

ASPECTOS SOCIALES INTRÍNSECOS DEL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO

Hans-Rudolf HORN*

RESUMEN: En este trabajo se retoma la defensa del Estado social de derecho frente a las críticas que han sido formuladas en su contra por parte de autores socialistas y neo-liberales. Inicia justificando la existencia del estado nacional y enseguida expone el desarrollo histórico de la noción de Estado social tanto en México como en Alemania, vinculándolo con la necesidad de incluir en los textos constitucionales el principio de economía social de mercado. En el resto del contenido se hace una revisión de algunos temas en los que el Estado social contemporáneo debe reubicarse: políticas sociales, especialmente en la lucha contra la pobreza; descentralización y federalismo para permitir mayores equilibrios regionales y un desarrollo armónico en el desarrollo del país; así como la creación de mecanismos de participación popular y la reafirmación de la rectoría estatal en materia económica y de su papel promotor del desarrollo nacional.

ABSTRACT: This work amends the defense of a social state of law in the face of criticism by Socialist and Neo-Liberal authors. It begins by justifying the existence of the national state, and then goes on to expound on the historic development of the notion of a Social State both in Mexico and in Germany, combined with a need to include social market economics in Constitutional texts. The rest of the work reviews some matters in which the contemporary Social State should take a new stand; the social politics, especially in the fight against poverty, decentralization and Federalism, in order to permit greater regional balance and a harmonious development of the country, together with the establishment of methods for participation by the masses and the reaffirmation of State supervision of economic matters and of its role as the promoter of national development.

* Doctor en derecho de la Universidad de Mainz, Alemania. Vicepresidente de la Asociación Mexicana Alemana de Juristas. Agradezco a Jacqueline Martínez y Héctor Fix-Fierro su apoyo valioso.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de la cara social del Estado de derecho es fuertemente cuestionada desde dos posturas opuestas. La primera tiende a negar rotundamente que el Estado moderno posea rasgos sociales auténticos. Esta postura comparten especialmente quienes según la doctrina marxista consideran al Estado burgués como instrumento de represión y explotación, pero también quienes suponen el poder abrumador actual de las fuerzas de la economía globalizada. Quienes sostienen la segunda postura, por su parte, temen que las intervenciones del poder público amenacen la libertad humana y la eficiencia de la economía con el pretexto de realizar fines sociales. Se puede decir, en suma, que ambas opiniones se fundan en convicciones simplistas, ya sean de índole socialista o neoliberal.

Si bien en el siglo XIX el liberalismo proponía, de manera unilateral, que el Estado se limitara estrictamente a garantizar la seguridad pública, “dejando hacer y pasar” a la sociedad en todo lo demás, desde entonces se ha ido difundiendo la convicción de que la dimensión social es la razón vital de todas las funciones del Estado. Resulta útil, pues, discutir el alcance de los aspectos sociales en el ámbito constitucional desde el ángulo teórico y práctico a la luz del derecho constitucional comparado. No es casualidad que Héctor Fix-Zamudio haya escogido como título de su último manual orientador: *Derecho constitucional mexicano y comparado*. El tema de los derechos es uno de los más complejos que tiene frente a sí la teoría jurídica contemporánea. En el constitucionalismo de finales del siglo XVIII, el objeto de los derechos humanos o fundamentales es preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban *innators*, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad.¹ En los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada”, que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado. En los derechos sociales, en cambio, el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o de hacer.² Por la dificultad

1 Especialmente Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno*, capítulo XI; *cfr.* Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, M., Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000, pp. 15 y ss.

2 Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota anterior, p. 21.

de los problemas en el contexto del antagonismo entre libertad e igualdad resulta preciso fundarse en investigaciones de la historia y la filosofía del derecho, cuya perspectiva totalizadora puede calificarse de metajurídica en el sentido de que las reflexiones están situadas más allá de los moldes tradicionales de la ciencia jurídica, pero también tienen por objeto los frutos de ella. Hay problemas generales y principios comunes que las disciplinas jurídicas por sí mismas no pueden resolver, como es el problema de los valores que el derecho persigue.³

II. ALCANCE DEL ESTADO DE DERECHO

1. *Aportaciones alemanas*

En México se reconoce expresamente que el término *Estado de derecho* fue acuñado en Alemania, aunque desde luego la idea tiene raíces históricas diversas. Fue Otto Bähr quien publicó en el año 1864 un libro con este título,⁴ partiendo de la idea de que el concepto del Estado de derecho no significa que éste reglamente, mediante preceptos, la vida que en él se desarrolla, ni que limite sus fines a la realización del derecho, sino que tal Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia.⁵

Llama la atención que la ley fundamental alemana no hable expresamente del Estado de derecho sino sólo de “un Estado federal democrático y social” (artículo 20, inciso 3), pero existe unanimidad de que éste se desprende del contexto constitucional en su conjunto, menos del artículo 28 que prescribe el sistema del Estado de derecho para los estados alemanes: los *Länder*. En el mundo anglosajón prevalece el término *rule of law* (régimen del derecho). En Gran Bretaña se fundó primitivamente en la soberanía del Parlamento que no estaba vinculado por la Constitución. A pesar de algunos matices distintos, el uso de traducir Estado

3 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 2.

4 Bähr, Otto, *Der Rechtsstaat*, reimpr. de la ed. de 1864, Aalen, 1961: destacado en Fix-Fierro, Héctor, “Prólogo”, *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, 1994, p. 13. El término “Rechtsstaat” se cita en alemán en el gran manual portugués de Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituciao*, 3a. ed., Coimbra, 1999 (reseña de Ingo von Münch en *VRÜ* 2000, pp. 237 y ss.).

5 Bähr, *op. cit.*, trad. de Héctor Fix-Fierro, nota 4, p. 2.

de derecho por *rule of law* en el fondo parece correcto, pues cabe decir que la teoría alemana del Estado de derecho está integrada por un consenso común europeo y global, expresándose en tratados internacionales, especialmente convenios de los derechos humanos que aseguran un mínimo de homogeneidad. En el nivel de la Unión Europea se desarrolla, paso a paso, un concepto supranacional del Estado de derecho.⁶

La reunificación de Alemania en 1990 motivó una renovada discusión sobre el alcance del Estado de derecho. En tal contexto se hizo famosa una frase de Bärbel Bohley, una defensora de los derechos humanos en la extinta República Democrática Alemana, la cual daba expresión a un extendido sentimiento en la población germano-oriental: “El pueblo exigía justicia y a cambio recibió el Estado de derecho”. Si bien era importante políticamente concretar la unificación alemana en un proceso sin escalas, demuestra ser problemático no haber dejado espacio para la debida elaboración ni tiempo para reflexionar sobre los aspectos de la justicia, antes de que la práctica política y jurídica abordaran este tema a su manera.⁷

En la actualidad, sin embargo, están divulgadas publicaciones que niegan la importancia del Estado y sus funciones, al hablar de su fracaso completo y de su impotencia obvia,⁸ del “final del teatro estatal”, de la ridiculización del Estado, de su retiro necesario y hasta de su “muerte como construcción de soberanía propia y coordinador jerárquico”.⁹ Publicaciones críticas y hasta escándalos publicados demuestran que el con-

6 Sommermann, Karl-Peter, en Starck, Ch. (coord.), *Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz*, München, 2000, t. 2, comentario núm. 237 al artículo 20 de la Ley Federal.

7 Münch, Ingo von, “¿Estado de derecho versus justicia?”, en Thesing, J. (comp.), *Estado de derecho y democracia, Fundación Konrad-Adenauer*, Buenos Aires, 2000, pp. 277-304; Quaritsch, Helmut, “Eigenarten und Rechtsfragen der DDR-Revolution”, en *Verwaltungsarchiv* 83, 1992, pp. 314 y ss., e *id.*, “Theorie der Vergangenheitsbewältigung”, *Der Staat* 31, 1992, pp. 519 y ss.

