

# GENERACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO. REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Hans-Rudolf HORN

SUMARIO: I. *Vista panorámica*. II. *Deformaciones del constitucionalismo liberal*. III. *El constitucionalismo participativo*. IV. *El enfoque constitucional restrictivo*. V. *El enfoque constitucional iberoamericano*. VI. *Alcance político del control judicial*. VII. *Tareas sociales del Estado nacional*. VIII. *Dimensiones sociales de la mundialización*. IX. *Nuevas Constituciones y problemas tradicionales*. X. *El Estado constitucional cooperativo*. XI *Resumen*.

## I. VISTA PANORÁMICA

Con toda razón se ha nombrado América Latina “un laboratorio sociológico vivo”<sup>1</sup> que demuestra todas formas importantes de la convivencia humana y política de una manera ejemplar y acentuada. Por otro lado, se habló también del desconcierto de los politólogos que ven refutadas todas sus teorías del desarrollo político por las formas latinoamericanas de “democracias imperfectas” o “democracias sui generis”, como lo expresó Eduardo Garzón Valdés.<sup>2</sup> A veces se tiene la impresión que fenómenos políticos parecen puestos patas arriba como en un espejo cóncavo, mirados desde lejos, pero al acercar los objetos se ponen manifiesto detalles amplificadas en el mismo espejo cóncavo: se descubren rasgos típicos que existen en muchas partes del mundo de una manera más o

1 Agramonte, Roberto, “La sociogénesis Latinoamericana”, *Revista Mexicana de Sociología*, 1963, p. 31.

2 Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y democracia en América Latina”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 33, 1999, p. 134.

menos semejante. Paulatinamente se divulga la convicción de que no tiene sentido ensayar de zanjar situaciones precarias por consejos presuntos a los latinoamericanos, sino que será preferible un intercambio fructífero para dos partes sobre problemas específicos y ubicuos. Esta idea fue destacada en el programa del *X. Congreso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe* de junio de 2001 en Moscú, en el sentido que esta parte del mundo será considerada no sólo —y no tanto— como objeto de diversas influencias, sino precisamente como sujeto actor, es decir, desde el punto de vista de su participación activa en el proceso histórico universal, en la economía, la política y la cultura mundiales. Reflexiones comparativas sobre el constitucionalismo iberoamericano se dedican a los rasgos comunes y los enfoques distintos de los países iberoamericanos por una parte, y el mundo anglosajón, escandinavo y germánico por la otra.

Actualmente los derechos humanos son criterios decisivos para evaluar un sistema político y jurídico, como antes lo fue el derecho natural. La discusión actual mundial está caracterizada por la paradoja que los argumentos básicos del derecho natural, formulados por las revoluciones americana nortea y francesa de una manera eficaz, entretanto han perdido su reconocimiento común tradicional. Existen hasta voces como la del filósofo MacIntyre que equiparó la fe en derechos naturales con la fe en brujos o unicornios.<sup>3</sup> Cuando de veras no exista una fundación razonable de los derechos humanos, éstos fácilmente pueden ser rechazados como una arma ideológicamente disfrazada de los estados occidentales en controversias mundiales.

La postura de deducir soluciones políticas de la idea de la libertad de una manera demasiado simplista, sin tomar en cuenta las situaciones particulares, tiene rasgos de un fundamentalismo peligroso, siendo lo opuesto de lo razonable. El pluralismo filosófico, en cambio, invita a la busca de soluciones razonables sin pretender de suministrar la solución perfecta, final y única, pero una solución aceptable y humana.<sup>4</sup> Instrumentos excelentes para alcanzar los marcos para el establecimiento de la dominación global de los derechos humanos, se ofrece una retórica

<sup>3</sup> MacIntyre, A., *After Virtue*, 4a. ed., Notre Dame, 1984, p. 69. En el sentido igual R. Rorty habló de un “consuelo metafísico”, *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart, 1988, p. 29.

<sup>4</sup> Perelman, Chaim, “La philosophie du pluralisme et la nouvelle rhétorique”, *Revue Internationale de Philosophie*, 1979, pp. 5-17.

política cultivada, fundada en el modelo de la filosofía antigua, apuntando diálogo, persuasión y otorgamiento de orientación social.<sup>5</sup> Distintas teorías modernas de la argumentación y del discurso en el fondo parten de la misma idea básica.<sup>6</sup> Generalmente, la retórica tiene una reputación mala, debida a la crítica en el curso de la historia de la filosofía, comenzado por Plato. La filosofía moderna, refiriéndose a Kant, estableció el sistema casi perfecta de una antirretórica.<sup>7</sup> El arte de la retórica que de entrada está estrechamente vinculada con la actividad política, fue enseñada por los filósofos presocráticos, los llamados *sofistas*, una palabra usada más bien como insulto también en palabras como sofisma y sofisticar. Los méritos políticos e intelectuales auténticos de los sofistas históricos en la Grecia de los siglos IV y III ante Cristo fueron ignorados muchos tiempo. Entre ellos fueron pensadores como Antiphon, que por la primera vez proclamó libertad e igualdad como derechos naturales de todos los seres humanos; sus reflexiones desembocaron en el postulado de abolir la esclavitud y las diferencias de las clases sociales. Los sofistas así eran más progresivos que muchos pensadores políticos renombrados hasta en tiempos más recientes. Ni siquiera los mismos padres de la Constitución americana —a pesar de su entusiasmo por la libertad humana— pensaron seriamente en la abolición de la esclavitud, aunque naturalmente este problema era obvio.

Cuando se da cuenta, que los derechos humanos se fundan en un diálogo razonable y fructífero, la idea de su desarrollo permanente en el ámbito sustancial y procedimental no parece muy natural. Para describir este fenómeno recientemente fue elaborada la idea de *las “generaciones de derechos humanos”* por autores mexicanos.<sup>8</sup> Primitivamente los de-

5 Schreckenberger, Waldemar, “Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee”, *Archiv der Philosophie Jurística y Social (ARSP)*, Stuttgart 1996, Beiheft, núm. 65, pp. 71-95, recientemente “Rhetorik und Demokratie”, *ARSP*, 2000, pp. 367-399.

6 Cfr. el panorama concisa que ofrece más recientemente Horn, Norbert, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2a. ed., Heidelberg, 2001, pp. 200-223.

