



UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO
DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO
MAESTRÍA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL

EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO.
LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

Tesis que para la obtención del grado en Maestro en Justicia Constitucional:

PRESENTA: AGUSTÍN EUGENIO MARTÍNEZ ELÍAS
DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN: DR. FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

GUANAJUATO, GTO., JUNIO DE 2019

Contenido

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PODER JUDICIAL	7
I. Neoconstitucionalismos	7
II. Positivismo Jurídico y Estado Legal de Derecho	11
III. Estado Constitucional de Derecho	16
IV. Características Generales del Neoconstitucionalismo	18
1. <i>Una constitución rígida, y normativamente densa</i>	20
2.- <i>Una postura crítica del positivismo jurídico y la propuesta de una nueva filosofía jurídica</i>	21
3. <i>Protagonismo del poder judicial para la constitucionalización del ordenamiento jurídico</i>	22
V.- El papel de dos jueces en los Neoconstitucionalismos	25
CAPÍTULO II.- EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	29
I.- Origen y Desarrollo de los Derechos Sociales	29
II.- Argumentos contra la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz del Neoconstitucionalismo.	38
1.- <i>La estructura e indeterminación de los derechos sociales</i>	38
2.- <i>La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías</i>	43
3.- <i>Desvinculación de derechos sociales y el Estado</i>	45
CAPÍTULO III.- LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CANON NEOCONSTITUCIONAL EN LA RESOLUCIÓN SOBRE DERECHOS SOCIALES.	55
I.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal de Constitucionalidad.	55
II.- Análisis jurisprudencial de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Derechos Sociales.	60
III.- Análisis sobre la exigibilidad de los derechos sociales frente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un análisis desde el canon neoconstitucional.	67
1.- <i>La estructura e indeterminación de los derechos sociales</i>	69
2.- <i>La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías</i>	70
3.- <i>Desvinculación de derechos sociales y el Estado</i>	71
4.- <i>Barreras ideológicas</i>	73
5.- <i>Postura anti democrática.</i>	74
CONCLUSIONES	77
FUENTES.	83

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se han convertido en el centro del debate jurídico contemporáneo debido a su reciente desarrollo a nivel mundial. Estos se han convertido en un discurso legitimador, a través del cual es posible solicitar al Estado las exigencias que la sociedad considera fundamentales.

Dentro de esta nueva estructura social de los derechos humanos, encontramos diversos debates y retos para lograr que se vuelvan no una mera herramienta retórica o discursiva, sino una realidad tangible en la vida de todas las personas.

En el contexto actual, es innegable el creciente reclamo de determinados derechos enfocados en generar las condiciones materiales que nos permitan desarrollar nuestro proyecto de vida en un marco de igualdad sustantiva frente a los demás.

Así, los derechos sociales fundamentales son un grupo de derechos sobre los cuales recientemente se ha teorizado sobre su validez constitucional, y las dificultades que existen para poder acceder a ellos a partir de la adopción de medidas legales frente a las autoridades jurisdiccionales.

Por lo anterior, este trabajo busca problematizar el acceso a los derechos sociales en sede jurisdiccional, sobre todo obedeciendo a un contexto de creciente pobreza, donde se incrementan cada vez más las brechas de desigualdad material en relación al diferenciado ejercicio de derechos, oportunidades, servicios y trato que tienen las personas.

Frente a las diversas complicaciones teóricas que se han debatido recientemente para acceder judicialmente a estos derechos, mucho se ha avanzado en relación a la desideologización y validez de estos derechos establecidos en la constitución.

Al mismo tiempo, se ha venido discutiendo en distintos círculos de la filosofía jurídica sobre el denominado neoconstitucionalismo, que dibuja nuevos escenarios en relación a la exigibilidad de los derechos fundamentales, entre los cuales se pueden ver favorecidos los derechos sociales.

En este orden de ideas, un análisis de estos derechos y su justiciabilidad a la luz de los postulados del neoconstitucionalismo se vislumbró como un tema de interés, que permitiera aportar a la discusión sobre si este nuevo enfoque permite beneficiar el acceso a esos derechos por la vía jurisdiccional.

Así, este trabajo se planteó como objetivo general investigar si la Suprema Corte de Justicia de la Nación se erige como un Tribunal neoconstitucional para brindar mayor justiciabilidad a los derechos sociales en México.

Para arribar a la conclusión general se plantearon tres objetivos específicos; el primero de ellos que fue desarrollado en el primer capítulo buscaba aclarar ¿Qué es el neoconstitucionalismo? Y, ¿Cuál es el papel que adopta el poder judicial en el mismo?

En el segundo capítulo se abordó el segundo objetivo específico relativo al surgimiento, características y argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, verificando cómo podría un tribunal neoconstitucional hacer frente a estos últimos.

Finalmente, se realizó el análisis de casos conocidos por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionados con derechos sociales, donde se pronuncia sobre el derecho a la vivienda y a la salud, para saber si en las resoluciones emitidas se puede encontrar rasgos de un tribunal neoconstitucional que le permitan garantizar de mejor forma estos derechos.

CAPÍTULO I

NEOCONSTITUCIONALISMO Y PODER JUDICIAL

I. Neoconstitucionalismos

Para algunos estudiosos del derecho constitucional, luego de la segunda posguerra Europea comienza un cúmulo de transformaciones constitucionales en aquel continente, mismas que implicaron cambios en la parte orgánica y dogmática de las mismas, lo que para ellos, marca sin duda el nacimiento de un nuevo paradigma jurídico y constitucional.¹

Dentro de esos autores encontramos a Roberto L. Blanco, quien señala que con la terminación de los fascismos en Europa, se comienzan a dar diversos procesos constituyentes y de restauraciones constitucionales, que culminan con la instauración de constituciones democráticas en el viejo continente. Para este autor, Europa fue *igualando y estandarizando instituciones y principios constitucionales hasta el punto de posibilitar una definición conjunta de sus rasgos esenciales*.²

Sobre el surgimiento de un nuevo constitucionalismo Zagrebelsky considera que uno de los elementos que permitió esta transformación fue la caída de totalitarismos de izquierda como de derecha en Europa, trayendo consigo el descredito de un Estado *que lo puede todo*, permitiendo refundar sus instituciones y buscando dar mayor fortaleza a los derechos.³

Manuel Atienza también habla del fenómeno de constitucionalización de derechos que se desarrolla después de la segunda guerra mundial y que trae como consecuencia *la existencia de Constituciones rígidas densamente pobladas de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales*.⁴

¹ AZAR UGARTE, Pedro (2011), “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, p. 290; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), “Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción, una discusión en clave neoconstitucional”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, p. 11

² BLANCO VALDÉS, Roberto L. (2010) *La construcción de la libertad*, Alianza editorial, España, p. 289 y 290.

³ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), “El derecho dúctil, Ley, Derechos, Justicia”, Décima edición, Editorial Trotta, p. 65.

⁴ATIENZA, Manuel (2013), “Curso de Argumentación Jurídica”, Primera edición, Editorial Trotta, p. 39

Por otro lado Pedro Salazar Ugarte también asegura que *desde el punto de vista histórico y positivo es un hecho que los modelos constitucionales de posguerra contienen rasgos distintivos que dieron origen a un nuevo paradigma jurídico*⁵, mientras que Luigi Ferrajoli se ha referido a *la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*.⁶

En consecuencia de lo anterior, es posible hablar de un importante cambio en la estructura de las constituciones, desde una perspectiva política (la administración y límite del poder), como un fenómeno de cambios que buscaba prevenir abusos y arbitrariedades a través del Estado, como sucedió con los fascismos y comunismos.

En este sentido, también es posible hablar del cambio de diseños constitucionales que tienden a incorporar en sus textos catálogos más amplios de derechos fundamentales, así como mayor rigidez frente a la reformas constitucionales y, el fortalecimiento de mecanismos de control constitucional de normas ordinarias.