8 Cfr. Schuppert, Gunnar Folke, “Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder Bringing the State Back in?”, *Der Staat*, 1989, pp. 91 y ss.

9 Cfr., por ejemplo, Wilke, Helmut, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozialen Steuerungstheorie*; e *id.*, *Ironie des Staates*, 1992. Rechazan estas opiniones: Leisner, Walter, *Der unsichtbare Staat*, 1994, p. 178; Schuppert, “Gunnar Folke, Der Rückzug des Staates”, en *Die öffentliche Verwaltung*, 1995, pp. 761 y ss.; Horn, Hans-Rudolf, “Kommunikation als öffentliche Aufgabe”, en *Archivo de Filosofía Jurídica y Social (ARSP)*, t. 82, 1996, pp. 562 y ss., y más recientemente Höffe, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, 1999 (reseña de Martin List en *Verfassung und Recht in ÜberseeLaw and Politics in Africa, Asia and Latin Amerika —VRÜ—*, 2000, pp. 232 y ss.).

trol público, como elemento intrínsecamente democrático, funciona de una manera creciente. Por otro lado, se ha dicho que el Estado de derecho alemán es un modelo con “poder de atracción”, y que entre los bienes que actualmente intercambian Alemania y otros países europeos con América Latina, se ha convertido en la mercancía de mayor valor.¹⁰

2. *Función esencial del Estado de derecho nacional*

La protección de los derechos humanos principalmente depende de las funciones de un Estado nacional, aunque en la actualidad nadie puede negar la existencia de sistemas políticos que confirman la sentencia antigua de que “Estados sin justicia son nada más que pandillas de ladrones”, literalmente, en el sentido de que en las llamadas “cleptocracias” los poderosos explotan a sus ciudadanos en el estilo de caballeros-saltadores medievales. Pero estas circunstancias no pueden constituir razones para abandonar la concepción del Estado de derecho, al contrario, manifiestan de nuevo su importancia vital. Tampoco las instituciones internacionales, las organizaciones gubernamentales y la publicidad internacional pueden sustituirle. El éxito de sus esfuerzos depende de la cooperación, de una manera crítica y razonable, con los poderes estatales existentes, y del hecho de que por lo menos exista un régimen que tenga la posibilidad de influir en la situación efectivamente. Sólo en casos excepcionales, como en la parte oriental de la isla Timor, el único remedio consiste en que las Naciones Unidas traten de crear un orden estatal.

En el contexto global se ignora fácilmente que en muchos países en vías del desarrollo, la precaria presencia del Estado constitucional es una de las principales causas para que ocurran violaciones de derechos humanos. La lucha de un Estado constitucional por el establecimiento de la seguridad física para sus ciudadanos, es un fenómeno totalmente

10 Herdegen, Matthias, “Deutscher RechtsstaatModell mit Anziehungskraft”, en *Die politische Meinung*, núm. 38, 1993, pp. 73 y ss. Hay varias obras colectivas sobre el tema del Estado de derecho, publicadas recientemente también en castellano. *Cfr.*, por ejemplo, Schönbohm, H. (ed.), *Derechos humanos, Estado de derecho, desarrollo social en Latinoamérica y Alemania*, 1994; Herdegen, Matthias, *Herausforderungen für den RechtsstaatPerspektiven für einen Dialog mit Lateinamerika* (hay también la versión castellana “Desafíos para el Estado de derecho”, en Stausberg, H. (ed.), *Lateinamerika heute: Wirtschaft, Politik Medien*, 1997, e *id.*, en *Konrad-Adenauer-StiftungAuslandsinformationen*, t. 1, 1999, pp. 36-45.

diferente a la violación de derechos humanos como política de un Estado terrorista. Los gobiernos que andan en todo el mundo de buena fe por el camino espinoso de crear las bases de un Estado constitucional, merecen no la denuncia implacable por ciertos hechos, sino el apoyo de la comunidad internacional. En una época como la nuestra que se caracteriza por el reconocimiento oficial del Estado constitucional libre en todo el mundo, parece asombroso que la crítica fundamental de acontecimientos políticos a veces desemboca en el abandono de los mismos principios democráticos, especialmente cuando la globalización y la economía mundial son objetos de discusiones teóricas controvertidas.¹¹ Después del fracaso de sistemas despóticos hace dos lustros, se desarrollan de nuevo escenarios de horror, sosteniendo una crisis profunda de la democracia por exagerar y absolutizar deficiencias verdaderamente existentes en distintos países.¹²

En torno a la situación de México, que se distingue esencialmente de las condiciones de muchos países en vías de desarrollo de África y Asia, investigaciones detenidas y críticas, incluyendo las aportaciones de la sociología del derecho, llevan a la conclusión de que sí existe el Estado de derecho en este país. Al analizar, por ejemplo, los resultados de las reformas realizadas en el campo del Poder Judicial, se advierte que en México el problema se refiere menos al establecimiento del Estado de derecho y más a la ampliación de sus posibilidades y a la efectividad de las instituciones. Se puede constatar así que las nuevas instituciones del sistema jurídico mexicano están tratando de transformar la indiferencia o la desconfianza en apoyo por parte de la población. Sin embargo, todavía falta mucho por hacer para que tales esfuerzos se vean coronados por el éxito.¹³

11 Cfr., por ejemplo, Kurz, Robert, *Schwarzbuch Kapitalismus (Libro negro del capitalismo)* Frankfurt am Main, 1999, como respuesta a Courtois, Stephane, Werth, Nicolas *et al.*, *El livre noir du comunisme (El libro negro del comunismo)* París, 1997.

12 Cfr. Horn, Hans-Rudolf, "Dimensionen der Demokratiefähigkeit Politik und rhetorische Rechtstheorie", en *Archivo de Filosofía Jurídica y Social (ARSP)*, 86, 2000, pp. 400 y ss., discutiendo el libro de Mandt, Hella, *Politik in der Demokratie*, Baden-Baden, 1998, que describe bien este fenómeno.

13 López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, "¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, 2000, pp. 155-267, 260 y ss. Que atañe la reforma judicial de 1999, véase Carbonell, Miguel en el mismo número de la revista aquí mencionada, pp. 329-350.

La economía globalizada parece desvirtuar el Estado nacional a la primera vista. Especialmente en los casos de Estados pequeños, los aspectos económicos que son esenciales para las empresas internacionales, desbancan muchas veces a los poderes propios democráticamente legitimados y a las empresas nacionales. No cabe duda que el poder económico en un sistema mundial de comercio puede ser objeto de abuso y llevar consigo nocivas consecuencias. Por lo anterior, es indispensable buscar instrumentos legales para prevenir resultados que amenacen la paz social y el funcionamiento de la vida económica, basada en un mínimo del respeto a la dignidad humana. De ninguna manera puede decirse que el poder económico, por abrumador que pueda ser, no tenga límites jurídicos en la actualidad. Un ejemplo significativo es el procedimiento antimonopolio contra la compañía más grande y poderosa del mundo *Microsoft* y su propietario, Bill Gates. También en los casos de fusión de grandes empresas transnacionales se cumplen las leyes de los países involucrados. En particular, resulta indispensable ajustarse a las normas nacionales sobre competencia económica y sobre vigilancia estatal de las instituciones financieras, con el fin de no poner en peligro el éxito de la fusión respectiva.¹⁴