7 Horn, Hans-Rudolf, “Dimensionen der Demokratiefähigkeit”, *ARSP*, 2000, pp. 400-407.

8 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 412 y ss. Con referencia a Dávalos, José, “Naturalza y definiciones de los derechos humanos”, *Órgano informativo de la Procuraduría General de la República*, México, 1993, núm. 5, pp. 10 y ss.; Díaz Müller, Luis, *Manual de derechos humanos*, 2a. ed.,

rechos fundamentales fueron entendidos como los clásicos derechos individuales que exigían del Estado basicamente una postura de no hacer como en el caso del derecho a la libertad y a la seguridad, de la igualdad ante la ley, de la propiedad y de la inviolabilidad de la vida. En este contexto, se habla de los derechos humanos de la *primera generación*, que forman la base de los demás derechos. Los derechos *de la segunda generación*, en cambio, están constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales del hombre, en los cuales corresponde Estado una obligación de hacer.<sup>9</sup> Derechos de solidaridad que pueden caracterizarse como derechos humanos de la *tercera generación*, incluyen también elementos internacionales, abarcando intereses difusos que se inspiran en principios universales cuyo respeto reclama la humanidad, como el derecho a la paz, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.<sup>10</sup> El término *generaciones de los derechos humanos* tiene la ventaja de que no se trata de categorías netamente separadas, sino de un conjunto de intereses vitales, que implican también derechos de participación política en el sentido que existe una conexión entre los constitucionalismos social y participativo. Cabe hablarse también de la triada *libertad, propiedad y trabajo*. El trabajador se convierte en conciudadano, así como en un sentido más profundo es copropietario.<sup>11</sup>

No parece apropiado construir el control del poder, que sin lugar a dudas es indispensable para la protección de la libertad, primordialmente como elemento adicional cuya función se restringe en el momento de freno, sino se trata de un elemento vital del mismo poder estatal cuyo alcance está definido mediante la Constitución del Estado nacional. Legitimación y limitación del poder no pueden ser separadas, sino se condicionan mutuamente. No hay libertad humana fuera del Estado constitucional, que no podrá ser sustituido permanentemente por organizaciones

México, 1992, pp. 55 y 190; Madrazo, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, 1993, pp. 25 y 26.

9 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 1999, p. 413.

10 Cfr. Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *loc. cit.*, *supra*, pp. 413 y ss. y Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, 1993, pp. 424 y ss.

11 Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Estudio introductorio por Diego Valadés, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 256 y ss.

internacionales, aunque elementos internacionales y transnacionales obtienen un impacto enorme. La protección de la libertad humana y de los derechos fundamentales, inclusive sociales primordialmente, depende de la efectividad del Estado constitucional nacional que será abierto a la cooperación internacional.

## II. DEFORMACIONES DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

La protección de la libertad humana que sin lugar a duda es la razón vital de los ordenamientos políticos, en el curso de la historia, muchas veces padecía el destino de ser convertido en lo contrario, precisamente cuando se le perseguía de una manera unilateral como meta absoluta, sin tomar en cuenta las necesidades de las situaciones particulares. Las deformaciones de la idea original del liberalismo ya se manifestaron en muchas partes del mundo, pero de una manera especialmente manifiesta en Iberoamérica. El antagonismo entre el individuo y el poder estatal fue considerado bajo la influencia de Montesquieu y primordialmente de Rousseau como el núcleo del constitucionalismo liberal, que solía fundarse especialmente en las instituciones de la República romana, llamada por Rousseau “modelo de todos pueblos libres”.<sup>12</sup> En Paraguay, se lo adoptó de una manera tan excesiva que se regulaba como en Roma antigua, primero la magistratura paritariamente colegial de dos consules, después la dictadura temporal, que absurdamente desembocó en la dictadura perpetua del doctor de Francia que duró de 1816 hasta su muerte en 1840, cuando se restableció el consulado romano con dos jefes de gobierno con facultades iguales. El ejemplo demuestra evidentemente la existencia simultánea de dos fenómenos que, a primera vista parecen irreconciliables, a saber el caudillismo y el constitucionalismo liberal.<sup>13</sup> Un gobierno de tres individuos con facultades iguales, proveído en la Constitución primera de Venezuela en lugar de los dos consules, carece —como Simon Bolívar destacó en su discurso famoso de Angostura— de responsabi-

<sup>12</sup> Catalano, Pierangelo, “Principios constitucionales boivarianos: origen y actualidad”, Combellas, Ricardo (coord.), *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, vol. II, 1996, pp. 542-561.

<sup>13</sup> Cfr. Soriano de García Pelayo, Graciela, *El personalismo político hispanoamericano del siglo XIX*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, núm. 20 del anuario *Politeia* (1997), pp. 16 y ss., hablando generalmente de Iberoamérica.

lidad individual, de moralidad y “debe llamarse nulo”.<sup>14</sup> A pesar de sus argumentos convencedores fracasaron también otros ensayos suyos de crear un sistema político estable. Un sinnúmero de dictadores metódicos, prognosticados por el mismo libertador, usurparon el poder estatal que no fue concedido a gobiernos constitucionales hasta en el siglo XX, considerados como “gendarmes necesarios”.

Las experiencias trágicas de la historia política de Iberoamérica demuestran la complejidad y el alcance del problema de los derechos fundamentales. Las amenazas de la libertad humana por regímenes totalitarios son el tema crucial del derecho constitucional y de la teoría del Estado, abarcando dos aspectos que parecen opuestos a la primera vista. El aspecto primero es el antagonismo entre el ciudadano y el Estado, que históricamente como base de revoluciones exitosas en contra del poder competente del Estado es la raíz principal del constitucionalismo moderno. El aspecto segundo es la idea elemental de que no tiene sentido hablar de libertad humana, cuando no se toma en cuenta la relación del individuo con los demás y con la comunidad humana en que vive. No se trata de problemas de libertad, cuando Robinson Crusoe, viviendo en su isla aislada lejos de los demás hombres, tuvo que someterse a necesidades del clima y de la naturaleza. El antagonismo entre libertad individual y Estado, siendo la idea primitiva del constitucionalismo liberal, sigue desempeñando un papel decisivo también en la actualidad bajo la impresión de tantos regímenes tiránicos en todo el mundo que abusan su poder. Por eso es natural que se siga sobreestimando el aspecto de la defensa del individuo y Estado también en sistemas constitucionales y descuidando la interdependencia entre las dos partes.

### III. EL CONSTITUCIONALISMO PARTICIPATIVO

El camino real a la democracia auténtica es el *constitucionalismo participativo*. Con toda razón ya se ha destacado, que la participación popular en ingresos, cultura y poder es el criterio esencial, en el fondo el único de la democracia.<sup>15</sup> Desde algún tiempo se han descrito las etapas

<sup>14</sup> Brewer-Carias, Allan B., *Insituciones políticas y constitucionales*, 2a. ed., t. I, Caracas, 1985, pp. 52 y ss.

<sup>15</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Gonzáles Casanova, Pablo, *La democracia en México*, 1965, p. 162.

del desarrollo político (del caudillismo a la participación de la población completa en Iberoamérica.<sup>16</sup> El constitucionalismo liberal parte del principio elemental que todo el poder procede del pueblo. Es una cuestión justificada cuando el poeta Bert Brecht hace la pregunta “pero, a donde va?”. Conviene buscar una respuesta apropiada y aventurar hoy la idea 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 lo señaló Peter Häberle.<sup>17</sup>

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 en su obra “*El espíritu de las leyes*” las ideas que fueron la base de grandes elaboraciones constitucionales particularmente a partir de las revoluciones estadounidense y francesa. Ocurre, sin embargo, que el sólo postulado de la *separación de poderes* no explica, en nuestro tiempo, la compleja trama del poder.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> La teoría moderna de la coordinación y del control de poderes públicos, que supera la idea absolutizada de la separación de poderes y regresa a las intenciones auténticas del mismo Montesquieu, tiene también la ventaja principal de desvirtuar argumentos frecuentemente usados en contra de la justicia constitucional, que culminan en otra frase famosa del mismo Montesquieu de que el juez es nada más la boca de la ley o casi nulo.

16 Germani, Gino, *Política y sociedad en una época de transición. De la sociedad tradicional a la sociedad de masas*, Buenos Aires, 1962, especialmente pp. 147 y ss. Cfr. Horn, Hans-Rudolf, “Politische und soziale Grundrechte in Lateinamerika”, en Hans-Rudolf, Horn, y Weber, Albrecht (comps.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, Baden-Baden, 1989, pp. 106 y ss.