Sobre esto, Leonardo Jaramillo sostiene que la construcción de la fórmula política del estado constitucional de derecho surge en Alemania para ser recibida posteriormente en otros países.⁷

Entre los cambios constitucionales de corte orgánico Leonardo Jaramillo señala *la organización de los parlamentos en su estructura y funciones, la creación de nuevas instituciones como tribunales constitucionales, procuradurías o defensorías públicas y juntas monetarias, la renovación o ajuste del procedimiento para la expedición de las leyes, la definición de la organización territorial y la relación entre el gobierno federal y el estatal*.⁸

Por otro lado también se dieron cambios dogmáticos importantes, a través de los cuales se logró *la ampliación del catálogo de derechos, entre ellos los sociales y dotando de mayor precisión a los derechos de libertad, la inclusión de principios de naturaleza moral — libertad, igualdad, solidaridad, pluralismo, justicia y dignidad humana—, la consagración*

⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro (2011), *óp. cit.*, nota 1, p. 290

⁶ FERRAJOLI, Luigi (2009), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: Neoconstitucionalismo(s), Editor Miguel Carbonell, Ed Trotta, p. 31.

⁷ *Íbidem*, p. 36.

⁸ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *Óp. Cit.*, nota 3, p. 11.

*de los estados, de forma prácticamente invariable, como sociales o democráticos de derecho fundados en la dignidad de la persona y cuya soberanía reside en el pueblo.*⁹

Por otro lado, es posible identificar este nuevo constitucionalismo desde el punto de vista doctrinario como un conjunto de autores, teorías y doctrinas que en términos generales vislumbran el positivismo jurídico como insuficiente para dar solución jurídica a los problemas contemporáneos.

Al respecto, fue Susanna Pozzolo quien a partir de un análisis de la interpretación constitucional, identificó y bautizó con el adjetivo de neoconstitucionalistas a una diversidad de iusfilósofos, que desde su punto de vista se aproximaban de una manera diferente al derecho.

Así, Pozzolo señaló: *[h]e llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte, Carlos S. Nino.*¹⁰

Algunos autores como Rodolfo Luis Vigo han ampliado y clasificado los autores considerados como neoconstitucionalistas en aquellos no positivistas como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Andres Ollero, y otro pequeño grupo de positivistas como Ferrajolli y Luis Prieto Sanchís¹¹.

Existe un conjunto de autores que abordan una nueva forma de constitucionalismo, muchos de ellos lo hacen con diferencias importantes, pero también hay puntos de comunión muy destacables¹², lo anterior y el argumento de que este constitucionalismo no aporta nuevos elementos, sino que retoma elementos de otras concepciones del derecho como el positivismo, naturalismo y realismo, le han valido la crítica sobre su categorización como un paradigma constitucional, para sugerir que se trata únicamente de un canon, el denominado canon neoconstitucional.

⁹ *Ídem.*

¹⁰ POZZOLO, Susanna (1998), "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21, p. 339.

¹¹ LUIS VIGO, Rodolfo (2015), "Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias", En: Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 711, UNAM, p. 852

¹² *Ibidem*, p. 853

Así, para Leonardo Jaramillo a pesar de la imposibilidad del neoconstitucionalismo de fundarse como una teoría, *permite referir a un canon de autores, doctrinas y teorías que circulan con cada vez mayor intensidad entre los ambientes intelectuales latinoamericanos y también entre ambientes institucionales donde elementos de este canon han pasado a ejercer, como nunca, influencia fructífera en procesos de creación y desarrollo del derecho, así como de judicialización de la política.*¹³

Sobre su surgimiento teórico en América Latina se ha señalado que además de tener su antecedente en la Europa de posguerra, surge de una renovación doctrinaria sobre todo a partir de los años noventa, con la llegada de doctrinas sobre el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, permitiendo *utilizar teorías que pudieran rendir frutos al enfrentar problemas jurídicos de la aplicación de derechos sustantivos en contextos marcados por la desigualdad social, la pobre realización de derechos y la representación sustantiva de los órganos de decisión política.*¹⁴

Es importante señalar que la denominación del Neoconstitucionalismo, acuñada por Susanna Pozzolo, no es bien recibida por todos los autores que ella suscribe al mismo, por lo que algunos de ellos como Manuel Atienza dan cuenta de sus posturas filosóficas como post-positivistas.

Es importante mencionar que la teoría constitucional y del derecho contemporáneo, han sido analizadas desde diversas perspectivas como lo son desde el positivismo jurídico incluyente, el denominado post positivismo y el neoconstitucionalismo.

Para el análisis del constitucionalismo contemporáneo se partió de un esquema utilizado por Paolo Commanducci, mediante el cual se contrasta el positivismo jurídico en tres de sus acepciones (teórico, ideológico, metodológico) frente al neoconstitucionalismo, de forma que nos permita conocer en las características distintivas del este último.

¹³ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *óp. cit.*, p. 12

¹⁴ *Ídem.*

II. Positivismo Jurídico y Estado Legal de Derecho

Para identificar con más claridad las características del positivismo jurídico dentro del Estado legalista, consideramos que uno de los criterios más importantes y casi obligatorios para su análisis, es la caracterización que hace del mismo Norberto Bobbio a partir de una distinción de 3 conceptos de la expresión positivismo jurídico.

a) Positivismo metodológico.

En primer término Bobbio habla del positivismo *como una forma de acercarse al estudio del derecho*, sobre el cual ha señalado que debe realizarse una distinción del derecho real y el derecho ideal, entre el derecho como hecho y como valor, tomando consciencia que el jurista debe ocuparse por el primero y no por el segundo.

Para Bobbio los juristas debían tener una aproximación científica del derecho como una ciencia descriptiva y explicativa, más no demostrativa, debiendo estar caracterizada por la objetividad, *entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética*¹⁵

Así, el criterio para distinguir una norma jurídica de una no jurídica es la derivación de hechos verificables, como su emanación de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, y no su mayor correspondencia con cierta escala de valores, por ello, se rechaza la mentalidad finalista del derecho, como aquellas normas que buscan el bien común, la justicia, entre otras.

Para Bobbio, la aproximación que se debe tener hacia el derecho es aquella que se hace al derecho positivo, en determinada sociedad, que es emanado de ciertos procedimientos, que es generalmente obedecido por los ciudadanos y aplicado por los jueces, sin desconocer que existe un derecho ideal, natural o racional, que al no ser positivo no puede ser objeto de investigación científica.¹⁶

Partiendo de lo anterior, se comienza a esbozar una de las principales tesis del positivismo jurídico que es la separación entre el derecho y la moral, siendo estos dos ordenamientos

¹⁵ BOBBIO, Norberto (1997), "El problema del Positivismo jurídico", Quinta edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, p. 42.

¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

normativos que existen individuales (visión dualista), así el estudio del derecho debe estar centrado en Estado legal al análisis de procesos legislativos formales, dejando de lado si sustancialmente las normas son justas o injustas, o si recoge principios o valores sociales.

La tesis de la separación (entre derecho y moral) es la base de una de las más grandes críticas al positivismo jurídico, que en términos de Hoerster implica *una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor.*¹⁷

La tesis de la separación implica que el derecho positivo no concibe *ninguna conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la Moral, o que la definición del concepto de Derecho debe ser formulada de modo de no incluir elementos morales o, en otros términos, se puede decir que es la tesis que sostiene que lo que un sistema jurídico es puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales.*¹⁸Ello implica que puede o no haber coincidencias entre moral y derecho, no significando que su coincidencia implique la validez o no de una norma.

A pesar de ser una nota característica del positivismo, esta tesis es aún matizada, sobre ello, Oliveira identifica al menos una posición *fuerte* que señala que la moral efectivamente se excluye del derecho, mientras existe también una postura *débil* que no necesariamente las concibe como excluidas, sino que simplemente no se unen de modo conceptual, de manera similar Manuel Atienza, identifica al menos tres grandes formas de positivismo jurídico, el positivismo duro o excluyente, blando o incluyente y un positivismo axiológico o normativo, estas categorías obedecen a la relación del derecho y la moral.¹⁹

Finalmente, a pesar de una diversidad de posturas, sobre la *tesis de la división del derecho – moral*, esta si puede considerarse como una de las características definitorias del positivismo jurídico y una de sus más grandes fuentes de crítica.

