, *Ciencia, clase y sociedad*, Madrid, Siglo XXI, 1980; Touraine, A., *La sociedad postindustrial*, Barcelona, Ariel, 1973.

²⁹ Carbonnier, J., *El derecho flexible*, tr. por Luis Diez Picaso, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 115-130; Hernández Gil, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981, pp. 87 y ss.

³⁰ Luhmann, R., *Sociología y jurisprudencia*, tr. por Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Sur, 1974, p. 21; Dentí, Vittorio, *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1974, p. 155.

³¹ En cuanto a la apertura y aportes que se han dado en materia procesal: Gelsi Bidart, A., “Proceso y época de cambio”, *Problemática actual del derecho procesal. Libro Homenaje a A. M. Mercader*, La Plata, Editorial Platense, 1971, pp. 419-445; con especial atención se tratan estos temas en la obra colectiva de Morello, A. M., Berizonce, R., Hitters, J. y Nogueira, C., *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Editorial Platense, 1983, pp. 15-56.

En esta dimensión ampliada de la realidad social, la labor de los operadores jurídicos —jueces, legisladores, procesalistas, estudiosos del derecho, postulantes, etcétera— en el tema del acceso a la jurisdicción y los medios para garantizarla emergen para ocupar un lugar fundamental, sobre todo cuando se pretende hacer efectivo el postulado de Estado de bienestar.