

GENERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO. CONTRIBUCIONES IBEROAMERICANAS AL CONSTITUCIONALISMO

Por HANS RUDOLF HORN*

SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA.—2. FUNDAMENTOS HUMANISTAS DE LA LIBERTAD: A) Conexiones histórico-ideológicas en el sentido de Recaséns Siches. B) Fundamentación dialógica de los derechos del hombre. C) Deformaciones del concepto clásico de libertad.—3. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: A) Camino hacia la democracia participativa. B) Surgimiento del constitucionalismo social en México. C) Extensión y límites del constitucionalismo social.—4. MINIMALISMO CONSTITUCIONAL: A) Objeciones básicas contra el constitucionalismo social. B) Renuncia a las reformas constitucionales.—5. NUEVAS CONSTITUCIONES Y PROBLEMAS TRADICIONALES: A) En la época de nuevas Constituciones. B) Recuerdo de la Constitución mexicana de 1917. C) Jurisdicción constitucional en ambas Américas. D) Protección jurisdiccional-constitucional en Iberoamérica.—6. NUEVAS GENERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES: A) Derechos sociales y colectivos. B) Desarrollo social en México. C) Derechos sociales en el contexto internacional.—7. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A) El Estado nacional en la globalización. B) La dimensión social del Estado constitucional. C) Ordenamiento de la competencia. D) Cooperación internacional.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Maguncia. Estudios de postgrado en la Universidad Nacional Autónoma de México con el profesor Luis Recaséns Siches. Hasta 1970 desempeñó funciones judiciales en varios tribunales. A partir de este año, alto funcionario de la Cancillería del *Land* de Renania-Palatinado. Vicepresidente de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas. Autor de numerosas publicaciones en alemán, español e inglés sobre temas de Filosofía jurídica y social y de Derecho constitucional.

** Traducción al castellano del trabajo en alemán «Generationen von Grundrechten im kooperativen Verfassungsstaat. Iberoamerikanische Beiträge zum Konstitutionalismus», publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, nueva época, tomo 51, pp. 663-694, y que el autor ha remitido para su publicación en este «Anuario».

1. INTRODUCCIÓN Y PANORAMA

Para enjuiciar un sistema político es decisiva la cuestión de si se garantizan, y en qué medida, en su ámbito soberano los derechos humanos que se han acuñado en los artículos sobre derechos fundamentales de la mayoría de las Constituciones de todo el mundo. Pero también han encontrado su reflejo, sobre todo, en diferentes documentos de Derecho internacional y se han desarrollado a lo largo de un diálogo universal. El aspecto de la protección de los derechos fundamentales está en una relación inescindible con el papel del Estado. En la malla de relaciones supranacionales e internacionales, pero también en la relación con las empresas económicas activas a escala global, se ha privado desde luego en ocasiones al Estado nacional de su tradicional significación. De ello es, en todo caso, correcto que no es apenas posible comprender el alcance y significación de los ordenamientos jurídicos nacionales en su consideración aislada, que pasa por alto las numerosas relaciones universales y que no incluye comparativamente a las Constituciones extranjeras.

Para una investigación de Derecho comparado exhaustiva se ofrece el mundo iberoamericano desde varios puntos de vista. Pues no sin razón se ha denominado a Iberoamérica «un laboratorio sociológico vivo», ya que pone delante, por así decirlo, todas las formas importantes de convivencia humana y política en una forma ejemplar y acentuada¹. En lo que respecta al fenómeno político en Iberoamérica, las cosas parecen estar, en una observación de lejos, invertidas como en un espejo cóncavo. Sin embargo, en una observación más de cerca, como en el espejo convexo, con la ampliación se destacan los detalles que se observan en muchas partes del mundo de modo idéntico o parecido, si bien no siempre de modo tan acentuado. Merece la pena examinar los fenómenos constitucionales iberoamericanos más de cerca para realzar los rasgos comunes, pero también las diferencias con los países europeos, en especial los no romanistas y con el mundo anglosajón.

Una cuestión especialmente importante la representan los principios básicos sociales, que se han percibido por primera vez como problema constitucional en Iberoamérica y se manifiestan en el llamado constitucionalismo social, que allí surgió. Una metáfora que juega un papel importante en este contexto es la de «generaciones de derechos fundamentales». Frente a ella también se han expresado objeciones, porque se teme que con ello se pueda marcar una distancia entre los derechos fundamentales nuevos y los viejos y a la «segunda generación», a los derechos fundamenta-

¹ ROBERTO AGRAMONTE, «La sociogénesis latinoamericana», en *Revista Mexicana de Sociología*, 1963, p. 31.

les sociales, sólo se le conceda un segundo rango². La imagen familiar de las generaciones parece tener, sin embargo, la ventaja de que es adecuada para mostrar la relación entre los derechos de libertad clásicos y los derechos fundamentales sociales sin que por ello se oculten los problemas específicos de los derechos sociales. Las dificultades totalmente especiales que se plantean en su puesta en práctica se han colocado en el tiempo más reciente precisamente en el centro de numerosas discusiones científicas que se concentran en una mayor diferenciación y sistematización.

El «Estado constitucional cooperativo»³ sigue siendo el más importante garante para los derechos del hombre, que hay que garantizar en cooperación internacional. La significación del Estado nacional no se debilita en absoluto por medio de la inserción en un contexto mundial; incluso se extiende todavía a nuevos ámbitos. No sólo su especial responsabilidad por la «segunda generación de derechos del hombre» le obliga a actuar, sino que también en el clásico ámbito de la protección de la vida y la libertad el no inmiscuirse ya no es, como hasta ahora, el deber más importante, o incluso el único, del Estado. La Comunidad internacional y sus instituciones no están, pese a los reforzados esfuerzos (en algunos casos también totalmente exitosos), en situación de asegurar la vida y libertad de la persona en determinados ámbitos sin estructuras estatales de poder fidedignas, como se ha revelado en el fracaso de las intervenciones de la ONU por ejemplo en Somalia y más recientemente en la omisión de intervenciones de la Comunidad Internacional en Congo y Ruanda. El Estado constitucional cooperativo ya no sigue obligado en lo esencial a no-hacer en tanto deje los derechos humanos inafectados por él, sino que, en una época de crecientes peligros a través de delitos y guerras civiles, tiene que adoptar precauciones de un modo mucho más amplio del que se esperaría del «Estado vigilante nocturno» a fin de que los hombres sean protegidos en sus derechos fundamentales y ejerzan sus derechos de libertad también tanto como sea posible.

² Cfr., sobre ello, JORGE ADAME, «Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de la solidaridad», en su ponencia en el Séptimo Congreso Iberoamericano del Derecho Constitucional, en Ciudad de México, en febrero de 2002, cuyos resultados serán también publicados [Nota del traductor: el trabajo ha sido ya publicado en MIGUEL CARBONELL (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM et alii, México, 2002, pp. 59 ss].

³ PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 73 ss. La traducción al español por Héctor Fix-Fierro fue llevada a su versión última en estrecha colaboración con el autor, como en el Prólogo del autor se explica (pp. LXXXV ss.). Diego Valadés, el Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) —Instituto este tan renombrado debido a sus importantes publicaciones— escribe un estudio introductorio con el título «Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI», que precede a la obra (pp. XXI a LXXXIV).

2. FUNDAMENTOS HUMANISTAS DE LA LIBERTAD

A) Conexiones histórico-ideológicas en el sentido de Recaséns Siches

A lo largo de la historia occidental del pensamiento, la idea de defensa de la libertad frente al poder de la colectividad jugó un papel decisivo. Caracterizó en una considerable medida a la Filosofía y la praxis estatal de los griegos y los romanos. Una consideración diferenciada, que se ajuste por un lado a los fundamentos humanistas de la libertad y de la dignidad del hombre individual y, por otro lado, a la indispensable inserción en el contexto social, ha sido objeto de numerosos esfuerzos a lo largo de la historia. En el mundo hispánico, Luis Recaséns Siches, quien murió en México en 1977, es paradigmático de la personificación de la *Philosophía perennis* y la conexión estricta de la confianza en los principios y la apertura al mundo⁴.

Hacer referencia a Recaséns Siches en la discusión de relaciones teórico-constitucionales parece a primera vista bastante sorprendente porque él no dedicó su enseñanza e investigación específicamente al Derecho constitucional. Los puntos de vista esenciales de su obra vital científica, sin embargo, son precisamente también en este ámbito de pasmosa actualidad precisamente también para las dimensiones sociales en la época de la globalización. En uno de los más recientes manuales de Derecho constitucional en lengua española se hace referencia en la primera nota a una de sus obras para aclarar las tres dimensiones del Derecho: como objeto de reflexión jurídico-filosófica, como hecho en el contexto histórico y sociológico y como norma en el sentido de la Ciencia del Derecho en sentido estricto⁵. La vida humana, la vida del individuo, representa para él, como la primera realidad y la raíz del pensamiento filosófico, el punto de partida de su teoría.

⁴ Se desempeñó como profesor universitario de Filosofía del Derecho y Sociología primero en Salamanca y en Madrid y, tras la explosión de la Guerra Civil española, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pero también algunos años en los Estados Unidos de América. Como profesor invitado, sobresalió en muchas universidades europeas y latinoamericanas con permanente éxito. Regularmente, dio también clases en la Universidad Complutense de Madrid. Sobre ello, véase HANS-RUDOLF HORN, «Filósofos españoles exiliados en México: Manuel Pedrosa y Luis Recaséns Siches», en A. COLOMER VIADEL (coord.), *Congreso Internacional sobre la Universidad Iberoamericana, Actas II*, 2000, pp. 11-28, e ÍDEM, «Bases sociales del humanismo de Recaséns Siches: su alcance en el debate globalizado», en SÁNCHEZ FERRIZ y GARCÍA PECHUCAN (coords.), Valencia, 2001, pp. 453-466.

⁵ HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 1.ª edición, México, 1999, 2.ª edición, 2001, p. 2, con referencia a LUIS RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, 1970, pp. 153 ss. y a MIGUEL REALE, *Leções preliminares de direito*, São Paulo, 1973, pp. 80 ss. (teoría del «tridimensionalismo»).

Con los fundamentos humanistas de la libertad no son compatibles tesis antihumanistas o transpersonalistas, como se han hecho realidad en la forma extrema en la barbarie del Estado totalitario, en el que se distinguen tres tipos básicos: el fascismo, el nazismo y el comunismo⁶. Si bien el hombre individual es, obviamente, por necesidad miembro de la Comunidad, al mismo tiempo tiene, frente a toda congregación de hombres, un rango superior que éstos. El reconocimiento de la primacía de los valores individuales no se puede equiparar, según la convicción de Recaséns Siches, con el mantenimiento de un egoísmo individualista y no significa idolatría o la falta de solidaridad social y una desconsideración del bien común. Para él no existe en el fondo ni una incompatibilidad o una contradicción ni un «rozamiento» entre los intereses del individuo y los de la generalidad.

Luis Recaséns Siches perteneció a aquellos que han trabajado con persistente éxito la peculiaridad del pensamiento jurídico, para buscar las soluciones a los problemas no sólo en derivaciones deductivo-sistemáticas como en Matemáticas. Esta lógica en sentido estricto la designa como la lógica de lo racional, cuya importancia en especial para las ciencias de la naturaleza es notable. La contrapuso a la lógica de lo razonable, que no se agota en un silogismo lógico, pero por ello tampoco se dirige a un modo de proceder irracional, como encontró seguidores en numerosas formas en especial desde la primera mitad del siglo XX y que encontraron su expresión por ejemplo en la palabra de la queja como el «espíritu como adversario del alma». Se trata más bien de consideraciones razonables, si bien no son de la naturaleza matemática de las ciencias de la naturaleza, sino de naturaleza científico-espiritual. Esta relación se aclara también por medio de la designación de lógica de lo humano. Porque, en español, Humanidades son las Ciencias del espíritu⁷. En alemán, por el contrario, una expresión como la de la «lógica de lo humano» («die Logik des Menschlichen») se orienta más a una presunción de una perspectiva esotérica o más emocional.

⁶ LUIS RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, tomo I, México, 1963, pp. 531 ss.; sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «Über Luis Recaséns Siches' Panorama des Rechtsdenkens im XX. Jahrhundert», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LI (1965), 57-89. En el mismo cuaderno de *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*: DAVID H. MOSKOWITZ, «The Legal System in the Legal Philosophy of Luis Recaséns Siches», pp. 91-107.

⁷ Al respecto, cfr. HANS-RUDOLF HORN, «'Die Logik des Humanen', Zum Tode von Luis Recaséns Siches», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXIV (1978), pp. 443 ss., e ÍDEM, «Individualisierte Normen in Rechtsprechung und Verwaltung», en *Logique et Analyse*, Löwen, 79 (1976), pp. 79-102, 89 ss. (sobre la lógica de lo razonable).

B) Fundamentación dialógica de los derechos del hombre

La discusión a escala mundial sobre el alcance de los derechos del hombre se caracteriza por la paradójica situación de que los argumentos fundamentales del Derecho natural, que fueron fundamento para derrocamientos históricamente importantes en las Revoluciones americana y francesa, hace ya mucho no pertenecen al patrimonio común. Se ha equiparado a la creencia en los derechos naturales con la creencia en brujas y unicornios⁸ o se ha puesto en el comprensible punto de vista de que se trata más bien de derechos artísticos que naturales⁹. Si no puede haber una fundamentación razonable y convincente para los derechos humanos, pueden ser difamados como armas ideológicamente guarnecidas del neocolonialismo, como cada vez sucede más.