¹⁷ HOERSTER, Norberto (1992), “En defensa del positivismo jurídico”, traducción de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, p. 9; PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). “El constitucionalismo de principios, ¿Entre el positivismo y el ius naturalismo?”, En: Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Ed. Palestra, Lima, p. 171.

¹⁸ OLIVEIRA, Felipe (2010), “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: Notas sobre el concepto de derecho en Robert Alexy”, Revista Lecciones y Ensayos, nro. 88, 2010, p. 102.

¹⁹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007), “Dejemos atrás el positivismo jurídico” ISONOMÍA No. 27, p. 15

Sobre esta tesis pesan críticas como la de Robert Alexy al señalar que entre el derecho y la moral existe una relación necesaria, argumentando al menos dos razones en favor de la misma.²⁰

En primer término, señala el argumento de la pretensión de corrección al señalar que un sistema normativo que no tenga dicha pretensión no es un sistema, y que los jueces que no tengan esta pretensión caen en una contradicción performativa, en segundo lugar, el argumento de la injusticia, señala que las normas pierden calidad jurídica cuando rebasan un umbral de injusticia, lo cual no deja de considerar al sistema normativo como un todo vigente.

*Se trataba, meramente, de la concepción del Derecho positivo como un conjunto de normas válidas, como un ordenamiento; en las concepciones más refinadas, los sistemas jurídicos estarían formados por normas de diversos tipos, así como por otro tipo de entidades –como las definiciones– que no serían, en sentido estricto, normas. Y, por otro lado, la identificación de un cierto sistema como Derecho positivo vigente y de sus normas como normas jurídicas válidas se concebía como una operación no determinada por criterios morales.*²¹

Finalmente, frente a lo que representó el positivismo jurídico dentro de un Estado de derecho legal, Manuel Atienza, se pregunta si lo que tuvo sentido en otra época la sigue teniendo hoy, que ha sido el cuestionamiento que ha llevado a transitar a un nuevo constitucionalismo.

b) Positivismo teórico.

Otra aproximación de Bobbio es *el positivismo jurídico como teoría*, que se refiere a *aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: El Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho.*²²

En este sentido Gustavo Zagrebelsky recoge fielmente el concepto de la ley en los Estados de derecho que era *una concepción de la ley como un acto deliberado de un parlamento representativo*, idea que se concreta en la implementación de principios como a) la

²⁰ *Ibidem.* p. 12-15.

²¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007), *Óp. Cit.*, nota 19, p. 12.

²² BOBBIO, Norberto (1997), *Óp. Cit.*, nota 15, p. 43.

*supremacía de la ley sobre la Administración, b) la subordinación a la ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, y c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley.*²³

Así, para Zagrebelsky este Estado se configuraba para la protección de la ciudadanía frente a posibles arbitrariedades de la administración (liberal), es decir, al condicionamiento o limitación del Estado frente a la sociedad de acuerdo a un marco de recíprocas contraprestaciones, representadas en la ley.²⁴

Por ello, derivado de la posición diferenciada que guardaban frente a la ley los particulares y la administración, se asumía el principio de legalidad y el principio de libertad como estandartes del Estado de derecho decimonónico.²⁵

En este sentido Bobbio identifica algunas tesis que alimentan la teoría jurídica positivista:

1) con respecto a la definición del Derecho, la teoría de la coactividad [...]”; 2) “con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa [...]”; 3) “con respecto a las fuentes del Derecho, la supremacía de la ley” [...]; 4) “con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración [...] como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud [...] y de coherencia [...]; 5) “con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica.”²⁶

Así, en breves notas Zagrebelsky habla del positivismo jurídico como teoría del derecho en los siguientes términos:

[...] la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 23

²⁴ *Ídem.*

²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 28.

²⁶ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007), *óp. cit.*, nota 19, p. 10

*de la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.*²⁷

La fórmula de producción del derecho a la luz del Estado legalista se reducía a lo señalado por Hobbes “*Veritas non auctoritas facit legem*”, (*la autoridad, no la verdad, hace la ley*), con lo cual el positivismo jurídico establecía su división entre la ley y la moral.

Algunos de los beneficios de este principio fueron la posibilidad de ofrecer garantías a los gobernados frente a la arbitrariedad en la aplicación de la ley, estableciéndose como criterio exclusivo de identificación del derecho válido, así, las normas válidas serán aquellas que sean emitidas por una autoridad competente para hacerlo, cumpliendo con el proceso formal legislativo establecido en la constitución.²⁸

Por otro lado, la generalidad de las leyes se configuró como la esencia de las mismas, pues permitía que éstas operaran sobre todos los sujetos de derecho sin distinción, constituyéndose en una garantía de imparcialidad del Estado, así como de igualdad jurídica, por otro lado su abstracción permitía garantizar la estabilidad del orden jurídico, la certeza y previsibilidad del derecho.²⁹

c) Positivismo ideológico.

En tercer lugar, el positivismo jurídico adquiere el sentido de una *ideología*, que implica la fuerza del paradigma jurídico positivo para que los gobernados obedezcan el ordenamiento jurídico vigente.

En esta parte Bobbio señala que el derecho positivo es obedecido y respetado por el simple hecho de ser válido, pues, en primer término, al ser el resultado de la voluntad de la mayoría es justo, en segundo lugar, señala que su obediencia sirve para el cumplimiento de valores como la paz, el orden, y en términos generales la justicia legal.

Así, el paradigma jurídico positivista representaba *la creencia de ciertos valores y, sobre la base de esta creencia confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor*

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 33.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi (2009), *óp. cit.*, nota 6, p. 32

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 29

*positivo prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal.*³⁰

Sobre esta parte, mucho se ha criticado sobre la suficiencia de la obligación moral de obediencia de un ordenamiento jurídico por el simple hecho de serlo, lo anterior con nuevos planteamientos como la justificación externa del derecho, conocida como las tesis de la eficacia social del derecho.³¹

III. Estado Constitucional de Derecho

El tránsito a un Estado constitucional implica una serie de cambios importantes como *la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez.*³²

Para Ferrajoli el cambio de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho se da a partir de un cambio triple de paradigma consistente en: a) la naturaleza y la estructura del derecho; b) la naturaleza de la ciencia jurídica; y c) el papel de la jurisdicción.

a) Sobre la naturaleza y estructura del derecho menciona que ha cambiado para exigir no solo el cumplimiento de la forma de producción, sino una coherencia de las normas jurídicas con los principios establecidos en la constitución, haciendo posible que una norma válida formalmente, sea invalidada de acuerdo a su sustancia contraria a las normas constitucionales.

³⁰ BOBBIO, Norberto (1997), *óp. cit.*, nota 15, p. 46

³¹ Cfr. NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Revista ISONOMÍA*, No. 5., passim; VILAJOSANA, Josep (2010), “La construcción social de la realidad jurídica”, *Revista Prisma social*, revista de ciencias sociales, No. 4., passim.

³² FERRAJOLI, Luigi (s.a.), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, Universidad de Camerino, s. e., [En línea], disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>, p. 34

Así, la monopolización de la producción de la ley ha dado paso a la concurrencia de fuentes legislativas, por lo que se ha comenzado a prever el deterioro del ordenamiento jurídico a través del establecimiento de un derecho más alto, que permita esquivar una anarquía normativa y conduzca a una convergencia normativa entre grupos sociales que acceden a las legislaturas, sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social, con lo cual la ley cede su lugar a la constitución, y el principio de legalidad al principio de constitucionalidad para lograr la unidad y la paz.³³

b) Sobre la naturaleza de la ciencia jurídica, que implica el cambio del papel anteriormente explicativo de la ciencia jurídica para volverse crítico; la constitución no solo establecerá procedimientos formales para la creación del derecho sino también límites y obligaciones en cuanto al contenido del mismo, cuya vulneración genera lagunas y antinomias.

c) el papel de la jurisdicción, que implica que los jueces deberán interpretar la concordancia de la ley con la constitución, y en caso de no haber tal, se inaplicará, censurándola como una norma inválida, cuando no sea posible interpretarla de manera conforme a la constitución.

