

Estado social (de Derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social

Javier Espinoza de los Monteros Sánchez

A José Ramón Narváez y Nancy Pérez con admiración e infinito aprecio

Para quienes históricamente han carecido de poder, recibir derechos es símbolo de todos los aspectos negados de su humanidad: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango de referencia del yo y el otro, que lo eleva del status de cuerpo humano al del ser social.

Patricia Williams, *The Alchemy of Rights*

SUMARIO: I. Resumen. II. Derechos sociales. Prevenciones generales. III. Estado social y galantismo. IV. Jueces y constitucionalismo social en México. Algunas notas para la reflexión. V. Conclusiones.

I. Resumen

Los derechos sociales necesitan de un cierto modelo de Estado para su adecuado desarrollo y protección, esto es, requieren de un Estado social. Sin embargo, éstos han sido vistos en general como simples declaraciones programáticas, es decir, como meros fines a realizar a mediano y largo plazo por el Estado, lo que implica que en nuestro contexto se ha tenido una concepción sesgada de la Constitución. De ahí la importancia de dotar a estos derechos de fuerza normativa y, para ello la función jurisdiccional, en especial en el ámbito constitucional, reviste un papel importante, que no fundamental.

Se sostiene que el Estado social no ha logrado configurarse como un auténtico Estado de derecho por lo que es necesario que éste se adhiera a la organización política del Estado constitucional. Sólo en dicho modelo institucional puede lograrse una mayor eficacia de los derechos sociales. En este caso únicamente aludiremos a la crisis del Estado social. Asimismo se advierte que no sólo es se trata de un pro-

blema en sede jurisdiccional porque la última garantía no es institucional sino social, esto es, corresponde al individuo o más específicamente a los grupos sociales. Con ello tratamos de reivindicar un activismo de los mismos dentro del esquema estatal.

En México, si bien subyace una importante tradición en la configuración del amparo y en el reconocimiento de los derechos sociales, no se ha logrado consolidar un amparo en materia social. Además se analizan las barreras procesales que en nuestro sistema jurídico operan en detrimento de aquellas prerrogativas. Lo que se pretende es dotar cada vez de mayor fuerza normativa a la Constitución que en otros términos se traduce en un avance hacia la anhelada democratización del país, la cual México ha emprendido en años recientes.

II. Derechos sociales. Prevenciones generales

Los derechos humanos son, para decirlo en términos bobbianos, el “signo de los tiempos actuales”, pues efectivamente se trata de una serie de expectativas que representan el progreso moral de la humanidad que se imponen frente a la arbitrariedad de cualquier manifestación de poder y como referente de actuación frente a los detentadores del mismo. Desde su marcha triunfal, emprendida a partir de los movimientos revolucionarios norteamericano (1776) y francés (1789), en donde subyacen sus bases institucionales y filosóficas o doctrinarias, respectivamente, se encuentran presentes en las discusiones jurídicas, filosóficas y políticas más importantes.

Independientemente de su reconocimiento —que todavía no es un proceso concluido— no se han logrado consolidar formas de protección efectivas que resguarden los derechos y, de manera especial, las prerrogativas de carácter social. En consecuencia a pesar de los esfuerzos y la toma de conciencia, por lograr su respeto, lo que ya es un lugar común en el ámbito discursivo, se encuentran sufriendo las más terribles violaciones, muchas veces proferidas por la autoridad pública y no pocas por los particulares. Ello resulta paradójico, pues si bien los seres humanos son sabedores de la importancia que representan como los valores más altos —sin los cuales el ser humano no puede desarrollarse como tal ni tener una vida digna—, los hechos dan cuenta de una realidad distinta y lejana a la de su reconocimiento normativo, es el caso especial de los derechos sociales.

Como bien sabemos, al lado de los derechos individuales propios del constitucionalismo liberal, se ha venido configurando un conjunto de expectativa de bienes y servicios que ya no corresponde al sujeto en lo individual, sino en cuanto miembro de un determinado grupo social, generalmente desprotegido. Es por ello que se habla de un constitucionalismo de la libertad y de un constitucionalismo de la igualdad.

Los derechos sociales generalmente implican obligaciones positivas a cargo del Estado. No son otra cosa que la intervención del Estado para satisfacer las necesidades materiales básicas de los individuos. Digo generalmente porque no siempre es así. Hay ocasiones en las que la protección de ciertos derechos sociales requiere de una abstención por parte del Estado, de no intervención en el goce de los mismos.

Por lo anterior podemos sostener que no existe una estructura o contenido particular de los derechos sociales y los derechos individuales, para ser congruentes con las tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los mismos. Lo que traducido en otros términos significa ya no más generaciones de derechos humanos. Todos los derechos participan de un contenido diverso, pero tienen una estructura genética común, por lo que no es posible establecer una línea divisoria que separe tajantemente a los derechos de libertad de los derechos sociales.

Ambos derechos (individuales y sociales) requieren para su tutela de actuaciones negativas e intervenciones positivas por parte de los poderes públicos, aunque las obligaciones positivas se vean más acentuadas en los derechos sociales y las negativas en las libertades públicas. Respecto de este último punto Pisarello¹ ha señalado que: “En el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida. Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes reticencias en aquéllos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente”.

Los derechos sociales vienen a complementar a los derechos individuales, configurándose como instrumentos para la lucha política. Ya no son simplemente los derechos de los ciudadanos que actúan como coraza frente a las intromisiones indebidas del poder público, antes bien, requieren de una participación activa del Estado frente a los individuos, pues los poderes públicos ya no son vistos como amenazas, sino como entes comprometidos a su protección y realización, de lo que a su vez depende en mucho la legitimidad de los mismos.

La separación en dos órdenes de derechos, esto es, entre derechos civiles y políticos por un lado y derechos sociales, económicos y culturales por el otro, no ha sido muy bien vista. Con gran razón se esgrimen argumentos a favor de un desarrollo común y armónico de los derechos. El rasgo del constitucionalismo demo-

¹ PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, IIJ-UNAM, no. 92, mayo-agosto 1998, pp. 442.

crático es el reconocimiento de un conjunto de principios y de valores que si bien *a priori* nadie pondría objeción a su reconocimiento, en el plano de la realidad social se encuentran en constante conflicto. Existe evidencia de que el exacerbado liberalismo, con su pesada carga individualista, ha tratado de sobreponerse sobre los demás derechos en detrimento de los mismos. Como bien ha observado Paul Hoffman² para referirse a la marginación de los demás derechos: “Durante demasiado tiempo se ha prestado demasiada poca atención a los derechos económicos y sociales...”