El poder incontrolado o incontrolable hay que contraponerlo, para la garantía de la libertad y la igualdad de todos los hombres, a la fuerza del discurso y de los vínculos sociales por medio de una comunicación global, por medio, por así decirlo, de una retórica universal de la humanidad¹⁰. Puede anudarse conceptualmente a la gran tradición de la retórica en el marco de la dialéctica aristotélica, que presupone como base argumentativa experiencias positivas o negativas y se dirige a la orientación social en el diálogo regido por reglas. Eventos globalmente significativos adquieren el rango de una experiencia de humanidad que es adecuada para acuñar culturas en el contexto mundial.

La convicción de que la retórica es preferiblemente adecuada como teoría del discurso fundamentado para analizar descriptivamente desarrollos del Derecho y para conducir a una argumentación fructíferamente cultivada lleva desde luego a dificultades no poco importantes. Las teorías modernas del discurso y la argumentación¹¹, que no dejan salir a la luz la relación con la antigua retórica, son el intento de encontrar adhesión a

⁸ Así A. MACINTYRE, *After virtue*, 4.ª edición, Notre Dame, 1984, p. 69. R. RORTY habla de un «consuelo metafísico» en *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart, 1988, p. 29.

⁹ CARL WELLMANN, «The Universal Declaration – Ambiguous or Amphibious?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 78 (2001), p. 19.

¹⁰ WALDEMAR SCHRECKENBERGER, «Die Universalität der Menschenrechte als Prinzip der Rechtsrhetorik», in: KAUFMANN/MESTMÄCKER/ZACHER (coords.), *Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer*, Frankfurt del Meno, 1988, pp. 481 ss, 495 ss, c. IDEM, «Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 65 (1996), p. 88.

¹¹ Una buena panorámica se encuentra en NORBERT HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2.ª edición, Heidelberg, p. 200-223. Sobre todo la «teoría de la acción comunicativa» de Jürgen Habermas halla mucha aprobación en Iberoamérica: cfr., de la época más reciente, JOSÉ VICENTE VILLALOBOS ANTÚÑEZ en la Revista *Cuestiones Políticas*, Maracaibo/Venezuela, 27 (2001), pp. 11-39.

valoraciones de validez general por medio de una discusión regida por reglas. Al respecto es, desde luego, metódicamente obligado abstraerse ampliamente de las condiciones y presiones reales de la opinión pública de la sociedad¹². Con razón, se ha destacado la naturaleza dialéctica de los derechos del hombre en diferentes contextos, la cual puede aclarar también algunas razones esenciales de su no-realización. La dialéctica obliga siempre, como se ha dicho, a maniobrar en un campo de total contradicción en el que es difícil determinar lo que corresponde a lo sumo a cada persona en una determinada situación con relación al orden social, político y social (*sic*)¹³.

La crítica a la retórica encuentra expresión ya en Platón, que ha desarrollado en sus diálogos al mismo tiempo estructuras retóricas en una forma elevada nunca alcanzada de nuevo. Sólo entonces la Filosofía de la modernidad ha creado desde Kant un sistema casi perfecto de antirretórica, que derivó en el famoso dicho de Jacob Burckhardt de un «extravío monstruoso» de los antiguos greco-romanos¹⁴. El rechazo de la retórica está en conexión con la vocación de los sofistas, que la enseñaban como habilidad útil sin pago para emplearla especialmente en la política. Sofista, como de manera parecida sofismo, es todavía hoy en muchas lenguas un impropio. Se trata aquí de un ejemplo llamativo de un menosprecio de contribuciones históricas, que alcanzó su clímax en la Edad Moderna. En el siglo III y IV fueron los sofistas los que acuñaron el concepto de derechos del hombre y dedujeron, en especial Antífono, de los principios de la libertad y la igualdad la exigencia de la derogación de la esclavitud y de las diferencias de estatus¹⁵. Los bastante languidecientes sofistas eran, en este sentido, precursores como muchos pensadores significativos a lo largo de la historia de las ideas hasta la Modernidad. Llegaron en sus consideraciones más lejos que los propios padres de la Constitución americana, que no pudieron dejar de ver el problema de la esclavitud, pero nunca se plantearon su abrogación a pesar de que la libertad humana era para ellos en lo demás el motivo decisivo de su actuación política.

¹² SCHRECKENBERGER, 86 (2000), pp. 393 ss.

¹³ NICOLÁS LÓPEZ-CALERA, «Naturaleza dialéctica de los derechos humanos» (así también el título de una monografía del mismo autor) en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* Nr. 41 (1990), pp. 86-97, 96. Parte de la dialéctica de Hegel, «der Gang der Sache selbst ist» (cita en alemán en el texto español); sobre ello, véase también su monografía *Hegel y los derechos humanos*, Granada, 1971.

¹⁴ HANS-RUDOLF HORN, «Dimensionen der Demokratiefähigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 86 (2000), p. 407.

¹⁵ Cfr. por ejemplo, ERIK WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, Band II, *Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*, Frankfurt del Meno, pp. 134 ss., 138, y recientemente, OTTMAR BALLWEG, «Zur Ergiebigkeit der sophistischen Rhetorik für eine heutige rhetorische und analytische Rechtstheorie», en S. KIRSTE/K. WAECHTER/W. WALTHER (coords.), *Die Sophistik*, Stuttgart, 2002.

La pérdida de reputación de la retórica, que hasta la Edad Moderna había permanecido como técnica del pensamiento problemático, está conectada en gran medida con el desarrollo del concepto moderno de ciencia y de teoría. El conocimiento teórico, como el que proporcionan las Ciencias de la Naturaleza, y la formación de opiniones, que hay que ver como la tarea principal de la retórica, fueron estilizados en contraposiciones superables¹⁶. El modo de consideración de las Ciencias de la Naturaleza fue visto como ideal y se emprendió el intento de transferir sus métodos, considerados como fidedignos, al Derecho tan ampliamente como fuera posible, para convertir al Derecho en ciencia. Contra ello, también había cambiado de rumbo en el mismo sentido, originariamente pero independientemente una de otra, la *Teoría tópica* de Theodor Viehweg, igual que la *Nouvelle Rhétorique* de Jaime Perelman, habiendo sido traducida aquella Teoría tópica recientemente no sólo de manera diferente, sino que también ha sido valorada cada vez más en profundidad¹⁷. En su obra *Semiótica retórica*, Waldemar Schreckenberger ha analizado textos de la Ley Fundamental y estructuras básicas retóricas de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal sobre la base de la tóptica¹⁸. En relación con la *cultura del diálogo*, se ha destacado en recientes publicaciones latinoamericanas, que exigen del Estado que cree con su ayuda una nueva alternativa democrática que represente como «democracia del diálogo» la respuesta de Latinoamérica a la exigencia de la globalización¹⁹. Un pluralismo filosófico, que hay que entender como contraposición a un rígido fundamentalismo, posibilita, como ha dicho Perelman, soluciones razonables a los problemas que se correspondan a las específicas relaciones de cada Estado sin pretender ofrecer la solución perfecta, definitiva y única, sino una solución que es aceptable y humana²⁰.

¹⁶ SCHRECKENBERGER, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 86 (2000), pp. 367 ss.

¹⁷ Así, por ERNESTO GARZÓN VALDÉS, que los compila bajo el título *Tópica y filosofía del Derecho*, y los completa con una introducción (Barcelona 1991); cfr., además, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, *Teorías de la tóptica jurídica*, Madrid, y SERGIO LE PERA, *La "naturaleza jurídica"*, Buenos Aires, 1971.

¹⁸ Traducción al español de ERNESTO GARZÓN VALDÉS bajo el título *Semiótica del discurso jurídico*, UNAM, México, 1987. La edición de 2000 está agotada desde hace tiempo, tal y como resulta del catálogo de publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El original alemán ha sido recensionado por HÄBERLE en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1979, 827, y en *Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 106 ss.

¹⁹ Así, NILA LEAL GONZÁLEZ, «América Latina: la construcción de nuevas alternativas democráticas», in *Cuestiones Políticas*, Maracaibo/Venezuela, núm. 26 (2001), pp. 11-27; en el mismo sentido, Agustina Yadira Martínez, en su contribución al Congreso «Latinoamérica» en Moscú, en que habló sobre el discurso jurídico y la acción comunicativa. Cfr., también, en el núm. 27 (2001) de *Cuestiones Políticas* otras contribuciones al tema del discurso político: así, JOSÉ VICENTE VILLALOBOS ANTÚNEZ, «Discurso político y legitimidad del orden jurídico: el dilema de los excluidos en América Latina», pp. 11-38; y ELDA MORALES y ANA IRENE MÉNDEZ, «Democracia, comunicación y ciudadanía», pp. 83-122.

²⁰ CHAIM PERELMAN, «La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique», en *Revue Internationale de Philosophie*, 1979, pp. 5-17.

C) Deformaciones del concepto clásico de libertad

La defensa de la autodeterminación del individuo frente a la colectividad es un *leitmotiv* de la historia occidental de las ideas, que distingue de forma especialmente significativa a la clásica Grecia y Roma. Por ello hay también que entender que la antigüedad fue idealizada en la Ilustración con llamativas consecuencias. Jean Jacques Rousseau recomendó a la República romana como «un modelo para todos los pueblos libres»²¹. Precisamente en Latinoamérica se llegó a que sus instituciones fueran imitadas indiferenciadamente y hasta ahora totalmente malentendidas. Las deformaciones surgidas con ello de la idea básica del concepto clásico de libertad se han manifestado en muchas partes del mundo, pero en ningún lugar de una forma tan sensacional, y casi sorprendente, como en Iberoamérica. Es muy característico el encuentro, la superposición de dos fenómenos que a primera vista parecen incompatibles en una lógica histórica estricta, en concreto el constitucionalismo liberal, por un lado y el dominio de caudillos nacionales y locales, el caudillismo, por el otro lado. Se trata de la manifestación de un anacronismo, que une en sí dos fenómenos completamente diferentes, en concreto: una forma de dominio espontánea, apenas estructurada racionalmente, con elementos, por un lado, de un sistema europeo feudal de la Edad Media por estratos, y, por otro lado, una de las formas más avanzadas de organización y de convivencia política que se ha desarrollado hasta el siglo XIX, esto es, la democracia liberal a partir de la cual se desarrollaron sistemas autoritarios²². Especialmente significativo es el ejemplo del dictador De Francia en Paraguay, quien, como un Cónsul romano, en 1813 llegó al poder, y entonces fue dictador a plazo y finalmente, de 1816 a 1840, fue dictador vitalicio y durante este tiempo cerró el país herméticamente al mundo²³.

Las deformaciones del concepto clásico de libertad se pueden mostrar del modo más gráfico en la actuación y el fracaso de Simón Bolívar, el «libertador» del Norte de Sudamérica. Para honrarle, la Constitución de Venezuela de 1999 se designa como «bolivariana» según el programa de Hugo Chávez, el Presidente actual de Venezuela. Pero no se ve qué ideas principales de la amplia obra de Bolívar han sido las influyentes. En su famoso discurso de Angostura, se había pronunciado con duras palabras

²¹ Sobre ello PIERANGELO CATALANO, «Principios constitucionales bolivarianos, origen y actualidad», en R. COMBELLAS (coord.), *El nuevo Derecho constitucional latinoamericano*, tomo II, Caracas, 1996, pp. 542-561.

²² GRACIELA SORIANO DE GARCÍA-PELAYO, «El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX», en el tomo monográfico por ella coordinado del Anuario *Politeia*. Sobre este tema, *Caracas 20* (1997), pp. 16 ss.

²³ CATALANO, *ibidem*, p. 546.

contra el sobrepeso del Congreso y la debilidad del Ejecutivo y exigía, en lugar del sistema previsto en la Constitución de 1811 de tres cónsules que se relevaban semanalmente en el gobierno (¡!), una regulación que posibilitara un sistema de gobierno funcional. Porque las Asambleas constituyentes y los Parlamentos en los Estados que se constituían de nuevo no tomaron en cuenta este requisito en el tiempo que siguió, fracasó no sólo la primera República venezolana, sino también la creación de una Gran-Colombia, que también debería comprender a Venezuela²⁴. El mismo Bolívar declaró, en su Mensaje a la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de Bolivia de 1826, que son necesarias «trabas sobre trabas» para limitar democráticamente la autoridad del Jefe del Gobierno para que se vea frente a todo el pueblo²⁵. Después de que todos los esfuerzos para un fortalecimiento del Ejecutivo constitucional en la nueva República resultaron no ser exitosos, vino toda la América hispana a la abundancia de pequeños tiranos previstos por Bolívar y que exigían competencias que habían sido negadas al Gobierno legítimo por los correspondientes padres de la Constitución en nombre de la libertad.

3. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

A) Camino hacia la democracia participativa

En el camino de los Estados iberoamericanos hacia una democracia representativa con participación de toda la población se pueden fijar seis fases típicas²⁶. A las guerras de liberación y a la declaración de independencia, a las subsiguientes luchas contra el anterior poder colonial y a las guerras civiles siguieron frecuentemente relaciones anárquicas que llevaron a autocracias de Caudillos. Su tarea era, «como gendarme necesario», como se dice eufemísticamente con gusto, producir la unificación del país y evitar su descomposición. En la próxima etapa, de democracia con participación limitada, se trataba casi siempre de oligarquías en las que sin embargo una clase media política gana influencia. En las democracias con participación más amplia se llega a que los partidos, federaciones de intereses y sindicatos alcancen una influencia efectiva en los sucesos políticos. Sólo cuando también los grupos periféricos de la sociedad están integrados en la vida política se puede hablar de una democracia con total participación.

²⁴ ALLAN R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales*, 2.^a edición, tomo I, Caracas 1985, pp. 48 ss.

²⁵ CATALANO, *ibídem.*, pp. 552 ss., con cita literal del discurso de Bolívar.

²⁶ GINO GERMANI, *Política y sociedad en una época de transición. De la sociedad tradicional a la sociedad de masa*, Buenos Aires, 1962, pp. 147 ss. Sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, *México: Revolution und Verfassung*, Hamburgo, 1969, pp. 44 ss.

En los últimos años, la crítica a la clase política dominante, sobre todo en países como Brasil, Perú, Bolivia y Venezuela, condujo a una defensa de la antipolítica como alternativa a las formas usuales de participación política²⁷. El enojo hacia la política, actualmente extendido en todo el mundo, y la insatisfacción con los partidos políticos lleva consigo notables problemas para la gobernabilidad, que no se limita a Iberoamérica, pero aquí, como también en otros problemas políticos estándar, resaltan especialmente. Por ello, no es con seguridad ninguna casualidad, que en especial también el problema del populismo, que se alimenta de una negación real o pretendida de la política, haya sido objeto de interesantes investigaciones²⁸.

Los variados aspectos de una democracia en funcionamiento y sus déficits en la historia y en la actualidad son objeto desde hace mucho de discusiones en profundidad. En Iberoamérica se ha dicho con razón: «la democracia se mide por la participación del pueblo en los ingresos, cultura y poder, y todo lo demás es retórica o folklore democráticos»²⁹. Los elementos participativos de la democracia no son en realidad adiciones complementarias, ornamentales, del Estado constitucional, sino sus rasgos esenciales decisivos. Representan un desarrollo ulterior del derecho de la persona a la libertad. La realización de derechos políticos conduce también al reconocimiento de órganos internacionales que están llamados a la protección de derechos fundamentales³⁰. Entre los diferentes aspectos de la participación existen relaciones vitales. Sin una vida digna de la persona, sin participación en la cultura y la conformación de la vida política, los derechos de libertad quedan vacíos. Los derechos sociales se dirigen siempre a hacer vitales los derechos fundamentales, en especial también en el sentido de «participación igualmente extendida»³¹.

²⁷ JOSÉ ANTONIO RIVAS LEONE, «Crisis y desbujamiento de los partidos políticos y antipolítica en América Latina», en *Cuestiones Políticas*, Maracaibo/Venezuela, núm. 27 (2001), pp. 123-149, 142. Con relación a Perú, se habla de «fujimorización». Sobre el problema de la «antipolítica», cfr. también HANS-RUDOLF HORN, «Dimensionen der Demokratiefähigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 86 (2000), 400-411, 405 ss.

²⁸ ANÍBAL VIGUERA, «Populismo y neopopulismo en América Latina», en *Revista Mexicana de Sociología*, núms. 1993, pp. 49-56.

²⁹ PABLO GONZÁLEZ CASANOVA, *La democracia en México*, 1.ª edición, México, 1965, p. 162; sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «Politische und soziale Grundrechte in Lateinamerika», en H. R. HORN/A. WEBER (coords.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1989, p. 107.

³⁰ HÉCTOR FIX-FIERRO, «Los derechos políticos en el ordenamiento mexicano», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, XLV (1995), pp. 59 ss., 92.

³¹ Cfr., al respecto, PETER HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein im Taunus, 1979, pp. 57 ss., 69 con referencia a ZACHER, *AöR* 93 (1968), 382, sobre la Sentencia del *numerus-clausus* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE 33, 303) de 18.7.1972.

B) Surgimiento del constitucionalismo social en México

La cuestión del surgimiento del constitucionalismo social no es sólo de naturaleza puramente histórica. Porque los argumentos que hoy se emplean en contra de una conformación de los derechos sociales en la Constitución se siguen apoyando en consideraciones que han sido avanzadas desde el principio. Parece tratarse de una tendencia, en el fondo totalmente comprensible, en contra de un anclaje constitucional de los derechos sociales, que en la realidad son difíciles de comprender jurídicamente. Las normas constitucionales con regulaciones de detalle como el día de ocho horas y la protección contra el despido improcedente fueron creados por vez primera, al igual que los principios de la reforma agraria, en la Constitución mexicana de 1917, que fue resultado de la Revolución mexicana que había comenzado en 1910. Fue la primera revolución del siglo XX que, incluso antes que la Revolución rusa, cambió un sistema político y económico desde su base³². El Delegado de la Asamblea Constituyente de Querétaro, Froylan M. Manjares, ha dejado de lado bruscamente las dudas sobre las regulaciones previstas. Hablaba de trivialidades y dijo: «No juega ningún papel para mí si la Constitución está dentro de un modelo de pensamiento que los autores de Derecho prevén o no; ello no juega en absoluto ningún papel para mí»³³. El Delegado del Estado de Hidalgo, Alfonso Cravioto, pronunció la clásica y familiar cita: «Así como Francia tuvo la gran honra de anclar solemnemente, tras su Revolución, en la primera de sus Constituciones, los derechos inmortales del hombre, la Revolución mexicana debe tener el orgullo de ser la primera que ancla en una Constitución los sagrados derechos del trabajador»³⁴.

Es comprensible que esta perspectiva de los derechos sociales cayese en suelo fértil precisamente en Francia. El emigrante ruso Mirkiné Guetzevich en la parisina Sorbona fue uno de los primeros que se refirió en

³² Con esta referencia comienza la obra de MANFRED VON MOLS y HANS-WERNERTOBLER, *Die institutionalisiert Revolution*, Colonia/Viena, 1976. Sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts», in *Jahrbuch des Öffentlichen Recht* NF 20 (1980), 480-526, 490.

³³ Citado y valorado en profundidad por JORGE CARPIZO, *La Constitución de 1917*, 3.^a y 4.^a edición, México, 1979, pp. 96 ss., y también lo que sigue.

³⁴ HANS-RUDOLF HORN, «80 Jahre mexikanische Bundesverfassung – was folgt?», *Jahrbuch des Öffentlichen Recht* NF 47 (1999), 399 ss., 412. Sobre la relación entre Revolución y Constitución, véase también: ÍDEM, *México*, cit. De la amplia literatura sobre este tema, cítese aquí, en Estados Unidos de América, EVERHARD VICTOR NIEMEYER, *Revolution at Querétaro – The Mexican Constitutional Convention 1916-1917*, Austin/Texas 1974, y «Reflexiones de los constituyentes: La Constitución de 1917 como resultado de la Revolución de 1910», en UNAM (coord.), *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1993, p. 145 ss.

Europa al constitucionalismo mexicano en una amplia obra sobre las modernas tendencias del Derecho constitucional, si bien de un modo todavía bastante escéptico, y hoy es nuevamente en la Universidad de la Sorbona Frank Moderne el que ha mencionado a la Constitución mexicana de 1917 como uno de los fundamentos del Estado de Derecho social moderno³⁵. El actual³⁶ Ministro argentino de Justicia Jorge R. Vanossi ha destacado hace algunos años con razón que México, con todas sus carencias y grandezas, ha iniciado un desarrollo cuya pretensión social es su nota predominante³⁷. El constitucionalismo social es objeto de orgullo nacional. En el Comentario a la Constitución mexicana se cita en este contexto también unas palabras de Gustav Radbruch en las que se habla de la Revolución social en México como la mensajera o la precursora de un nuevo mundo³⁸.

C) Extensión y límites del constitucionalismo social

En la actualidad, la mayoría de las Constituciones en todo el mundo contienen normas que regulan con mayor o menor profundidad los derechos sociales. Especialmente en los Estados iberoamericanos, se les considera como complemento indispensable de los clásicos derechos de libertad. Las primeras Constituciones que después de México anclaron normas de Derecho del trabajo fueron Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, la República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay. Pero también hay que referirse, entre otros, a Polonia (1921), Yugoslavia, Rumanía y Grecia. Con algún lapso temporal, siguieron países como Argentina y Venezuela. Después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos sociales experimentaron en Italia y en España una manifestación específica y diferenciada, un número especialmente grande contiene la Constitución de Portugal de 1976. Pero también en las Constituciones de Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Holanda ha encontrado el constitucionalismo social su sedimento. Iguales tendencias se pueden constatar en tiempo más reciente en Eslovenia y Macedonia (1991) y en Rusia (1993), pero también fuera del espacio europeo en Filipinas (1986), en Mozambique (1990)

³⁵ FRANCK MODERNE (de la Sorbona de París), «¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?». Esta ponencia al VII Congreso Iberoamericano del Derecho constitucional en la Ciudad de México se publicará en breve (*Nota del traductor*: Dicha ponencia se publicó en la sede ya indicada en nota anterior).

³⁶ Jorge Vanossi fue Ministro de Justicia y Derechos Humanos en uno de los Gabinetes del Presidente argentino Duhalde durante el año 2002, no siéndolo ya en la actualidad (*Nota del traductor*).

³⁷ JORGE R. VANOSSI, «Programa social de la Constitución – Dimensión Social de la Constitución», en *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación* 114 (1988), 123-134, 128.

³⁸ JOSÉ MANUEL LASTRA LASTRA, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos – Comentada*, tomo II, 10.ª edición, México, 1997, p. 1273 (sobre el artículo 123).

y en Sudáfrica (1993 y 1996)³⁹. En Alemania se ha concentrado en principios generales. Hay que profundizar todavía en las razones para ello en relación con el minimalismo constitucional.

La tendencia extendida por todas partes de limitar los textos constitucionales a lo más necesario se contraponen a la inflación, típica de Iberoamérica, de reformas constitucionales y de nuevas Constituciones, que ya ha sido descrita críticamente en repetidas ocasiones⁴⁰. En la apertura del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional en el año 2002 en México se indicó como uno de los mayores errores el confundir una política constitucional dinámica que se adapte a los cambios sociales con dosis rápidas de leyes que tienen por objeto materias que son apropiadas en todo caso para leyes ordinarias, pero no para textos constitucionales⁴¹. En Iberoamérica existe la vieja y cínica definición de la Constitución como un panfleto amarillo que se cambia cada año y se incumple todos los días. También autores que se dedican en profundidad en especial a las Constituciones iberoamericanas, por lo demás, han achacado al constitucionalismo social «formulaciones floridas con un ramo de derechos sociales y económicos» y expresar el anhelo de cambiar una triste realidad social para amplias capas de la población⁴². En especial se ha expresado también el temor de que la lírica constitucional no facilite el trabajo de los tribunales constitucionales, que por lo demás adquieren una creciente importancia⁴³.

4. MINIMALISMO CONSTITUCIONAL

A) Objeciones básicas contra el constitucionalismo social

Desde siempre se ha dicho en contra de las regulaciones jurídico-constitucionales y legales que pretenden objetivos sociales que no son admisibles en un Estado de Derecho como intervenciones en los derechos de libertad y en la propiedad. Según esta convicción, el Estado se tiene que limitar a garantizar el marco dentro del cual los individuos y el sector privado pueden actuar y no puede asumir una modalidad ideológica o una

³⁹ Sobre ello, en profundidad, *Moderne, ibidem*, pp. 499 ss.

⁴⁰ Así también en mis «Reflexiones sobre el constitucionalismo social», en Memoria del Congreso *Evolución político-constitucional en América (1950-1975)* con referencia a los autores José Miranda y Héctor Fix-Zamudio.

⁴¹ DIEGO VALADÉS, publicado ya antes en *Gaceta UNAM* de 14.02.2002, p. 13.

⁴² Así, MATTHIAS HERDEGEN, en su ponencia en español en un encuentro con periodistas latinoamericanos en la *Deutsche Welle* en Colonia (libre traducción del autor) (*Nota del traductor*: la traducción que aquí consta al español lo es de la libre traducción de Hans-Rudolf Horn al alemán del texto original en español).

⁴³ NORBERT LÖSING, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden, pp. 424 ss.

específica moral. En este contexto, se habla de minimalismo constitucionalista, que parte de que los textos constitucionales se tienen que limitar a normas sobre la organización del Estado y el orden público⁴⁴. El Estado del bienestar es como una droga peligrosa cuya expansión ha de evitarse⁴⁵ o también se le caracteriza como el peligroso Leviatán del que el individuo tiene que guardarse.