*De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.*³⁴

Finalmente para Ferrajoli existe otra característica que se da dentro del Estado constitucional de derecho que se refiere a:

la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría,

³³ *Ibidem*, p.p. 39 - 40

³⁴ *Ibidem*, p. 35

*que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.*³⁵

Diversos autores han abordado el tema sobre las principales características del neo constitucionalismo encontrando dentro de ellos a quienes en primer término lo critican como Sussana Pozzolo, Ricardo Guastini, Eduardo Aldunate Lizana, Paolo Comanducci, por otro lado encontramos a autores que reiteradamente han sido señalados como neoconstitucionalistas como Luis Prieto Sachís, Manuel Atienza, Leonardo Jaramillo, Miguel Carbonell, Rober Alexy, Alejandro Nava Tovar, Carlos Bernal Pulido.

Cabe destacar que dentro de los antes mencionados Robert Alexy y Manuel Atienza se desmarcan de esta etiqueta neoconstitucional para referirse a una postura postpositivista, adicionalmente algunos autores han intentado describir el constitucionalismo contemporáneo desde el denominado positivismo incluyente, entre los cuales se encuentran desde nuestra perspectiva Luis Lloredo Alix y Juan José Moreso.

A pesar de no existir unanimidad y precisión sobre su significado, alcances y contenido, desde nuestra perspectiva existen elementos para poder caracterizarlo como un canon que permita el análisis del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, como señala Jaramillo, más allá de hacer una defensa del neoconstitucionalismo como una teoría o conjunto de doctrinas para lograr su definición o caracterización, es importante identificar su presencia y alcances en un contexto concreto, en este caso en México.

IV. Características Generales del Neoconstitucionalismo

Para aproximarme a la concepción de neoconstitucionalismo, a pesar de la dificultad de encontrar consensos, considero importante la definición aportada por Luis Prieto Sanchís:

Institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo sería corolario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente

³⁵ *Ibidem*, p. 35

*han caminado separadas: la norteamericana, que estableció una constitución garantista sin contenidos normativos, y la europea que, al revés, estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías. El neoconstitucionalismo, por tanto sería exactamente la conjugación de ambos modelos, cuya consecuencia será un sistema de constituciones normativas garantizadas jurisdiccionalmente a través de un control de constitucionalidad. El resultado sería, entonces, una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.*³⁶

En orden de ser cuidadoso ante la diversidad de autores que han sido calificados como neoconstitucionales y de no invisibilizar las diferencias teóricas que cuentan cada uno de ellos, nos parece que es complicado hablar de neoconstitucionalismo como una teoría, sin embargo, consideramos que si puede identificarse como un movimiento del que se recogen algunas conclusiones.

Así, desde nuestra perspectiva el constitucionalismo contemporáneo, tiene como antecedente el constitucionalismo europeo que busca dar mayor densidad y delimitación a los derechos fundamentales para su fortalecimiento frente al Estado, misma que posteriormente se ve reforzada por una diversidad de autores que buscan construir una filosofía jurídica que toma como punto de partida la insuficiencia del ius positivismo para dar solución a los problemas jurídicos contemporáneos para dar mayor legitimidad al derecho vigente, finalmente, se considera que la visión de una constitución como norma sustantiva de aplicación material en el ordenamiento jurídico, se vuelve tal vez la idea más revolucionaria que puede atribuirse a este cambio constitucional.

Los elementos generales que se identifican en el canon neoconstitucional son los siguientes:

³⁶ CAMARGO, María Auxiliadora (2011), “Decretos - leyes y jurisdicción constitucional: Estudios comparados”, Editorial Universidad de Salamanca; España, p.p. 49-50; PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta. pp. 123-158.

1. Una constitución rígida, y normativamente densa

La constitucionalización de un amplio listado de derechos fundamentales, con la búsqueda de una alta densidad normativa que permita garantizar el pleno goce y ejercicio de los mismos (la construcción de un constitucionalismo garantista).

En esta parte nos referimos a un neoconstitucionalismo como un proceso de constitucionalización de derechos fundamentales surgido en la segunda posguerra mundial, con la cual se comenzó a dar un alto grado de determinación a los mismos. Estos textos constitucionales comenzaron a contener *altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos*.³⁷

Un constitucionalismo como sistema jurídico que establece un conjunto de límites y vínculos formales y sustanciales impuestos rígidamente a todas las fuentes normativas,³⁸ o en términos de Luis Prieto Sanchís *el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política*.³⁹

Así, las constituciones enmarcadas en el neoconstitucionalismo mantienen un fuerte contenido normativo, que en primer término se incorpora como un límite a la acción política posterior de los poderes constituidos, además de configurarse como un texto que marca en diferentes grados las futuras decisiones colectivas de acción estatal.⁴⁰

Sobre este punto Zagrebelsky ha señalado que el constitucionalismo moderno en el Estado Constitucional de derecho no pretende decir nada nuevo, puesto que todos los elementos que se conjuntan en él son preexistentes, sino que es el conjunto el que los destaca.

Entre esos elementos encontramos la ductilidad constitucional refiriéndose a la coexistencia de valores y principios sobre los que debe basarse una constitución para no renunciar a sus

³⁷ CARBONELL, Miguel (2010), “El Neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en: *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, p. 154.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi (2011), “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, ISSN: 0214-8676 p. 16.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis (2003), *Op. Cit.*, nota 36, p. 201.

⁴⁰ *Ídem*.

cometidos de unidad e integración de la sociedad y al mismo no hacerse incompatible con su base pluralista. Exigiendo que los principios no sean absolutos sino compatibles con aquellos otros que deben convivir, puesto que *estas son, al final las supremas exigencias constitucionales de una sociedad pluralista que quiera ser y preservarse como tal.*⁴¹

Además Zagrebelsky habla de la necesaria convivencia de principios que permitan abandonar la soberanía de un único principio, para mantener las puertas abiertas a diversas posibilidades y cerrar la imposición de perspectivas de alguna de las partes, así lo que se busca es la consecución de un modo de pensar posibilista, que igual nos permita aspirar a las libertades individuales, los derechos de la sociedad y la protección de bienes colectivos.⁴²

2.- Una postura crítica del positivismo jurídico y la propuesta de una nueva filosofía jurídica

Autores como Jaramillo señalan que la revisión de la teoría del derecho tradicional de *Impronta positivista*, proviene del tránsito a las democracias constitucionales que exigen el desarrollo de teorías y metodologías jurídicas que permitan responder a la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.⁴³

Se han requerido nuevas formas de aproximarse y concebir al derecho que van más allá del positivismo jurídico legalista como lo ha señalado Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Manuel Atienza e incluso Luigi Ferrajoli, quien a pesar de tener una postura iuspositivista, considera que deben hacerse mejoras al positivismo jurídico para transitar a un constitucionalismo garantista⁴⁴.

En este sentido, se considera que los neoconstitucionalismos han aportado al debate sobre el concepto de derecho algunos elementos de crítica, elevados desde distintas perspectivas sobre las características del positivismo jurídico, del cual buscan distanciarse por considerarlo no solo inoperante en la teoría, sino en la práctica con la llegada del Estado constitucional.

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 15.

⁴² *Ibidem*, p.p. 16-17.

⁴³ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *óp. cit.*, nota 1, p. 49

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi (2002), *óp. cit.*, nota 38, *passim*.

Es importante mencionar que la discusión doctrinaria antes señalada, parte de un conjunto de autores, teorías y doctrinas que en términos generales vislumbran el positivismo jurídico como insuficiente para dar solución jurídica a los problemas contemporáneos.

Derivado de lo anterior, se advierte que la comunidad jurídica se ha visto envuelta en un posicionamiento que puede dividir opiniones sobre si la postura jurídicamente correcta se encuentra desde el positivismo jurídico o desde las posiciones vertidas desde las distintas posturas neoconstitucionales.

Cabe mencionar que las críticas neoconstitucionales al positivismo jurídico son diversas, sin embargo, suelen construir un sólido consenso en materias como la relación entre la moral y el derecho, las fuentes heterogéneas, la resolución de conflictos del derecho con base en la argumentación y en reglas de razonamiento moral, la pretensión de asepsia jurídica del positivismo, mismas que han sido previamente analizadas.