III. DIMENSIÓN SOCIAL DEL ESTADO

1. *Fuentes y repercusiones del constitucionalismo social*

La limitación de las funciones del Estado a la garantía de la seguridad y del orden público, de acuerdo con las concepciones liberales del siglo XIX, motivaron la famosa frase de Anatole France, según la cual la ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe por igual a ricos y pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan. Sin embargo, el concepto liberal del Estado, ridiculizado también por Ferdinand Lassalle como “Estado gendarme”, ha recuperado actualmente su importancia básica, en vista de los innumerables crímenes que se cometen en muchas partes del mundo. Una policía eficaz que previene y reprime los actos de violencia, también cumple con funciones eminentemente sociales, al tomar en cuenta que solamente la gente rica puede permitirse el pago

¹⁴ Cfr. Horn, Norbert, “Rechtsfragen internationaler Zusammenschlüsse”, en Baums, Theodor; Hopt, Klaus J. y Horn, Norbert (eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, 2000, pp. 315-337.

de los servicios de seguridad privada. El concepto del Estado de derecho de antemano abarca elementos sociales. Cuando es su tarea proteger vida y libertad del ciudadano contra ladrones, no es idea remota incluir también la defensa contra hambre y necesidad, que ya se expresó en el siglo XIX tanto en México como en Alemania. En México ya se habló del “absurdo sistema económico” como obstáculo a la felicidad del pueblo en la Asamblea que discutió la Constitución de 1857; pero finalmente normas constitucionales efectivas fueron rechazadas por el temor liberal de que el derecho a la propiedad, siendo la base de la sociedad, podría ser amenazado mortalmente por normas sociales detalladas.¹⁵ En Alemania, en una instrucción del rey de Prusia, redactada por el conde vom Stein, ya en el año 1808 fue declarada como tarea del gobierno allanar los obstáculos al desarrollo libre del hombre en el sentido moral y físico legalmente cuanto antes.¹⁶

La cuestión de la raíz del constitucionalismo social no es meramente un asunto histórico, pues las críticas principales siguen fundándose en algunos argumentos que en muchas partes del mundo conservan sus rasgos comunes. Parece tratarse de un antagonismo natural entre los protagonistas de los derechos sociales y aquellos que consideran los aspectos sociales en el derecho constitucional como elementos que no corresponden con los requisitos jurídicos en sentido estricto.

Tan pronto como se conoció en la Asamblea Constituyente de Querétaro el proyecto de Carranza de modificar el artículo 27, que ya en la Constitución de 1857 se refirió a asuntos agrarios, por tratarse de un problema de mayor importancia en México, no se estuvo de acuerdo en su parquedad. Fue primordialmente Pastor Rouaix, destacado ingeniero poblano que se desempeñaba como secretario de Fomento, que dio expresión al descontento de los constituyentes. Fue él quien jugó un papel clave en la elaboración de preceptos sociales sobre la reforma agraria y la protección de los obreros.¹⁷

15 Así Ignacio Vallarta según Alba, Víctor, *Las ideas contemporáneas en México*, México, Buenos Aires, 1960, pp. 54 y ss. Cfr. Horn, Hans-Rudolf, *México: Revolution und Verfassung*, Hamburg, 1969, pp. 23 y ss.

16 Sommermann, Karl-Peter, en Starck, Ch. (coord.), *Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz*, München, 2000, t. 2, comentario núm. 107 al artículo 20 de la Ley Federal, apuntando también a Robert von Mohl y otros autores en el mismo sentido, que usaron versiones semejantes como aquellas que contienen actualmente las Constituciones de Italia y España.

17 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 1999, p. 520; refiriéndose a Rouaix, Pastor, “Génesis de los artículos 27 y 123

El proyecto, que solamente promovió una modificación tímida y parcialmente inadecuada del artículo 5o. de la Constitución de 1857 sobre la libertad profesional, también fue rechazado por los constituyentes por no ser suficiente. Después, una comisión sometió una versión cambiada del proyecto que incluyó una reglamentación muy interesante, según la cual la jornada máxima de trabajo no excedería de ocho horas. Fue el diputado constituyente de Puebla, Froylán C. Manjarrez, quien rechazó enérgicamente las dudas jurídicas en contra de una reglamentación detallada al decir literalmente: “A mi no me importa que esta Constitución esté o no dentro de los moldes que previenen los jurisconsultos...”.¹⁸ Dos días después, en la sesión del día 28 de diciembre 1916, el diputado constituyente del estado de Hidalgo, Alfonso Cravioto, pronunció unas frases que se han vuelto clásicas: “Así como Francia después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros”.¹⁹

En la actualidad, la mayoría de las Constituciones del mundo contiene normas que regulan detenidamente derechos sociales. Se considera especialmente en los países latinoamericanos el régimen social como un suplemento indispensable de los derechos humanos clásicos, dedicándoles artículos o títulos propios. También en muchos países de la Unión Europea el constitucionalismo social está consagrado, de una manera muy específica y diferenciada en España e Italia, con un sinnúmero de detalles en Portugal, pero también en Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Holanda.

de la Constitución de 1917”, en varios autores, *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917*, Querétaro 1987, p. 229.

¹⁸ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 1916, México, 1960, t. I, p. 986, citado y comentado detenidamente por Carpizo, Jorge, *La Constitución de 1917*, 3a. y 4a. ed., México, 1979, p. 96.

¹⁹ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808/1891*, 16a. ed., México, 1991, p. 814. Cfr. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota anterior, p. 97, y Horn, Hans-Rudolf, *México: Revolution und Verfassung*, Hamburg, 1969, pp. 38 y ss.

2. *Conceptos sociales en Constituciones alemanas*

En México, la atención que se suele dedicar al desarrollo constitucional de Alemania ya tiene tradición, porque se ha llamado la Constitución del Imperio Alemán de 1919, la Constitución de Weimar, *la hermana de la Constitución de Querétaro*, pues tienen rasgos comunes en el origen y en su contenido: ambas Constituciones fueron promulgadas en centros de importancia cultural, fuera de las capitales, y abordaron de manera detallada los problemas sociales. La Constitución de Weimar dedicó una sección específica a los principios sociales, entre los cuales se debe destacar el sistema de seguro social en favor de enfermos y ancianos, ya creada por el canciller alemán von Bismarck en la década de los ochenta del siglo anterior.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los *Länder*, los Estados, creados ya antes de la República Federal de Alemania por la ley fundamental de Bonn, habían adoptado normas constitucionales en el mismo sentido como la Constitución de Weimar. Pero los constituyentes en el nivel federal, reunidos en Bonn, renunciaron intencionalmente a normas detalladas de índole social. Se limitaron en el artículo 20 de la ley fundamental a establecer que la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. El artículo 14 prescribe que la propiedad “obliga” y su uso debe servir asimismo al bienestar general. El artículo 9o. garantiza el derecho de formar asociaciones para defender y mejorar las condiciones laborales. Además la ley fundamental en un lugar escondido, en una norma sobre la hacienda pública (artículo 109, inciso 2), consagra el principio del equilibrio global de la economía que según la Ley sobre la Estabilidad Económica abarca también la meta del pleno empleo.

Cuando se prescinde de las normas mencionadas, al tener carácter más bien general, la ley fundamental no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente formulados, pero, sin embargo, se discute muy extensa y apasionadamente la existencia y la dimensión de tales derechos.²⁰ La postura reservada parece prevalecer en publicaciones alema-

²⁰ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés (*Theorie der Grundrechte*, 1986), Madrid, 1993, especialmente pp. 426 y ss., más recientemente *idem*, en Carbonell, Cruz Parceroy y Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, 2000, pp. 67 y ss. Cfr. también Hernekamp, Karl, *Soziale Grundrechte*, Berlín, Nueva York, 1976.

nas, que ya por sus títulos destacan su escepticismo respecto a los derechos sociales.²¹ El Tratado de la Unificación alemana propiamente ofreció la oportunidad de crear algunas normas más detalladas sobre problemas sociales, aprovechando la discusión internacional y la multitud de experiencias prácticas. Pero en Alemania la aversión a normas constitucionales nacionales de contenidos sociales detallados parece insuperable, por lo menos en el nivel federal, aunque no en las entidades federativas, los *Länder* (estados), que también en el terreno de la República Democrática Alemana anterior se dedican detenidamente a los asuntos sociales en sus Constituciones. Las iniciativas populares, reunidas en mesas redondas, habían exigido la consagración constitucional de principios sociales en sus proyectos constitucionales, pero también el único gobierno democrático de Alemania oriental, elegido después del fracaso del régimen comunista.

