

## La justiciabilidad de los derechos sociales en México:

### 90 años de carrera con obstáculos

Jorge R. Ordóñez

*“El futuro tiene muchos nombres.  
Para los débiles es lo inalcanzable.  
Para los temerosos, lo  
desconocido. Para los valientes es  
la oportunidad.”*

Víctor Hugo

En México, como en casi todos los países de Latinoamérica, la dificultad de conciliar una constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias, donde predominan la inequidad social, la marginalidad económica, los bajos índices de educación y un nivel bajo de salud, es evidente. Es, como ha dicho Rodrigo Uprimny, *la gran paradoja del constitucionalismo mexicano*, pues, habiendo sido los creadores del amparo y los primeros en introducir en un texto constitucional un catálogo de derechos sociales, no hemos podido conciliar ambos para crear un mecanismo efectivo de garantía para derechos sociales.

Ello, sobra decirlo, se debe en gran medida a esto que, desde hace algunos años vengo llamando “carrera con obstáculos”: impedimentos, estorbos, trabas, que, históricamente, han venido acompañando a los derechos sociales y le han dificultado su justiciabilidad. Todos estos impedimentos tienen diversos orígenes: una dogmática construida a modo para el régimen autoritario que por más de 70 años padecemos; el tipo de democracia que se ha

ido construyendo posterior al régimen; nuestra concepción de Estado y de constitución; la percepción que tienen los ciudadanos de las instituciones, pero también la que tienen las propias instituciones de sí mismas; el modelo de derecho que tenemos y el que deseamos, el que enseñamos, el que practicamos y el papel que han desempeñado en este asunto de la justiciabilidad de los derechos sociales, los poderes públicos y otros actores políticos y económicos.

Nuestro objetivo en este trabajo será describir estos obstáculos situándolos en el contexto actual, para proponer algunos “remedios caseros”, que se situarán en el ámbito de nuestra realidad nacional, pero de manera tal que también tomemos algunos remedios “ajenos”.<sup>1</sup>

## **Vicisitudes de la democracia en México**

Sobre nuestras necesidades en materia de democracia, muchos han señalado que, esencialmente, nos faltan instituciones sólidas de democracia representativa, pero que también necesitamos incorporar a nuestro modelo democrático, un modelo de democracia más participativa, una democracia deliberativa, acorde con el tipo de sociedad que se ha ido construyendo posterior al régimen. Una democracia que mire al ciudadano, que le empodere, que le respete, que no le cercene su atención al día siguiente de las urnas, pues tal y como lo señala Félix Ovejero, en las actuales circunstancias no resulta difícil entender la creciente apatía política de los ciudadanos, en un proceso que se ceba a sí mismo: la sensación de que su voz no cuenta, y de que las decisiones importantes son desplazadas hacia los profesionales de la política, tecnócratas o incluso, más allá a instancias alejadas de todo escrutinio

---

<sup>1</sup> No sin razón Peter Häberle ha insistido en la consideración del derecho comparado como método de interpretación *Cfr.* HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001.

político directo o indirecto<sup>2</sup>. Una democracia con sindicatos que defiendan verdaderamente los intereses de los trabajadores sin corporativizarlos, con ciudadanos que conozcan bien sus derechos.

La legitimidad de la democracia ya no reside, como originariamente se fundamentó en el siglo XIX, en una base procedimental en la que las decisiones de la representación democrática eran ajenas a los derechos. Es decir, ya no es suficiente el principio mayoritario como instrumento de adopción de las decisiones vinculantes. El legislador, además de ceñirse a las directrices del proceso legislativo, debe mirar por antonomasia por el respeto de los derechos fundamentales, esto es, por aquello que Luigi Ferrajoli ha llamado la Ley del más débil<sup>3</sup> que, en este caso, son los derechos sociales. En efecto, la fundamentación del poder público estriba en el compromiso con estos valores esenciales que corresponden universalmente a todos, o que al menos esa es su intención.