Cabe mencionar que incluso dentro del mismo positivismo jurídico este amplio debate ha traído como lo señala Luis Lloredo una logomaquia internamente disgregadora, trayendo como resultado la aparición de distintas etiquetas abriendo una pugna interna por ver quien logra exponer el punto de vista más ortodoxo dentro del positivismo.⁴⁵

3. Protagonismo del poder judicial para la constitucionalización del ordenamiento jurídico

Habida cuenta del cambio en la cultura jurídica generada por el neoconstitucionalismo, entendida en los términos propuestos como un fenómeno de cambios en la organización política y jurídica, así como el surgimiento de una constelación de teorías y doctrinas que superan al positivismo jurídico, nuestra postura es que existen al menos tres factores del neoconstitucionalismo que exigen un gran cambio en el rol de los jueces:

1.- El primero y tal vez más importante es *la consideración del texto constitucional no sólo como un texto programático sino como un texto con fuerza vinculante (esto es, con capacidad*

⁴⁵LLOREDO ALIX, Luis (2018), “Derechos políticos y derechos sociales: Una crítica historiográfica e ideológica a su distinción”, en: *La filosofía del derecho en tiempos de crisis*, Ediciones Olejnik, primer edición, Santiago de Chile, p. 210

*de generar efectos jurídicos), y que conllevan un análisis más detallado de las peculiaridades de la interpretación constitucional.*⁴⁶

En este sentido las constituciones además de tener una dimensión constitutiva, para la creación de órganos y procedimientos, también tiene una dimensión valorativa, que reconoce cosas valiosas de ser protegidas y promocionadas, es decir, que merecen ser garantizadas.⁴⁷

Por ello, como señala Leonardo Jaramillo, el rol del juez cambia también a nivel de la jurisprudencia, pues las prácticas jurisprudenciales ayudarán a la aplicación efectiva de los derechos, pues *la jurisprudencia ha determinado que el texto constitucional configura, ya no los derechos en la ley, sino la ley en los derechos.*⁴⁸

2.- En segundo término, la lectura e interpretación de la constitución valorativa, ha tenido a la par el entendimiento de la constitución como un conjunto de normas que pueden estar expresadas como reglas o principios; Lo que ha llevado a los estudiosos del derecho a desarrollar herramientas de interpretación y aplicación del derecho más allá de la subsunción como método de interpretación fundamental en el positivismo jurídico.

Al respecto Susanna Pozzolo señaló que derivado de las graves injusticias cometidas en la segunda guerra mundial, las normas han sido entendidas a partir con su correspondencia con los principios establecidos en los textos constitucionales que dan sentido a todas las normas del ordenamiento normativo, siendo las teorías de Ronald Dworkin y H.L. Hart las que dieron pauta a considerar que hay algo más que enunciados normativos en los sistemas jurídicos, hablando de principios o “normas de textura abierta”.⁴⁹

Así la teoría de Dworkin resulta de mayor importancia por que provee a los estudiosos y operadores del derecho de un marco teórico que les posibilita “ver” que en el derecho, además de una serie de enunciados lógicos [...] principios igualmente

⁴⁶MORESO, Juan José (2003), “Comanducci sobre Neoconstitucionalismo”, Revista ISONOMÍA No. 19 / Octubre 2003. p. 271; GUASTINI, Riccardo (1998), “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, *Ragion Pratica*, 11 (1998): p.p. 185-206.

⁴⁷AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Revista Doxa*. N. 24 (2001). ISSN 0214-8876, pp. 429-457, p. 447.

⁴⁸GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *óp. cit.*, nota 2 p. 46

⁴⁹POZZOLO, Sussana (2016), “Entre Principios, valores y reglas”, en: *El constitucionalismo de principios, un enfoque desde el constructivismo jurídico*, Raúl Cervantes Andrade, Tirant lo Blanc, Ciudad de México, p.p. 147-149.

*obligatorios, pero que se expresan de forma general, y cuya aplicación depende del peso que se le asigne atendiendo a las condiciones particulares del caso concreto.*⁵⁰

Podemos dar cuenta de la importancia que tienen los principios constitucionales en la dogmática contemporánea como categoría de análisis del derecho, puesto que como lo señala Alí Lozada, *la gran mayoría de los autores postpositivistas (pensemos en Alexy, Atienza, Dworkin, Ruiz Manero, etc.) han propuesto sus respectivas versiones teóricas de los principios jurídicos.*⁵¹

3.- El último factor se trata de la relación entre el derecho y la moral.

Consideramos que es posible hablar de doctrinas y teorías del derecho distintas al positivismo jurídico, las posturas del derecho no positivistas exigen una justificación mayor de las decisiones judiciales, en las cuales, por ejemplo, desde la teoría de Robert Alexy, deben analizarse tres elementos. *[e]l de legalidad conforme al ordenamiento, el de la efectividad social y el de la corrección del contenido.*⁵²

Aunque no exista un consenso sobre la intensidad con que debe darse esta relación, la existencia de la misma exige a los jueces resoluciones cada vez más cercanas a la justicia,⁵³ esta intención de emitir resoluciones justas y correctas se denomina la pretensión de corrección, misma que se encuentra en la teoría de Ronald Dworkin, posteriormente adoptada por Robert Alexy⁵⁴, lo que ha generado el desarrollo de diversas teorías de argumentación jurídica que buscan acercar a los jueces a esa posibilidad.⁵⁵

Finalmente en relación al mencionado surgimiento de posturas ius filosóficas críticas del positivismo jurídico, encontramos que como señala Gustavo Zagrebelsky, la introducción de un elemento de equidad en la justicia impone a los jueces una gran responsabilidad como

⁵⁰ *Ibidem*, p. 153.

⁵¹ LOZADA PRADO, Alí (2016), “El postpositivismo de la “optimización”: Sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, ISSN: 0214-8676 pp. 227-252, p. 228.

⁵² NAVA TOVAR, Alejandro (2015), “La institucionalización de la razón, la filosofía del derecho de Robert Alexy”, Ed. Anthropos, 1ra ed., p. 225; ALEXY, Robert (2008), “El concepto y la validez del derecho”, Barcelona, Gedisa, p. 21.

⁵³ GUASTINI, Riccardo (2013), A propósito del neoconstitucionalismo, en: *Gaceta Constitucional, Aplicación de las medidas cautelares en los procesos constitucionales*, No. 67, Lima. p. 233

⁵⁴ POZZOLLO, Sussana (2016), óp. cit., nota 49, p. 153

⁵⁵ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *Op.Cit.*, nota 1, P. 46

*garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.*⁵⁶

V.- El papel de dos jueces en los Neoconstitucionalismos.

Derivado de la noción propuesta del neoconstitucionalismo, como un fenómeno de normativización de los textos constitucionales, identificable sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, así como el surgimiento y fortalecimiento de diversas doctrinas y teorías del derecho distintas al positivismo jurídico y la reinterpretación de la constitución como un texto normativo, se ponen a consideración del lector los siguientes elementos que se considera han generado cambios centrales en el rol de los jueces dentro de un constitucionalismo en los términos antes descritos, mismos que se someten a su consideración para ampliar el debate y futuro desarrollo de este tema.

a) Elemento orgánico

En el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial se dieron cambios de corte orgánico en las constituciones, en las cuales se crearon nuevas instituciones, entre las cuales destaca el surgimiento de tribunales o salas constitucionales, así como la ampliación de los mecanismos de control constitucional de su competencia.

b) Elemento dogmático.

Un entendimiento de la constitución como un ordenamiento normativo y no solo orgánico, una norma materialmente aplicable, frente al cual todas las demás normas del ordenamiento normativo deben guardar concordancia, sobre la base de la que se pueden controlar las normas y actos de los tres poderes de gobierno.

El poder judicial adquiere un papel importante en la constatación de la concordancia que deben guardar todas las normas jurídicas, con las normas constitucionales, adquiriendo la obligación de control de las normas, con lo cual el concepto de derecho vigente se aleja de aquel propuesto por el positivismo jurídico.

c) Un elemento ideológico

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 3, p. 153

Derivado de este elemento ideológico se considera que la legitimidad del derecho, ya no deriva *per se* de la satisfacción de un proceso legislativo formal, sino de su correspondencia con ciertos valores y principios, así los jueces deben emitir resoluciones que materialmente se aproximen a una aplicación más justa del derecho, con mayores argumentaciones y buscando en cada caso que se aplique en el máximo posible lo establecido por las normas constitucionales (reglas y principios).

d) Elemento político.