17 *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, 2000, pp. 92 y ss.

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

19 Lange, Ulrich, “Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu”, revista *Der Staat*, t. 19, 1980, pp. 213 y ss. Cfr. Hans-Rudolf, Horn, “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.

Los controles jurídicos y políticos no son autónomos o ajenos al Estado. En ese sentido se produce una paradoja 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 lo subraya Diego Valadés con toda razón.<sup>20</sup>

Aunque parece necesario que el Estado principalmente se retire de actividades meramente económicas, no es apropiado dejar todas sus tareas indispensables a empresas privadas, como en los campos de la seguridad pública, del derecho penal, de la organización de las cárceles, pero también en el campo de la educación, cuya cualidad principal tiene que garantizar. La construcción de la democracia requiere de educación para vivir en la democracia y formar su vida bajo la propia responsabilidad.

El *constitucionalismo social* es tarea crucial bajo el punto de vista de la responsabilidad pública del Estado. La cuestión de la raíz del constitucionalismo social no meramente es un asunto histórico. Pues las críticas principales siguen fundándose en ciertos argumentos que en muchas partes del mundo conservan sus rasgos comunes. Parece tratarse de un antagonismo natural de juristas que consideran aspectos sociales en el derecho constitucional como elementos que no correspondan a los requisitos jurídicos exactos en sentido estricto. Normas detalladas de índole social, como la jornada de ocho horas, por la primera vez fueron consagradas en la Constitución mexicana de 1917, promulgada en Querétaro. Fue el resultado de la Revolución mexicana que comenzó en 1910. Fue la primera revolución del siglo XX, antes de la Revolución rusa, que ha cambiado el sistema político y económico de un país en el fondo. El diputado constituyente de Puebla, Froylan C. Manjárez, había rechazado muy enérgicamente las dudas jurídicas posibles en contra una reglamentación detallada social a decir literalmente: “A mi no me importa que esta Constitución esté o no dentro de los moldes que previenen jurisprudencias, a mi no me importa nada de eso...”, hablando de “trivialidades” en este contexto.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 26. Cfr. mi reseña en la revista *Der Staat*, t. 40, 2001, pp. 470-473.

<sup>21</sup> *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916*, México, 1960, t. I, p.

En la actualidad la mayoría de las Constituciones del mundo contienen normas que regulan más o menos detenidamente derechos sociales. Se considera el régimen social como un suplemento indispensable de los derechos humanos clásicos especialmente en los países latinoamericanos. Allá el constitucionalismo social se fue consolidando, en Venezuela, por ejemplo, primero en el texto constitucional de 1936.<sup>22</sup> La teoría de las generaciones de los derechos fundamentales abarca la protección tanto de la libertad y de la propiedad como del trabajo, como consenso básico de la sociedad abierto del Estado constitucional.<sup>23</sup>

En muchos países europeos el constitucionalismo social está consagrado explícitamente, 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, Holanda, pero también en África del sur y muchos otros países. El alcance del constitucionalismo social está creciendo bajo muchos aspectos como los derechos colectivos de minorías, grupos étnicos, y la protección del ambiente. Que atañe a Alemania, conviene tratar el tema bajo el punto de vista del enfoque constitucional restrictivo.

#### IV. EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL RESTRICTIVO

El rechazo de la consagración constitucional explícita de normas sociales, divulgado especialmente fuera del mundo latino, se funda en la convicción de que el Estado tenga que restringirse a garantizar los marcos dentro de los cuales los individuos y el sector privado pueden actuar, y renunciar a toda forma de ideología y moralidad específica, que no corresponde a las condiciones del Estado constitucional. Según esta opinión el poder del Estado benefactor no este legitimado por los principios del Estado de derecho en el sentido estricto.<sup>24</sup> En dicho contexto puede ha-

986, citado y comentado detenidamente por Carpizo, Jorge, *La Constitución de 1917*, 3a. y 4a. eds., México, 1979, p. 96.

<sup>22</sup> Martínez, Agustina Yadira, “Los derechos sociales en la nueva Constitución: su mecanismos de protección”, en Casal, Jesús Maria y Cacón Hanson, Alma (comps.), *El nuevo derecho constitucional venezolano*, Caracas, 2000, pp. 354 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Häberle, *loc. cit.*, *supra*, nota 11, p. 257.

<sup>24</sup> Hayek, F., *A Road to Serfdom*, 1944. Cfr. Wood, David, “Constitutional Mini

blarse de un constitucionalismo “mínimo” o más bien “restrictivo”, según el cual los textos constitucionales deben limitarse a las normas de la organización del Estado y el orden público. En el mundo anglosajón está divulgada la reserva hacia los principios sociales también en el ámbito supranacional e internacional, como se lo manifestó durante las discusiones sobre la carta de los derechos sociales en el marco de la Unión Europea hace algunos años. A veces hasta se compara el Estado benefactor con una droga peligrosa que no debe divulgarse.<sup>25</sup> Dicho enfoque se funda en la convicción errónea que el constitucionalismo social ascribe al Estado benefactor la obligación de garantizar la felicidad de sus ciudadanos de su parte de todo alcance. El Estado no debe ser tratado como la fuerza anónima que otorgue todas cosas que necesita el individuo. Pero sí tiene que crear las condiciones del marco dentro del cual el individuo sea capaz de encontrar su felicidad, lo que en la fórmula famosa americana *pursuit of happiness* ha encontrado su reconocimiento del Estado constitucional. La asistencia social otorgada como limosna puede obstaculizar una vida responsable del necesitado en lugar de colocándole en aptitud de ayudarse a sí mismo.

La postura del constitucionalismo restrictivo no es necesariamente un obstáculo efectivo para actividades legislativas o administrativas en el campo de la asistencia social. La Constitución federal alemana, la ley fundamental, se limitó a establecer ciertos principios del Estado federal social solamente de una manera general, que sin lugar a duda son tan eficaces que bajo el punto de vista neoliberal se critica el Estado benefactor hipertrófico. El Tratado de la Unificación alemana propiamente ofreció la oportunidad ideal de crear algunas normas útiles sobre legitimación y límites del Estado social, aprovechando la discusión nacional en el terreno de la República Democrática Alemana anterior donde tanto las iniciativas populares, reunidas en mesas redondas, que habían exigido la consagración constitucional de principios sociales, como también el

malism and the Discretionary Power of the Welfare State”, *ARSP*, 1995, Beiheft 58, pp. 199-205, rechazando él mismo la postura del constitucionalismo mínimo.

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, más recientemente Moffat, Robert C. L., Florida, USA, “Globalizing the Welfare State: Just say No”, *Pluralism and Law: The Twentieth World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Programme and Abstractbook*, Amsterdam, Vrije Universiteit, 2001, p. 135.

mismo gobierno democrático de Alemania oriental, que fue elegido libremente después del fracaso del régimen comunista. Como en la parte occidental de Alemania, donde la mayoría de las entidades federativas (*Länder*), creadas ya antes de la República Federal de Alemania, habían adoptado normas constitucionales en el mismo sentido como la Constitución de Weimar, lo mismo sucedió en los textos constitucionales de los llamados “estados nuevos”. El estado Turingia consagró expresamente el principio de la economía social de mercado, mientras que en el nivel federal la sugerencia en el mismo sentido fue rechazada, aunque según opinión común tiene vigencia efectiva, pero el mismo contexto constitucional admite teóricamente una interpretación socialista. Pues sigue existiendo la norma del artículo 15 de la ley fundamental según la cual puede promulgarse una ley sobre una socialización de fábricas, terrenos y riquezas del subsuelo.