Las objeciones de la doctrina alemana del Estado tienen raíces tanto históricas como jurídicas. Se refiere a la idea del ciudadano libre y responsable, y rechaza que el Estado según el paternalismo tradicional intervenga en la esfera privada en el sentido del filósofo alemán Kant quien consideró una previsión total del Estado como despotismo que conduzca a la infantilidad de los ciudadanos.²² Se trata de los puntos de vista liberales que se conocen también de la discusión del México del siglo XIX, pero también de la postura según la cual el derecho constitucional debe restringirse a normas de un claro sentido jurídico que tendrán vigencia inmediata. Simultáneamente se expresa la preocupación de que frases bonitas en el texto constitucional despertarían en el ciudadano esperanzas que no pueden ser satisfechas.²³

La Constitución de Weimar había establecido tanto derechos humanos tradicionales como derechos sociales, pero sin una regulación expresa de su vigencia. Según la doctrina y la jurisprudencia alemanas, tales derechos requerían la expedición de leyes reglamentarias para su aplicación.

21 Cfr., por ejemplo, Müller, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2a. ed.; Isensee, J., "Verfassung ohne soziale Grundrechte", *Der Staat*, núm. 19, 1980, pp. 367-384, y Böckenförde, Jekewitz & Ramm (comps.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.

22 Merten, Detlef, "Über Staatsziele", en varios autores, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1993, pp. 368 y ss.

23 Cfr. Würtemberger, Thomas, "Las reformas del Estado en Alemania desde 1989", en Sobranes, Valadés y Concha (comps.), *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, 1996, pp. 431 y ss., 458 y ss., rechazando las sugerencias de Kloepfer, *Verfassungsänderung statt Verfassungsreform*, 1995, pp. 58 y ss.

Los derechos sociales fueron entendidos primordialmente como obligaciones para el legislador. Pero propiamente no fueron dudas justificadas respecto a la vigencia de los derechos fundamentales tradicionales, como los de libertad, que no depende de un acto legislativo adicional. Debido a esta confusión, resultaba que todos los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar “operaban en el vacío”, según la famosa expresión de Thoma, autor del más importante comentario a esta Constitución, pero no por culpa de los constituyentes, más bien debido a una doctrina cerrada. Por ello no hubo obstáculos jurídicos que oponer a la anulación de todas las garantías constitucionales con motivo del incendio del edificio del Parlamento (*Reichstag*), mediante decreto del presidente del *Reich* el 28 de febrero de 1933, después de la toma del poder por Adolf Hitler. Por este trauma histórico se limitó a los derechos fundamentales clásicos en el nivel federal para que no se pueda suprimir de un plumazo.

El primer proyecto de una Constitución alemana de la Iglesia San Pablo de Frankfurt como consecuencia de la revolución de 1848, ya había proveído la vigencia inmediata de los derechos fundamentales. La ley fundamental de 1949 realizó este principio, al establecer que las normas sobre los derechos humanos vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable (artículo 1o., inciso 3) Se insiste que el texto constitucional se limitará a normas precisas que son accesibles a la interpretación judicial, en primer lugar como objetos de la justicia constitucional.²⁴ Se elogia a los Constituyentes de Bonn que según estas opiniones han evitado promesas meras, o “un álbum de lírica política o palabrerías programáticas”.²⁵ También constitucionalistas alemanes que conocen y estiman el constitucionalismo latinoamericano por lo demás, hablaron de “las floridas formulaciones de todo un ramillete de derechos sociales y económicos en muchas Constituciones latinas, que son casi ‘letras de cambio’ giradas por constituyentes populistas, que no documentan una falta de artesanía jurídica: más bien expresan el deseo de cambiar una triste realidad social para amplios sectores de ciudadanía”.²⁶ Se habla de una estética constitucional

²⁴ Cfr. más recientemente al vicepresidente del Tribunal Constitucional de la Federación: Papier, Hans-Jürgen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de mayo de 2000, p. 15.

²⁵ Así Arndt, Adolf, *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960, pp. 22 y ss., citado por Merten, *op. cit.*, nota 22, p. 373.

²⁶ Herdegen, Matthias, en su ponencia en castellano en la reunión de la radiodifusión *Deutsche Welle* en Colonia, 1996.

sin relevancia jurídica, rechazando la idea de que una Constitución abarcará “el registro del conjunto de los valores” o una “pintura general del estándar social y cultural contemporáneo”.

En cambio, el método en la base de la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita en cuanto ciencia de la cultura y de los textos, necesariamente llevará a resultados distintos. El catedrático alemán Peter Häberle lucha desde hace años, como también en una publicación mexicana más reciente, por una teoría constitucional como ciencia de cultura, en este sentido.²⁷ Una teoría cultural puede ser más bien el fundamento de una Constitución europea que Häberle propone, no en sentido del “eurocentrismo”, sino conservando especialmente los lazos incomparables existentes entre Europa y Latinoamérica, gracias a España. La Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también sirve como guía para los ciudadanos, sean juristas o no, pero también es expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural, o como lo expresó Heller en una reformulación de Goethe “forma nacida de la vida”.²⁸

3. *La economía social del mercado*

La economía social de mercado como un principio básico de la República Federal de Alemania no está consagrada expresamente en la ley fundamental. Tampoco se le puede considerar como consecuencia innegable del conjunto de las normas constitucionales, al tomar en cuenta que sigue existiendo la posibilidad constitucional de una socialización de la tierra y del suelo, de las riquezas naturales y de los medios de producción que pueden ser convertidos en propiedad colectiva según el artículo 15.²⁹ Aunque dicha norma no tiene ninguna importancia actual

²⁷ Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982; *id.*, *Rechtsvergleichung als Kulturwissenschaft*, 1992; *id.*, *Europäische Rechtskultur*, 1994; más recientemente El Estado constitucional europeo, en *Cuestiones Constitucionales*, trad. por Francisco Balaguer Callejón y Héctor Fix-Fierro, 2000, t. 2, pp. 88 y ss.

²⁸ Häberle, *op. cit.*, nota anterior, p. 90, en alemán “geprägte Form, die lebend sich entwickelt”, literalmente “forma acuñada que se desarrolla vivamente”. Parece que en México más autores se refieren a Hermann Heller, que en Alemania es considerado, junto con Max Weber, como uno de los “colosos politólogos de nuestros siglos”; así, por ejemplo, Arnáiz Amigo, Aurora, *Ética y Estado*, 3a. ed., México, 2000, pp. 319-363.

²⁹ Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “Constitucionalismo social y participación popular”, en UNAM (ed.), *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1993, pp. 77 y ss., 92 y ss.

—pues ni el socialdemócrata alemán como tampoco su colega inglés piensan en una socialización industrial— su mera existencia puede evocar dudas severas. Debe extrañarse que en la discusión se menciona el artículo 15 solamente como ejemplo de una norma donde no impera algo, pero solamente en el contexto de normas superfluas como son las metas sociales detalladas según esta opinión.³⁰ El sistema de la economía social de mercado fue reconocido expresamente por el Tratado sobre la Unión Monetaria, Económica y Social, que entró en vigor el primero de julio de 1990, para preparar la unificación política tres meses después. Aunque estos acuerdos tienen rango constitucional y el Tribunal Constitucional de la Federación ya antes lo había reconocido como derecho constitucional vigente, por su importancia crucial conviene consagrar expresamente el principio de la economía social de mercado en el texto constitucional, como lo había propuesto el gobierno del *Land* Renania-Palatinado en la Comisión Conjunta de la Constitución en el curso de la unificación alemana. Las entidades federativas en el territorio de la antigua República Democrática Alemana se han dedicado a los principios sociales de una manera detallada. La Constitución de Turingia consagró el principio de la economía social de mercado, junto con algunos principios sociales de importancia práctica, reanudando así la tradición constitucional de Weimar, ciudad ubicada en dicho estado.