Implica el reforzamiento del poder judicial como poder de control y contrapeso a los poderes ejecutivo y legislativo que tienen una naturaleza más política, y la apertura al debate sobre los límites del poder judicial en relación a los límites que le son propios cuando se pronuncia sobre actos o normas que se encuentran en el límite de lo tradicionalmente considerado como materia política reservada los demás poderes políticos.

El elemento político ha llevado a amplios debates sobre la existencia o no de la judicialización de la política, y si posterior a ella se presenta un activismo judicial, así como a la clarificación del concepto del significado de *cuestiones en materia política*, de las cuales se supone el poder judicial no puede pronunciarse en respeto al principio de división de poderes.

e) Elemento jurisprudencial.

Habida cuenta del surgimiento y fortalecimiento de tribunales o salas constitucionales, del cambio de paradigma sobre la constitucionalización del ordenamiento normativo, así como del cambio ideológico sobre la legitimidad del derecho y las resoluciones de los jueces, los tribunales, se ven impelidos a adoptar nuevas formas de aplicación del derecho, lo anterior considerando el también reciente surgimiento de teorías de la argumentación jurídica.

Elemento dialógico.

Frente a la aparición de problemas jurídicos complejos, recientemente se ha recurrido al análisis de las resoluciones confeccionadas por otros tribunales constitucionales u organismos internacionales, puesto que aunque la validez de una resolución emitida fuera del sistema jurídico propio es precaria, los argumentos vertidos en ella cobran mucha relevancia para el correcto planteamiento y resolución de un problema similar, puesto que ahora las

razones se vuelven universales, al estar el derecho más centrado en la práctica argumentativa, que en el derecho positivo distinto en cada ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II

EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

I.- Origen y Desarrollo de los Derechos Sociales

Actualmente el concepto de derechos sociales contiene elementos que permiten identificarlos como aquellos derechos universales (es decir sus titulares son todas las personas), que imponen una obligación preeminentemente prestacional a los poderes públicos del Estado.

Esta conceptualización de derechos sociales no siempre ha sido de esta manera, pues su reconocimiento y correcta comprensión han atravesado un proceso histórico largo, mismo que permite identificar algunos antecedentes en el derecho occidental incluso desde la revolución francesa.

En este sentido, el desarrollo temprano de derechos y libertades de corte civil y político, trajeron el trazado de una doctrina sobre las supuestas generaciones de derechos humanos y con ella la categorización de los mismos y, la aparente superioridad de unos sobre otros, perjudicando con ello, la justiciabilidad de los derechos sociales considerados de segunda generación.

De acuerdo a Carlos Miguel Herrera el derecho que encabezaría el reconocimiento de lo que hoy conocemos como derechos sociales no es el derecho al trabajo como podría pensarse, sino más bien el derecho a la asistencia, sobre ello el mismo autor señala que derivado del plan de trabajo del Comité de mendicidad de la Constituyente francesa de 1790, se puede advertir la sentencia de que ahí donde había mendicidad existía una violación de los derechos del hombre.⁵⁷

Así, este derecho finalmente fue reconocido en la constitución francesa de 1793.

Artículo 21.- Los socorros públicos son una deuda sagrada; la sociedad debe su subsistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles

⁵⁷HERRERA, Carlos Miguel (2008), “Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica”, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 52, p. 12

trabajo, bien asegurando los medios de existir a los que están imposibilitados de trabajar.

Como puede observarse, este antecedente establecía una obligación para el otorgamiento de una prestación de socorro público, ello con cargo no al Estado, sino a la sociedad en general, además de ir dirigida exclusivamente a un sector de la población que se considera desaventajado como son los ciudadanos desgraciados que no tienen trabajo, y no como se entienden los derechos sociales actualmente, universales.

Incluso anterior a ello, en la constitución francesa de 1791 se estableció la creación de una institución de auxilio dirigido especialmente a niños, pobres y enfermos, así como los que no tienen trabajo.

Se creará y organizará un establecimiento general de Asistencia pública, para proteger a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres enfermos y procurar trabajo a los pobres que siendo capaces no han podido procurárselo.

De acuerdo a la visión del Carlos Miguel Herrera estos dos antecedentes son un hito en la asociación de un derecho “social” a una condición objetiva como lo es la pobreza, por ello se considera que estos derechos fueron pensados desde una lógica de los derechos sociales para la integración social, misma que se hace presente desde su origen y que será la lógica bajo la cual posteriormente serán constitucionalizados.⁵⁸

Sobre los primeros antecedentes de los derechos sociales se puede concluir que *[e]n el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales.*⁵⁹

Posteriormente *en el siglo XIX los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el status de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados.*⁶⁰

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13

⁵⁹ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (s.a.), “Derechos sociales. Un mapa conceptual”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio – diciembre 201, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. 468.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 468.

Como lo fue en el caso de la constitución francesa de 1848, también se reflejaron los derechos sociales en su artículo 13, al conjuntar el derecho al trabajo y a la provisión de asistencia a poblaciones en condiciones desaventajadas, observándose que el derecho al trabajo quedaría supeditado a los recursos limitados del Estado, acuñándose desde entonces el entendimiento de que *los derechos sociales se hallan no solo ligados a la particularidad de una categoría social sino también a la actividad material del Estado*.⁶¹

Art. 13.- La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y anima el desarrollo del trabajo mediante la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad en las relaciones entre el patrón y el obrero, las instituciones de prevención y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias, y el establecimiento, por parte del estado, los departamentos y los municipios, de trabajos públicos propios para el empleo de los brazos sin ocupación; procura la asistencia a los niños abandonados, a los impedidos y a los ancianos sin recursos, y a quienes sus familias no puedan socorrer.

Posterior a ello, existen algunas legislaciones que recogieron en los términos antes señalados algunas prerrogativas en favor de ciertos sectores de la sociedad, como lo fueron la ley de pobres de 1834 en Inglaterra, las leyes bismarkianas del seguro de 1883, y del seguro de accidentes de 1884.

Con esto se pretende visibilizar que la idea generacional de los derechos, que ha abonado a la fundamentación de preferencias de los derechos civiles y políticos por encima de los sociales, por ser estos posteriores a aquellos, está lejos de ser una visión historiográfica correcta, o como menciona Luis Lloredo, lejos de ser aséptica.⁶²

Para algunos autores como Antonio Baldassarre entre los años 80's del siglo XIX y los años 30's del siglo XX, casi todos los Estados de origen liberal comenzaron a realizar sus

⁶¹ HERRERA, Carlos Miguel (2008), *óp. cit.*, nota 57, página 24.

⁶² LLOREDO ALIX, Luis (2018), *óp. cit.* nota 45, p. 84

principales reformas legislativas y sociales que abrieron paso a las premisas esenciales para la institucionalización de un Estado social.⁶³

Dentro de este periodo de legalización de derechos sociales, encontramos que la constitución mexicana de 1917 establece por primera vez en su texto derechos sociales, seguida por la Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado de enero de 1918, que posteriormente se incorporaría a la primera constitución soviética, y la constitución de Weimar de 1919.

Para Carlos Miguel Herrera es posible denominar a esta etapa como constitucionalismo social, entendido como *el movimiento de incorporación de cláusulas programáticas de contenido económico y social en los textos constitucionales*⁶⁴

A pesar del surgimiento de al menos dos movimientos (marxismo y la voz de la iglesia católica a través de la voz del papa León XIII en su encíclica Rerum Novarum) con ideas que exigían un cambio social para evitar así la explotación del hombre por el hombre que generaba el capitalismo, la institucionalización de los derechos sociales no fue unívoca.⁶⁵

Su establecimiento constitucional tan disímil en diversas partes del mundo y sin aparente conexión entre sí, lejos de tener un origen ideológico común o de obedecer a un movimiento político y social específico y uniforme, se debió más bien a impulsos aislados y diversas luchas sociales.⁶⁶

A pesar de lo anterior, se considera que sí podemos encontrar en ellas una pretensión común, pues como señala Mauricio Fioravanti, dentro de las transformaciones constitucionales del Siglo XX se encuentra la pretensión de *inspirar la acción de los poderes públicos, penetrando en la esfera de la economía, a favor de objetivos de carácter social, situados en el ámbito del trabajo, de la instrucción, de la asistencia. Ecllosiona bajo este aspecto el acontecimiento propio del siglo XX, de los derechos sociales.*⁶⁷

⁶³ BALDASSARRE, Antonio (2001), "Los derechos sociales", Universidad del Externado, Serie jurídica y filosofía del derecho número 20, Bogotá, Cap. II, p.p. 1-2.