Es a partir del siglo XX que se viene desarrollando, al lado de los procesos de positivación e internacionalización de los derechos, el proceso de especificación de los mismos, consistente en el otorgamiento de status jurídicos diferenciados, esto es, de derechos que sean diferentes a los del resto de la población en general, en tanto miembro de un determinado grupo social.

El mencionado proceso tiene dos dimensiones: en cuanto a los sujetos y en cuanto a los contenidos. Respecto de la primera, es decir, la de los *sujetos*, se otorgan derechos a ciertos grupos sociales identificados que por lo general se encuentran en una posición de desventaja frente a los demás miembros de la sociedad en general. En consecuencia, de ahí se ha configurado una gama de derechos como: los derechos de los trabajadores, los derechos de los niños, los derechos de los campesinos, los derechos de las mujeres y, más recientemente, el derecho de los pueblos indígenas. La otra dimensión de la especificación es la referida al *contenido* de los derechos; por mencionar un ejemplo, del derecho a la inviolabilidad del domicilio privado se han desprendido derechos como el de la intimidad personal. De esta manera se observa que los catálogos de derechos tienden a ser cada vez más articulados y minuciosos, sobre todo en aquellos países que han conformado su texto constitucional después de rupturas institucionales que tratan de dejar atrás regímenes despóticos y arbitrarios.

Los derechos sociales son, ante todo, derechos fundamentales, esto es, siguiendo la ya conocida definición de Ferrajoli: “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto están dotados del status de persona, ciudadano o persona con capacidad de obrar o de actuar”.³ En cuanto a los elementos de la definición, dicho autor entiende por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su

² HOFFMAN, Paul, “Respeto para los derechos humanos: ¿esto es lo que hay que globalizar!”, en *Memoria*, México, CEMOS, no. 169, 2002.

³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

En el mundo liberal los derechos sociales no han sido bien recibidos; mucho ha costado su reconocimiento jurídico y pese a que se ha logrado un avance importante en este sentido, éstos no han sido concebidos como verdaderos derechos. En efecto, los derechos sociales han sido vistos aún como propuestas de buenas intenciones que tendrá que desarrollar el Estado principalmente y en segundo lugar los particulares, y en general como normas programáticas que señalan líneas de actuación del Estado a mediano y largo plazos. “Desde el punto de vista constitucional, será principalmente a través de la tesis del carácter programático’ de los derechos sociales constitucionales como las democracias occidentales emergentes en la posguerra responderán, con mayor o menor éxito, a las tendencias estructurales hacia la consolidación del Estado social. Dicha concepción, en realidad, supone admitir una constitucionalización restringida de los derechos sociales. Éstos, en efecto, se consideran mandatos políticos o, en el mejor de los casos, normas de efecto indirecto, mediato, que permiten al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal le vedaba radicalmente. Pero no adquieren el *status* de verdaderos “derechos subjetivos”. Así, mientras los derechos civiles clásicos son considerados derechos incondicionados, accionables de manera directa ante los tribunales, los derechos sociales son presentados como derechos condicionados, cuya exigibilidad ante órganos jurisdiccionales aparece inevitablemente supeditada a la previa interposición legislativa y administrativa”⁴

Entre otras excusas que se esgrimen para negar a los derechos sociales la categoría de derechos es que son muy difíciles de satisfacer por parte del Estado porque implican la redistribución de una cantidad importante de recursos que éste está imposibilitado para otorgar satisfactoriamente.

A lo anterior habría que aducir que “todos” los derechos, individuales y 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 de mayor menara dicha situación pues como se dijo precisamente son derechos a prestación, sin embargo, también exigen como los derechos individuales, una función omisa —de no hacer o abstenerse— por parte del Estado o particulares, por ejemplo, que el Estado no intervenga con el objeto de obstaculizar el derecho a la educación de un determinado individuo, entre otro casos, como cuando se niega injustificadamente ha expedir el título profesional una vez que ha concluido

⁴ PISARELLO, Gerardo, “El Estado Social como Estado Constitucional: Mejores garantías, más democracia”, en ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., y COURTIS, Ch., (comps.) *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 28.

satisfactoriamente sus estudios y acreditado su examen profesional. Por su parte, derechos como la propiedad, que corresponde a los llamados derechos individuales de la primera generación, para su satisfacción requieren una actuación positiva por parte del Estado, esto es, reclaman un cierto andamiaje institucional para su desarrollo como por ejemplo, la existencia de un registro público de la propiedad y el pago del personal burócrata para su funcionamiento.

Una visión articulada en esos términos va en contra de cualquier teoría de los derechos, y en particular de los derechos sociales. Por otro lado, al ser los derechos sociales normas programáticas, tampoco pueden concebirse como auténticas normas jurídicas. De este modo no puede definirse un obligado concreto frente a estos derechos y, en consecuencia, no son susceptibles de protección. Esto explica en parte por qué estos derechos no han tenido un desarrollo efectivo en la *praxis* jurídica.

III. Estado social y garantismo

Los derechos sociales, para su realización y desarrollo, necesitan un cierto tipo de Estado. En el caso de los derechos sociales el modelo idóneo lo constituye el Estado Social, al que hoy en día se le ha añadido el calificativo de “democrático”. Éste último calificativo en virtud de que el Estado social no ha logrado estructurarse en sus orígenes como un auténtico “Estado de derecho” por ello es necesario insertarlo en la fórmula del Estado constitucional en el cual se exija la garantía de los derechos vía jurisdiccional y en el que los demás poderes públicos que comprometan con su respeto y desarrollo.

No es muy fácil establecer los orígenes y las justificaciones a los que respondió el surgimiento de este, pero podemos seguir a Carbonell cuando afirma que “... el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas. b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual. c) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad.”⁵

El Estado Social, que desde nuestro punto de vista sigue siendo *Estado Legislati-*

⁵ CARBONELL, Miguel, “La garantía de los derechos sociales”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 2005, p. 175.

vo de derecho,⁶ como modelo surge ante la insuficiencia del liberalismo para resolver los problemas de una sociedad industrializada, la incapacidad de autorregulación del mercado y el constante progreso de la técnica, problemática que no encuentra una protección adecuada bajo los moldes del Estado liberal de derecho. En contraste con el Estado liberal burgués, que defiende los derechos individuales, el primero tiene por misión la realización de los derechos sociales fundamentales, a saber: la salud, la vivienda, la alimentación, el trabajo y la seguridad social. El cambio más emblemático del tránsito del Estado liberal al social es la realización de una igualdad material que se sobrepone a la formal, la cual es sólo aparente e impone una imagen del individuo prescriptiva, en términos normativos. Se trata, en suma, de una contrarespuesta al individualismo del Estado liberal. En el plano jurídico representa una respuesta contra el monismo jurídico, que es una característica del Estado moderno en cuanto detentador excluido de la facultad de crear derecho, en tanto medida plural que arrebatara ese monopolio.