La renuncia a derechos sociales en la Constitución no significa en todo caso un rechazo de los principios sociales. Un Estado como Suecia en el que desde hace décadas existe un sistema perfecto de Estado de bienestar, que ya ha llegado a sus límites, no ha asumido tampoco en su nueva Constitución de 1995 ningún precepto cuyo alcance y radio de acción comparable con los de las Constituciones iberoamericanas o de los países romanistas, sino que se limita en lo esencial a la garantía de medidas de conflicto sindical (artículo 17) y a la formación gratuita en una escuela general (artículo 21). En Alemania, la restricción a disposiciones lapidarias proporcionadas de contenido social como el principio del Estado social de Derecho y el deber social de la propiedad no fue en absoluto un estorbo para el desarrollo de un amplio sistema de seguridad social. Sin embargo, los esfuerzos por desarrollar los derechos fundamentales sociales por medio del desarrollo de la vigencia garantizadora de derechos fundamentales (Häberle) en el marco de una interpretación creativa de la Ley Fundamental se rechaza sobre todo con la fundamentación de que la decisión del constituyente contra tales normas constitucionales no puede ser revisada⁴⁶. Sin embargo, se ha admitido una importante excepción para el caso de la garantía del mínimo existencial, que el Tribunal Constitucional Federal ha deducido del deber de asegurar los presupuestos mínimos para una vida humanamente digna⁴⁷. En contraposición al rechazo extendido de los dere-

⁴⁴ Cfr., al respecto, DAVID WOOD, «Constitutional Minimalism and the Discretionary Power of the Welfare State», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 58 (1995), pp. 199-205, quien incluso rechaza, sin embargo, el minimalismo constitucional.

⁴⁵ Así, por ejemplo, en el año 2001, ROBERT C. L. MOFFAT, de Florida/Estados Unidos de América, con la fórmula «Globalizing the Welfare State: Just say no!» en la prepublicación *Pluralism and Law: The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Programme and Abstractbook*, Vrije Universiteit Amsterdam 2001, p. 135.

⁴⁶ INGO VON MÜNCH, número marginal 20 de los artículos 1-19, en VON MÜNCH/KUNIG (coords.), *Grundgesetzkommentar*, 4.ª edición, Múnich, 1992; CHRISTIAN STARCK, números marginales 137, 151-156 al artículo 1, en V. MANGOLDT/KLEIN/STARCK (coords.), *Das Bonner Grundgesetz*, Múnich, 1999 (con fundamentación a fondo), y HORST DREIER, «Vorbemerkungen», número marginal 42, en H. DREIER (coord.), *Grundgesetzkommentar*, tomo I, Tubinga, 1996. Cfr. J. ISENSEE, «Verfassung ohne soziale Grundrechte», *Der Staat* 80 (1980), pp. 367-384, y DETLEF MERTEN, «Über Staatsziele», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1993, pp. 368 ss.

⁴⁷ Desde BVerfG 40, 121 (133); igualmente, STARCK, número marginal 36, *ibidem*; DREIER, número marginal 50, *ibidem*.

chos fundamentales sociales generales se sitúan notables investigaciones sobre sus fundamentos y conformación, como en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy⁴⁸, que, al igual que otros de sus trabajos⁴⁹, encuentran gran atención en su traducción española.

El rechazo de la aceptación de derechos fundamentales sociales más precisamente determinados en la Constitución federal alemana hay que aclararlo en último término a partir de un trauma histórico. Son las experiencias de la Constitución de Weimar, cuyos derechos fundamentales fueron abrogados de un plumazo por el Reglamento de necesidad del Presidente del Imperio de 28 de febrero de 1933. En la elaboración de la Ley Fundamental se concentraron en los derechos fundamentales clásicos, que según el artículo 1.3 de la Ley Fundamental desarrollan un efecto vinculante directo, porque se temía que en otro caso todos los derechos fundamentales serían de nuevo, según la famosa cita de Thoma, «vacíos de contenido», porque a los derechos fundamentales clásicos les sobrevendría el mismo destino que a los posibles derechos sociales, que no pueden ser conformados con la misma concisión jurídica y fuerza de validez.

B) Renuncia a las reformas constitucionales

En Alemania, el Convenio de Unificación había propiamente ordenado una posibilidad ideal de introducir en la Ley Fundamental algunas otras regulaciones útiles sobre la legitimación, pero también sobre los límites del Estado social y de llevar a cabo algunas reformas cuya necesidad se había mostrado antes. Al respecto, algunos temas, seguramente no todos, que habían sido propuestos por las mesas redondas que espontáneamente surgieron, pero también los del único Gobierno democráticamente legitimado de la República Democrática Alemana hubiesen podido ser tomados en consideración. El orgullo que ocasionalmente surge frente a las Constituciones de los *Länder* alemanes, que en su mayoría son más viejas que la Ley Fundamental y que han continuado desarrollando autónomamente los principios sociales de la Constitución de Weimar, está totalmente fuera de lugar⁵⁰. Tampoco los nuevos *Länder* de la Federación han hecho suya la

⁴⁸ *Theorie der Grundrechte*, 1986, traducción aparecida en Madrid en 1993. Cfr., sobre ello, también la tesis doctoral de RODOLFO ARANGO, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001 (un colombiano que inserta en sus consideraciones la jurisprudencia de su país).

⁴⁹ Así, por ejemplo, «Derechos sociales fundamentales», in M. CARBONELL/J. A. CRUZ PARCERO/R. VÁZQUEZ (coords.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 67 ss.

⁵⁰ Este *Anuario* dedica tradicionalmente a las Constituciones de los *Länder*, también en los nuevos *Länder*, la debida atención. Sobre ello, véase HÄBERLE en su Prólogo al tomo L del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2002, p. VI, con más detalles (*Nota del traductor*: La referencia al *Anuario* ha de entenderse hecha, no a este *Anuario* realmente, sino al *Jahrbuch* citado en que originariamente se publicó este trabajo).

actitud restrictiva que era clara entre los consejeros constitucionales a escala federal y han dedicado un amplio espacio a normas sociales. Un llamativo ejemplo es la Constitución de Turingia, que ha consagrado en especial el principio de la economía social de mercado, mientras que a nivel federal la misma propuesta no encontró consenso. Una aclaración en el texto de la Ley Fundamental misma no es en absoluto superflua⁵¹. Porque todavía existe la posibilidad teórica de una ley según el artículo 15 de la Ley Fundamental por la que se transfiera a la propiedad comunitaria o a otras formas de propiedad en común, con fines de socialización, la tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción y con ello se deroguen los fundamentos de la economía social de mercado.

La renuncia a regulaciones sociales de detalle en la Ley Fundamental tiene también ventajas políticas, porque parece confirmar la pretensión de que la unificación de Alemania representa de hecho una victoria del capitalismo sobre la cultura social. Dicha opinión es ciertamente una de las razones para algún llamativo éxito electoral del partido continuador del Partido Socialista Unificado en la antigua República Democrática Alemana y su capital. Pero la transición de una economía dirigida a una economía social de mercado sí que es extraordinariamente difícil de lograr en lo personal, lo institucional y lo jurídico, pero también bajo un aspecto psicológico-mental⁵².

Tampoco pudo decidirse finalmente por una reforma de la Ley Fundamental respecto de la cuestión de la autodisolución del Parlamento, que fue propuesta ya hace años por la Comisión de investigación sobre reforma constitucional del *Bundestag* alemán⁵³. En lugar de ello, en 1982, se ha tomado el camino jurídico-constitucionalmente muy dudoso, ya adoptado diez años antes, y se ha acordado que el Canciller federal plantee la cuestión de confianza con el ruego de que le nieguen la confianza para que el Presidente Federal tenga la posibilidad de disolver el *Bundestag* Alemán conforme al artículo 68 de la Ley Fundamental. En Iberoamérica no se es seguramente capaz de entender que una reforma constitucional posible y obligada se rechace porque no se quiere reformar la Constitución «por razones meramente políticas».

⁵¹ Al respecto, en especial también HÄBERLE, «Soziale Marktwirtschaft als "dritter Weg". Ein Vorschlag für die Einbringung der sozialen Marktwirtschaft in das Grundgesetz – Sieben Thesen zu einer Verfassungstheorie des Marktes», in *ZRP*, 1993, 383-389, también en traducción española, «Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado, siete tesis de trabajo», en *Pensamiento Constitucional*, Madrid, 4 (1997), 13-29.

⁵² HÄBERLE, *El Estado constitucional*, cit., p. 259.

⁵³ *Bundestagsdrucksache 7/5924*, pp. 32 ss., 39 ss.; sobre ello, UTE MAGER, número marginal 3 al artículo 68, en VON MÜNCH/KUNIG, *Grundgesetzkommentar*, 4.ª edición, Múnich, 1992. Al respecto, HÄBERLE, «Die Kontroverse über die Reform des deutschen Grundgesetzes», *ZfP*, 39 (1992), 233-263, 242 ss.

5. NUEVAS CONSTITUCIONES Y PROBLEMAS TRADICIONALES

A) En la época de nuevas Constituciones

En el año 1989, la hora mundial del Estado constitucional en el *annus mirabilis* (Peter Häberle), surgió en todo el mundo una era de nuevas Constituciones. La ruptura del sistema comunista de gobierno provocó un desarrollo vivo constitucional en el antiguo bloque del Este, que se prueba por medio de la documentación de los numerosos textos constitucionales en este Anuario^{54 y 55}. De las 194 Constituciones que están vigentes actualmente en todo el mundo, por lo menos 79 de ellas fueron aprobadas después de 1990, sólo 16 de ellas proceden del tiempo anterior a la Segunda Guerra Mundial⁵⁶. En Iberoamérica, la ruptura de las dictaduras miliares fue un impulso a la elaboración de nuevos textos constitucionales. Pero también independientemente de ello existe aquí desde siempre la tendencia patente a anclar reformas no sólo a través del cambio de los documentos constitucionales existentes, sino también mediante la aprobación de Constituciones totalmente nuevas. De los dieciocho Estados iberoamericanos con sistemas democráticos, en el período que va desde 1980 a 1999, doce de ellos han aprobado Constituciones totalmente nuevas. En la realidad se puede hablar de un ritmo dinámico del constitucionalismo iberoamericano⁵⁷. Por otro lado, es también característico qué Estados no han sustituido su Constitución por otra nueva; se trata, en efecto, de aquellos en los que ya existían estructuras democráticas, bien que con imperfecciones de diferente sesgo, desde hacía algún tiempo, en concreto: Costa Rica, Ecuador y México.

B) Recuerdo de la Constitución mexicana de 1917

En un tiempo en el que, sobre todo en Iberoamérica, en tantos países entran en vigor nuevas Constituciones, parece también en México ser difícil contradecir la tendencia de crear una nueva Constitución, además de que existe unidad respecto de que la Constitución vigente, a pesar o precisamente a causa de sus numerosas reformas, contiene numerosas ambigüedades, errores y carencias de técnica jurídica. Bajo estas circunstancias, se sugirió plantear la exigencia de «una Constitución para la democra-

⁵⁴ HÄBERLE en su «Prólogo» al tomo L del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 2002, p. VI.

⁵⁵ La referencia ha de entenderse hecha realmente al *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* y no a este Anuario (Nota del traductor).

⁵⁶ DIEGO VALADÉS, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, p. 5.

⁵⁷ VALADÉS, *ibidem*, p. 28.

cia»⁵⁸. Los hasta hoy numerosos cambios constitucionales, que no tienen todos el mismo peso, han creado ya desde luego los presupuestos para la transformación política en México, cuyo sistema de gobierno estuvo caracterizado durante casi setenta años por el prácticamente ilimitado monopolio de poder del Partido Revolucionario Institucional (PRI). Si no se hubiera modificado gradualmente desde la reforma política de 1977 el puro sistema electoral mayoritario con elementos del sistema proporcional cada vez más, a duras penas habría podido lograr otro partido situar a un Presidente que no hubiera sido elegido por el PRI, como es el caso desde el año 2000.

Puesto que el Presidente Fox no se puede apoyar en una mayoría absoluta en el Parlamento, en el orden del día en México consta una regulación mejorada de las competencias del Parlamento como una de las tareas más acuciantes. El Derecho más importante del Parlamento, el Derecho presupuestario, está regulado también tras las reformas constitucionales de 1982, 1987, 1993 y 1999 todavía con considerables imperfecciones⁵⁹. Un presupuesto importante para un trabajo parlamentario mejorado, que es indispensable para el control financiero, lo constituye una profesionalización de la actividad de los representantes. Conforme al Derecho constitucional vigente, sin embargo, se excluye todavía la reelección directa de los representantes. Esta regulación no procede, no obstante, en absoluto de la Constitución de 1917, que estaba caracterizada por la prohibición de la reelección del Presidente. Fue introducida sólo luego en 1933 con la nada discreta intención de fortalecer la posición del Presidente y debilitar la autonomía del Parlamento. Al mismo objetivo sirvió en su tiempo también la prolongación del tiempo de mandato del Presidente de cuatro a seis años.

Resulta oportuno un recuerdo a la Constitución originaria de 1917 en lugar de una Constitución totalmente nueva. Una reelección directa de los representantes fortalecería su independencia y al mismo tiempo la vinculación a su electorado⁶⁰. Todas las reformas necesarias hay que llevarlas a cabo, como hasta ahora, en el marco de la Constitución vigente, sin asumir los imponderables y riesgos que están obligatoriamente vinculados con

⁵⁸ Así, JAIME CÁRDENAS GARCÍA, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 1996. Sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «80 Jahre...», cit., pp. 402 ss.