Es por esto que el nuevo modelo de democracia por el que pugnamos, antes que referirse al poder y su distribución, tiene su referente y su base en los derechos de la persona humana. Para, de ahí, mirar a la democracia como instrumento eficaz que logra hacer de dignidad humana una realidad, No es posible seguir sostenido un modelo de democracia decrepita frente a un nuevo Estado y una nueva constitución como los de nuestros días.<sup>4</sup> Es entonces que no debe perderse de vista la función de la democracia, es decir, recordar constantemente que su principal función es la de producir decisiones colectivas con el máximo consenso crítico y con el mínimo de imposición, como Bobbio ha señalado de manera insistente<sup>5</sup>. La democracia colocada así, se transforma

---

<sup>2</sup> OVEJERO, Félix, Introducción "La alternativa Republicana" en Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores), Paidós Barcelona, 2004.

<sup>3</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

<sup>4</sup> "La democracia es parte de los valores que configuran el orden fundamental en los textos constitucionales. Ello en cuanto a que se relaciona con otros valores del ordenamiento. Es ya un elemento esencial del edificio constitucional. Esta puede verse como una tendencia del constitucionalismo de más reciente factura." HÄBERLE, Peter, *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 32.

<sup>5</sup> BOVERO, Michel Angelo en SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, FCE/IIJ UNAM, México 2006, pág. 29

entonces, en asunto de todos y para todos, ya no de algunos, ya no de pocos, ni de los privilegiados, se convierte en una trama social, en donde el escenario tiene más protagonistas.

## **El modelo de Estado y de constitución**

Permanentemente vivimos en la “construcción” de un Estado de derecho que no terminamos de consolidar desde hace ya muchos años. Y me parece que en gran parte se debe a la percepción que del Estado tienen quienes ocupan cargos de elección popular o quienes laboran el servicio público. Esa percepción se manifiesta en cada uno de los actos de gobierno, en cada uno de los actos en que colaboran (o litigan) los poderes públicos, se percibe en el discurso público, en los medios de comunicación, en la educación cívica.

Esa diferencia está marcada, como he dicho, por la concepción de Estado que se tiene, y se tiende entre el modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho (que me parece sería un modelo que contribuiría en mucho no solo a la justiciabilidad de los derechos sociales, sino a la construcción de una sociedad más justa), en oposición al tradicional modelo enunciado simplemente como Estado de derecho. Respecto de ambos modelos, la diferencia la hace el constitucionalismo.<sup>6</sup>

El constitucionalismo representa un fenómeno cultural y político, propio del mundo moderno, que hace efectivos los postulados de la filosofía ilustrada y liberal: libertad, igualdad y fraternidad<sup>7</sup>. Pero por constitucionalismo no sólo debe entenderse cualquier sistema político dotado de un texto más o menos solemne o rígido llamado Constitución o Ley Fundamental, ni siquiera cuando en dicho texto se diseñe un régimen basado en la separación de poderes, el

---

<sup>6</sup> Sobre las transformaciones del constitucionalismo pueden verse las interesantes reflexiones de FIORAVANTI, Maurizio, “Estado y Constitución”, en FIORAVANTI, Maurizio (Ed.), *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.

<sup>7</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Biblioteca de Ética, Filosofía y Política. Núm. 60. Fontamara, México, 1997.

respeto a las libertades públicas o el gobierno representativo<sup>8</sup>. Por el contrario, la idea de constitucionalismo, debe usarse como noción superadora del Estado de derecho legislativo, es decir, como contraposición al modelo del liberalismo decimonónico, pues su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de leyes.<sup>9</sup> Otra referencia importante es lo que Häberle entiende como pluralismo en el estado constitucional, pues no es una “asociación de dominación” que flota por encima de los ciudadanos; sino que se constituye, una y otra vez, a partir de los ciudadanos y los grupos, y que, por tanto, se encuentra a su servicio<sup>10</sup>.