Si bien el Estado liberal supuso una disociación entre sociedad y Estado querida por la sociedad burguesa que pretendió del Estado una actividad inocua en defensa de sus intereses, como bien lo aprecia Dieter Grimm,⁷ es con el paso hacia el derecho social con el que se procura establecer nuevamente un vínculo estrecho entre las dos entidades. No se trata de una relación cualquiera, pues los individuos son portadores de un cúmulo de derechos (ya no solamente los tradicionales derechos de defensa frente al Estado) que vinculan jurídicamente al Estado, estableciéndole cargas de carácter positivo, esto es, de acción, pero también de omisión, como se ha indicado anteriormente.

Es con la Constitución Alemana de 1949 que el Estado Social ha pasado, con sus notas distintivas, a formar parte de nuestro patrimonio jurídico. A partir de ahí la fórmula ha sido exportada y acogida por diversos países, en cuyas respectivas Constituciones ha adquirido matices muy particulares, al grado que, podríamos decir, cada una de ellas estructura un modelo de Estado Social único, pues toda Constitución es un producto cultural.

La fórmula del Estado Social se encuentra incluida en los principios rectores de las Constituciones de los Estados democráticos. “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 demo-

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

⁷ GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

crático 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 formulas varían, pero en el fondo quieren decir lo mismo: El Estado constitucional comprometido con la justicia social. Ciertamente es que ésta es una fórmula demasiado general y abstracta, por lo que es susceptible, y requiere, de una configuración (política) y de interpretación múltiple”.⁸

Esto no quiere decir que no exista un referente que uniforme a los Estados como Estado social. Éste tiene como notas distintivas:

1) La nueva manifestación estructural del Estado constitucional ha de presentarse, en primer lugar, como un Estado interventor. Con ello, se está proponiendo una substancial variación en la naturaleza que se atribuye al propio Estado... El Estado social, entonces, ha de configurarse como un Estado que abandona la máxima del *laissez faire* para intervenir directamente —ya sea como propietario de los medios de producción, ya como agente corrector de los efectos derivados del capitalismo puro— en el mundo de la economía. Actuación en la vida económico-social que tiene por finalidad, en primera instancia, la de intentar llevar a cabo la defensa de las clases más necesitadas, pero que no acaba ahí su labor, sino que, por el contrario, tiene que servir para facilitar a todos los ciudadanos lo que Ernst Forsthoft denominó “la procura existencial”, cuyo contenido concreto variará en función del tiempo y del espacio...

2) Ocurre, en segundo término, que para poder garantizar a todos los ciudadanos un mínimo nivel de vida —que no ha de identificarse con la mera subsistencia— y al mismo tiempo, un cada vez mayor grado de bienestar, el Estado social ha de ser un Estado prestacional, ya que únicamente así podrá responsabilizarse de la procura existencial. Esto significa que el Estado ha de hacerse cargo de la prestación de servicios tales como la educación, la sanidad o la asistencia social, que con anterioridad estaban confiados a la iniciativa privada, cuando no a la beneficencia...

3) Por último, debe indicarse que las anteriores notas, unidas a una política fiscal progresiva, tienen por misión principal la de corregir las desigualdades económicas y sociales existentes en la sociedad. Lo que como tercera cualidad fundamental, significa que el llamado (Estado Social), *Welfare State*, (Estado de Bienestar) o (Estado socialdemócrata) se convierte en un Estado redistribuidor de la riqueza”.⁹

⁸ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional, México*, IJ-UNAM, 2003, pp. 224 y 225.

⁹ RUIPÉREZ, Javier, *El Constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseaunianas en defensa del Estado constitucional democrático y social de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 220-223.

Sin detrimento de las bondades que resultan de su conquista a partir del siglo XX, lo cierto es que este modelo tiene una deficiencia estructural que lo hace vulnerable para la defensa adecuada de los derechos sociales. La crisis del Estado social se inscribe en un marco más amplio que es la crisis del Derecho. Para decirlo con palabras de Luigi Ferrajoli:¹⁰ “Existe una inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*”. Dicho en otras palabras, el Estado Social de derecho no desarrolló una estructura o sistema garantista similar a la del viejo Estado liberal de derecho para la protección de los derechos individuales. De lo anterior puede constatarse que existe una ausencia de garantías judiciales que hagan valer estos derechos en la práctica, por lo que en todo caso se presenta como un “constitucionalismo de fachada” (*Scheinkonstitutionalismus*), para decirlo usando las palabras de Salvador Cárdenas;¹¹ esto es, la Constitución no puede considerarse como verdadera norma jurídica si sus preceptos no son susceptibles de vinculación y ser exigibles judicialmente.

En efecto, los derechos sociales no tienen provista una estructura garantista que los haga accionables judicialmente, pues el constitucionalismo no ha creado los instrumentos jurisdiccionales *ad hoc* para limitar las indebidas ingerencias u omisiones de los poderes públicos y privados en esta materia, en perjuicio de los gobernados. En este sentido Ferrajoli ha señalado agudamente que: “... el *Welfare State* no desarrolla a su vez una normatividad específica propia. No elabora una teoría del derecho del Estado Social ni mucho menos una teoría política del Estado Social de derecho. No produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado. No da vida, en suma, a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad. Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones —la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción, la asistencia sanitaria son así introducidos y reconocidos por las Constituciones de este siglo como (derechos fundamentales): los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, el derecho a la instrucción, el derecho a la salud, el derecho a la información, y similares, que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio, como derechos a prestaciones negativas. Pero los nuevos derechos, bien o mal satisfechos por el Estado de bienestar según procedimientos de naturaleza prevalentemente política, permanecen, en lo que respecta

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ *Vid.* CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “La Constitución Mexicana y sus alegorías”, en *La Constitución Mexicana y sus alegorías*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 28.

a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas”.¹²

Un sector considerable ha criticado severamente la falta de justiciabilidad de los derechos sociales, que también repercute en una visión muy reducida de la fuerza normativa de la Constitución. En efecto, si los derechos sociales son derechos fundamentales deben participar de la fuerza normativa de la Constitución, ser vinculantes y exigibles judicialmente y no esgrimirse como referencias programáticas. Más propiamente, la justicia constitucional viene a poner en tela de juicio la falta de protección de la Constitución y su constante menoscabo al vulnerarse derechos reconocidos en ella que se quedan en la senda de la impunidad al no poder satisfacerse.