La renuncia a insertar normas sociales generalmente reconocidas en la Constitución federal parece haber fomentado el prejuicio en la anterior República Democrática Alemana que el fracaso del comunismo signifique nada más que la victoria de un capitalismo inhumano. De esta manera tal vez puede explicarse los éxitos asombrosos del partido poscomunista en las elecciones locales de octubre de 2001 en Berlín oriental. Pues como enseña también el desarrollo en los países orientales europeos, la transición de la economía de comando a la economía social de mercado resulta bastante difícil en lo personal, lo institucional y lo jurídico, pero también en el aspecto psicológico-mental.<sup>26</sup>

La postura reservada general frente a reformas constitucionales, aunque su necesidad es obvia, prevalece de una manera asombrosa. Muchas publicaciones científicas ya desde algún tiempo expresan el escepticismo respecto a los derechos sociales.<sup>27</sup> Esa aversión, que en el fondo contradice a la tradición y a la situación verdadera alemana, puede explicarse por un trauma histórico, más bien escondido a veces, fundado en el ocaso rápido del Estado constitucional después de la toma de poder por Adolf Hitler. Con motivo del incendio del edificio del Parlamento (*Reichstag*),

<sup>26</sup> Häberle, Peter, *El Estado consitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 259.

<sup>27</sup> *Cfr.*, por ejemplo, J. Isensee, “Verfassung ohne soziale Grundrechte”, *Der Staat*, 19, 1980, pp. 367-384, y Böckenförde, Jekewitz y Ramm (comps.), *Soziale Grundrechte*, Karlsruhe, Heidelberg, 1981.

mediante decreto del presidente del *Reich* el 28 de febrero de 1933 fueron anuladas todas las garantías constitucionales de un plumazo. Por esto en la ley fundamental de 1949 se limitó a los derechos fundamentales clásicos y consagró expresamente que estos vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable (artículo 1o., inciso 3). De esta manera se quiso evitar los derechos fundamentales “operan en el vacío” sin ley reglamentaria, como lo fue en la Constitución de Weimar, según la famosa expresión de Thoma, el comentarista más renombrado. Los constituyentes de la ley federal renunciaron a derechos fundamentales de la segunda generación, porque no se supuso posible darles la misma forma obligatoria.<sup>28</sup> Por eso prevaleció el temor que los derechos humanos de la primera generación compartirán el destino de la segunda en el sentido de que no puedan ser aplicados inmedidamente.

La aversión principal frente a reformas constitucionales no se limita a la consagración de normas sociales detalladas, sino puede ser constatado también en casos en que en el fondo su utilidad o hasta necesidad política no está controvertida. En Iberoamerica nadie podría imaginarse que se evita reformas constitucionales que propiamente están consideradas precisas según la convicción común, por la idea rara que el respeto a la Constitución prohíba cambios por razones políticas actuales.

En dos casos todos los partidos grandes estaban de acuerdo que la disolución del Parlamento federal será necesaria para posibilitar nuevas elecciones: el primer caso fue el de Willy Brandt que había perdido la mayoría parlamentaria en 1972, el segundo, el de Helmut Kohl que había sido elegido en 1982, durante el periodo parlamentario mediante un voto de censura constructiva, pero preferió fundar su oficio del jefe del gobierno en una elección federal regular, cuyo candidato a la cancelería es él, que no lo había sido en la campaña de la elección última. La Constitución federal alemana admite una disolución del Parlamento federal exclusivamente bajo condiciones muy excepcionales —otra vez debido a las experiencias de Weimar de que cada vez en las elecciones después de las disoluciones del Parlamento en la República de Weimar el partido Nazi de Hitler solía obtener un número creciente de votos—. Para alcanzar la disolución del Parlamento intentada de la Republica Federal de Alemania a pesar de su prohibición práctica, como remedio fue escogido

<sup>28</sup> Cfr. mi artículo “Aspectos sociales intrínsecos del Estado de derecho contemporáneo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 5, 2001, pp. 154 y ss.

un procedimiento, que debe caracterizarse como un truco paradójico: el jefe gobierno plantea la cuestión de confianza y pide simultáneamente de no votar la confianza, para cumplir la condición constitucional que el presidente federal esté facultado de disolver el Parlamento según el artículo 68 de la ley fundamental.

## V. EL ENFOQUE CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

En Iberoamerica el enfoque constitucional es muy distinto de la postura restrictiva descrita. El abuso sustancial frecuente de normas constitucionales, observado tantas veces en muchas partes de este hemisferio, no es una razón de escepticismo efectivo que pueda obstaculizar reformas constitucionales redundantes o la creación de Constituciones que son presentadas como enteramente nuevas, sino por lo opuesto no se abandona la esperanza de encontrar un texto constitucional que finalmente prohíba todos abusos por su claridad. Está divulgada la ambición de presidentes de republicas iberoamericanas de consagrar su programa político en el texto contitucional. Ya en 1976 tuve yo la oportunidad, en un congreso latinoamericano en Oaxptepec, México, de hablar de la inflación constitucional en muchos países iberoamericanos refiriendome expresamente al ejemplo de las 25 Constituciones de Venezuela y a la convicción errónea que hace depender cada forma del progreso de un cambio del texto mismo constitucional.<sup>29</sup> Existe en Iberoamérica la definición cínica de la Constitución en el sentido de que sea un folleto amarillo que se cambia todos los años y se lesiona todos los días.

Que atañe el constitucionalismo latinoamericano, se ha hablado 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”.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Hans-Rudolf, Horn, “Reflexiones sobre el constitucionalismo social”, Memoria del Congreso *Evolución Político-Constitucional en América Latina (1950-1975)*, México, UNAM, 1978, p. 192, citando a Miranda, José, *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina*, México, 1957, pp. 7 y ss. y Fix-Zamudio, Héctor, *25 años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, 1968, p. 19.

<sup>30</sup> Herdegen, Matthias, en su ponencia en castellano en la reunión de la radiodifusión *Deutsche Welle* en Colonia 1996.

Simultáneamente se expresa la preocupación, que frases bonitas en el texto constitucional despertarían en el ciudadano esperanzas que no pueden ser satisfechos.<sup>31</sup> Se teme una creciente desconfianza de los ciudadanos desilusionados, criticando por lo general que el lirismo constitucional no facilita el trabajo de los jueces constitucionales.<sup>32</sup>

A pesar de las críticas de la inflación constitucional; que de ninguna manera fue apropiado generalizar y desconocer el alcance de las reformas constitucionales, sin las cuales los progresos políticos verdaderos no hubiesen sido posibles. La renuncia en reformas precisas serían más dañosas. Que atañe a México, se ha destacado con toda razón que la “*Reforma política*” del presidente mexicano López Portillo de 1977. Cabe decirse que su reforma constitucional fue el primer paso al camino de posibilitar un cambio político esencial algunos lustros después, sin descuidar las críticas de sus actividades y omisiones políticas por lo demás. La llamada “*Renovación política*” de su sucesor Miguel de la Madrid Hurtado pueda ser usado como un ejemplo más. Pues las normas creadas entonces describen caminos posibles para una discusión sobre soluciones de problemas actuales de asuntos sociales y económicos. Entre las formas del constitucionalismo restrictivo y el enfoque latinoamericano que parece considerar a veces las reformas constitucionales como deporte político, debe encontrarse un término medio por concentrarse a la función esencial del Estado y su Constitución.