A decir verdad, el constitucionalismo decimonónico no era propiamente, valga la tautología, un auténtico “constitucionalismo”, es decir, una técnica o instrumento de defensa de la constitución sino un modelo político-jurídico a través del cual uno de los órganos del Estado, el legislador, instauró un orden a partir de las directrices que él mismo iba imponiendo y que, en todo caso, poco tenían que ver con las pretensiones del pueblo soberano. “La Constitución liberal –como lo ha señalado Francisco Balaguer– no desplegó su condición normativa en plenitud. El equilibrio inestable con la monarquía y con los residuos estamentales o el conflicto de clases con los movimientos obreros pugnaban en contra de esa normatividad. A través de esos conflictos, se fomentaba una situación dualista en la que ambos grupos sociales pretendían la totalidad del poder estatal, pretensión para la cual la Constitución no podía ser más que un instrumento.”

El resurgimiento del constitucionalismo en la segunda posguerra estará encaminado a enderezar el camino y, por ende, buscará contener las desviaciones del poder: el instrumento a través del cual se vale para conseguir dicho fin es, precisamente, la justicia constitucional.

---

<sup>8</sup> MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, University Press. 1994, p. 200.

<sup>9</sup> TROPER, M. “Le probleme de l’interpretation en la theorie de la supralégalité constitutionnelle”, en *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*. Cujas, Paris, 1988, p. 62. En el mismo sentido el ya clásico de ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho ductil. Ley, derechos justicia*. 10ª ed. Trotta, Madrid, 2011.

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2001.

En efecto, en el nuevo constitucionalismo, la constitución, y aquí paso a otro de los obstáculos que señalo, ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que se caracteriza porque está dotada de un contenido material, singularmente “principios y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las normas inferiores”: la Constitución en términos rigurosos “es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes”.<sup>11</sup> Es norma jurídica, en toda la extensión de la palabra. En este tenor, una reforma del Estado que parta de ignorar este presupuesto es una reforma que tiende al fracaso, porque desdeña la fuerza vinculante de una Constitución, su carácter democrático, su fuerza originaria. Una reforma de ese tipo será, si se nos permite la expresión, un aborto de poder constituyente, una mascarada de acuerdo, una obra clandestina, hecha de espaldas al pueblo, ignorante de sus electores.

Esta diferenciación entre Estado “constitucional” y Estado de “derecho” a secas, supone igualmente, por supuesto, un cambio en la percepción del legislador y del juez: con el constitucionalismo, el legislador deja de ser el dueño absoluto del Derecho y el juez sale de la disyuntiva entre ser “boca muda” o “juez legislador”, con todo lo que ello implica en todos los ámbitos. El conocimiento y comprensión del nuevo modelo de Estado y de derecho no representa una cuestión meramente académica, supone la realización de la justicia: la materialización de los derechos fundamentales. El desconocimiento por parte de los operadores jurídicos de las transformaciones acaecidas en el ámbito de un constitucionalismo nos ata a aquellas concepciones rancias que no se corresponde con nuestra realidad actual, en la que los mitos de los poderes soberanos se han derrumbado y en la que no se conoce más soberanía que la de los derechos.<sup>12</sup> El juez necesariamente debe estar comprometido con la racionalidad constitucional y el legislador debe adecuar

---

<sup>11</sup> RUBIO, F. “La Constitución como fuente del derecho” en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979, p 62.

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, Voz: “Garantismo”, en Javier Espinoza de los Monteros y Salvador Cárdenas (coord.) *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

indefectiblemente su producción normativa al imperio de los principios constitucionales.