La economía social de mercado constituyó en verdad la base esencial para reconstruir la parte occidental de Alemania, tan gravemente devastada por la Segunda Guerra Mundial. Ludwig Erhard, quien posteriormente sería ministro de Economía, tuvo el mérito de eliminar tan rápida como audazmente el sistema de economía dirigida, a pesar de las dudas que tenían los mismos alemanes y las fuerzas de ocupación, que entonces todavía dictaban la última palabra en los asuntos alemanes. El valor de acabar con el sistema oficial de cartillas de racionamiento para comprar pan, carne, azúcar, cigarros, calzado, vestido y todos los productos de la vida diaria, merece el mayor respeto, si se toma en cuenta la escasez que había de todas las mercancías, muchas de las cuales se adquirían en el mercado negro, y en el que los cigarrillos americanos funcionaban como moneda efectiva del trueque. Después de la reforma monetaria, es decir, de la introducción del marco alemán, la nueva moneda fue el único medio de cambio oficial, sin necesidad de ningún otro documento,

30 Merten, *op. cit.*, nota 22, p. 370.

según las leyes del libre mercado, desarrolladas por el liberalismo clásico, que en la actualidad muchas veces no se interpreta de una manera correcta, tampoco de parte de los llamados neo-liberales.

Las repercusiones del concepto de la economía social del mercado, que de ninguna manera es una invención meramente alemana, se puede constatar en muchas partes del mundo. En Gran Bretaña más recientemente se publicó una obra colectiva de la *Social Market Foundation*, que demuestra el alto nivel de la discusión inglesa. El editor de *Financial Times*, sir Samuel Brittan, enseña que la idea de la economía social del mercado puede ser actualizada como fuente de ideas nuevas en la política.³¹ Respecto a México cabe decirse con Carpizo, Fix-Zamudio y Madrazo, que “nadie podría dudar del hecho de que la Constitución de 1917, desde el primer momento de su vigencia, estableció lo que se puede calificar de la economía social de mercado como una expresión del Estado social de derecho. Si bien es cierto que las normas constitucionales no plantean con esa claridad este principio, el mismo se encontraba implícito y subyacente en el artículo constitucional”.³² Manuel Gómez Morín, nacido en el mismo año que el padre del milagro económico alemán, Ludwig Erhard, ya antes de él, había proclamado en distintas publicaciones las ideas de la economía social del mercado que desde el año 1994 oficialmente está adoptada por el programa del Partido Acción Nacional.³³

4. Bases sociales del liberalismo clásico

Los protagonistas del neo-liberalismo siguen reclamando una economía del mercado sin adjetivo como panacea para todos problemas actuales, invocando al liberalismo perfecto para asegurar el bienestar de las naciones, sin tomar en cuenta las bases sociales intrínsecas del liberalismo clásico. Por otro lado, según la opinión opuesta divulgada en

³¹ Cfr. Kilmarnock, Alastair (ed.), *The Social Market and the State*, Londres, Social Market Foundation, 1999.

³² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 561, que citan de manera afirmativa a Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, “El sistema constitucional mexicano”, en varios autores, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, p. 576.

³³ Cfr. Castillo Peraza, Carlos, *Manuel Gómez Morín: constructor de instituciones*, México, 1994 (pero sin usar el término expresamente), cfr. también Horn, Hans-Rudolf, *México: Revolution und Verfassung*, Hamburgo, 1969, pp. 77-80.

los medios de comunicación, cuyos seguidores suelen reunirse en manifestaciones contra la globalización económica, sea en Seattle o en Davos, el neo-liberalismo es un sistema de la muerte que amenaza la vida y la libertad de una manera escandalosa. Sin embargo, tampoco el mismo Adam Smith estaría de acuerdo con las convicciones de muchos de sus seguidores neoliberales actuales. Considerado como el padre del liberalismo económico clásico es víctima de un fatal malentendido. Pues nunca proclamó el egoísmo frío como fundamento de la sociedad y la economía, sino tomó al hombre como realmente es. El elemental interés propio de cada hombre de asegurar sus condiciones de vida y de mejorar la situación propia y de su familia, representa la principal motivación de sus actividades. Esto no impide que simultáneamente tenga el objetivo intrínseco de lograr reconocimiento y simpatía. Necesita incluso tales elementos, que son indispensables para vivir y actuar en el campo de la economía, sea como productor o como vendedor. Según Adam Smith, de este modo se creará el fundamento para la “mayor felicidad del mayor número”, y no solamente de una minoría privilegiada. Esta idea no fue señalada por primera vez en su libro más famoso *El bienestar de las naciones* del año 1776, sino veinte años antes en un ensayo “Teoría de los sentimientos éticos”, es decir no para desarrollar una teoría que destaca el papel crucial de la economía, sino como filósofo moral, describiendo el carácter humano de una manera que corresponde a la vida real.

La famosa “mano invisible del mercado”, siempre citada de nuevo, no desempeña el papel dominante que se le atribuye. Pues el liberalismo auténtico presupone la división del trabajo entre la sociedad y el Estado, rechazando intervenciones públicas nocivas, cuyos resultados muchas veces han tenido consecuencias antisociales como, en su época, aduanas protectivas excesivas a la importación de cereales baratos, de suerte que los pobres finalmente murieron de hambre para garantizar los ingresos de los hacendados de cereales. En este caso, las fuerzas del mercado sin restricciones estatales tienen repercusiones intrínsecamente sociales por posibilitar la venta de comestibles baratos. Bajo la impresión de tales ejemplos de la vida económica, se olvida fácilmente que la competencia libre, siendo la base del sistema económico, no está garantizada automáticamente por las mismas fuerzas del mercado. No existe, como dijo James Tobin, “un milagro del mercado que haga que la población

y los recursos lleguen al equilibrio y los mantenga ahí.” El orden del mercado no es un orden espontáneo, sino basado en la estructura de la propiedad, establecida por leyes estatales.³⁴ Los mercados competitivos no sobrevivirán los esfuerzos de los competidores mismos para eliminarlos sin la incesante vigilancia de los gobiernos. Cuando se les denuncia, juntas con los funcionarios electos y las organizaciones del orden civil, como lo peor de los cuerpos externos en una organización utópica de mecanismos meramente privados, la infraestructura social, política y económica decaerán y morirán, según las exposiciones de Tobin,³⁵ que se debe dirigir especialmente a los participantes de manifestaciones contra gobiernos y organizaciones económicas internacionales.

En el caso de monopolios y cárteles que sacan provecho de la libertad contractual y de la libre disposición de la propiedad, el monopolista puede dictar las condiciones y eliminar sus competidores por hacer inefectivos los mecanismos de precios y de mercado.³⁶ Por eso parece preciso que el Estado intervenga en la vida económica, como por ejemplo en Alemania mediante la ley contra cárteles y en los Estados Unidos la *antitrust-legislation*. El procedimiento jurídico contra Bill Gates y su *Microsoft Corporation*, ya mencionado, demuestra que el Estado moderno está dispuesto a hacer frente al abuso del poder económico en nombre del liberalismo.