Aunque su exigibilidad judicial es muy importante, tampoco tiene que ser el referente primigenio e ineludible para la protección de los derechos sociales, como lo ha advertido agudamente Uprimny,¹³ quien propugna por una intervención moderada de la protección judicial: “creo que la mejor vía para la realización de los derechos sociales no es la protección judicial, es decir, por usar una vieja frase de Clemenceau quien decía que la guerra era un asunto demasiado serio para dejársela a los militares, uno podría decir que los derechos sociales y los derechos constitucionales son un asunto demasiado serio para dejárnosla a los jueces”. Continúa diciendo este autor que “Ese es un asunto de ciudadanía, de política, de democracia, y por eso creo que la mejor vía para la realización de los derechos sociales pasa por el debate, la deliberación democrática, la movilización ciudadana”. Más allá de cualquier instrumento institucional garantista para la protección de los derechos sociales, nos encontramos con la garantía que la misma sociedad constituye, que es la dimensión de la garantía social.

Desde una dimensión sociológica podríamos dirigir la crítica a señalar la falta de efectividad de los derechos sociales y el constante recurrir de los justiciables a las instancias jurisdiccionales para la resolución de conflictos que, en todo caso, respecto de esta última situación no ha sido así. Empero, frente a un problema que desde el plano normativo exige una respuesta en dicha sede, es menester la intervención judicial para la protección de los derechos sociales ante las continuas violaciones que se les profieren. Vistas así las cosas, en el marco normativo se impone como indefectible que los derechos cuenten con los mecanismos adecuados para hacerlos efectivos jurídicamente.

De lo anterior deriva una visión garantista de los derechos. Su protección juris-

¹² FERRAJOLI, L., “Estado social y Estado de Derecho”, en ABRAMOVICH, V., AÑON, M. J., y COURTIS, CH., (comps.) *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 12.

¹³ UPRIMNY, Rodrigo, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 170.

dicional es una constante del Estado democrático de nuestros días, puesto que precisamente sus dos ejes fundamentales son la justicia constitucional y los derechos fundamentales.¹⁴ Cualquier teoría de los derechos que pretenda tomarse con seriedad debe pasar por el tamiz del garantismo y en nuestro caso del garantismo jurídico social.

El constitucionalismo decimonónico, que más que constitucionalismo fue reducido a un “Legalismo” sólo se limitó a reconocer un cúmulo de derechos en los textos constitucionales, como si las Constituciones fueran fórmulas mágicas a través de las cuales, una vez reconocidos los derechos en ellas, automáticamente se generara un respeto incondicionado hacia los mismos por parte de sus destinatarios. Hoy en día, si bien consideramos importante la inserción de derechos fundamentales en la Constitución, el debate se ha trasladado con mayor agudeza hacia la reflexión de las correspondientes formas de garantía y por tanto de tutela de los derechos.

En este contexto, es posible afirmar que el constitucionalismo-legalismo ha servido para ocultar la meridiana desigualdad social que prima en gran parte del mundo. En ello radica una paradoja, pues si bien ha sido instrumento eficaz para el sometimiento y control de los poderes, también ha sido perjudicial porque, legitimado bajo la fachada de promotor de los derechos, encubre la inactividad de los poderes públicos.

El reconocimiento de los derechos no opera como una protección automática. Los derechos fundamentales necesariamente, para lograr una cierta efectividad y no quedarse en mera pantalla política, deben contar con los instrumentos de tutela idóneos. Su respeto no se logra con el mero reconocimiento normativo, esto es, con la sola inserción dentro de los textos constitucionales. Es por ello que para el constitucionalismo de la segunda posguerra ya existe esta preocupación y la noción de garantía ahora se referirá a los instrumentos procesales que hacen accionable judicialmente un derecho y, por ende, su contundencia en la práctica.

La teoría garantista se ha vuelto cada vez más elaborada, desde la teoría general del derecho. En efecto, todo derecho debe tener frente a sí un obligado (ya sea un individuo, grupo social o Estado) al cual se le pueda exigir la satisfacción o cumplimiento del mismo, a lo que se le ha dado en llamar *garantía primaria o sustancial*; por otro lado, debe de tener un mecanismo procesal para que en caso de violación del mismo por el sujeto obligado, esto es, de la garantía primaria, el titular del derecho se encuentre en posibilidad de acudir ante una instancia jurisdiccional para

¹⁴ Vid. ROLLA, Giancarlo, *Derechos Fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, p. 126.

exigir el resarcimiento del derecho mismo, a lo que se ha llamado *garantía secundaria o jurisdiccional*.

En este tenor, un sector importante de la doctrina ha considerado que todo derecho, para serlo y no ser un *derecho sobre el papel*, parafraseando a Guastini, debe ser exigible judicialmente, siendo que de su accionabilidad judicial depende su calificativo como derecho. Es por ello que los derechos sociales desde esta perspectiva no podrían ser considerados como verdaderos derechos, pues en general es en éste tipo de prerrogativas en donde la ausencia de garantías es un lugar común al ser concebidos como declaraciones programáticas. En síntesis, desde esta perspectiva, no hay derecho sin su garantía.

La visión de Guastini resulta sesgada. Decir que los derechos positivizados constitucionalmente al estar desprovistos de garantía no son derechos, con dicho argumento poco se aporta al debate y en particular a la defensa de los derechos. Es por ello que, desde la teoría del derecho, la ausencia de las dos garantías señaladas anteriormente, esto es, que no exista un sujeto obligado o el instrumento procesal para hacerlos valer, nos colocaría ante la presencia de una laguna que el legislador tiene la obligación de colmar.

En el caso de los derechos sociales se da una triangulación entre los tres poderes públicos. El legislativo, por su parte, tiene que establecer mandatos claros dirigidos a la administración pública (órgano auxiliar del titular del poder ejecutivo) y en caso de que ésta, que es el principal obligado frente a los mismos, vulnere o conculque el derecho tutelado respecto del cual está obligado, se debe contar con los mecanismos jurisdiccionales para hacer valer los derechos tutelados ante los órganos judiciales.

Los principales obligados a satisfacer un conjunto de bienes y servicios para la satisfacción mínima de los planes de vida de los grupos menos favorecidos, son los poderes públicos, a través de las políticas impositivas. Dicho suministro se ve normalmente subordinado al juego de intereses político-económicos. Los Estados se han excusado de su obligación de satisfacer las necesidades básicas bajo el argumento falaz de la ausencia de los recursos suficientes para ello, dejando a los derechos sociales en el campo del regateo político. Lo anterior pone a los poderes en una evidente crisis de legitimidad, pues el compromiso en torno a los derechos se pone en un segundo plano. Por otro lado, como se ha mencionado en líneas anteriores, al poseer los derechos una dimensión prestacional que implica una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más necesitados, genera fuertes tensiones. Es por ello que ante las posibles excusas que se puedan esgrimir en contra de los derechos sociales en el plano de la normatividad internacional, se ha configurado la idea de destinar el máximo de recursos posible para la satisfacción de los derechos sociales y la prohibición de no regresión en dicha materia, lo que implica esfuerzos realizados de manera continua y lógicamente a corto plazo.