## **La percepción de las instituciones**

En algunos sectores académicos se ha señalado que nuestras instituciones de justicia, en especial la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen una percepción equivocada del lugar que ocupan en el mapa social si queremos superar los obstáculos que impiden y han impedido la efectividad de los derechos sociales, vale la pena que juzguemos la actuación de las instituciones a través de sus actos y resoluciones. Que a través de ellos podamos descubrir cómo se perciben, qué papel se atribuyen, cómo se ven a sí mismas, cómo las ven los ciudadanos. Lo anterior en virtud de que de aquella percepción parten muchos de los problemas de eficacia de nuestros derechos en general, no solo los sociales.

Un congreso que no se vea a sí mismo como el órgano encargado de emitir leyes que desarrollen y regulen los contenidos de los derechos constitucionales, de establecer remedios procesales ágiles, sencillos y breves, de prever en el presupuesto partidas destinadas a cumplir con los derechos sociales, será un congreso inútil, que poco podrá aportar, en conjunto con los demás poderes públicos, al “proceso de constitucionalización” del sistema jurídico propio de todo Estado constitucional al que aspiramos consolidar.<sup>13</sup>

Un ejecutivo que no prevea en el gasto público, partidas importantes para establecer políticas públicas que satisfagan los mínimos obligacionales que tiene para con sus gobernados, será un ejecutivo puesto al servicio de otros intereses, instrumentará y dotará de medios eficaces sólo a algunos cualesquiera que estos sean, menos los de la ciudadanía.

---

<sup>13</sup> Sobre las condiciones del constitucionalización del ordenamiento jurídico véase: GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

La aplicación de los derechos sociales es un asunto directamente ligado a la justicia distributiva y, por ende, a la actividad política. De ahí el problema que se origina en la atribución judicial –prevista por el constitucionalismo contemporáneo- de interpretar y proteger tales derechos, incluso, en ocasiones, contra lo previsto por las mayorías políticas en las disposiciones legales. Una judicatura conciente de este papel, será una judicatura que favorezca la justiciabilidad de todos los derechos.

El cambio en la percepción, o bien la asunción del papel que le corresponde a cada poder, dará por resultado una democracia más funcional, pues como bien señala Pedro Salazar, sorprende cuánto cuesta entender que la democracia moderna sólo puede funcionar a través de instituciones y procedimientos, y que ello no significa que la democracia moderna se agote en reglas: también se refiere a ciertos valores y conductas<sup>14</sup>. Lo que quiere decir, que finalmente, se requiere de un soporte institucional idóneo que será delineado de acuerdo a las necesidades socioculturales y que necesariamente tendrá impreso el compromiso de los tres órdenes de gobierno más la adhesión que muestren los grupos sociales para lograr dicha meta: asegurar la garantía de los derechos.

### **Los obstáculos procesales**

Evidentemente, si los derechos sociales existen, es decir, se han constitucionalizado, debiera existir una garantía procesal para su defensa, una garantía constitucional, en los términos de Fix-Zamudio,<sup>15</sup> pues está en la esencia de todo derecho su posibilidad de reclamarlo ante una autoridad jurisdiccional. Esa, me parece, es una de las grandes enseñanzas del padre del derecho procesal constitucional moderno. No puede existir ningún derecho donde no exista protección jurisdiccional.

---

<sup>14</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro, “La democracia enjaulada (entre el populismo y el elitismo), en Aibar, Julio y Daniel Vázquez (coordinadores), Política y Sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura, Flacso México, 2008.

<sup>15</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2ª edición, 1998.