## VI. ALCANCE POLÍTICO DEL CONTROL JUDICIAL

Es verdad que la consagración de los derechos fundamentales en los textos constitucionales representa un progreso esencial, que, sin embargo, puede quedar poco efectivo, cuando no se funda en los instrumentos jurídicos efectivos para garantizarlos en la realidad. Por eso se convirtió la protección judicial de los derechos fundamentales a un tema crucial

<sup>31</sup> Cfr. Württenberger, Thomas, “Las reformas del Estado en Alemania desde 1989” en Soberanes, Valadés y Concha (comp.), *La reforma del Estado. Estudios comparados*, México, 1996, pp. 431 y ss. Rechazando las sugerencias de Kloepfer, *Verfassungsaenderung statt Verfassungsreform*, 1995, pp. 58 y ss.

<sup>32</sup> Lösing, Norbert, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden, 2001, pp. 424 y 425, citando a Karl Loewenstein que llamó la Constitución brasileña “tuttifrutti internacional” y “un coctel”.

de derecho constitucional comparado que es objeto de un sinnúmero de investigaciones en muchas partes del mundo. Con toda razón dijo el constitucionalista alemán Herbert Krüger, a quien se cita también en Iberoamérica: “los derechos fundamentales antes sólo valían en el marco de la ley; hoy las leyes sólo valen en el marco de los derechos fundamentales”.<sup>33</sup>

El rango de la justicia constitucional como salvaguarda de la Constitución frente al eventual despotismo legislativo está reconocido mundialmente en principio. Los participantes honorables de este Congreso son sus protagonistas más renombrados. Las investigaciones sobre la protección de los derechos humanos se dedicaron antes en primer lugar a los derechos fundamentales de la primera generación. El problema de la protección de los derechos sociales, sin embargo, hace necesarias nuevas reflexiones, que toman en cuenta, que en contraste de los derechos de la primera generación, que obligan el poder público inclusive el legislador estrictamente respetarlos por omitir intervenciones ilícitas, los derechos de la segunda y la tercera generaciones propiamente prescriben actividades del Estado para garantizarles. La cuestión jurídica más importante y problemática respecto a este tipo de derechos es la de protegerlos de modo efectivo, que supone haber acordado previamente del grado de protección que se les desea dar. Como “frutos de la revolución” los derechos sociales a veces fueron confundidos con meros programas cuyo cumplimiento es tarea política del Estado en lugar de tomarlos como normas, que puedan configurarse como reglas y como principios.<sup>34</sup> Tiene que distinguirse entre derechos prestacionales que obligan al Estado en el sentido estricto, y otros que pueden llamarse también derechos sociales, cuando se da cuenta que son más bien pretensiones, competencias e incluso derechos morales. El derecho al trabajo no significa que los desempleados tuvieron a la mano una acción procesal para exigir que el gobierno o un particular les diese un empleo.

<sup>33</sup> Martínez, Agustina Yadira, “Justicia constitucional de los derechos sociales en Venezuela”, *Cuestiones Políticas*, núm. 24, 2000, pp. 117-136.

<sup>34</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, J. A. et al., (coords.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 87 y 88. Refiriéndose a Cossío, José Ramon, “Los derechos sociales como normas pragmáticas y la comprensión política de la Constitución”, en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, 1998, p. 296.

La protección procesal de los derechos fundamentales desempeña un papel importante en varios estados iberoamericanos, especialmente en el marco del juicio de amparo desde el siglo XIX. El alcance del control judicial de la Constitución está divulgándose en Iberoamérica ya desde hace mucho tiempo. En Argentina, la Suprema Corte en 1957 y 1958 desarrolló sin ley especial el juicio de amparo inmediatamente de las normas constitucionales.<sup>35</sup> La jurisdicción constitucional, sin embargo, no siempre tiene funciones creativas para garantizar mejor la protección de los derechos fundamentales, sino en algunos casos se tiene que constatar también retroceso obvios.

Cuando el texto constitucional no contiene normas explícitas sobre las obligaciones sociales del Estado, la jurisdicción constitucional puede causar tensiones graves políticas. Durante los años treinta la Suprema Corte de los Estados Unidos prohibió mediante una cadena de decisiones medidas sociales urgentes del presidente *Franklin D. Roosevelt* en el marco de su política del *new deal*, la cual fue confirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936. El presidente criticó severamente que su programa contra la crisis económica grande fue completamente minado por la jurisdicción.<sup>36</sup> La controversia profunda fue comparada con la de la secesión antes de la guerra civil por el famoso comentarista Walter Lippman. El Partido Democrático discutió en 1936 planes de aclaracer el asunto mediante reformas constitucionales. Pero al fin y al cabo la Corte cedió y comenzó —como dijo Roosevelt— “a interpretar la Constitución en lugar de torturarla”.<sup>37</sup>

La postura restrictiva de la jurisdicción constitucional respecto a asuntos sociales no parece regular según las experiencias en muchos países, sino más bien la excepción. Así, por ejemplo, en Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación exigía más prestaciones y favores tributarios la familia con niños. Tales sentencias naturalmente encontraron mucho aplauso de la sociedad y de las iglesias, mientras que el jefe del gobierno federal Schröder les criticó por las consecuencias financieras

<sup>35</sup> Hans-Rudolf, Horn, “Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 40, 1980, p. 507, con referencia a von Rohr, Hans-Christoph, *Der argentinische Amparo-Prozeß*, Bonn, 1969, pp. 44 y ss.

<sup>36</sup> Mason, Alpheus Thomas y Beaney, William M., *The Supreme Court in a Free Society*, Englewood Cliffs N. J., 1959, pp. 175 y ss.

<sup>37</sup> Mason y Beaney, *loc. cit.*, *supra*, pp. 176, 177, 179 y 185.

que se tenga que tomar en cuenta, aunque nadie quiera negar su justificación principal. En Iberoamérica, por ejemplo, en Colombia, también pueden observarse controversias semejantes.