Los derechos humanos en general, y los derechos sociales en particular, han sido dotados de un estatuto superior en el plano teórico, siendo congruentes con su adecuada protección y con la importancia que los mismos representan. Ello deriva de su característica de universalidad; de ahí que sean indisponibles y no negociables para los poderes públicos y privados, con lo que se trata de sustraerlos del regateo político y económico al que cotidianamente se ven expuestos.

Pero no solamente son los poderes públicos los obligados al respeto de los derechos sociales, sino también los poderes privados. En la actualidad el vulnerador de derechos ya no es sólo el Estado (los poderes públicos). Los poderes privados representan una fuerte y seria amenaza latente, cuya fuerza actúa en detrimento de los mismos, amén de no estar sujetos a los pertinentes controles políticos y jurídicos nacionales e internacionales. Es por ello que se ha configurado un nuevo paradigma del constitucionalismo al extender sus vínculos frente a particulares. En la Constitución colombiana de 1991, por ejemplo, podemos observar más claramente esta tendencia de efecto horizontal, específicamente su eficacia, denominada *dritt-wirkung*, que no es otra cosa que la vinculación de éstos frente a terceros.

La globalización económica ha puesto en crisis el paradigma de Estado Social de Derecho. El Estado en general acude a un desfundamiento que corre en dos direcciones. Hacia arriba se encuentra falta de activismo frente a problemas que lo rebasan: la contaminación ambiental, los embates de los especuladores financieros, la delincuencia organizada, la cesión de soberanía a instancias jurisdiccionales de carácter supranacional y, en materia de derecho social más propiamente, ha perdido su capacidad de maniobra frente a las poderosas empresas trasnacionales. Hacia abajo con los nacionalismos y fundamentalismos radicales.

Los poderes privados no sólo deben ser vistos como un elemento negativo, antes bien pueden contribuir en la defensa y lucha de los derechos. En efecto, de lo que se trata es que la sociedad civil en general se comprometa con los derechos. En otras cosas resultaría factible canalizar los recursos y poder con los que cuentan las grandes empresas trasnacionales para tratar de mejorar las condiciones materiales de vida de los no pocos individuos que tienen una relación jurídica o de dependencia hacia las mismas o para la protección del medio ambiente. Estos poderes ya no deben ser vistos tan sólo como un signo negativo, sino que deben ser aprovechados adecuadamente para la protección de derechos y generar así un compromiso hacia los mismos, tal como sucedió con el papel que ahora realiza en cuanto a sus funciones de intervención vistas como un signo positivo.

El constitucionalismo sigue siendo una importante arma para la lucha contra los poderes globalizados. Es por ello que este paradigma se ha extendido de sus tradicionales contornos territoriales, circunscritos a los de los Estados Nación, a una dimensión de escala mundial. Así es que si se pretende que los derechos se

consoliden como universales habrá que tomar en serio la propuesta de Constitución global. Dicha Constitución, de dimensiones supranacionales, representa una lucha que no se torna sencilla, pues se tendrá que hacer frente a dogmas con los que tradicionalmente ha operado el derecho constitucional, en específico los de la soberanía y la ciudadanía. Estas nociones se encuentran bien arraigadas en el pensamiento político y jurídico, y por lo tanto presentan fuertes reticencias para su superación; en la actualidad operan como límites y transgreden la universalidad de los derechos humanos.¹⁵

La Constitución nacional, si bien es un instrumento adecuado para la realización de los derechos sociales, no resulta suficiente. Estamos frente a fenómenos que tienen una dimensión mundial, como el combate a la pobreza, que no implica los esfuerzos de un determinado Estado porque es un fenómeno mundial producido por el capitalismo exacerbado. Si Ferrajoli señala que *los derechos y sus garantías son la ley del más débil*, es en esta dimensión de los derechos sociales en donde más se puede exaltar dicha afirmación. Son los miembros más débiles de la sociedad los titulares por antonomasia de estos derechos. No es una cuestión de azar que el punto más vulnerable del Estado Social y el constitucionalismo global sea la ausencia de garantías.

IV. Jueces y constitucionalismo social en México. Algunas notas para la reflexión

Una nota distintiva del constitucionalismo mexicano, como es del todo conocido, la constituyen los derechos sociales. Por ser nuestra Constitución vigente producto del movimiento revolucionario de 1910 tiene un fuerte contenido de las reivindicaciones sociales. Mucha tinta ha corrido para exaltar esta loable y original aportación de México al mundo.

Si bien esta Ley Fundamental guarda una estrecha relación con su antecesora, al reproducir sus principios y bases institucionales, con lo que se atisban hilos de continuidad, lo cierto es que los derechos sociales son su signo distintivo. Para decirlo con las palabras de Lara Ponte: “En el caso de la Constitución de 1917, sus fuentes políticas provienen ciertamente de Constituciones anteriores. En cambio, los derechos que incorporó en los planos económico y social representaron una ruptura, más que una evolución, respecto del orden jurídico anterior, sobre todo porque tuvieron como fuente real e indiscutible el movimiento social revoluciona-

¹⁵ Sobre este punto *vid.* ESPINOZA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, Javier, “Derechos humanos, problemas actuales: Un constitucionalismo mundial”, en *Opinión Jurídica*, Colombia, Universidad de Medellín, Vol. 5, no. 9, 2006.

rio de principios de siglo, cuya finalidad era mitigar las difíciles condiciones que padecían los gobernados de los estratos populares. Esto viene a constituir el rasgo del constitucionalismo mexicano contemporáneo y la corriente de pensamiento denominada *liberalismo social*.¹⁶

El régimen político que durante un largo periodo de tiempo imperó en nuestro país y que alcanzó su etapa de consolidación y esplendor en 1929, aseguró su permanencia en el poder bajo el discurso revolucionario. En efecto, la Constitución de 1917, producto del movimiento revolucionario y por tanto de las aspiraciones y reivindicaciones de los sectores excluidos del país, fue la base sobre la cual se legitimó el régimen político.