Está de más decir que la jurisprudencia tradicional y la regulación actual del juicio de amparo son una limitante importante para la protección jurisdiccional de los derechos sociales. El amparo no ha sido en todos los años que tiene de existencia, un medio apropiado para su defensa. Este problema es un rasgo característico de gran parte de los sistemas jurídicos contemporáneos y tiene una explicación histórica. Como es sabido la consagración de los derechos del hombre se ha dado por pasos, por etapas, han sido producto de las necesidades que han experimentado los individuos, esto es lo que Bobbio llamó con toda razón la “historicidad” de los derechos.<sup>16</sup> En otras palabras, los derechos en su conjunto, tal y como conocemos hoy en día la gama de derechos reconocidos y tutelados por nuestros ordenamientos constitucionales, no surgieron de una sola vez y para siempre. Fueron los derechos individuales lo que por primera vez hicieron su aparición temporal en el ideario revolucionario y institucional francés y norteamericano en las postrimerías del siglo XVIII. Los derechos sociales vinieron después ya entrado el siglo XX. Pero su surgimiento tardío tendría el efecto de establecer una regulación plausible para la salvaguardia de los mismos. En el caso mexicano, la tutela de los derechos sociales quedó anclada al sistema jurisdiccional-procesal para la protección de los intereses individuales como lo es el juicio de amparo y esto, consecuentemente, no ha permitido una efectividad plausible de las expectativas sociales. Este problema tiene la consecuencia de poner en crisis la fuerza normativa de la Constitución, como bien lo ha apuntado Javier Espinoza de los Monteros.<sup>17</sup>

De este modo, respecto del juicio de amparo, subyacen dos aspectos fundamentales: la legitimación, el problema del interés jurídico y los efectos de la sentencia. Las puertas de entrada y salida del proceso.

En este sentido, mi propuesta gira en torno a dos puntos comunes: el primero, utilizar algunos criterios que comienzan a abrir paso a una definición menos ortodoxa del interés jurídico, perfilándose a una eliminación del

---

<sup>16</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

<sup>17</sup> Cfr. ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier, “Estado social (de derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, No. 9., 2009.

concepto decimonónico del interés jurídico, por uno más flexibilizado que parte de entenderlo en un sentido amplio, como la mera afectación a la esfera jurídica de un gobernado. O bien, argumentar en contrario a los criterios tradicionales, como son aquellos, que niegan el derecho y, por tanto, la legitimación a quien carezca de un “poder de exigencia imperativa”. Otro camino es solicitar la modificación de la jurisprudencia.

### **La utilización de criterios recientes en materia de principios.**

En los últimos años, la Suprema Corte de Justicia ha venido estableciendo criterios de interpretación que pueden aportar elementos de juicio en el planteamiento de una demanda para justiciablizar derechos sociales. Algunos ejemplos pueden ser:

- Los que se refieren a los principios de igualdad y proporcionalidad en sentido amplio, y no solamente fiscal, como fue construyéndose inicialmente este concepto;
- Los que tratan ya el tema del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales (punto de partida para poder solicitar la determinación de mínimos obligacionales en derechos sociales);
- Los que amplían la legitimación, por ejemplo, en la controversia constitucional, a fin que, en la medida de lo posible, sean utilizados de manera análoga;
- Los que establecen diferentes formas de interpretación de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales (aunque este criterio se encuentre ya positivado en el artículo 1 constitucional);
- Los que en materia familiar utilizan conceptos como interés superior del menor para resolver respecto de controversias del orden familiar;
- Los que, por vía indirecta -es decir, la que, construida judicialmente a través de la interdependencia (como así los señala ya la Constitución),

permiten que, en caso concretos, los derechos sociales puedan ser interpretados en relación con otros derechos considerados judicializables “por vía directa”<sup>18</sup>;

- Voltear a ver las sentencias de tribunales constitucionales que ya se han pronunciado sobre derechos sociales.

## **¿Qué teoría del derecho enseñamos?**

El papel que han desempeñado en este asunto de la justiciabilidad de los derechos sociales, los poderes públicos y otros actores políticos y económicos, guarda una estrecha relación con la teoría del derecho que se enseña en las aulas académicas. En virtud de nuestra tradición jurídica, las universidades representan la principalmente fuente de enseñanza del derecho. La noción de derecho adquirida por quienes asisten a las lecciones determina la forma en que estos operan o, en su caso, operarán el sistema jurídico. Sin embargo, de forma lamentable, el tipo de enseñanza del derecho que predomina en los centros educativos de la gran mayoría del país es el modelo decimonónico de un positivismo a ultranza que, en esencia, puede describirse bajo el conocido aforismo jurídico: *lex set lex*. La ley, bajo este modelo, lo es todo y no hay nada que pueda contradecirla aunque fuese la más injusta.