IV. DESAFÍOS ACTUALES PARA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. *Actualización del constitucionalismo social*

El núcleo del constitucionalismo social es la idea, divulgada en el mundo entretanto, de que los derechos civiles y políticos no son suficientes para asegurar al hombre la existencia digna. El desafío crucial del derecho constitucional de nuestros días es la consolidación de los derechos sociales, los cuales han recibido una serie de críticas y obje-

³⁴ Nino, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en Carbonell, M., Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 138 y ss.

³⁵ Tobin, James, “Uno o dos brindis a la salud de la mano invisible”, *Nueva Economía*, año 1, núm. 1 (1992-1993), pp. 51-53; según Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 32, p. 517.

³⁶ Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, 1985, p. 307.

ciones que continuarán hasta que logren ser aceptados como parte indispensable del catálogo de derechos humanos.³⁷ La actualización del constitucionalismo social no es posible sin reformas constitucionales. En México se han considerado las modificaciones de textos constitucionales en los últimos lustros como la sacrificación del constitucionalismo social en aras de la globalización. Pues afectaron de manera directa las bases ideológicas mexicanas comunes. Un elemento esencial de la tradición revolucionaria era, y sigue siendo, la reforma agraria. Por ello resultó una difícil tarea explicar a la opinión pública que la reforma al artículo 27 constitucional ha tenido el objetivo de impulsar cambios que alienten una mayor participación de los productores del campo, otorgando mayor seguridad en la tenencia de la tierra y promoviendo un mayor grado de libertad, al precisar los derechos de los ejidatarios.³⁸ La nueva norma constitucional simultáneamente promoverá una mayor libertad, abatiendo el llamado paternalismo, que estructurado a través de mucho tiempo se volvió una verdadera atadura.

La modificación del artículo 27 significa al mismo tiempo cambios esenciales en la estructura jurídico-institucional de la Presidencia de la República. El presidente de la república ha perdido un formidable instrumento de poder como la “máxima autoridad agraria”, que en el pasado llegó a servir para demostrar la fuerza presidencial. Simultáneamente, los conflictos en materia agraria no serán resueltos más por el presidente ni por autoridades administrativas subordinadas a él, sino por tribunales agrarios, autónomos en el ámbito de su jurisdicción.³⁹ Cabe decirse que la reforma constitucional de veras significa un progreso político y jurídico que conlleva un fortalecimiento de la libertad privada y del sistema del Estado de derecho, limitando el poder presidencial de una manera adecuada, sin abandonar las ideas fundamentales del constitucionalismo social.

El fortalecimiento de las fuerzas del libre mercado en el marco del comercio global se ha logrado primordialmente a través de una drástica

37 Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 21.

38 Fix-Fierro, Héctor, “Agrarreform und Landentwicklung”, en Lauth & Horn (ed.), *Mexiko im Wandel*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 69 y ss., p. 71. Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “80 Jahre mexikanische Bundesverfassung. was folgt?”, en Häberle (ed.), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1999, pp. 403 y ss.

39 Serna de la Garza, José María, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, 1998, pp. 216 y ss.

reducción del sector público, con base en la convicción de que la división del trabajo en la sociedad industrial requiere que el Estado se circunscriba a sus tareas propias y no se inmiscuya en los asuntos en que el sector privado puede resolver de manera más eficiente. El Estado debe ser empresario o comerciante sólo en casos excepcionales. El constitucionalismo social requiere forzosamente una actualización. En los campos en los que ha perdido su anterior importancia, se necesita introducir ciertas modificaciones, ya sea en el sentido de una restricción, como por ejemplo del derecho de huelga en los servicios públicos mediante la requisa, o más bien en el sentido de una ampliación que vaya más allá de su primitivo alcance. La profundización de las reformas en materia de la política social, en general, abarcará el combate a la pobreza, aunque conservan su importancia las políticas tradicionales de asistencia o seguridad sociales. Sin embargo, la lucha contra la pobreza debe partir de una concepción más moderna del gobierno, en la que éste desempeñe el papel de promotor eficaz en la creación y garantía de las condiciones idóneas para el desarrollo social y económico, fortaleciendo las capacidades básicas de los individuos y las familias.⁴⁰

Está bastante difundida la opinión de que la pobreza es un fenómeno reciente que se debe primordialmente a las reformas económicas. Pero la realidad es que la pobreza de una parte considerable de la población mexicana ha sido ancestral, pues no desapareció con el reparto agrario ya que fue sólo parcialmente atenuada por el llamado desarrollo estabilizador y el auge petrolero. Mientras el desempeño económico nacional sea insatisfactorio, no será posible disminuir efectivamente la pobreza. Sólo una economía estable y en crecimiento puede proveer de oportunidades más favorables a los individuos en condiciones precarias.⁴¹

Algunos de los retos que enfrenta el constitucionalismo social especialmente en México son: conciliar eficiencia y solidaridad social, fomentar los principios de la solidaridad y de la subsidiariedad en el marco del nuevo federalismo y garantizar la participación popular, sin descuidar la rectoría del desarrollo nacional.

40 Jones, Claudio y Martínez, Jacqueline, "La pobreza y la política social en México: entre un diseño efectivo y el cambio político reciente", en *Centro de Investigación para el desarrollo* (en prensa).

41 *Idem.*

2. *Descentralización y principio de la subsidiariedad*

Otro desafío del Estado social de derecho es la tentación de arreglar todos los asuntos sociales de una manera centralizada por el gobierno. En México, como en otros países latinoamericanos, especialmente Argentina, la preponderancia de la capital fortalece tales tendencias desfavoreciendo los centros de la provincia. Por otro lado, se debe considerar que la centralización en el curso de la historia fue una conquista de la ilustración y de la revolución francesa. La división de Francia en departamentos sigue existiendo. Pero llama la atención que también países antes estrictamente centralizados se abren a las ideas de la descentralización y del federalismo para garantizar que se cumplan mejor las tareas que surgen en los lugares particulares.

Los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania subrayan, en sus denominaciones oficiales, sus estructuras federales. En ambos países se han superado las opiniones erróneas antes divulgadas de que el federalismo lo hayan impuesto o haya sido importado. En la actualidad, crece el convencimiento de que el federalismo forma parte esencial de la historia del Estado constitucional y es una base de la integración democrática y social. En México, a veces todavía se puede encontrar la opinión que el federalismo jamás ha existido por la preponderancia del gobierno central. Pero los constitucionalistas mexicanos más renombrados destacan que la idea federal ha sido una fuerza que atraviesa la historia de México, penetra, se difunde, se transforma en el devenir del país, como dice Héctor Fix-Zamudio en su nuevo manual impresionante.⁴² Jorge Carpizo ha comprobado que el sistema federal mexicano fue una necesidad histórica para unir lo que se estaba desunido, siendo el régimen federal el anhelo de las provincias.⁴³

En la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 1991 junto con los principios de la democracia, los derechos humanos y del Estado de derecho fue consagrado el principio de la *subsidiariedad* que, procediendo de la doctrina católica social, postula la descentralización bajo el

⁴² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 1999, p. 925. Mi reseña en *Heidelberg Journal of International*, 2000, t. 60, pp. 281 y ss.

⁴³ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, p. 90; *cfr.* Horn, Hans-Rudolf, "Estado constitucional como proyecto común de la humanidad", en UNAM (ed.), *Problemas del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 1994, pp. 193 y ss.

punto de vista de la eficiencia y de solidaridad. Las entidades más pequeñas por estar más cercanas al hombre particular, tienen el derecho y la obligación de suministrar los subsidios necesarios y las ayudas adecuadas, en cuanto estén capaces. La entidad más grande solamente debe intervenir cuando no es posible garantizar la asistencia precisa en el nivel más bajo, es decir en un caso de indigencia particular el municipio es competente, cuando no existe la ayuda familiar suficiente. Cuando se trata de problemas de un alcance más grande, la entidad federativa es responsable y finalmente la federación o la Unión Europea.