## VII. TAREAS SOCIALES DEL ESTADO NACIONAL

Las tareas del Estado respecto a la garantía de la seguridad y del orden público han recuperado actualmente su importancia básica, en vista de los innumerables crímenes que se cometen en muchas partes del mundo, hasta en el mar libre crece el número de ataques y violencias de piratos modernos. Una policía eficaz, que tiene que cooperar internacionalmente, por prevención y represión de los actos de violencia también cumple con funciones eminentemente sociales, al tomar en cuenta que la mayoría de las víctimas de los crímenes son pobres, pues solamente la gente rica puede permitirse el pago de los servicios de seguridad privados. Cuando no cabe duda que es la tarea del Estado la protección de libertad y propiedad del ciudadano por sus actividades aptas, no es idea remota incluir también la defensa contra hambre y necesidad, que ya se expresó en el siglo XIX en México, donde se habló del “sistema absurdo económico” como obstáculo a la felicidad del pueblo ya 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 amezado mortalmente por normas sociales detalladas.<sup>38</sup>

En la actualidad los protagonistas del neoliberalismo siguen reclamando una economía de mercado “sin adjetivos” —para evitar el término “economía social del mercado”— como panacea para asegurar el bienestar de la naciones, sin darse cuenta, que indebidamente se refieren a Adam Smith como el padre del liberalismo económico clásico, que de veras 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 im-

<sup>38</sup> 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.

pide sino incluye que simultáneamente tenga también 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.<sup>39</sup>

La famosa “mano invisible del mercado”, siempre citada una y otra vez, nunca pudo ni podrá ser la única base de la vida económica y social. Pues el liberalismo según la interpretación auténtica presupone la división del trabajo entre la sociedad y el Estado, que protege el mercado contra intervenciones indebidas y nocivas del Estado, pero también le encarga tareas esenciales. Se olvida fácilmente que la concurrencia libre, siendo la base del sistema económico, no está garantizado automáticamente por las mismas fuerzas del mercado, que no es un orden espontáneo, sino basado en la estructura de la propiedad, establecida por leyes estatales.<sup>40</sup> Los mercados tienden a excluir los competidores completamente mediante un proceso de libertad competitiva, sin la incesante vigilancia del Estado, cuya tarea es la integración de todos los miembros de la sociedad en un ámbito de libertades individuales y públicas.<sup>41</sup> Monopolios y cárteles siempre ensayan de sacar provecho de la libertad contractual y de la libre disposición de la propiedad, dictando las condiciones y eliminando sus competidores por hacer inefectivos los mecanismos de precios y de mercado.<sup>42</sup> Por eso parece preciso que el Estado interviene en la vida económica, especialmente mediante leyes y procedimientos administrativos contra cárteles, monopolios y *trusts*. El procedimiento jurídico contra Bill Gates y su *Microsoft Corporation* demuestra que el Estado moderno está dispuesto de hacer frente al abuso del poder económico.

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

<sup>39</sup> Cfr. mi artículo en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 5, 2000, pp. 159 y ss. En el mismo sentido más recientemente Ulrich, Peter, que destacó que Adam Smith es un filósofo moral, “Marktwirtschaft als Rechtszusammenhang”, *ARSP*, Beiheft, 81, 2001, pp. 21 y ss.

<sup>40</sup> Nino, Carlos S., “Sobre los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan A. *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000, pp. 138 y ss.

<sup>41</sup> Valadés, Diego, en su estudio introductorio a Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, 2001, pp. LIV y ss.

<sup>42</sup> Cfr. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, 1985, p. 307.

los hombres nunca podrán ser absolutamente iguales. Pero por lo general debe presuponerse un equilibrio principal que domina el mercado para garantizar su funcionamiento. Cuando según las experiencias de la vida humana, sin embargo, tal equilibrio principal está excluido, 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. Cuando el balance sea amenazado de una manera principal, el derecho tiene que asegurar por medidas legales que la parte inferior no sufra desventajas insostenibles. 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 del caso particular. 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.<sup>43</sup> Se trata de una compensación posterior de los resultados de una debilidad estructural para posibilitar la emancipación del individuo. En este contexto se ha hablado de un derecho socioeconómico del ciudadano.<sup>44</sup>

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 en tiempos malos podría abandonarse como lujo, 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.

<sup>43</sup> Hans-Rudolf, Horn, "Natur der Sache und situativer Bezug im Rechtswidrigkeit-surteil", *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, vol. II, México, 1987, pp. 365-381, con más ejemplos del derecho moderno.

<sup>44</sup> Ulrich, *loc. cit.*, *supra*, nota 39, p. 35.

## VIII. DIMENSIONES SOCIALES DE LA MUNDIALIZACIÓN

En el nombre de la justicia social en el ámbito del comercio internacional representantes importantes de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales están luchando contra reuniones internacionales como foros del neoliberalismo. *Globalización*: se puso un objeto de odio divulgado y protestas ubicuas. Manifestaciones violentas son las consecuencias lógicas de tales enfoques adversarios fundamentales. Con toda razón el presidente mexicano Zedillo rechazó la tutela no deseada de una alianza rara de sindicatos, ecologistas, organizaciones no gubernamentales en el nombre de la protección de los derechos humanos, extremistas izquierdistas y derechistas, que de una manera fanática ensayan de salvar del desarrollo a los países en el vía del desarrollo. No se da cuenta, que el comercio mundial es la fuente de la riqueza también de países pequeños como Singapur o Korea del Sur, mientras el aislamiento económico es la razón de la pobreza grave en países como Korea del Norte, Tschad, Ruanda, Niger y Tschad.

En muchos casos el criticismo excesivo afecta también los fundamentos tanto del Estado como de la economía y desemboca en el abandono de los mismos principios de la democracia, especialmente cuando la globalización y la economía mundial se ponen objetos de discusiones teóricas controvertidas.<sup>45</sup> No solamente los casos de verdaderos abusos de la fuerza económica o también política por parte de los grandes poderes, sino también muchas declaraciones de los mismos líderes económicos pueden fomentar el enfoque crítico, cuando se proclama un capitalismo sin límites y presenta todas deliberaciones sociales como lirismo o fantasmas, y —en el caso de realización— como peligros de las bases económicas de la sociedad. Los organizaciones internacionales del comercio global, primordialmente el Banco Mundial y el Fondo Monetario Mundial, que muchas veces están difamadas como meros instrumentos del egoísmo de los países ricos, en realidad están fortaleciendo sus esfuerzos múltiples de asegurar las condiciones sociales y conseguir la liberalización económica en favor de los países más pobres, muchas veces contra los países ricos, que defienden sus posiciones protegidas. Menos sean

<sup>45</sup> Cfr., por ejemplo, Kurz, Robert, *Schwarzbuch Kapitalismus* (libro negro capitalismo) Frankfurt am Main, 1999, como respuesta a Courtois, Stephane, Werth, Nicolas et al., *El livre noir du comunisme* (libro negro del comunismo), París, 1997.

motivados por posturas humanitarias que por el objetivo de que la paz social es la condición vital de ser para un socio seguro de negocio que al fin y al cabo sea capaz de cumplir sus obligaciones mercantiles. La actitud principal de combinar exigencias económicas con sociales se funda en la razón y la experiencia.

El *bien común* sigue siendo el criterio crucial según una tradición muy antigua,<sup>46</sup> tanto en los niveles nacional como internacional. Según la Escuela Clásica de Salamanca, el bien común debe extenderse al nivel del derecho internacional como *bonum comune humanitatis*.<sup>47</sup> Numerosas tareas tanto del Estado como de la comunidad internacional proceden del proceso político, porque el bien común pluralista se encuentra abierto.<sup>48</sup> Un mundo injusto y desequilibrado no sólo es un mundo moralmente condenable, sino también un mundo radicalmente inseguro. Para el futuro del mundo económico y social será indispensable combinar el concepto del Estado constitucional con la solidaridad en términos globales y nacionales.<sup>49</sup> 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 de una *mundialización social*, fundada en una postura humanista.

## IX. NUEVAS CONSTITUCIONES Y PROBLEMAS TRADICIONALES

De los dieciocho países iberoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, doce han adoptado Constituciones enteramente nuevas, entre 1980 y 1999, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Venezuela. El ritmo del constitucionalismo iberoamericano ha sido muy dinámico. Una de las razones ha sido el tránsito de regímenes militares a sistemas estables.<sup>50</sup> Por otro lado, entre los países que no introdujeron

<sup>46</sup> Cfr. Brugger, Winfried, "Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht an der Jahrtausendwende", en Müller-Graff, Peter-Christian y Roth, Herbert, *Recht und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 2000, pp. 15-34.