⁵⁹ Cfr. GERÓNIMO GUTIÉRREZ, ALONSO LUJAMBIO y DIEGO VALADÉS, *El proceso presupuestario y las relaciones entre órganos de poder. El caso mexicano en perspectiva histórica comparada*, México, UNAM, 2002, especialmente pp. 12 ss., 161 f, así como HÉCTOR FIX-ZAMUDIO y SALVADOR VALENCIA CARMONA, 2.ª edición, México, Porrúa/UNAM, pp. 687 ss.

⁶⁰ DIEGO VALADÉS, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, pp. 28, 130 ss. En mi libro de 1969 *México: Revolution und Verfassung* (Hamburgo, p. 80) me había referido ya a la correspondiente exigencia del PAN, del que procede el actual Presidente Fox.

la elaboración de una Constitución totalmente nueva. El argumento ocasionalmente aducido de que ya por su edad debe sustituirse la Constitución vieja por una nueva no puede convencer si se contemplan los ejemplos de las Constituciones en otros países, en especial en los Estados Unidos de América a partir del año 1787, que precisamente fue modelo para Iberoamérica. Para el mantenimiento de la Constitución de 1917 se hace valer también su servicio histórico de haber anclado por vez primera el constitucionalismo social en un documento constitucional. Las reformas también en el Derecho del trabajo, sobre cuya necesidad habían alcanzado un acuerdo los cinco partidos representados en el Parlamento en junio de 2002, son posibles sobre la base de la Constitución vigente.

Tampoco en referencia al sistema presidencial es necesaria una Constitución totalmente nueva en México. Con la terminación del monopolio de poder del «Partido gubernamental más viejo en activo» del mundo, el Partido Revolucionario Institucional (PRI), se ha desterrado el peligro de que el Presidente sea de nuevo un Rey Sol a la larga. El partido del Presidente actual, el Partido de Acción Nacional (PAN), no está en situación, ya a causa de su carencia de mayorías absolutas, de seguir los pasos del PRI. Además no se dice en absoluto que un sistema de gobierno parlamentario en todo caso sería más adecuado para garantizar los derechos democráticos de los ciudadanos. El sistema de gobierno procedente de los Estados Unidos de América, que se basa en la legitimidad democrática de un Presidente directamente elegido, se adecua óptimamente, según la concepción totalmente dominante de los expertos pero también en la opinión pública en Iberoamérica, a la realidad política y a la comprensión que surgió históricamente⁶¹. Además, hay en Iberoamérica buenas experiencias de una razonable mezcla de elementos presidencialistas y parlamentarios. También en México se ha propuesto por ello «parlamentarizar» el sistema presidencialista existente para combinar las ventajas de ambos sistemas⁶².

C) Jurisdicción constitucional en ambas Américas

Otro tema que juega un rol importante en el desarrollo constitucional de Iberoamérica es la jurisdicción constitucional, que se ha desarrollado

⁶¹ Cfr. JOSÉ MARÍA SERNA DE LA BARZA, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, 1998, especialmente p. 109 con referencia a una votación popular en Brasil. Sobre el presidencialismo en general, cfr. DIETER NOHLEN, «Presidencialismo vs. parlamentarismo en América Latina», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 74 (1991), 43-54, y DIEGO VALADÉS, *Constitución y...*, cit., en especial pp. 12^a ss.

⁶² JORGE CARPIZO, *Nuevos Estudios Constitucionales*, México, Porrúa/UNAM, 2000, pp. 309 ss., con cita a MANUEL ARAGÓN REYES, *Estudios de Derecho constitucional*, Madrid, 1998, 282 ss., 302 ss. En este sentido, propone Valadés (*ibídem*, pp. 69 ss.) un «Jefe de Gabinete» que sea confirmado por el Parlamento.

creativamente en ambas Américas, la parte anglosajona y la parte latina. En especial, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes juega desde el principio un importante rol. Ya la Constitución de Venezuela de 1811 caracterizaba como nulas a las leyes que infringían la Constitución⁶³. El principio de *judicial review*, que en general se ha deducido directamente de la Constitución de los Estados Unidos de América, ha sido elaborado más claramente para textos constitucionales iberoamericanos. Porque el artículo 6.2 de la Constitución americana de 1787 habla de la primacía de la Constitución federal, pero menciona junto a ella con el mismo rango a las leyes de la Federación, mientras que no se dice nada directamente de un control judicial. El contenido regulador de la norma constitucional se puede comprender con la breve fórmula de la Ley Fundamental: «El Derecho federal prevalece sobre el Derecho de los Länder» (*Bundesrecht bricht Landesrecht*⁶⁴). La revisión judicial de las leyes se hizo efectivamente explícita por primera vez en la Constitución del Estado federado mexicano de Yucatán en 1841. Esta regulación fue transferida en 1847 a la Constitución federal, en la que expresamente se habla también de la revisión de las leyes federales, aunque con la restricción de que las sentencias no producen efectos generales (*erga omnes*), sino sólo para el caso particular. Sin esta restricción, la revisión judicial de las leyes no hubiese sido aceptada como regulación de la Constitución federal⁶⁵.

La *judicial review* desarrollada primeramente en los Estados Unidos de América, cuya idea básica se ha impuesto entretanto en lo esencial en todo el mundo, no se ajustó en absoluto desde el principio a su propia tarea, que se ha caracterizado acertadamente como «jurisdicción de la libertad»⁶⁶. Porque en el caso más famoso *Marbury versus Madison* de 1803 no sólo el Juez de paz incapacitado Marbury perdió el proceso, sino que se emitió en especial con alegación de la Constitución una resolución judicial legalmente prevista (*writ of mandamus*) en perjuicio del ciudadano que buscaba tutela. En el siguiente caso en que se declaró inconstitucional una regula-

⁶³ Cfr. CARLOS M. AYALA CORAO, «La jurisdicción en Venezuela», in D. GARCÍA BELAÚNDE/F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 933 ss.

⁶⁴ La traducción literal es «el Derecho federal rompe [o quiebra] al Derecho de los Länder» (*Nota del traductor*).

⁶⁵ Cfr. HANS-RUDOLF HORN, «Justicia constitucional y consenso básico», en UNAM (coord.), *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de la ciencias jurídicas*, tomo II, México, 1988, pp. 1053 ss., e ÍDEM, «Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem», *Die Öffentliche Verwaltung* 1980, pp. 84-91.

⁶⁶ MAURO CAPPELLETTI, *La jurisdicción de la libertad*, traducido al español por Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 39-62. JOSÉ LUIS CASCAJO utilizó el mismo título para su estudio en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198.

ción jurídica federal por medio de la *judicial review*, en 1857, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América privó a un esclavo, que había alcanzado la libertad en un Estado federado en que no existía la esclavitud, de nuevo de su libertad cuando su amo se lo llevó de nuevo a Missouri⁶⁷.

Pero también la jurisprudencia sobre la separación de razas tras la liberación de esclavos fue desde la decisión de 1896 en el caso *Plessy v. Ferguson* cualquier otra cosa que un estandarte en el camino hacia una mejor protección de los derechos del hombre. Sólo después de 1954, renunció la jurisprudencia al principio «separate but equal» en una serie de decisiones y llevó a la realidad gradualmente la igualdad de todas las personas, que había sido declarada en una forma tan efectiva en la Declaración de la Independencia de 1776 como fuerza motivadora para la Revolución americana, por medio de una pluralidad de regulaciones legales, especialmente bajo la presidencia de Lyndon B. Johnson. Las experiencias históricas dejan claro que los intentos de formular la democracia en formas jurídicas podrían necesitar casi dos siglos hasta que se logra finalmente tras distintos fallos⁶⁸. Esta demora temporal no debilita el servicio de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos de América en la implantación de los derechos humanos de la primera generación que finalmente se logró.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales de segunda generación, los derechos sociales, la jurisprudencia restrictiva de la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene una crisis en los años treinta del siglo XX, crisis que Walter Lippmann ha comparado a la secesión de los Estados del sur al comienzo de la guerra civil americana⁶⁹. La actitud que rechaza totalmente pretensiones sociales tiene una larga tradición. En el año 1905, la Corte Suprema de los Estados Unidos caracterizó a una ley que había limitado la jornada laboral semanal de los panaderos a sesenta horas como irrazonable y arbitraria. Mientras que durante la época del *new deal* el Tribunal Supremo anuló no menos de doce leyes que habían sido puestas en marcha por el Presidente Roosevelt para combatir los efectos sociales

⁶⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *ibidem*, pp. 337 ss., con muchos detalles significativos.

⁶⁸ Cfr. HANS-RUDOLF HORN, «El Estado constitucional como proyecto común de la humanidad», en UNAM (coord.), *Problemas actuales del Derecho constitucional* (Homenaje a Jorge Carpizo), México, 1994, pp.193 ss., 212. En el mismo sentido, MANUEL ARAGÓN REYES, «Constitución y derechos fundamentales», en *Quaderns de Treball*, Barcelona, 2 (1994), pp. 8 ss.

⁶⁹ Cfr. ALPHEUS T. MASON y WILLIAM M. BEANEY, *The Supreme Court in a Free Society*, Englewood Cliffs N. J., 1959, pp. 178 ss., donde también se cita el *Court Packing Plan* de Roosevelt, también en lo que sigue. Cfr., también, recientemente, FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *ibidem*, p. 341.

de la crisis económica mundial. Roosevelt planteó la cuestión de si el Tribunal era competente para negar el permiso a su política, para la cual el pueblo de los Estados Unidos le había elegido en las elecciones de 1932, 1934 y 1936. En el Partido Demócrata se discutieron planes para asegurar constitucionalmente los principios sociales en una reforma. Estos planes no necesitaron, al igual que el *Court Packing Plan* de Roosevelt, ser perseguidos, porque la Corte Suprema de los Estados Unidos cedió y, como lo expresó Roosevelt, comenzó a interpretar la Constitución en lugar de abusar de ella.

D) Protección jurisdiccional-constitucional en Iberoamérica

Conforme al modelo americano, que fue introducido en muchos países de Iberoamérica según el paradigma de los Estados Unidos de América, son competentes en principio todos los tribunales para revisar una ley en su constitucionalidad. En todos estos países de control difuso de la constitucionalidad se han previsto correctivos para prevenir la posible inseguridad jurídica que podría surgir por medio de sentencias contradictorias. Se previeron por ello posibilidades de acudir directamente al Tribunal Supremo. Otro camino es la creación de un Tribunal propio que se especializa en decidir cuestiones constitucionales, como se corresponde con el modelo austríaco, que en la literatura jurídico-constitucional latinoamericana se contrapone al modelo americano. La decisión sobre la constitucionalidad de leyes es, según lo anterior, no competencia de los tribunales ordinarios, sino del Tribunal Constitucional. Como también en Italia, Alemania y España, también en Iberoamérica han cobrado vida en las últimas décadas tribunales constitucionales específicos de este tipo: primero en Guatemala, luego en Colombia, Perú y Bolivia. En otros países como México, el Tribunal Supremo se ha desarrollado cada vez con más fuerza hacia un tribunal constitucional. En Costa Rica, la jurisdicción constitucional se transfirió a una Sala especial del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional de Colombia ha surgido a la vida con la Constitución de 1991 (artículos 239-245). En este país dominan desde hace décadas los disturbios violentos, entre cuyas víctimas se cuentan también Jueces supremos. Bajo estas circunstancias, es muy digno de destacar que en los diez años de existencia del Tribunal Constitucional se ha conseguido hacer frente a una gran carga de trabajo con éxito. De las 8.884 sentencias, 6.744 se referían a amparos, comparables al recurso de queja (en Colombia, se llama «tutela»). Pero el Tribunal también tuvo éxito en la cuestión de interpretar con creatividad jurídica los derechos fundamentales

y desarrollar importantes principios para la relación recíproca de los tres poderes⁷⁰.

6. NUEVAS GENERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Derechos sociales y colectivos

Los derechos fundamentales y humanos se siguen considerando hoy muchas veces exclusivamente como derechos de defensa que exigen del Estado en lo esencial un no-hacer. Sirven, como los clásicos derechos individuales, a la protección ante intervenciones del poder del Estado en la vida, la libertad y la propiedad. Sin embargo, en el contexto aquí discutido, hay que considerarlos simplemente como derechos fundamentales de la primera generación. La segunda generación de derechos fundamentales, que se ha desarrollado a partir de la primera, exige de la Comunidad estatal un comportamiento activo para garantizar la vida y la libertad no sólo por medio de la renuncia a injerencias inadmisibles, sino también mediante la garantía de una existencia humanamente digna. A este fin sirven los derechos sociales, culturales y económicos, cuya concepción jurídica, debido a su naturaleza diferente, ofrece dificultades en los detalles sobre todo desde un punto de vista jurídico-constitucional. La problemática jurídica aumenta todavía respecto de los derechos fundamentales de tercera generación, que se basan en principios generales cuya observancia exige la humanidad, como el derecho a la paz y a un medio ambiente equilibrado, saludable y ecológico⁷¹. En su caso es especialmente claro que van más allá del contexto nacional.