⁶⁴ HERRERA, Carlos Miguel (2008), *op. cit.*, nota 57, cap. 1 p. 58.

⁶⁵ NORIEGA CANTÚ, Alfonso (1995), "Los derechos sociales", *Revista de administración pública*, No. 88, México, p. 310.

⁶⁶ BALDASSARRE, Antonio (2001), *op. cit.*, nota 63, p. 22, Cap. I.

⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio (2006), *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, p. 122

A pesar de estar en los textos constitucionales los derechos sociales no alcanzaron el mismo status que los derechos clásicos de autonomía, puesto que su llegada a las cartas magnas lo fue también con la creencia arraigada de que los mismos son cercanos a la caridad, dirigidos únicamente a sectores desprotegidos, y realizables a la luz de las posibilidades de los Estados, es decir son más bien considerados como normas programáticas.

Sobre la falta de exigibilidad de los derechos sociales Carlos Miguel Herrera señala que en primer término la teoría que fundamentó los derechos sociales analizada desde la constitución de Weimar de 1919 era carente de un significado constitucional específico, pues se consideraba que únicamente contenían premisas, indicaciones o directivas dirigidas al legislador, quien sobre una base discrecional los podría traducir en preceptos legislativos, lo que los convertía en meros derechos legales, configurables en derechos únicamente en razón a una ley ordinaria.⁶⁸

Considera que otra concepción adoptada a partir de esa constitución fue la de los derechos sociales como normas de principio, que obligan al legislador ordinario a desarrollarlas, puesto que ellas son jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales establecidos.⁶⁹

En ambos casos el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de Weimar de 1919, se trató de un reconocimiento de los derechos sociales esencialmente político constitucional, en vez de jurídico constitucional, con lo cual se negaba que estos estuvieran en el mismo plano de los derechos de libertad clásicos.⁷⁰

En la misma tónica pero frente al caso mexicano, la Constitución de 1917 estableció el derecho al trabajo, el derecho a la educación y la limitación a la propiedad privada por el interés público.

Al respecto señalan Miguel Carbonell y Juan Antonio Cruz Parceró que su instauración fue desafortunada, pues la mayoría de los derechos sociales no consistieron en la imposición de deberes a los órganos estatales (a excepción del derecho a la educación). Lo anterior debido a que no se establecieron obligaciones de prestación en favor de las personas, sino más bien

⁶⁸ HERRERA, Carlos Miguel (2008), *óp. cit.*, nota 57, Cap. III, P. 4-6

⁶⁹ *Ibidem*, Cap. III, p. 6

⁷⁰ *Ibidem*, Cap. III, p. 9

una serie de limitantes en contra de particulares (iglesia, latifundistas y patrones), ello partiendo de la idea de la función del Estado como mediador en las relaciones entre particulares, por lo cual estos derechos no podían ser reclamables mediante el juicio de amparo.⁷¹

Así, podemos ver que el constitucionalismo social mexicano en la constitución de 1917, estableció ciertas prerrogativas en materia social que no eran meramente derechos, puesto que no producían una obligación directa del Estado, sino más bien intentaron regular relaciones entre particulares.

El derecho a la educación en el artículo 3 de la Constitución original de 1917, si establecía obligaciones directas sobre el Estado mexicano, sin embargo, su establecimiento se entendía en la misma dinámica en la que venido siendo reconocidos estos derechos en el mundo occidental, es decir, su otorgamiento sujeto a los recursos del Estado, por ello los derechos sociales en México surgidos de la revolución son entendidos como *recomendaciones o programas que las autoridades deben ir observando tal como vayan pudiendo o que no deben violar de forma manifiesta y grosera*.⁷²

A diferencia del entendimiento de derechos sociales alemán en la constitución de 1919, como derechos legales que deberían ser desarrollados por el poder legislativo, en el caso de México en su constitución de 1917:

*el contenido de los derechos sociales no vincula a todas las autoridades, sino nada más a las de carácter administrativo, pues el legislador no está, por virtud de esos derechos, obligado a tomar ningún tipo de medida, ni tampoco los jueces, dentro de cuya esfera de competencia no se encuentra prácticamente ninguna atribución en materia de derecho a la vivienda o derecho a la educación.*⁷³

El reconocimiento de los derechos sociales en México como en el mundo ha sido gradual, y considerando que su establecimiento se ha dado dentro de un contexto de Estados Liberales,

⁷¹ CRUZ PARCERO, Juan Antonio; CARBONELL, Miguel (2009), “Derechos sociales”, en: *Diccionario de derecho constitucional*, ed. Porrúa, p. 503

⁷² *Ibidem*, p. 504

⁷³ CARBONELL, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, Ponencia presentada en agosto de 2005, durante el Seminario internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en las instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, p. 43

ello ha llevado a considerarlos no solo diferentes a los derechos y libertades clásicas, sino incluso contrarias a las mismas.

Esta inconciliabilidad de derechos liberales y clásicos reside en la aparente incompatibilidad de los principios de un Estado liberal (relacionado con la mínima intervención estatal,) y de un Estado social (mayor intervención estatal para impedir los abusos entre particulares).

Lo anterior debido a que las libertades clásicas mayormente exigen una actitud de respeto del Estado frente a los gobernados, mientras los derechos sociales exigen mayormente una intervención estatal para garantizar determinados servicios o prestaciones básicas de las personas como lo es la vivienda, la salud, la alimentación, el trabajo, entre otros.

Reflejo de la anterior inercia, es que luego de la segunda guerra mundial, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se daría un debate ideológico entre las naciones liberales y socialistas sobre la creación de un instrumento internacional vinculante que incluyera a ambas categorías de derechos, o que quedasen separadas en dos instrumentos distintos, finalmente los derechos civiles y políticos quedarían en un instrumento internacional mientras que los derechos económicos sociales y culturales quedarían separados en otro, reforzando así la idea de su diferenciación y abonando a la imposibilidad de exigibilidad directa de estos últimos.⁷⁴

Posterior al establecimiento de DESC en la constitución mexicana de 1917, José Ramón Cossío, identifica una segunda constitucionalización de los mismos a partir de los años 70's, que desde nuestra perspectiva seguía la tónica de mantener a los derechos sociales como normas programáticas de segunda categoría.

Hay una segunda generación de los derechos sociales que requiere el ejercicio de prestaciones materiales a cargo del gobierno. Cuando el Estado, en cumplimiento a lo prescrito por el artículo 4o. constitucional determina que debe dar vivienda, que debe establecer un derecho a la salud, o que hay un derecho al medio ambiente. De esta forma, el Estado debe

⁷⁴ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2015), "Derechos sociales", en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen dos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713, México, p. 1682

*destinar recursos a dichos fines ya que la satisfacción de esos derechos conlleva el otorgamiento de prestaciones materiales.*⁷⁵

Sin embargo, podemos encontrar aún más recientemente, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, una nueva oleada de constitucionalización de los derechos sociales en el continente americano, mediante la cual estos se incorporan ahora sí como derechos fundamentales en el continente americano.

*Numerosas constituciones latinoamericanas y de Europa del Este luego de la caída de los regímenes militares y de la disolución de la Unión Soviética, otorgan a los derechos sociales un estatus jurídico equivalente a los derechos de libertad. Sucesivas reformas constitucionales en Latinoamérica – Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) – y en Europa Oriental reconocen implícitamente derechos sociales fundamentales.*⁷⁶

En el caso de México con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se reconocen los derechos humanos establecidos en la constitución y en tratados internacionales ratificados por el Estado, entre los cuales se encuentran algunos de importancia en materia de derechos sociales como son el Protocolo Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador".