<sup>47</sup> Cfr. Häberle, Peter, "Das Weltbild des Verfassungsstaates", *Festschrift für Martin Kriele*, München, 1997, pp. 1277-1306.

<sup>48</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, p. 250.

<sup>49</sup> Schreckenberger, Waldemar, "Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee", *Archivo de Filosofía Jurídica y Social (ARSP)*, Beiheft 65 (1996), p. 95.

<sup>50</sup> Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, p. 5.

nuevas Constituciones, se encuentran Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Bajo la impresión de tantas nuevas Constituciones no solamente en Iberoamérica, sino también en todo el mundo, parece difícil resistir la tentación de resolver problemas actuales por una nueva carta fundamental.

En México se discute desde algún tiempo el abandono de la Constitución de 1917 por sus deficiencias. Pero llama la atención que se propone también con razones convincentes el retorno a su espíritu y texto originales. Un ejemplo significativo es la cuestión la reelección de los diputados. La reforma constitucional de 1933, que limitó la reelección de legisladores a periodos discontinuos, es una causa de las que en mayor contribuyó a reducir la autonomía del Congreso. La reelección inmediata de los legisladores, que se postula en la actualidad de nuevo según el modelo original, es apoyada por la idea que se profesionalizará al representante y simultáneamente se le darían mayores condiciones de independencia para actuar, especialmente cuando puede contar con un apoyo electoral en un distrito mayoritario.<sup>51</sup> En 1933 se dio la intención política de fortalecer la posición del presidente de la República, que no tenía mayorías claras para realizar sus proyectos legislativos, también mediante la prolongación del periodo del presidente de cuatro a seis años, que haya de revocarse asimismo. Todas las reformas deseadas como también correcciones precisas puede realizarse en el marco de la Constitución mexicana vigente, aunque sean múltiples y difíciles.

Cabe decirse que, en el fondo, tanto las Constituciones tradicionales como la leyes fundamentales reformadas o completamente nuevas siempre tienen que ver con problemas viejos que son primordialmente el sistema de gobierno y la soberanía del Estado. En Iberoamérica se discute desde hace mucho tiempo la cuestión de si será preferible sustituir el *sistema presidencial* por el sistema parlamentario. El rechazo del presidencialismo exacerbado de ninguna manera compele abandonar el sistema presidencial completamente, como lo fue exigido en Iberomérica una y otra vez partiendo de la idea, que el sistema parlamentario ayudaría que el juego político se acerque más al ideal de la democracia. Pero, en el fondo, la diferencia no es tan grande como suele suponerse. Un primer ministro inglés o un canciller federal alemán, aunque su gobierno

<sup>51</sup> Valadés, *ibidem*, p. 28, pp. 130-132. Cfr. mi libro de 1969, *México: revolution und verfassung*, p. 80, con referencia al postulado correspondiente del PAN de entonces.

se funda en una mayoría parlamentaria, puede tener hasta más poder e influencia que un jefe de gobierno en un sistema presidencial.

Por eso, en los dos sistemas, la cuestión de la candidatura para el jefe del gobierno en las elecciones desempeña un papel decisivo; pero sin duda el presidente directamente elegido por el pueblo tiene una posición destacada que es apto estabilizar el sistema del gobierno. Cabe decirse que el sistema presidencial responde a la realidad política y la evolución política en Iberoamérica. Su popularidad se enseña en varios plebiscitos, como por ejemplo, en el Brasil, que en 1993 el 55 % del electorado brasileño votó por el presidencialismo, solamente 25 % en favor del parlamentarismo.<sup>52</sup> También en la opinión pública mexicana parecen prevalecer las posturas en favor del sistema presidencial, como se puede desprender de la convocación de foros locales en todo México en 1998.<sup>53</sup> De veras casi nunca existe un sistema absolutamente puro del sistema presidencial. Por eso es idea cercana, de *parlamentarizar* más el sistema existente para combinar mejor las ventajas de los sistemas presidencial y parlamentario.<sup>54</sup>

## X. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Las dependencias internacionales cuya importancia está aumentando, no justifican el desdén o hasta la negación del Estado nacional en divulgadas declaraciones y publicaciones, que suelen hablar del fracaso del Estado nacional y de su impotencia obvia,<sup>55</sup> del “final del teatro estatal”, de la ridiculización del Estado, su retiro necesario y hasta de su “muerte como construcción de soberanía propia y coordinador jerárquico”.<sup>56</sup> En el mismo sentido, se articulan críticas fundamentales en Ibe-

<sup>52</sup> Serna de la Garza, José María, *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, 1998, p. 109.

<sup>53</sup> Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México 2000, Porrúa-UNAM, p. 272.

<sup>54</sup> Carpizo, *ibidem*, pp. 309 y ss., con referencia a Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, 1998, pp. 282-283 y 302-311. Diego Valadés propone un jefe de gabinete, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, pp. 69-70.

<sup>55</sup> Cfr. Schuppert, Gunnar Folke, “Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: entzauberung des Staates oder Bringing the State Back in”?, *Der Staat*, 1989, pp. 91 y ss.

<sup>56</sup> Cfr., por ejemplo, Wilke, Helmut, *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, *idem.*, *Ironie des Staates*, 1992, rechazando estas opi-

roamérica, aunque no siempre tan radicalmente, como en el caso de un joven colombiano que encontré en un congreso internacional jusfilosófico en Amsterdam de 2001: él derivó de la situación política actual de su patria la renunciación necesaria al Estado, que propuso sustituirle por una ciudadanía global, fundada en convicciones comunes, como se expresan, por ejemplo, en las manifestaciones contra el capitalismo globalizado.<sup>57</sup>

En el curso de los años noventa se realizaron ocho conferencias universales de las Naciones Unidas sobre los problemas esenciales contemporáneos de índole social y ecológico. A pesar de muchos impactos importantes en el nivel internacional sin duda los derechos humanos y las cuestiones del desarrollo social siguen siendo tareas de Estados constitucionales. De ahí se explican también en todo el mundo los esfuerzos múltiples de fundar un nuevo orden político en una nueva Constitución. De las 194 Constituciones actualmente en vigor 79 en todo el mundo han sido adoptadas a partir de 1990 sólo 16 de ellas son anteriores a la Segunda Guerra Mundial.<sup>58</sup>

Llama la atención que las manifestaciones violentas se dirigen exclusivamente contra sistemas políticos occidentales que a pesar de deficiencias indudables no puede caracterizarse como sistemas de injusticia. Se ven manifestaciones contra régimenes existentes en muchas partes del mundo, que confirman la palabra antigua de que estados sin justicia son nada más pandillas de ladrones, literalmente en el sentido de que en las llamadas “cleptocracias” los poderosos explotan sus ciudadanos en el estilo de caballeros salteadores medievales, sin excitar atención destacada

niones Leisner, Walter, *Der unsichtbare Staat*, 1994, p. 178; Schuppert, Gunnar Folke, *Der Rückzug des Staates, Die öffentliche Verwaltung* 1995, pp. 761 y ss.; Horn, Hans-Rudolf, *Kommunikation als öffentliche Aufgabe, Archiv de Filosofía Jurídica y Social (ARSP)*, t. 82, 1996, pp. 562 y ss. Más recientemente Höffe, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, 1999 (reseña de Martin List en *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*). *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America (VRÜ)*, 2000, pp. 232 y ss.