La adopción del principio de la subsidiariedad que asegurará la solidaridad en el nivel adecuado por los tratados europeos, tiene el objeto de fortalecer las entidades federativas y las regiones de los estados miembros. En México se pueden constatar esfuerzos de la misma índole. Uno de los problemas más serios que haya padecido el federalismo es el hacendario, porque ha existido un notable desequilibrio en perjuicio de estados y municipios. Durante muchos años la Federación ha percibido gran parte del presupuesto nacional, dejándole a los estados y los municipios una participación considerablemente menor. El sistema nacional de coordinación fiscal, aprobado en la ley de diciembre de 1978, representa un plausible esfuerzo cuya aplicación cada vez más consistente debe conducir al robustecimiento de las finanzas locales y municipales.⁴⁴ El federalismo moderno parte de una nueva concepción de la distribución del poder. En la doctrina en este contexto se utiliza la expresión *nuevo federalismo*, que se encarna en el plano concreto en instrumentos de cooperación, tanto horizontal como vertical, que se manifiestan en el ámbito legislativo, administrativo y financiero, en convenios interestatales o programas específicamente de carácter social.

3. Bases de la participación popular

Otro desafío crucial del Estado de derecho social, que debe basarse en el principio de la democracia, es la garantía de la participación popular. Todo gobierno depende del consentimiento de los gobernados, como lo consagró la revolución norteamericana en su Declaración de Independencia de 1776 en Filadelfia. Según el artículo 39 de la Constitución mexicana todo poder público dimana del pueblo. En el mismo sentido

44 Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 42, p. 935 y ss.

las demás Constituciones en el mundo consagran el principio de la soberanía popular. No es mera ironía la del poeta Bertolt Brecht cuando cuestionó la forma clásica según la cual: “todo el poder viene del pueblo”, al preguntar: “pero, a dónde va?” Conviene buscar una respuesta apropiada y aventurar hoy la idea de que, en el Estado constitucional, el poder constituido del Estado vuelve a los ciudadanos, de los que procede, pues la democracia es la consecuencia organizativa de la dignidad del hombre, como más recientemente lo explicó Peter Häberle en esta misma revista.⁴⁵ Propone simultáneamente sustituirse el lema de Rousseau *retorno a la naturaleza* por el de Gehlen *retorno a la cultura*, porque la educación como formación es —como dice— la otra cara de toda libertad fundamental, también y precisamente en la “Constitución del pluralismo”.

La participación popular es la base vital del Estado social de derecho que se funda en los principios de la descentralización, subsidiariedad y la división de poderes. Montesquieu tiene el gran mérito de haber enunciado ideas que fueron la base de grandes elaboraciones constitucionales particularmente a partir de las revoluciones norteamericana y francesa. Ocurre, sin embargo, que el solo postulado de la *separación de poderes* no explica, en nuestro tiempo, la compleja trama del poder.⁴⁶ El mismo Montesquieu había expresado la necesidad de consenso y compromiso de una manera más clara en su obra anterior *Penseés*. Las modificaciones del texto primitivo que realizó en el curso de la redacción de su obra principal *El espíritu de las leyes*, no significan que hubiera abandonado su convencimiento original.⁴⁷ La teoría moderna de la coordinación y del control de poderes públicos, superando la idea absolutizada de la separación de poderes contra las intenciones del mismo Montesquieu, tiene también la ventaja principal de desvirtuar argumentos frecuentemente usados en contra de la justicia constitucional, que tampoco se podría convenir con otra frase famosa del mismo Montesquieu de que el juez es nada más que la boca de la ley o casi nulo. Los controles jurídicos y políticos no son autónomos o ajenos al Estado. En ese sentido se produce una paradoja

45 *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 92 y ss.

46 Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 175 y ss.

47 Lange, Ulrich, “Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu”, en *Der Staat*, 1980, t. 19, pp. 213 y ss., p. 217. Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “El Estado constitucional como proyecto común de la humanidad”, *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 1994, pp. 193 y ss., p. 200.

no deseada cuando los adversarios del Estado traten de minimalizarle o aniquilarle: tanto más se contraiga su poder, tanto más se reducen sus controles. Lo que hipotéticamente se obtiene con la merma de poder de parte del Estado, se pierde con la disminución de control sobre el Estado que a pesar de la crítica fundamental va a permanecer, como subraya Diego Valadés con toda razón.⁴⁸ Lo mismo vale respecto a la participación popular que depende del marco jurídico garantizado por Estado.

Otra condición esencial de la participación popular y del desarrollo social es la *educación*. En la discusión actual alemana, como ya antes en otros países, este punto de vista, subestimado a veces, está recuperando su reconocimiento. La meta principal de la educación es el desarrollo de las oportunidades de utilizar la libertad individual en el marco de la responsabilidad social que debe considerar la separación indispensable entre el Estado y la sociedad. El Estado no debe ser tratado como la fuerza anónima que suministra la felicidad del individuo, pero sí tiene que posibilitar subsidiariamente que el individuo encuentre su felicidad, lo que en la fórmula famosa americana *pursuit of happiness* ha encontrado su reconocimiento del Estado constitucional. La construcción de la democracia requiere de educación para vivir en la democracia, entendida en su sentido más amplio como aquella actividad que consiste en formar los individuos para lograr “el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo” según las palabras en el artículo 3o. de la Constitución mexicana.⁴⁹

4. Rectoría del desarrollo nacional y equilibrio jurídico

El principio de la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado, consagrado en el artículo 25 de la Constitución mexicana, fue introducido en el año 1982 para preparar las reformas en el curso de la apertura economía. Se trata de una combinación interesante de aspectos económicos, que permite traducir la concurrencia en concretas responsabilidades fiscales, laborales, económicas o ecológicas, por vía de la legislación ordinaria.⁵⁰ El artículo 25 de la Constitución mexicana parte del

⁴⁸ Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 46, p. 26.

⁴⁹ Serna de la Garza, José Ma., *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, 1998, destaca esta idea como conclusión principal al final de su libro, reseñado por mí en *Heidelberg Journal of International Law*, 2000, t. 60, pp. 290 y ss., p. 292.

⁵⁰ Cfr. Carbonell, Miguel, “La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediados”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (ed.), *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, 1999, p. 38.

constitucionalismo social y del concepto de Estado social de derecho como una elaboración o derivación de la idea del Estado liberal del derecho, al referirse a Hermann Heller, que desde 1929 frente a las amenazas del totalitarismo y la inestabilidad económica, reclamaba dar al Estado de derecho un contenido económico y social.⁵¹ Además, en el mismo artículo se habla por un lado del pleno ejercicio de la libertad (primer inciso), por el otro de la responsabilidad social (tercer inciso). De esta manera está abarcado el problema intrínseco del liberalismo auténtico, cuyo alcance conviene investigar de una manera jusfilosófica adecuada.

El derecho privado parte de los principios de la libertad contractual y la igualdad de los hombres. En verdad se trata de una ficción, pues los hombres nunca podrán ser absolutamente iguales. Pero se debe presuponer un equilibrio principal que domina el mercado. Cuando según las experiencias de la vida humana, sin embargo, no se puede presuponer tal equilibrio principal, la libertad contractual pierde su sentido primitivo y no puede ser tomado por base, porque una parte del contrato típicamente se ve enfrentada con una fuerza económica superior a ella. El principio del equilibrio jurídico no solamente garantiza la concurrencia libre como base del mercado, sino tiene repercusiones en todos los campos del derecho como factor integral.⁵² Cuando el balance sea amenazado de una manera principal, el derecho tiene que asegurar por medidas legales que la parte inferior no sufra desventajas insoportables. El derecho laboral y la protección para los inquilinos tienen la función crucial de adaptar las reglas del mercado, que no son suficientes para arreglar problemas esenciales en tales casos. Es indispensable recurrir a elementos de la justicia general, siendo la base también de la justicia del mercado, para restablecer el orden jurídico presupuesto por el derecho privado.⁵³ Las intervenciones legales tienen la tarea exclusiva de restaurar el equilibrio y no deben desplazar la preponderancia inadecuada al otro lado.