La contraposición originariamente existente entre los derechos de libertad individuales, con relación a los cuales el Estado se tiene que limitar a un no-hacer, y los derechos sociales, con relación a los cuales tiene que intervenir con medidas activas de apoyo, comienza a desdibujarse cada vez más. Quien intenta limitar al Estado en el sentido del liberalismo del siglo XIX a su papel como «vigilante nocturno» pasa por alto que no es posible garantizar la seguridad de sus ciudadanos en una sociedad profundamente desigual y estructurada injustamente. El mantenimiento de la se-

⁷⁰ El ex-presidente del Tribunal Constitucional informa de ello con justificado orgullo: VLADIMIRO NARANJO MESA, «Diez años de la Corte Constitucional Colombiana», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5 (2001), pp. 278 ss., 288 ss. Cfr., también, en la misma edición del *Anuario*, GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», pp. 227-256, y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, «La jurisdicción constitucional en Colombia», en D. GARCÍA BELAÚNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

⁷¹ Cfr. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA, *IBÍDEM*, pp. 415 ss.

guridad pública en sentido estricto es por lo demás algo enteramente diverso a un asunto de burguesía de mente estrecha. Más bien, juega un papel elemental. El sorprendente éxito electoral de movimientos surgidos espontáneamente como los de Roland Schill en Hamburgo y de Pim Fortuyn en Holanda no puede ser despachado con la despectiva designación como «populismo de derechas». La tendencia a la protección frente al delito es un comprensible objetivo mundial. En la Ciudad de México, los cinco partidos representados en el Parlamento se han comprometido a medidas apremiantes de reforma del Estado. Al respecto, está en primera línea la indispensable mejora de la situación de seguridad en el país. La garantía de la seguridad y orden públicos tiene en todo el mundo una significativa dimensión social. Quien no se puede permitir un servicio de vigilancia privado, como los ricos en sus barrios opulentos, es más víctima de los hechos violentos y robos, en cuanto que no hay una policía eficiente e incorruptible preparada para intervenir.

La discusión de nuevas generaciones de derechos fundamentales, que se desarrollan crecientemente a partir de lo ya existente, lleva obligatoriamente a la cuestión problemática general de los derechos colectivos, que comprenden tanto los derechos sociales como también los derechos de los grupos, en especial minorías. Son, en la perspectiva de algunos protagonistas del neo-liberalismo, una categoría no justificada y rigen como ampliamente inconsistentes teóricamente, no correctos políticamente, innecesarios o incluso peligrosos, puesto que recuerdan a las devastadoras consecuencias de ideologías colectivistas a lo largo de la historia. Tras la quiebra del sistema comunista, que se concibe como el colectivismo *par excellence*, parecen no tener apenas futuro a primera vista las alternativas socio-políticas que se centran en la importancia de la socialización de la existencia individual. Se ha hablado en este contexto de *rights that swim against the tide*.

Especialmente en España y en México se han desarrollado concepciones de los derechos colectivos para salvar las objeciones que se suelen manifestar en este contexto⁷². Los derechos colectivos representan una realidad en la experiencia política en torno a la cual se presentan grandes conflictos del presente, como también incluso dentro del neoliberalismo, como se ha reconocido por Friedrich Hayek. En el individualismo del presente se ha introducido una contradicción que lo limita contra voluntad, en concreto los derechos de las minorías, que exigen el reconocimiento de su

⁷² NICOLÁS LÓPEZ CALERA, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, y M. CARBONELL/J. A. CRUZ PARCERO/R. VÁZQUEZ (coords.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000; sobre ello, mi reseña acumulativa en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 87 (2001), 286-289, publicada en traducción española en *Diálogo Científico: Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía*, Tubinga, 10 (2001), 101 ss.

identidad y su peculiaridad cultural. Los objetivos del liberalismo históricamente se dirigían a las libertades que forman y determinan la identidad moral de los individuos, como la libertad de pensamiento, de conciencia y de expresión de las opiniones. El respeto a los grupos hay que reducirlo al respeto del derecho individual a la pertenencia a un grupo, es decir, se concede la posibilidad de que determinados individuos posean derechos debido a su pertenencia a un grupo. En este contexto, resaltan los derechos de las mujeres, de la familia, de los niños o de los inválidos, pero también de las minorías étnicas cuya protección ha tenido entrada en medida creciente en los textos constitucionales iberoamericanos. A los derechos colectivos pertenecen también los derechos de los municipios, la autonomía de las universidades y los derechos de los trabajadores, como el derecho de huelga o la autonomía tarifaria.

La creciente complejidad de los derechos fundamentales en su desarrollo ulterior representa un reto para el Derecho constitucional, para la Ciencia del Derecho en general y para la filosofía del Derecho en especial. El derecho a un aseguramiento del apoyo público necesario para vivir hay que deducirlo del derecho a la vida, del principio del Estado social y de la dignidad de la persona⁷³. Como argumento más importante a favor de los derechos sociales se alega la libertad, pues la libertad jurídico-formal de hacer u omitir algo carecería de todo valor si no existieran posibilidades reales de entre las que elegir lo que está permitido⁷⁴.

El derecho del hombre a la *pursuit of happiness* proclamado en la Declaración de independencia americana, que es todavía más difícil de comprender jurídicamente que la fraternidad de la Revolución francesa, no puede alegarse para la solución del problema sin una conformación apropiada, que es conveniente precisamente en interés del individuo mismo. En las publicaciones de los Estados Unidos de América que se esfuerzan en conseguir una armonización entre las exigencias económicas y las sociales, se concibe al Estado social de Derecho, debido al posible mal entendimiento descrito, no como *welfare state* sino como *enabling state*. Su tarea no se dirige al cuidado y provisión que ahogue la propia iniciativa y lleve a una incapacidad, sino a una asistencia que promueve la libertad y la propia responsabilidad o, dicho brevemente, a una ayuda a la autosuficiencia⁷⁵.

⁷³ HÄBERLE, «Menschenwürde und Soziale Rechte in verfassungsstaatlichen Verfassungen», en *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 352-359.

⁷⁴ Sobre ello y en lo que sigue, en profundidad, JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, «Los derechos sociales como técnica a la protección jurídica», en el libro colectivo CARBONELL *et al.*, *ibidem*, pp. 87-110, 106, con referencia a ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 488.

⁷⁵ Karl-Peter Sommermann, número marginal 106 al artículo 20 GG, en MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, Band 2, 4.ª edición, Mannheim, 2000, con cita a NEIL GIL-

El apoyo social que se garantiza como limosna puede ser un obstáculo para la vuelta del necesitado a una vida autorresponsable.

B) Desarrollo social en México

En México se advierte frente al hecho de centrarse demasiado en los derechos fundamentales sociales como logros de la Revolución mexicana y con ello dejar su realización en gran medida a la discrecionalidad política, a la arbitrariedad del Ejecutivo y del legislador. Se requiere una protección jurídica asegurada constitucionalmente de modo más intenso para garantizar a los individuos y los grupos el acceso a ciertos derechos mínimos a la garantía del fundamento de su existencia, a una vivienda humanamente digna, pero también a la educación y la salud. En este contexto, también los derechos de las minorías étnicas, que hasta ahora se contenían en el artículo 4.1 de la Constitución, juegan un papel. Por medio de la última reforma constitucional, se ancló la indivisibilidad y la composición pluricultural de la Nación mexicana en un nuevo artículo 2. Al mismo tiempo, se regularon en el propio texto constitucional, con bastante detalle, los derechos de la población indígena y se adoptaron cautelas de control judicial y parlamentario para su mantenimiento.

La problemática de la puesta en práctica judicial de derechos económicos, sociales y culturales es un tema de política y ciencia que se discute profundamente⁷⁶. Crear los fundamentos jurídicos para los derechos prestacionales sociales a fin de realizar las exigencias del constitucionalismo social es el objetivo de intensos esfuerzos. Si siempre se trata de una relación prestacional, la misma comprende potencialmente un aspecto constitucional⁷⁷.

No se pasa tampoco por alto en México mismo que las reformas constitucionales y las medidas políticas que se basan en ellas no pueden aliviar el problema de México, como se puede deducir de los indicadores sociales existentes que se refieren al estándar de vida, la salud y las condiciones de habitabilidad⁷⁸. La lucha contra la pobreza, que representa una clave para

BERT y BARBARA, *The Enabling State. Modern Welfare Capitalism in America*, New York/Oxford 1989, en especial pp. 163 ss.

⁷⁶ Así, por ejemplo, en un interdisciplinario «Seminario sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales» con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en los días 26 y 27 de julio de 2002 en Ciudad de México.

⁷⁷ En este sentido, PETER HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, (traducción española actualizada a cargo de EMILIO MIKUNDA de *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980), Madrid 2002, p. 165.

⁷⁸ CRUZ PARCERO, *ibidem* (libro citado coordinado por M. CARBONELL), p. 89, con referencia a ERIC HOBBSBAWN, «La edad de oro», en el libro colectivo *Problemas de la realidad mexicana contemporánea*, México, 1996, tomo I. Cfr., también, MIGUEL CARBONELL, en el libro colectivo citado, p. 254.

el desarrollo de México, se ha constatado como un complejo proceso de «intento y error» en un contexto político que dificulta incluso la descripción del objetivo de las medidas políticas pretendidas. Algunos hacen el asunto demasiado sencillo al hacer responsable de la pobreza existente sólo a la política gubernamental neo-liberal. Los déficits sociales existentes no pueden considerarse como un fenómeno de fecha reciente. La pobreza existente desde el principio en México no fue aminorada duraderamente ni a través de la reforma del suelo de los años treinta ni por medio de la abundancia de petróleo descubierta después de 1970. Pero los programas sociales del pasado no pueden rechazarse por entero. Lo que importa, por el contrario, es contrarrestar duraderamente la pobreza y la desigualdad considerando los programas anteriores en el marco de una política estable del crecimiento económico sobre la base de un consenso político amplio, también sobre todo por medio de una participación perfeccionada de la población en la adopción de decisiones⁷⁹.

C) Derechos sociales en el contexto internacional

Mientras todavía hasta el final de la Segunda Guerra Mundial los derechos sociales eran concebibles a lo sumo a escala nacional, en lo sucesivo se han desarrollado cada vez de forma más consolidada a escala internacional. En la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, fueron acordados por la Asamblea General de la ONU, sin votos en contra aunque con la reserva de voto de los Estados comunistas, los árabe-saudíes y Sudáfrica, no sólo los derechos individuales clásicos, sino también principios sociales. En el artículo 1 se dice que todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos, están dotados de razón y conciencia y «deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». En este contexto, son de especial importancia los derechos a la seguridad social (artículo 22), al trabajo (artículo 23), al descanso y tiempo libre (artículo 24), a asistencia social (artículo 25), a la educación (artículo 26) y a la participación en la vida cultural (artículo 27).

Si bien la Declaración Universal de Derechos del Hombre no ha creado un Derecho internacional directamente vigente, sin embargo los principios allí consagrados han alcanzado vigencia universal en su núcleo a través de Tratados vinculantes iusinternacionalmente que se basan en ellos y a través de otras Resoluciones de la ONU. Ello vale naturalmente en primer lugar para los derechos clásicos de libertad e igualdad. Pero también

⁷⁹ CLAUDIO G. JONES TAMAYO y JACQUELINE MARTÍNEZ, «La pobreza y la política social en México: entre un diseño efectivo y el cambio político reciente», en L. RUBIO (coord.), *Políticas económicas del México contemporáneo*, México, Biblioteca Mexicana, 2001, pp. 306-339, 337 ss.

la tercera exigencia de la Revolución francesa, la fraternidad, juega según el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre un rol crecientemente importante, si bien no puede pasarse por alto que han pasado en su comprensión conceptual por dificultades desde el principio mayores que en el caso de la libertad y la igualdad. La fraternidad se ve no sólo como virtud de la Comunidad, también se le concede la función de limitar la libertad y la igualdad, puesto que deduce toda la autoridad directamente de la *volonté générale* y no de instancias intermedias⁸⁰. El Proyecto de la Constitución francesa del año 1793 estuvo a punto de concretizar más principios sociales como por ejemplo a través del derecho a la asistencia social, al trabajo y a la educación, pero debido a los subsiguientes disturbios de la Revolución nunca se adoptó. Por el contrario, la protección de la propiedad como derecho del hombre se estilizó mucho en el constitucionalismo liberal como un tabú, como se había mostrado en la consulta de la Constitución mexicana de 1857, cuando se rechazaron medidas reconocidas en general como necesarias para frenar la deplorable situación social con la fundamentación de que una sociedad que maltrata la propiedad, comete suicidio⁸¹.