<sup>57</sup> Herrea Zgaib, M. A., “Global Citizenship and how to overcome the old Nation State and Sovereignty. The Plan Columbia Case”, *Pluralism and Law, Programm and Abstract Book*, Vrije Universiteit Amsterdam, 2000, p. 153. Llama la atención que también en otro contexto se ha hablado de Colombia de “un país sin Estado que necesitaba sobre todo un buen gobierno”, Vargas, Mauricio, *Tristes tigres*, Bogotá, 2001, p. 22.

<sup>58</sup> Valadés, *ibidem*, p. 5.

internacional. Pero tampoco estas situaciones precarias en la base de Estado injustos podrán dar razones de abandonar la concepción del Estado constitucional como tal; por lo opuesto manifiestan de nuevo su importancia vital y la necesidad de más esfuerzos para fortalecerle.

La protección de los derechos fundamentales no puede fundarse en el debilitamiento del Estado, y especialmente del Poder Ejecutivo, como se ha supuesto una y otra vez desde la antigüedad. Tampoco cabe hablar de un antagonismo natural entre los sistemas políticos nacionales e internacionales. Los estados constitucionales, como dijo Peter Häberle, no existen para sí, sino de entrada constituyen una unidad universal abierta. La referencia al mundo y a la humanidad es un elemento esencial del constitucionalismo que se manifiesta en la internalización de los derechos humanos universales.<sup>59</sup>

Bajo la impresión de los fenómenos de la globalización, especialmente fuera del mundo latino se manifiestan tendencias de abandonar completamente el concepto de la soberanía nacional o por lo menos restringirle esencialmente. En Iberoamérica prevalece la convicción de que la tesis de una soberanía limitada afectaría la base de todo sistema democrático y prepararía las condiciones conceptuales para justificar nuevas formas de autocracia.<sup>60</sup> El aspecto interno de la soberanía implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico. El aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. La soberanía del Estado es el punto de partida del derecho internacional. En el campo concreto de la realidad los países han subordinado libremente elementos de su soberanía nacional a la acción de organismos regionales, supra-nacionales e internacionales, como fue consagrado en varias Constituciones internacionales en muchas partes del mundo, que aceptaron principalmente la primacía del derecho internacional o comunitario. Por eso se habla del Estado constitucional cooperativo con toda razón.<sup>61</sup> Empero no puede desconocerse que la base de estos desarrollos presupone la igualdad jurídica de los estados y que la idea de soberanía continuará siendo la defensa de los países pequeños y débiles frente a los grandes y poderosos.<sup>62</sup>

59 Häberle, Peter, *loc. cit.*, *supra*, nota 48, p. 75.

60 Valadés, *ibidem*, p. 6.

61 Häberle, *loc. cit.*, *supra*, nota 48, pp. 75 y ss.

62 Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000,

Bajo la impresión del proceso de la globalización una y otra vez se pone en cuestión la soberanía del Estado contemporáneo. Seriamente no pueden negarse intervenciones de empresas internacionales o los poderes grandes en asuntos nacionales, que son deplorables. Pero el Estado constitucional nacional no pierde su importancia como garante de los derechos fundamentales, también de la segunda y tercera generación. Apoyado por la comunidad internacional. La formación de la voluntad democrática no puede ser falsificada por los procesos de poder económica, ya que la sociedad abierta no es un “juego de ganancia económica”. Las estructuras del Estado constitucional mediante leyes de competencia económica y sobre fusiones son las que deben impedirlo. La política de competencia económica es en este sentido política democrática al mismo tiempo un servicio a la economía social de mercado.<sup>63</sup> Se trata de una idea tradicional de la historia del espíritu europea que la legitimación del Estado como en la polis griega es la salvaguardia del derecho. En el derecho internacional público la soberanía del Estado se ha considerado como la condición ontológica de un convencimiento común en una comunidad política.<sup>64</sup>

El constitucionalismo participativo va a desempeñar un papel importante no solamente en el nivel nacional por garantizar el equilibrio interno económico y social, sino también en la cooperación internacional, sin descuidar las diferencias entre los distintos sistemas nacionales. Las tareas del Estado constitucional cooperativo serán generalmente en todos sistemas democráticos: conciliar eficiencia y solidaridad social, fomentar la subsidiariedad en el marco del nuevas formas de descentralización y garantizar la participación popular, partiendo de las responsabilidades públicas y privadas según el caso particular.

pp. 14-18.

<sup>63</sup> Häberle, *loc. cit.*, *supra*, nota 48, pp. 260 y ss.

<sup>64</sup> Así Umberto Campagnolo en la obra colectiva de Losano, Mario G., *Diritto internazionale e stato sovrano. Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen*, Milán, 1999, reseña de Landau, Peter, *Der Staat*, t. 40, 2001, pp. 482-485.

## XI. RESUMEN

Los criterios decisivos para evaluar sistemas políticos y jurídicos son los derechos fundamentales, cuya fundación razonable se basa en un consenso elaborado mediante un diálogo universal para posibilitar soluciones razonables. Los derechos humanos primitivamente fueron entendidos como los clásicos derechos individuales, que se puede llamar derechos de la primera generación, a los cuales corresponde una obligación del Estado de no hacer para evitar intervenciones ilícitas. Los derechos de la segunda y la tercera generación, en cambio, constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales, presuponen una obligación del Estado de hacer para cumplirlos.

El constitucionalismo iberoamericano primitivamente había perseguido el debilitamiento del Estado, para asegurar la protección del individuo contra el poder del gobierno. Por eso los gobiernos constitucionales no fueron capaces cumplir sus tareas. Las facultades necesarias, que no se otorgó a los gobiernos legítimos, fueron usurpadas por caudillos, que crearon como “gendarmes necesarios” un mínimo del orden público, pero de una manera inhumana lejos del pueblo. La alternativa humana es la democracia participativa que garantiza los derechos humanos inclusive los de índole social y se funda en la participación popular.

Mientras que en las Constituciones iberoamericanas se dedica normas detalladas a principios sociales, se puede observar un enfoque constitucional restrictivo en otros países como en Alemania, donde ni siquiera el principio crucial de la economía del mercado social está consagrada en la Constitución federal. Parece preferible un término medio entre el enfoque demasiado restrictivo y la tendencia a una inflación constitucional. Por otro lado la reserva constitucional frente a principios sociales puede llevar consigo consecuencias desfavorables, como lo sucedió en los Estados Unidos de América en los años de los treinta del siglo XX, cuando la jurisdicción constitucional prohibió normas sociales necesarias del presidente Roosevelt algún tiempo.

Las tareas sociales del Estado en el fondo no contradicen a las ideas del liberalismo en el sentido clásico, sino son indispensables también para garantizar el mercado libre. Por las influencias internacionales en el marco de la globalización Estado nacional no pierde su importancia

para garantizar los derechos humanos tanto clásicos como sociales. Los Estados constitucionales no existen para si, sino de entrada constituyen un unidad universal abierta, cooperando con los demás estados y las organizaciones internacionales. Bajo este punto de vista debe hablarse del Estado constitucional cooperativo.