51 Madrid Hurtado, Miguel de la, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (ed.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, t. 1, México, 1997, pp. 220 y ss. (ad artículo 25), sin mencionar que el artículo fue introducido bajo su presidencia.

52 La pregunta ¿qué balance es el más justo? es objeto de investigaciones específicas en el contexto del liberalismo, *cfr.*, por ejemplo, recientemente Flores, Imer B., "El liberalismo igualitario de John Rawls", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1999, pp. 83 y ss.

53 Horn, Hans-Rudolf, "Natur der Sache und situativer Bezug im Rechtswidrigkeitsurteil", en UNAM (ed.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, 1987, vol. II, pp. 365-381, 378 y ss. con más ejemplos del derecho moderno.

Los elementos de la justicia social no tienen la función de adicionar artificialmente elementos ajenos de índole ética en el campo de la economía, que se podría abandonar en tiempos malos, cuando las necesidades económicas tienen que prevalecer. Eficiencia económica y solidaridad social no se excluyen, sino se condicionan mutuamente. Una política razonable en el nivel económico y financiero simultáneamente es la mejor política social, como señala impresionantemente el ejemplo de la inflación, que siempre afecta más a los pobres que a los ricos que tienen su dinero en el extranjero, hasta cuando se trata de compensar los precios alzados por asistencia social aumentada, pues las compensaciones del Estado nunca pueden seguir a tasas altas de una inflación rápida a tiempo. La división del trabajo entre economía y Estado según la doctrina del liberalismo clásico no significa que el Estado tenga el monopolio en todo lo que atañe a las cuestiones sociales, y la economía el monopolio en todo lo que tiene que ver con ganancias. Un Estado que descuida los aspectos necesarios económicos y financieros no tiene futuro al cumplir sus tareas, como tampoco una empresa privada que continúa y radicalmente descuida con perseverancia las exigencias sociales, que son las bases de sus actividades en relación con sus colaboradores y clientes.

El concepto del Estado social en el mundo latino se suele equiparar, por lo general, con el del Estado benefactor, que se caracteriza por su obligación de otorgar prestaciones. Es verdad que en los derechos sociales por lo general el contenido es de carácter positivo, de dar o de hacer, mientras que en los derechos civiles o individuales consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado. Pero no cabe duda que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto. Así es manifiesto que carecen de contenido prestacional, como por ejemplo el derecho sindical,⁵⁴ o también el derecho al trabajo, como se desprende del texto constitucional del artículo 123, que se refiere a la obligación estatal de promover la creación de empleos y la organización social para el trabajo

54 Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, M.; Cruz Parcerou, Juan A. y Vázquez, R., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 21 y ss.

conforme con la ley. Por las dificultades de definir su contenido de derechos sociales se explica la reserva divulgada de consagrarles constitucionalmente en publicaciones en inglés y alemán. El término “Estado benefactor” tiene la desventaja que insinúa la idea de que la tarea estatal consiste primordialmente en prestaciones y oculta su función crucial de fortalecer la responsabilidad del individuo necesitado, colocándole en aptitud de ayudarse a sí mismo. En la realidad de la vida social, la asistencia otorgada como limosna puede prevenir una vida responsable. La diferencia entre una limosna y una asistencia social adecuada tiene carácter doble: no existe un derecho a una limosna y el limosnero por su parte tampoco tiene una obligación al recibirlo. Por el valor eminente de la educación, el Estado social moderno al mismo tiempo necesariamente es *Estado cultural*.⁵⁵ En la literatura estadounidense se ha desarrollado la idea de que el Estado moderno social debe evitar la tentación de tener en tutela y cuidado a los necesitados, tal vez contra la buena voluntad de aquellos que prestan la asistencia. El Estado social bien entendido se puede caracterizar menos como *welfare state* que *enabling state*, que crea las condiciones para superar las dificultades personales por socorro individual.⁵⁶

Los problemas de la convivencia humana no son accesibles a panaceas simplistas. Desde la antigüedad clásica, el camino de discutir los problemas de la manera abierta en el sentido de Sócrates ciertamente es la mejor parte de la tradición espiritual de Europa, activada en la Ilustración de una manera efectiva.⁵⁷ El diálogo es el camino real para tomar en cuenta las circunstancias particulares y las relaciones específicas decisivas. Sistemas cerrados que tiendan a expresar absolutamente la esencia de lo social, son nada más que utopías, pues —como dijo el Néstor alemán del derecho social, Hans F. Zacher— toda reflexión y cada discurso sobre aspectos sociales están bajo la reserva de la evolución. A pesar del carácter necesariamente provisional, sería irresponsable la renuncia a los esfuerzos de seguir buscando caminos viables hacia la justicia social.⁵⁸ No es

55 Sommermann, Karl-Peter, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tübingen, 1997, pp. 230 y ss.; *id.*, en Starck (coord.), *Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz*, München, 2000, t. 2, comentario núm. 106 al artículo 20 de la Ley Federal.

56 Neil, Gilbert y Barbara, *The Enabling State. Modern Welfare Capitalism in America*, New York-Oxford, 1989, especialmente pp. 163 y ss.

57 Cfr. más recientemente Zippelius, Reinhold, “Die Entstehung des demokratischen Rechtsstaates aus dem Geiste der Aufklärung”, en *Juristenzeitung*, 1999, pp. 1125 y ss.

58 Zacher, Hans F., “Das Soziale und die katholische Soziallehre”, en *Stimmen der Zeit*, 1992, pp. 3 y ss., p. 11.

posible asegurar esquemáticamente de una vez para todas, la regulación óptima de la libertad mediante un mecanismo constitucional automático.⁵⁹ Posturas rígidas de este tipo son el privilegio de fundamentalistas.

Para el futuro del mundo económico y social será indispensable combinar el concepto del Estado constitucional con la solidaridad en términos globales y nacionales.⁶⁰ El constitucionalismo social va a desempeñar un papel importante no solamente en el nivel nacional, sino también en el comercio globalizado, sin descuidar las diferencias entre los distintos sistemas nacionales, que no pierden la legitimación de su existencia en la economía globalizada. El Estado nacional, también en la época de la mundialización sigue desempeñando un papel de eminente importancia para garantizar el equilibrio interno económico y social. La globalización se equipara indebidamente con la preponderancia de las exigencias económicas unilaterales, sin tomar en cuenta las bases sociales indispensables, que por sus efectos reales también en el contexto internacional justifican hablar también de una *mundialización social*, fundada en una postura humanista. Los nuevos problemas de la responsabilidad social en el contexto global necesitan soluciones razonables como resultados de un diálogo nacional e internacional, fundándose en la participación social, pero sin descuidar el alcance de las tareas públicas que solamente puede cumplirse en el marco de una dirección política eficaz.⁶¹



⁵⁹ Zippelius, *op. cit.*, nota 57, p. 308.

⁶⁰ Schreckenberger, Waldemar, "Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee", en *Archivo de Filosofía Jurídica y Social (ARSP)*, Beiheft 65, 1996, p. 95.

⁶¹ Cfr. Horn, Hans-Rudolf, "Reflexiones comparativas sobre consenso real y partidos políticos, especialmente el apartado 'Dirección política y participación popular'", *Anuario Jurídico X*, 1982, pp. 117 y ss., 135 y ss.; y "Kommunikation als öffentliche Aufgabe", en *ARSP* 82, 1996, pp. 562 y ss.