Los derechos económicos, sociales y culturales son objeto del Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero, tres meses después del depósito del trigésimo quinto instrumento de ratificación en la Secretaría General de la ONU. Igualmente, el 19 de diciembre de 1966, la Asamblea General de la ONU ha adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se podrá pensar más bien que este Pacto desarrolla efectos vinculantes directos pues tiene por objeto un comportamiento pasivo del Estado, en concreto el deber de no intervenir en los derechos de libertad. Por el contrario, respecto de los derechos sociales se necesita una actividad del Estado. Tiene que crear los presupuestos legislativos, administrativos y políticos que den cumplimiento a los deberes sociales. La equiparación esquemática de derechos civiles y sociales, que algunos demandan como símbolo del avance social, no puede llevar al éxito si se recuerda que «el derecho de todos a un estándar ajustado de vida para sí y para su familia, incluyendo la alimentación, el vestido y el alojamiento suficientes, así como el derecho a una mejora permanente de las condiciones de vida» no puede todavía hacerse realidad a través de la mera ratificación del Pacto. Pero de ello no resulta en modo alguno que el Pacto de Derechos Sociales sea insignificante. Más bien, fundamenta un

⁸⁰ En este sentido, en todo caso, CHRISTOPHER B. GRAY, «Fraternity and nonobstante», Beiheft 21, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1990, p. 131. Sobre la importancia de la fraternidad, cfr. también, PETER HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad*, Madrid, 1998.

⁸¹ Así, el importante jurista Ignacio Vallarta, según VÍCTOR ALBA, *Las ideas sociales contemporáneas en México*, México/Buenos Aires, 1960, pp. 54 ss.; sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, *Revolution und...*, cit., Hamburgo, 1969, pp. 23 ss.

deber general de solidaridad del Estado⁸². Las Naciones Unidas y sus Comisiones, como especialmente la de derechos económicos, sociales y culturales (que se centra en especial en la relevancia e interdependencia de todos los derechos humanos en el marco de la estrategia de lucha contra la pobreza), se han esforzado en Ginebra en su concretización⁸³.

7. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

A) El Estado nacional en la globalización

Mientras en la tradición de los derechos humanos y civiles al Estado se le considera, debido a su plenitud de poderes, principalmente como peligro para la libertad del individuo, hoy se le reprocha cada vez más su fracaso e «incapacidad evidente» y se predice su «muerte como estructura de la propia soberanía y coordinador jerárquico». El «final del teatro estatal» y la «retirada del Estado» han causado un ingenuo entusiasmo sin que se sea consciente de los peligros a ello vinculados⁸⁴. Bajo el signo de la globalización y bajo el efecto del sobrepeso de las organizaciones internacionales, se ha transformado en la cuestión crucial de nuestros días la de cómo se toma partido por el Estado. A los autores alemanes de Derecho del Estado se les ha imputado por uno de ellos todavía no haber observado el declive de la importancia del Estado, que se ha transformado en «una institución en el mar de lo incierto» y cuyo fin «silvan los gorriones desde el tejado»⁸⁵.

Con la teoría del Estado moribundo se vincula frecuentemente la crítica al concepto de soberanía, al que se reviste con sorna. Por el contrario, precisamente en Iberoamérica y en los países romanistas, se resalta la idea de que la soberanía tiene que ver con la racionalización del poder político y jurídico. El poder del Estado, frecuentemente con referencias a Hegel,

⁸² Así, JORGE ADAME GODDARD, «Los derechos...», cit.

⁸³ Sobre ello FONS COOMANS, «The Role of the UN-Committee on Economic, Social and Cultural Rights», *Verfassung und Recht in Übersee* 35 (2002), 182-200, 194, y ya antes B. SIMMON, «Der Schutz wirtschaftlicher und sozialer Rechte durch die Vereinten Nationen», *Verfassung und Recht in Übersee* 25 (1992), 382-393.

⁸⁴ Sobre ello, críticamente, con más referencias, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, «Der Rückzug des Staates», *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995, 761 ss. ÍDEM, «Zur Neubelegung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder *Bringing the State Back in?*», in *Der Staat*, 1989, pp. 91 ss.; OFRIED HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Múnich, 1999, y HANS-RUDOLF HORN, «Kommunikation als öffentliche Aufgabe», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996), 562 ss., 568 ss.

⁸⁵ Así, Gerd Roellecke en su contribución a la *FAZ* de 5 de enero de 2000, p. 9; sobre ello en mi recensión de DIEGO VALADÉS, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, en *Der Staat*, 40 (2001), 470-473.

Heller y Smend, es atribuido a la soberanía popular para fundamentar el origen, control y ejercicio del poder estatal⁸⁶. Al mismo tiempo, la soberanía se mantiene para la protección de Estados menores.

La protección de los derechos humanos depende, hoy como siempre, en primer lugar, del funcionamiento del Estado constitucional nacional. Ni el fracaso de muchos esfuerzos estatales para una mejora duradera en este ámbito ni la existencia de sistemas de opresión estatal en algunas partes del mundo son argumentos para poner en cuestión el concepto del Estado de Derecho. Al contrario, los indiscutibles déficits en este ámbito prueban justamente la necesidad vital de fortalecer al Estado constitucional nacional. No puede sustituirse en ningún caso por organizaciones internacionales, si incluso los poderosos contingentes de tropas internacionales por encargo de la ONU, apoyados notablemente por tropas americanas, no están siquiera en un país pequeño como Somalia en situación de parar las lesiones a los derechos humanos. Las Naciones Unidas, teniendo a la vista su fracaso entonces, han renunciado en lo sucesivo conscientemente a una intervención apremiantemente necesaria por ejemplo en el Congo o en Uganda. Una intervención en principio sólo tiene sentido si ha existido *in situ* un ordenamiento estatal, al menos rudimentariamente. Sólo en casos excepcionales, pueden las Naciones Unidas crear por sí mismas un nuevo ordenamiento estatal, como parece tener éxito posiblemente en Timor Oriental.

En el contexto global es fácil observar que en muchos países en vías de desarrollo la precaria presencia del Estado constitucional es la causa más importante de lesiones a los derechos humanos. Los Gobiernos que siguen en todo el mundo el espinoso camino de crear los fundamentos de un Estado constitucional que funcione no merecen la permanente denuncia a causa de determinados sucesos, si bien las Organizaciones No Gubernamentales tienen que cumplir una importante tarea sin duda alguna. Es conveniente además un apoyo amplio por medio del poder de la Comunidad internacional.

En lo que se refiere a la situación en México, que ha sido objeto cada vez más, especialmente tras la insurrección en Chiapas⁸⁷, de numerosas quejas por Organizaciones No Gubernamentales, se puede llegar a la con-

⁸⁶ VALADÉS, *El control del poder*, en especial pp. 148 ss. Cfr., también, MARIO G. LOSANO (coord.), *Diritto internazionale e stato sovrano. Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen*, Mailand, Giuffrè, 1999; sobre ello la recensión de PETER LANDAU, en *Der Staat*, 40 (2001), 482-485.

⁸⁷ Sobre ello HÉCTOR FIX-FIERRO y JACQUELINE MARTÍNEZ-ÚRRIARTE, «Chiapas: Schauplatz eines Aufstandes», en H. J. LAUTH/H. R. HORN (coords.), *Mexiko im Wandel*, Frankfurt del Meno, 1995, pp. 79-99, así como CARLOS TELLO DÍAZ, *La rebelión de las Cañadas*, México, 1995 (¡en la tercera edición!); al respecto, véase mi anuncio bibliográfico en *FAZ* del 10 de noviembre de 1995, p. 13.

vicción, junto con observadores críticos en el propio país, de que no se trata tanto de lograr un Estado de Derecho como más bien de ampliar sus posibilidades y la eficiencia de las instituciones existentes, cuyo éxito también depende sobre todo de que se produzca, en lugar de la indiferencia o la desconfianza, el apoyo efectivo a la policía, pongamos por caso, por parte de la población, si bien también ha de decirse que todavía falta mucho para que estos esfuerzos se vean coronados por el éxito⁸⁸.

B) La dimensión social del Estado constitucional

La dimensión social del Estado constitucional se pone en duda desde dos posiciones contrapuestas: los unos niegan directamente que el moderno Estado caracterizado como burgués tenga auténticos rasgos sociales; es rechazado, según la doctrina marxista, como instrumento de explotación y opresión. Los otros articulan su temor de que las intervenciones del poder público afecten a la libertad humana y a la función de la economía. Las interpretaciones socialista y neoliberal tienen en común que no pueden adaptarse a la realidad a través de su visión unilateral del mundo.

Con respecto a la visión neoliberal del mundo, que no quiere que haya dimensiones sociales, hay que decir que se refiere erróneamente a Adam Smith, al que se considera como fundador de un puro liberalismo económico y en tanto es así, se le hace víctima de una fatal mala comprensión. Smith considera al hombre tal y como de hecho es, sin proclamar con ello un egoísmo ilimitado como fundamento de la sociedad económicamente organizada. En una consideración realista de la naturaleza humana nadie puede pasar por alto que todos tienen un interés innato en asegurar sus condiciones de vida y en mejorar la situación económica para sí y para su familia. Sin embargo, esta motivación principal de su conducta no está en contradicción con su esfuerzo, al mismo tiempo, por encontrar reconocimiento y simpatía. La capacidad de conocer a las personas es, por el contrario, el presupuesto indispensable para existir en la vida económica y tener éxito a la larga, ya sea que se actúe como productor o como vendedor⁸⁹.

⁸⁸ SERGIO LÓPEZ-AYLLÓN y HÉCTOR FIX-FIERRO, «'¡Tan cerca, tan lejos!' Estado de derecho y cambio jurídico en México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 97 (2000), pp. 155-267. Sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «Aspectos sociales intrínsecos del Estado de Derecho contemporáneo», en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana del Derecho Constitucional*, 5 (2001), pp. 145- 171, 149 ss.

⁸⁹ Cfr., sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «Dimensionen der Demokratiefähigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 86 (2000), pp. 400 ss., 404 ss., e ÍDEM, «Globalización y constitucionalismo social», en B. KLAUKE (coord.), *México y sus perspectivas para el siglo XXI*, Lateinamerika-Zentrum Münster, 2000, pp. 65-80, 76 ss.

Pero, frente a ello, hay que constatar con frecuencia un resentimiento llamativamente revelado de muchos liberales económicos de la era moderna contra todo lo social, resentimiento que se dirige en especial contra el Estado como garante de una sociedad bien ordenada⁹⁰. La «mano invisible del mercado», que cada vez más se alega, se retrotrae a Adam Smith, pero este mismo no la considera en absoluto como la única fuerza activa influyente. Porque el liberalismo clásico parte de una clara división del trabajo entre sociedad y Estado. Se trata para el liberalismo de proteger al mercado de intervenciones dañinas, no en último lugar también desde puntos de vista sociales. La lucha por el libre comercio en la época de Smith se dirigía contra el proteccionismo aduanero, que en tiempos de malas cosechas para el rico Señor tenía que ofrecer cereales, generaba precios elevados y hacía morir a personas pobres de hambre.

Al igual que la justicia social, la «Moral» es también una categoría que es rechazada por muchos como incompatible con las exigencias del Derecho y la Economía. Inmoral es más bien equiparado a tener experiencia y abrirse camino en la vida. Sin embargo, como José Ortega y Gasset señaló una vez, lo contrario de «moral» propiamente no es «inmoral», sino amoral. Con ello hay que caracterizar a una persona que no vive su propia vida y por ello es falto de éxito e inactivo⁹¹. Si por alguien se espera una moral mejor, ello significa ante todo que se le concede la mayoría de edad, que se manifiesta ante todo en la disposición a la solidaridad. La desconsideración de categorías morales en la liberación pretendida de los trabajadores en el marco del llamado *downsizing*⁹² no ha alcanzado, según investigaciones norteamericanas, el éxito pretendido, pero se producen con relación a todos los participantes consecuencias psicológicas duraderas que debilitan el éxito laboral⁹³.

C) Ordenamiento de la competencia

Es fácil observar que la libre competencia, como fundamento del sistema económico, no se garantiza en absoluto de forma automática por las

⁹⁰ Así, PETER ULRICH, «Marktwirtschaft als Rechtszusammenhang. Die Perspektiven der integrativen Wirtschaftsethik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 81 (2001), 23-37, 28.

⁹¹ ADELA CORTINA, «Moderne Unternehmensethik: eine kritische Ethik der unternehmerischen Tätigkeit», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1996, p. 88 ss., 90, con una cita de las obras de José Ortega y Gasset, IV, Madrid, p. 72.

⁹² En inglés en el original. El término puede traducirse *grosso modo* por reducción de plantilla al castellano (*Nota del traductor*).

⁹³ MANFRED DE VRIES y KATHARINA BALZS, «The Downside of Downsizing», en *Human Relations*, Nueva York, 50 (1997), pp. 11 ss.; véase, sobre esto, HANS-RUDOLF HORN, «Globalización y constitucionalismo social», en B. KLAUKE (coord.), *México...*, cit., pp. 78 ss.

fuerzas del mercado como un orden espontáneo. Más bien, se basa en estructuras jurídicas como, en especial, la propiedad, que es un componente esencial de un ordenamiento jurídico muy complejo⁹⁴. El mercado es, según su esencia, todo menos imparcial; clasifica a sus participantes en ganadores y perdedores. Si se abandonaran los mercados a sus propias fuerzas, se llegaría en poco tiempo a una concentración en aquellos que dispusieran de los monopolios y la mayoría de los recursos. La libertad de contratar y la disposición sobre la propiedad se usarían sin piedad para dejar sin efecto los mecanismos del mercado y los precios. Por ello, se necesita de la vigilancia permanente para integrar a todos los miembros de la sociedad en el marco de las libertades individuales y públicas. Sobre todo es importante intervenir en la vida económica con base, en especial, en la legislación de cárteles y *antitrust*⁹⁵. Ludwig Erhard destacó en una entrevista del año 1961 a la ordenación de la competencia, tal y como adquirió forma en la llamada Ley de Carteles, como una prueba de fuego de la economía social de mercado⁹⁶. En los Estados Unidos de América se ha mostrado recientemente con relación al proceso contra una de las empresas mayores y más exitosas del mundo, Bill Gates y su *Microsoft Corporation*, que precisamente el Estado liberal amigo de la economía, ha decidido combatir el abuso del poder económico. La prohibición de monopolios juega en la vida constitucional iberoamericana un importante rol, en especial en México (artículo 28 de la Constitución)⁹⁷.