La fuerte influencia del poder político en el sistema jurídico mexicano contribuyó en buena medida para que en nuestro país los derechos sociales hayan sido vistos como declaraciones programáticas. Un sector importante de la doctrina jurídica que se encontraba ligado al régimen político consideró que los derechos sociales no eran tales. El movimiento constitucionalista de la Revolución Mexicana, es cierto, representa un paso significativo, como todas las conquistas de derechos que se logran arrebatar al poder público, empero, es una conquista parcial, pues no supo llevar al terreno de la exigibilidad los derechos sociales. Como muestra del resabio del constitucionalismo decimonónico estos derechos venían formando parte del discurso legitimador del gobierno que se erigía como promotor y defensor de los derechos, sin que se proveyera de los medios procesales de tutela adecuados para dotarlos de una efectividad plena, quedando reducidos a mera apariencia constitucional o pantalla política. Aquí cobran plena vigencia las ideas de Bobbio, pues el lenguaje de los derechos es un instrumento útil y de gran fuerza en los movimientos que reivindican satisfacciones materiales y morales “pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y el protegido”.¹⁷

La situación ha venido cambiando y los derechos humanos ahora se conciben como un todo estructurado, participan de una misma genética común. Se ha dicho que contienen un núcleo duro, esencial, del cual todos participan. Así, se ha advertido la importancia y necesidad de tutelar todos los derechos reconocidos constitucionalmente y con ello reivindicar la fuerza normativa de la Constitución, sobre todo con la pretensión de transitar al modelo de Estado democrático, en el que prima una visión justiciera de la Constitución y, en consecuencia, de los derechos en ella reconocidos, que pugna por la racionalidad intrínseca de la norma, esto es, su

¹⁶ LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, UNAM/H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1993, p. 158.

¹⁷ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 22.

justicia conforme al paradigma de la validez del derecho premoderno, conforme a valores.

El Estado democrático busca ir más allá del legalismo y para ello impone un conjunto de valores materiales que constituyen el principio guía de los sistemas jurídicos y, por ende, el establecimiento de Cortes Constitucionales que protegen esos valores y que hacen de los preceptos de la Constitución una verdadera norma jurídica. Como señala 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*”.¹⁸

El Poder Judicial es el guardián de la Constitución y, por tanto, el primer obligado a su respecto y protección. Jueces y Constitución establecen un vínculo estrecho que redimensiona el significado de esta última, la cual ya no es vista como un simple programa político o un mero catálogo de buenas intenciones, sino como una verdadera norma jurídica vinculante. Esa es la fuerza normativa de la Constitución que viene a hacer de ella, en los hechos, una verdadera norma suprema. Para decirlo con las palabras de Manuel Aragón: “Lo que ya resulta un lugar común, en el pensamiento jurídico y político más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia y así debe ser entendida”.¹⁹

Lo anterior se puede traducir en la falta de capacidad del legislador para depositar en éste la salvaguarda de los derechos que se traduciría en su mero reconocimiento normativo. De hecho, la principal crisis de los regímenes que han desarrollado el Estado de bienestar prescindiendo del constitucionalismo social, se traduce en un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad y la consolidación de los poderes privados, esto es, en otras palabras, en la primacía de la política la econo-

¹⁸ En el discurso de los constitucionalistas normalmente la Constitución de 1920, de raíz kelseniana, y el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, son señalados como los orígenes paradigmáticos del control constitucional, empero, como lo ha demostrado Andrés Botero, son el producto de un fuerte impulso de la doctrina y ciertos asuntos litigiosos que le anteceden, *vid.* BOTERO, Andrés, Voz: “Defensa judicial de la Constitución”, en *Diccionario Histórico Judicial de México*, tomo I, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en prensa.

¹⁹ ARAGÓN, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM, 1998, p. 23.

mía y en detrimento de los derechos. Siendo así las cosas, el poder judicial se erige por antonomasia en el instrumento adecuado para la tutela de los derechos; esto quiere decir, siguiendo a Couture, que la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces.²⁰

En México el establecimiento del constitucionalismo de corte garantista en su sentido formal ha sido implementado a partir de 1994. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha erigido y consolidado en un auténtico tribunal constitucional que ha adquirido contornos bien definidos, como bien lo aprecia José Ramón Cossío.²¹ Con ello es que se considera que hemos echado a andar el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico,²² esto es, el proceso de transformación del orden jurídico llevado a cabo desde y por la Constitución. Si bien el proceso de constitucionalización implica ciertas condiciones, una Constitución rígida, la garantía jurisdiccional y la fuerza vinculante de la misma; la sobre interpretación de la ley fundamental; la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, materialmente, en México, varios de dichas condiciones ya han venido operando ya que tenemos un importante camino recorrido, como, por ejemplo, el tradicional juicio de amparo que tutela ciertos derechos fundamentales.

Lo anterior no deja de ser paradójico, porque si bien México ha sido paradigma de una visión garantista a través del juicio de amparo, adoptado por diferentes países en el mundo, y además el primer país que ha reconocido los derechos sociales a nivel constitucional y servido como referente para el reconocimiento de los mismos en las Constituciones de los demás Estados, estos derechos no son en la mayoría de los casos en nuestro país exigibles judicialmente de manera eficaz y, por tanto, no se encuentran tutelados a través de dicho instrumento de garantía jurisdiccional. En otras palabras, los mecanismos existen pero no son los más idóneos, lo que obliga a replantearse la función que la Constitución ha desempeñado y deberá desempeñar, sobre todo cuando varios de sus postulados no empatan en lo más mínimo con la realidad social. Por ello que es pertinente seguir haciendo la distinción entre Constitución formal y Constitución material, pues la segunda aún no se ha superpuesto o incorporado a la primera.

En nuestro país hasta la misma denominación de los derechos fundamentales,

²⁰ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I: La constitución y el proceso civil, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 95.

²¹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Perspectivas sobre la reforma judicial en México”, en *Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 7.

²² Sobre este punto *vid*: GUASTINI, Riccardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 57.

que han sido designados como garantías individuales, pone el acento en el carácter individual de los mismos. Dicha denominación produce una serie de confusiones terminológicas que generan una terrible ambigüedad al identificar los derechos con los respectivos instrumentos de protección, es decir, las garantías. De ahí que resulte impreciso señalar que se protegen las garantías a través de las garantías. Como se mencionó, es una tendencia del constitucionalismo, a partir de la segunda posguerra, identificar las garantías de los derechos con los instrumentos de tutela.

Siendo congruentes con una noción normativa de los derechos sociales, su protección corre a cargo de los jueces, en especial del juez constitucional. Pero en el caso de México, ¿qué ha impedido ha demás de lo dicho, que los derechos sociales sean satisfechos a través de la función jurisdiccional, en otros términos, que su reclamación en sede judicial sea eficaz? En este caso nos referiremos a los obstáculos procesales que se encuentran presentes en nuestro sistema jurídico y respecto de los cuales la doctrina constitucional tradicional se ha mostrado refractaria en lo que respecta a su superación o adecuación a las circunstancias actuales. Los viejos modelos no encuentran justificación en nuestra nueva realidad constitucional, o quizá nunca la hayan tenido.