Para la práctica del derecho una concepción jurídica como la anteriormente señalada puede producir, y de hecho esto es lo que ha acaecido, los resultados más arbitrarios y perjudiciales para los justiciables: la ley podía vulnerar los derechos reconocidos constitucionalmente sin que el gobernado tuviera la potestad de acudir ante un tribunal para impugnar la carencia de

---

<sup>18</sup> En estos casos, la protección no se origina en una aplicación de normas constitucionales, sino que se lleva a cabo a través de otros derechos y mediante la jurisprudencia. Existen abundantes ejemplos en la jurisprudencia colombiana y en la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien utilizó este sistema entre otros, en el que quizá sea el caso más célebre: *Brown vs. Board of Educación*. En el cual, la Corte apeló al criterio de igualdad para condenar la discriminación racial en las escuelas e imponer un modelo de educación integrada.

racionalidad de dicha disposición. Esto, claro, llevaría a crear una imagen poco positiva del derecho frente a sus destinatarios, que tienda a observar al derecho con fines utilitaristas alejándose de los principios y valores que constituyen su esencia y que innegablemente han contribuido a su edificación actual. De este modo, resulta ilustrativa esta representación que utiliza Paolo Grossi para describir el distanciamiento y entre el derecho y su destinatario (los seres humanos): pues el derecho es como una teja que cae de forma tupida en la cabeza del ciudadano.<sup>19</sup>

Asimismo, la doctrina del positivismo ahogó la fuerza del movimiento emancipatorio de las libertades de la revolución francesa y las condenó a ser parte del proceso mismo de regulación del Estado. Los derechos fueron considerados como un producto del Estado, para utilizar las palabras de Pedro De Vega:

“Como simples reflejos del derecho objetivo, los derechos subjetivos públicos dejaban de ser entidades autónomas que el Estado, en cualquier caso, debería respetar, tal y como fueron entendidos en los procesos revolucionarios burgueses, para convertirse en entidades dependientes de la propia voluntad estatal que no sólo aparece como instancia que los reconoce y los crea, sino que, además, pasa a ser su único garante y protector en nombre de una vacilante y poco convincente teoría de la autolimitación.”<sup>20</sup>

Una buena parte de nuestros académicos poco han puesto atención en las transformaciones del derecho y del Estado del siglo XX y, por tanto, todavía se continúa enseñando con la doctrina tradicional inscrita en el marco del modelo positivista. En consecuencia, si, como habíamos señalado, la cátedra universitaria constituye el punto de referencia de la enseñanza del derecho en nuestro país y se continúa formando con un modelo de derecho y de Estado

---

<sup>19</sup> Cfr. GROSSI, Paolo, *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

<sup>20</sup> Cfr. DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, IJ-UNAM, 1998.

así como con una bibliografía de corte decimonónica, los alumnos que se incorporarán, o que de hecho ya lo están, a los aparatos institucionales (los congresos, administración de justicia, a la administración pública, etc.) arrastrarán seguramente con esta visión sesgada y distorsionada del derecho, que se va transmitiendo a las generaciones, y que poco podrá aportar a los derechos de los ciudadanos que, en última instancia, son el porqué del Estado.<sup>21</sup>