En principio, el Derecho privado parte de la libertad contractual y de la igualdad de la persona. En realidad, se trata de una ficción necesaria; porque las personas que se asocian socialmente unas con otras en el marco de la economía, no pueden ser nunca absolutamente iguales. Pero en principio debe presuponerse un equilibrio y una igual posición, al ser indispensables para la función del mercado. Sin embargo, si hay que excluir, según las experiencias de la vida humana, la existencia de dicho equilibrio inicial, la libertad contractual pierde su sentido originario y no puede fundamentarse cuando una parte contractual se ve contrapuesta de manera típica a una parte económicamente más fuerte. El mantenimiento del equilibrio jurídico no es determinante sólo respecto de la garantía de la libertad de competencia a través de la Ley de Carteles, sino que también en otros ámbitos del Derecho juega un rol integrador. El Derecho del trabajo y el

⁹⁴ CARLOS F. NINO, «Sobre los derechos sociales», en el libro colectivo coordinado por M. CARBONELL *et alii*, cit., pp. 138 ss.

⁹⁵ Cfr., sobre esto, DIEGO VALADÉS, en su estudio introductorio a PETER HÄBERLE, *El Estado constitucional*, cit., pp. LIV ss.; REINHOLD ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatstheorie*, en la traducción de HÉCTOR FIX-FIERRO, *Teoría General del Estado*, México, 1985, p. 307.

⁹⁶ LUDWIG ERHARD, «Wirtschaftswunder und Unmöglichkeiten. Ein autobiographischer Abriß», in *FAZ* del 4 de mayo de 2002, p. 8.

⁹⁷ Sobre ello, HANS-RUDOLF HORN, «80 Jahre ...», cit., pp. 415 ss.

Derecho de protección del arrendatario son ejemplos importantes para la tarea del Estado de Derecho y del Estado social, que toman en cuenta las especiales circunstancias a través de preceptos legales protectores para que el típicamente débil, como el trabajador o el inquilino, no deba soportar ninguna desventaja en un ámbito que para él sea de importancia vital. Las asociaciones jurídicas para la protección de los económicamente débiles se legitiman por medio de profundas conexiones existentes con una justicia general o social, sin dejar sin efecto las conexiones vigentes para el mercado con la justicia conmutativa⁹⁸.

La eficiencia económica y la solidaridad social no se excluyen la una a la otra, sino que se condicionan recíprocamente. Una política razonable en el ámbito económico y financiero es al mismo tiempo la mejor política social, como muestra de manera impresionante el ejemplo de la inflación, que siempre afecta más duramente a los pobres que a los ricos, quienes pueden llevarse su dinero al extranjero. Una política auténticamente liberal se basa en primer lugar en la capacidad y la legitimidad para la auto-afirmación y sólo en segundo lugar en la compensación suplementaria del Estado social de las consecuencias de la impotencia estructural de los económicamente débiles. En este contexto, es apropiado hablar de derechos civiles socio-económicos, que también han de desarrollarse en los países industrializados⁹⁹.

D) Cooperación internacional

En nombre de la justicia social, significativos defensores de la sociedad civil y de las Organizaciones No Gubernamentales combaten las cumbres que se ocupan de los problemas del comercio internacional. La globalización es objeto de manifestaciones feroces, frecuentemente violentas, en todo el mundo, como si hubiese en general una opción de decidirse contra la globalización, que es objeto de regulaciones desde siempre, como las que por ejemplo se adoptaron ya en 1215 en la *Magna Charta* sobre el acceso a los mercados y ferias. El Presidente mexicano Zedillo ha protestado en el año 2000 contra que una coalición a cuadros de sindicatos, protectores del medio ambiente, Organizaciones No Gubernamentales, extremistas de derechas y de izquierdas pretenda salvar del desarrollo a países umbral y países en vías de desarrollo. Los más afectados por la pobreza son precisamente los países que viven totalmente aislados y economías

⁹⁸ HANS-RUDOLF HORN, «Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit», *Schriften zur Rechtstheorie*, Heft 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1962; ÍDEM, «Natur der Sache als juristischer Argumentationstopos und situativer Bezug im Rechtswidrigkeitsurteil», en *Rechtstheorie*, 8 (1977), 165-183, 180 ss.

⁹⁹ ÚLRICH, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 81 (2001), p. 35.

como Corea del Norte, Nigeria y el Chad. Se ha dicho que Argentina se transformó en un país del tercer mundo sólo después de un fuerte aislamiento del mundo exterior en los años cincuenta.

El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, que, como también la Organización Mundial del Comercio, son atacados con gusto por los enemigos de la globalización, están mucho más interesados en realidad en las necesidades sociales en los países miembros de lo que se percibe en la opinión pública, seguramente no en último término a partir de la prudente consideración de que con ello se pueden mejorar los fundamentos para una próspera cooperación económica. Desde luego, puede suceder una y otra vez que con posterioridad se haga evidente que determinadas medidas de una liberalización puesta en marcha, como por ejemplo en el ámbito del aprovisionamiento de agua, la salud o la educación, hubiera sido mejor evitarlas.

En el comercio mundial se han hecho claros, precisamente en las últimas décadas, los esfuerzos para hacer realidad el mantenimiento de determinados estándar éticos mínimos por medio de la fijación de reglas de comportamiento¹⁰⁰. En la praxis empresarial, la ética comercial ha tenido una coyuntura absolutamente buena, porque la aceptación social se reconoce cada vez más como valor económico¹⁰¹. Quien, sin embargo, debido a casos obvios de abuso del poder económico, vinculados a evidentes fracasos como en los casos de efectivos escándalos financieros mundiales, no pueda constatar la importancia de la dimensión social y ética como presupuesto para una economía exitosa a largo plazo, debe desesperar del sistema capitalista, puede también escribir un bestseller sobre ello. Ejemplos llamativos son los de John Gray, que fue un protagonista de la política neoliberal de Margaret Thatcher; George Soros, que adquirió a través de exitosas especulaciones un patrimonio propio poderoso; pero también Viviane Forrester¹⁰².

La crítica excesiva del poder económico en el marco de la globalización pone muchas veces en cuestión también los fundamentos del Estado constitucional y deriva en un rechazo de la democracia misma¹⁰³. En el único

¹⁰⁰ Cfr. NORBERT HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Deventer, 1980, e ÍDEM, «Normative Grundprobleme einer 'neuen Weltwirtschaftsordnung'», en N. HORN, *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing*, Múnich, 1982, tomo II, pp. 149 ss., 151.

¹⁰¹ Cfr., de entre la amplia literatura sobre este tema, por ejemplo, BRIJ NINO KUMAR y HORST STEINMANN, *Ethics in International Government*, Berlín/Nueva York, 1998.

¹⁰² JOHN GRAY, *Die falsche Verheißung – Der globale Kapitalismus und seine Folgen*, Berlín, 1999, así como GEORGE SOROS, *Die Krise des Globalen Kapitalismus – Offene Gesellschaft in Gefahr*, Berlín, 1999, y *Die offene Gesellschaft – Für eine Reform des globalen Kapitalismus*, Berlín, 2001; JOSEPH STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Nueva York, 2002, y VIVIANE FORRESTER, *Die Diktatur des Profits*, Múnich, 2001.

¹⁰³ Como, por ejemplo, ROBERT KURZ en el *Schwarzbuch Kapitalismus*, Frankfurt del

mundo, la solución de problemas jurídicos y sociales depende, hoy como ayer, en primer lugar del funcionamiento del Estado constitucional. El debilitamiento sistemático del poder estatal no significa una mejora de la protección de los derechos humanos. Si las necesarias medidas de control del poder degeneran en una maraña de zapatas de freno que hace imposible todo gobierno, las fuerzas extraconstitucionales pueden llenar la laguna de poder y un dictador puede ser saludado como salvador, tal y como la historia de Iberoamérica ha demostrado una y otra vez. Un Estado débil representa en una sociedad abierta una amenaza para los derechos humanos de igual modo que un Estado autoritario. Ello lo ha demostrado también, y sobre todo, el más reciente desarrollo en Rusia.

Pero en la crítica variada al Estado moderno seguramente es correcto que el mismo debe dejar de intentar solucionar problemas de la colectividad sólo en el marco nacional gubernamentalmente desde la mesa de juego. La cooperación debe, por un lado, insertarse en el interior de todas las fuerzas de la sociedad y desarrollar nuevas formas de participación de los intervinientes. Por otro lado, lo que importa es sobre todo cooperar en las cuestiones decisivas con los otros Estados en el marco internacional y supranacional, especialmente en el ámbito del Derecho y la Economía. El Estado constitucional como proyecto común para la humanidad no existe sólo para sí, sino que constituye desde el principio con los otros Estados constitucionales una unidad universal abierta. La referencia al mundo y a la humanidad es un elemento esencial del constitucionalismo, que se hace realidad en la internalización de los derechos humanos universales¹⁰⁴.

El principio del bien común (*bonum commune*) es el criterio decisivo tanto para el ámbito nacional como también en el contexto internacional. Según la clásica escuela de Salamanca, la idea de bien común se extiende al Derecho internacional como *bonum commune humanitatis*. Numerosas tareas tanto del Estado nacional como también de la comunidad internacional emergen del proceso político. Un mundo injusto sin equilibrio interno no es sólo un mundo reprobable moralmente, sino también un mundo profundamente inseguro¹⁰⁵. Para el futuro del mundo en una perspectiva económica y social será indispensable combinar el concepto de Estado constitucional con los principios de la solidaridad en las relaciones nacionales e internacionales¹⁰⁶. Ya desde ahora se puede decir que los Estados

Meno, 1999, como respuesta al *Schwarzbuch Kommunismus* de STÉPHANE COURTOIS *et alii*, 5.ª edición, Múnich, 1998 (edición francesa original, París, 1997).

¹⁰⁴ HÄBERLE, *El Estado constitucional*, cit., p. 75.

¹⁰⁵ HÄBERLE, «Das Weltbild des Verfassungsstaates», en *Festschrift für Martin Kriele*, Múnich, 1997, pp. 1277-1306, 1305, y *El Estado constitucional*, cit., p. 250.

¹⁰⁶ WALDEMAR SCHRECKENBERGER, «Der Nationalstaat...», cit., *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 65 (2000), pp. 5, 28. Cfr., también, MIGUEL CARBONELL, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad, y derechos sociales*, México, Porrúa/UNAM, 2001;

han reconocido *motu proprio* en numerosas Constituciones en todo el mundo la primacía del Derecho internacional y del Derecho comunitario. Las convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos, pero también las correspondientes convenciones para determinadas partes del mundo, como América o Europa, constituyen un elemento de apertura a una comunidad mundial de Estados constitucionales. Por ello es conveniente hablar de Estado constitucional cooperativo¹⁰⁷. Pero la comunidad que surge con otros Estados, incluso en una federación estrecha como la de la Unión Europea, no obliga en absoluto a una renuncia a la identidad nacional. Más bien, ésta sigue siendo uno de los presupuestos más importantes de la democracia, la cual no puede existir sin la conciencia de la pertenencia a una comunidad política, que en la mayor parte de los casos es la Nación, que representa el marco de la democracia, pero al mismo tiempo también lo es un municipio o una región, pero también puede serlo la unidad de una comunidad transnacional. Con ello se hace referencia al principio de subsidiariedad y a la garantía de la pluralidad nacional y regional, que también en la Unión Europea juega un papel importante. Aquí se trata de la autóctonidad antropológicamente fundamentada del hombre, la patria de nacimiento, sin la cual el hombre cae literalmente en la falta de autoctonidad¹⁰⁸.

Es asunto del Estado constitucional cooperativo asegurar en cooperación con la comunidad internacional la participación política, económica y social en el interior, conciliar la eficiencia y la solidaridad social una con otra, así como garantizar la subsidiariedad en el marco de nuevas formas de descentralización. Al respecto lo importante es ajustar la responsabilidad pública y al mismo tiempo observar y promover el ámbito de libertad individual y auto-responsabilidad.

(Traducción del alemán de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*).

sobre este libro, la recensión de Rodolfo Vázquez en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana del Derecho Constitucional*, 7 (2002).

¹⁰⁷ HÄBERLE, en S. KAALBACH/W. KRAWIETZ (coords.), *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky*, 1978, pp. 141-177, y «El Estado constitucional europeo», en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana del Derecho Constitucional*, 2 (2000), 96.

¹⁰⁸ HÄBERLE, «Der europäische Jurist», *Jahrbuch des Öffentlichen Recht* 50 (2002), pp. 123-157, 149, 153 ss.

* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.