Ya se han señalado las razones políticas de ello, pero jurídicamente el problema subyace en cuestiones técnico-jurídicas. A estas alturas todavía no nos hemos podido quitar el lastre jurisprudencial y legislativo de corte liberal que regula ciertos aspectos de nuestro juicio de amparo. Concretamente me refiero a dos resabios del siglo XIX: la noción de *interés jurídico* y *los efectos relativos de la sentencia* del juicio de amparo.

En cuanto a la primera cuestión, que procesalmente se traduce en un problema de legitimación, esto es, de la entidad que está posibilitada para promover juicio de amparo, ésta se ha constreñido a la esfera del individuo y por tanto no puede trascender a una colectividad, siendo problemático hacerlo accesible en materia de derechos sociales, es decir, en una dimensión colectiva. Por lo que respecta al segundo punto, que consiste en que el juicio de amparo otorga la protección de la justicia federal a quien lo promueve, no surtiendo efectos relativos, esto hace de la supremacía constitucional un mero adorno o lucimiento de carácter académico.

En materia de derechos sociales, en no pocas ocasiones resultan afectados intereses que reclamaban una protección no exclusiva, como es el caso del derecho a la salud, cuyo servicio y sus deficiencias conciernen a la mayoría de la sociedad. La tutela debe ser ampliada y no restringido el remedio a una posición individual, pues en caso contrario se estarán proscribiendo las acciones colectivas que, como bien demuestra la experiencia comparada, han prosperado en otros países. Además, recordemos que históricamente el juicio de amparo no sólo ha tutelado intereses indi-

viduales, sino que su manto de protección se ha extendido a intereses colectivos.²³ En cuanto a la fórmula Otero, creemos que no sólo en materia de derechos, sino en general, la doctrina ha criticado tan penoso principio que, como se ha dicho, hace de la supremacía constitucional letra muerta y perjudica a gran escala a personas con escasos recursos que no cuentan con un ingreso suficiente para solventar un juicio.

Ahora bien, el juicio de amparo ha ido perdiendo su carácter de tramitación sencilla, rayando en la complejidad. Actualmente se requiere de un conocimiento técnico, especializado para su promoción, siendo que la generalidad de los derechos sociales corresponde a los grupos más pobres del país, mismos que no cuentan con los recursos suficientes para tutelar aquellos derechos. Dicho de otra manera, la promoción del juicio de amparo implica necesariamente su tramitación por un abogado que los grupos vulnerados no pueden costear, resignándose a la trasgresión e inexigibilidad de su derecho.

En este sentido, José Ramón Narváez apunta que: “Una de las necesidades más apremiantes de los últimos años, que la misma Suprema Corte y la doctrina han recalcado, es la revisión de la naturaleza del amparo, buscando consolidarlo como instrumento fáctico para hacer aplicables las garantías a los derechos sociales”.²⁴ En efecto, la Suprema Corte, atenta a la situación de deficiencia en el modo que opera en la actualidad nuestro juicio de amparo, mediante la propuesta de una nueva Ley de Amparo, ha considerado hacer las modificaciones pertinentes para subsanar la falta de alcance del mismo a fin conformar lo que el mismo Narváez ha dado en llamar “amparo colectivo”.

En este tenor, además de una revisión del procedimiento de juicio de amparo, que en todo caso en una cuestión adjetiva o procesal, también hace falta una exhaustiva revisión de la parte dogmática de nuestra Carta Magna, con el objeto de que los derechos tengan una mejor redacción que los favorezca en el ámbito interpretativo y de la decisión judicial. De ello depende parte de su adecuada protección

²³ Rodrigo Gutiérrez Rivas menciona un asunto en el que la Suprema Corte ha dictado una sentencia en la que la legitimación se ha extendido más allá de la esfera individual para tutelar intereses colectivos... “En 1872 la Corte resolvió un asunto en contra de la autoridad que pretendía demoler un pórtico en una plazuela. La Corte otorgó el amparo aun cuando no se afectaba directamente a una persona sino al ambiente arquitectónico en el que habitaba quien presentó la demanda. Con ello se protegió no sólo al individuo que se consideró afectado sino a los vecinos y el espacio colectivo”. GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “Jueces y derechos sociales en México: Apenas un eco para los más pobres”, en *Reforma judicial. Revista mexicana de Justicia*, México, no. 6, julio-diciembre, IJ-UNAM/Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2005, p. 60.

²⁴ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del presidente Vicente Fox Quezada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 31.

por los jueces; para decirlo con las palabras de Pisarello “... un primer paso para asegurar la eficacia de una norma tiene que ver con su precisión técnica. La redacción de normas constitucionales en términos de un documento político, podía explicarse en los orígenes del movimiento constitucional, pero hoy contradice la pretensión de lo jurídico de adquirir una relativa autonomía respecto de la política, y dificulta la propia hermenéutica constitucional”.²⁵

En materia de derechos sociales habría que avanzar hacia la determinación de estos derechos. Lo que quiere decir establecer sus contenidos. De una prerrogativa general no se pueden desprender los titulares de los derechos, los obligados frente a los mismos ni su contenido y alcance. En síntesis, se necesita una aclaración o definición normativa, que corresponde al ámbito del legislador. El desarrollo legislativo en nuestro país ha sido estéril en el sentido de que las leyes reglamentarias sobre derechos sociales no prescriben contenidos precisos: señalan instituciones y algunos fines a cumplir por éstos, empero, no establecen contenidos específicos sobre su forma de reparación, alcances y contenidos de derecho. Como observa Courtis: “... La Ley General de Salud, la Ley General de Educación, la Ley de Personas con Discapacidades o la Ley General de Desarrollo, son leyes que establecen algunos fines, a veces algún principio vinculado con cómo debería cumplirse el servicio, pero no establecen obligaciones, y lo que centralmente crean es una autoridad, dice: “La autoridad y aplicación de tal ley corresponde a la autoridad”—, es decir, centralmente lo que hacen es crear los organismos que tienen que aplicar esa ley, pero no dicen nada respecto de quién es el titular del derecho y cuál es el contenido del derecho”.²⁶