Es pertinente señalar, en este orden de ideas, que el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales no debe verse solamente en el plano institucional, esto es, respecto a los instrumentos de salvaguarda procesales, pues el precario favor que le han hecho los tratadistas y la docencia en nuestro país poco ha abonado a este proceso: ya no, siquiera, de maximización; sino de efectividad de los mismos. Esta situación toma una dimensión más compleja si sino considera que la nueva enseñanza del paradigma neoconstitucionalista, que hace énfasis en la primacía de la constitución y, por tanto, de los derechos así como su restitución a través de pertinentes medios jurisdiccionales, cuenta con pocos cultivadores; generalmente son profesores que han podido realizar sus estudios de doctorado con aquellos juristas que han venido desarrollando la teoría neo ius positivista del derecho, y que, salvo algunas excepciones, imparten sus lecciones en el centro del país, principalmente en la Ciudad de México. Aquí se nos presenta el viejo problema del centralismo que ha venido operando en nuestro país, cuya inercia también ha seguido el medio académico.<sup>22</sup>

Finalmente, tal y como señala Häberle, las democracias en libertad requieren de un “soporte” interno material, guiado a través de fines educativos fundamentales que se orienten por los derechos humanos, la tolerancia, la solidaridad, la responsabilidad, la humanidad, el trabajo, entre otros fines, valores e instituciones; y al mismo tiempo, señala que al permanecer precarios o “formales” al ser trasladados a las aulas, se encontraran amenazados si

---

<sup>21</sup> Sobre esta paradoja puede verse el artículo incluido en esta obra de Javier Espinoza de los Monteros, “La construcción semántica de los derechos sociales y su inserción en la Constitución democrática”.

<sup>22</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008.

solamente se ven constituidos jurídicamente en el sentido tradicional, y sin no provocan en la práctica pedagógica, la profundidad y amplitud de la “internalización de la libertad”.

### **A modo de conclusión**

Una sociedad así descrita, resulta imposible de transformar, de la noche a la mañana, en una sociedad justa, acorde y armoniosa con lo previsto en las normas constitucionales.

Como dicen Uprimny y García Villegas, la judicialización de los derechos sociales plantea un problema de interpretación singular, que consiste en la evaluación de los medios para lograr el fin constitucional propuesto.

Es cierto que la aceptación de los derechos sociales plantean problemas agudos de distribución de competencias y de diseño dogmático; sin embargo, estas dificultades no son insuperables, ni tienen que ser tomadas como pretexto para judicializar, como hemos intentado mostrarlo.

Hace falta particularmente creatividad. Para no caer, como dice Diego Eduardo López Medina, en esa confianza, que yo más bien llamaría complacencia, de la retórica de los derechos.

La pregunta que debemos hacernos, entonces, trasciende, va más allá de si debe o no haber tutela para los derechos sociales, sino cuál debe ser la dogmática adecuada en materia de derechos sociales y cuáles deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela.

## **Bibliografía**

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.

CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008.

DE VEGA, Pedro, "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, IJ-UNAM, 1998.

ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier, "Estado social (de derecho) en México. Una óptica desde el garantismo jurídico-social", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, No. 9., 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.

Voz: "Garantismo", en Javier Espinoza de los Monteros y Salvador Cárdenas (coord.) *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio, "Estado y Constitución", en FIORAVANTI, Maurizio (Ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004.

GROSSI, Paolo, *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2001.

MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, University Press. 1994, p. 200.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Biblioteca de Ética, Filosofía y Política. Núm. 60. Fontamara, México, 1997.

OVEJERO, Félix, Introducción “La alternativa Republicana” en Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores), Paidós Barcelona, 2004.

RUBIO, F. “La Constitución como fuente del derecho” en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1979,

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, FCE/IIJ UNAM, México 2006,

SALAZAR UGARTE, Pedro, “La democracia enjaulada (entre el populismo y el elitismo), en Aibar, Julio y Daniel Vázquez (coordinadores), *Política y Sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*, Flacso México, 2008.

TROPER, M. “Le probleme de l’interpretation en la theorie de la supralégalité constitutionnelle”, en *Recueil d’études en hommage á Charles Eisemann*. Cujas, Paris, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho ductil. Ley, derechos justicia*. 10ª ed. Trotta, Madrid, 2011.