Además de que el Congreso dote de contenido a los derechos, también es menester que la judicatura contribuya al contenido de los mismos, a través de lo que la doctrina ha dado en llamar “contenido mínimo o esencial de los derechos”, que no es otra cosa que un núcleo duro o esencial de los mismos. Aunque en México la actividad jurisprudencial en dicha arena ha sido realmente escasa, la judicatura no tiene toda la culpa, pues si bien los jueces no se han pronunciado significativamente en esta materia, lo cierto es que tampoco los justiciables, esto, es quienes accionan la actividad jurisdiccional, han presentado muchos asuntos al respecto, lo que implica una falta de tradición en la protección y exigibilidad de los derechos sociales. Los abogados no están acostumbrados a promover juicios en materia de derechos sociales. Si así fuera, ello obligaría a los jueces a tener que pronunciarse sobre los mismos y establecer criterios que marcaran nuevos derroteros en esta materia. “Hay

²⁵ PISARELLO, *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ *Vid.* COURTIS, Christian, “Derechos sociales y justiciabilidad”, en *Memoria del Coloquio sobre Derechos Sociales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 157 y 158.

algunos problemas que están relacionados con una falta de tradición, pero es cultural, centralmente ni los jueces ni los abogados ni las víctimas de violaciones a los derechos sociales están acostumbradas a pensar que las violaciones a los derechos sociales son violaciones a derechos.” En efecto, ha sido escaso el desarrollo legislativo y jurisprudencial en materia de derechos sociales, pero además la doctrina no ha colaborado con la bibliografía respecto de temas como salud, educación, vivienda, entre otros, que es realmente escasa y, por ende, la enseñanza en las facultades de derecho ha corrido la misma suerte.²⁷

Un referente en este sentido, para la actividad jurisdiccional, podrían ser los tratados internacionales, que generalmente dan más amplitud a los derechos de la que tienen en las Constituciones de los Estados. Una mayor extensión respecto de la protección de los derechos sociales en el ámbito nacional viene dada a través del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en tratados que ya se encuentran suscritos por México, y su susceptibilidad de aplicarlos, respecto de la cual ha sido escasa su invocación por parte de los operadores jurídicos.

Se pone como un referente obligatorio mejorar en la construcción de técnicas adecuadas de protección de los derechos sociales, sobre todo si se quieren ver como verdaderos derechos y ya no como simples líneas directivas de la actuación del poder público. El proceso de reconocimiento de estos derechos, con todo lo que aún implica llevar algunas expectativas al terreno normativo,²⁸ no se ha correspondido con el mismo avance en el proceso de judicialización de los mismos. En concreto, es menester:²⁹ *a)* abrir vías jurisdiccionales por medio de las cuales puedan plantearse posibles violaciones de los derechos sociales (tanto por acción como por omisión de los poderes públicos o, bajo ciertas circunstancias, de los poderes privados); *b)* delimitar un núcleo intangible de los derechos sociales, indisponible para el legislador y cuya tutela debe estar en manos de los jueces y, sobre todo, de los jueces constitucionales; *c)* el núcleo intangible de cada uno de los derechos sociales deberá ser suficiente para “garantizar un mínimo vital indispensable” del que pueda disfrutar cada persona.

En suma, la ausencia de remedios procesales eficaces, la falta de previsión de

²⁷ COURTIS, *op. cit.*, p. 164.

²⁸ Como, por ejemplo, el reconocimiento constitucional del derecho a la renta básica. “En términos constitucionales se podría decir que la RB (renta básica) supone una propuesta para realizar en la práctica el tránsito desde una igualdad formal hacia una igualdad real de oportunidades y de recursos para todas las personas. Como es obvio, no se trataría de una ‘garantía’ de los derechos sociales, sino más bien de un nuevo derecho social tendente a tutelar un umbral mínimo de subsistencia que elevaría notablemente la autonomía y la libertad real de las personas”, CARBONELL, Miguel, “La garantía de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 187.

²⁹ CARBONELL, “La garantía...”, *op. cit.*, p. 189.

órganos de tutela debidamente profesionalizados o sin un status autónomico de independencia frente al poder político, son algunos de los obstáculos principales para una tutela amplia de los derechos.

En este papel que ha emprendido la Suprema Corte de Justicia como defensora de la Constitución en general, y de los derechos fundamentales en particular, no ha sido vista con buenos ojos por los otros dos poderes públicos. Es por ello que la judicatura necesita parafraseando a Juan Carlos Abreu³⁰ “generar confianza en la administración de justicia”, consolidar su propia independencia y su propia legitimidad. Ello lo logrará en buena medida a través de la claridad y trascendencia de sus resoluciones, y como defensor de los derechos de los más débiles.

V. Conclusiones

La crisis del Estado social radica en la ausencia de un sistema garantista para la tutela de los derechos sociales. No se ha configurado como un auténtico Estado de derecho que reivindicara satisfactoriamente las expectativas que está destinado a tutelar, es por ello que hoy se habla del Estado social como Estado constitucional. Sin embargo, creemos que una cultura de los derechos más consolidada y crítica es necesaria para la última garantía, ya no de tipo institucional sino social, de tales prerrogativas. Desde esta perspectiva los grupos sociales en el un Estado social representa una fuerza importante dentro del escenario público que condiciona y legitima la actividad del Estado. Fuerza que fue tratada de suprimir por la modernidad colocando al individuo en una total desprotección frente al Estado, ya que lo habían despojado de sus vínculos comunitarios y sociales.

En nuestro país lo anterior ha obedecido a diversas causas. Entre ellas se encuentran el establecimiento de un régimen autoritario que permeó durante largo tiempo creando una visión sesgada del derecho debido a su influencia en el ámbito doctrinal y por tanto en la enseñanza del derecho en México. Los derechos así fueron concebidos como “declaraciones programáticas” apartándose del esquema tradicional de los derechos subjetivos y por tanto susceptibles de exigibilidad judicial.

El régimen político ha sido trastocado por lo que las condicionantes de la dominación han cambiado. Es así que se encuentran presente nuevas luces en el escenario político-social de nuestro país. Se trata de consolidar una verdadera democracia más incluyente y participativa que involucre a la amplia gama de actores sociales así como una visión en términos funcionales de la Constitución, es decir una noción jurídica en contraposición a la política. Sólo de esta manera se puede favorecer al desarrollo de los derechos sociales.

³⁰ *Vid.* ABREU Y ABREU, Juan Carlos, “Generar confianza en la administración de justicia”, en *Anuario de la Cultura jurídica mexicana*, no. 3, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en prensa.

Dos obstáculos procesales son los que exigen una inmediata remoción para que nuestro sistema de protección de derechos fundamentales pueda funcionar de manera más óptima y ampliar su protección al ámbito de los derechos sociales. Entre ellos se encuentran precisamente el interés jurídico y la eficacia particular de los efectos de la sentencia de amparo. Un sector de la doctrina constitucional no ha visto con buenos ojos la superación de aquellos principios. En este sentido, habrá que pugnar por la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, que en todo caso, significa mirarla como una auténtica norma jurídica.