A pesar de lo anterior, es importante que estos derechos no solo se encuentren debidamente establecidos en los textos constitucionales, sino que en la práctica este reconocimiento se vea reflejado en una exigibilidad y justiciabilidad directa de los mismos. No es pues, la lucha contemporánea por los derechos sociales una lucha de reconocimientos, sino de eficacias.

Al respecto, Rodolfo Arango ha señalado que la comprensión de los derechos sociales en la actualidad ha quedado atrapada entre dos significados:

⁷⁵ COSSIO, José Ramón (s.a.), “Problemas de la exigibilidad de los derechos sociales en México”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México [en línea], disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf>, p. 135

⁷⁶ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2015), *óp. cit.* nota 74, p. 1682

“para algunos se trata de verdaderos derechos universales –por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial) – con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa; para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. En el primer caso los derechos sociales son universales; en el segundo los titulares de prestaciones legales son los miembros de la sociedad nacional, lo que excluye a los extraños o a los que pueden satisfacer ellos mismos sus necesidades. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su concepto, fundamento y exigibilidad.”⁷⁷

Habida cuenta del surgimiento accidentado de los derechos sociales, se considera que muchas de las creencias adoptadas durante el surgimiento, legalización y constitucionalización de estos derechos, siguen teniendo un grave efecto sobre su comprensión contemporánea.

Derivado de lo anterior, se desarrollarán los que se consideran los principales obstáculos que atraviesan los derechos sociales para ser exigibles en la actualidad, dentro de los cuales se buscará analizar ¿De qué forma el papel de los jueces en el constitucionalismo contemporáneo, puede o no abonar a la justiciabilidad de los derechos sociales?:

- a) La estructura de los derechos sociales.
- b) La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías
- c) Desvinculación de derechos sociales y el Estado.
- d) Barreras ideológicas
- e) Obstáculos presupuestales (postura contrademocrática).

⁷⁷ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2015), *óp. cit.* nota 74. p. 1684

II.- Argumentos contra la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz del Neoconstitucionalismo.

1.- La estructura e indeterminación de los derechos sociales

La primera crítica de los derechos sociales obedece a su naturaleza como derechos concebidos de forma diferenciada u opuesta a los civiles y políticos, y por lo tanto ambos cuentan con una naturaleza diferente, misma que tiene implicaciones posteriores en su exigibilidad.⁷⁸

Sobre este tema señala Prieto Sanchís que: *la vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional, y precisamente, si el Estado existe, es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos.*⁷⁹

Uno de los puntos para sostener esta afirmación es el argumento de que los derechos civiles y políticos exigen obligaciones negativas o de abstención para el Estado, mientras que los derechos sociales exigen obligaciones positivas o prestaciones, que en la mayoría de los casos deben erogarse con los recursos públicos.

Esta línea de pensamiento, lleva a considerar que los derechos clásicos se agotan con una simple abstención por parte del Estado frente a la esfera jurídica de los gobernados, ya sea sobre su vida, libertad o propiedades, siendo estos por antonomasia los derechos oponibles al Estado, no así los sociales que exigen prestaciones y servicios públicos con cargo al Estado y por lo tanto a sus recursos.

Este tema ha sido ampliamente abordado por diversos autores de literatura especializada sobre derechos sociales⁸⁰ de la cual se advierte que la diferencia entre derechos civiles y

⁷⁸ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid, p. 21

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 19

⁸⁰ Cfr. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2009), *óp. cit.*, nota 59, passim; CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en: *Derechos sociales y derechos de las*

políticos y los económicos, sociales y culturales, es una diferencia de grados, no así una diferencia natural o radical.

Sobre esto Prieto Sanchís ha vertido tres argumentos de gran importancia⁸¹, que son:

1.- Aunque los derechos sociales tienen una vocación sobre prestaciones por parte del Estado, lo cierto es que no todos los derechos sociales requieren de una prestación, por ejemplo, algunos de los derechos laborales que únicamente exigen una abstención estatal como lo es la huelga o libertad sindical.

2.- En estricto sentido los derechos que implican prestaciones o erogaciones por parte del Estado son la gran mayoría, incluyendo a los civiles y políticos como el acceso a una defensa jurídica o la protección administrativa, puesto que ellos también requieren de prestaciones valuales en dinero, pudiendo ser considerados también como derechos prestacionales.

3.- Las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables para cualquiera de los fines del Estado, por lo tanto se exige la existencia de una organización estatal previa que permita garantizar cualquier derecho.

Por lo tanto, el problema de la estructura de los derechos sociales, en realidad no es de todos los derechos sociales, pues existen algunos que se agotan con una simple abstención del Estado, como la abstención del Estado de dañar la salud de las personas, además de que es una estructura que presentan muchos de los derechos civiles y políticos, por ende, esta estructura aparentemente problemática no es exclusiva de derechos sociales sino de derechos con una vocación prestacional sean sociales o civiles y políticos.

Uno de los extremos de esta postura es el denominado argumento de la irreconciliabilidad de los derechos sociales con derechos individuales, a partir del cual, por ejemplo, se ve el cobro de impuestos para la redistribución como una injerencia arbitraria del Estado y contraria a la libre disposición de bienes.⁸²

minorías, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, *passim*; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), *óp. cit.*, nota 78, *passim*; PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), *óp. cit.* nota 79, *passim*.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), *óp. cit.* nota 79, p.p. 20-22

⁸² CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, P. 109

Sobre este tema Rodolfo Arango reconoce que uno de los problemas actuales de los derechos sociales sigue siendo *la negativa a reconocer el igual estatus de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) frente a los derechos civiles y políticos (DCP)*.⁸³

*Mientras que los derechos civiles y políticos son reconocidos como fundamentales en cabeza de los nacionales con ciertos privilegios (clase burguesa), los derechos sociales son degradados a meras aspiraciones del proletariado (clase proletaria), que deben conquistarse en la arena política y recibir consagración legal como derechos de desarrollo progresivo, no exigibles directamente ante los jueces.*⁸⁴

Aunque este mismo autor reconoce que esta división ha sido aclarada y prohibida en el derecho internacional de los derechos humanos, aún hace falta que se tenga eco en la práctica nacional, puesto que no solo se requiere su superación en la teoría o en el derecho internacional, sino en la práctica cotidiana de la justiciabilidad de los derechos.

Este argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales señala que existe una dificultad intrínseca a la hora de determinar el alcance y contenido de un derecho social, lo que a su vez dificulta identificar cuando hay una violación a dichos derechos y determinar la medida en que ellas podrían repararse.

Así, la falta de determinación del alcance y contenido de algunos derechos sociales ha sido utilizada para omitir la judicialización de la mayoría de ellos, es decir, se ha concebido que su determinación debe ser en sede legislativa, siendo este poder el encargado de definir el alcance y contenido de los derechos sociales en normas de menor jerarquía, lo que resulta problemático al convertir a los derechos sociales en derechos legales, supeditados a la actividad legislativa.

Juan Antonio Cruz Parceró señaló que toda vez que el contenido y alcance de la mayoría de los derechos sociales es muy impreciso, se ha puesto en duda la capacidad del juez de determinar su contenido, sin embargo, esta tesis no resulta muy fuerte por no ser una

⁸³ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2009), *óp. cit.*, nota 59, p. 5.

⁸⁴ *Ídem.*

característica exclusiva de los derechos sociales además de que este problema no es una rareza para la jurisprudencia.⁸⁵

Además Nuria González y Odalinda Chávez señalan que la indeterminación de los derechos civiles y políticos no ha sido factor para dejar de ser exigibles vía jurisdiccional, por lo tanto, no debería ser un factor en la justiciabilidad de los derechos sociales:

En los tratados internacionales hay algunas disposiciones jurídicas de justiciabilidad incuestionable que son imprecisos, por ejemplo el artículo 7o. del PIDCP prohíbe la tortura y los tratos crueles e inhumanos, mas no aclara el contenido; sin embargo, la legislación, la jurisprudencia tanto nacional como internacional, así como los aportes doctrinales han contribuido a precisarlos semánticamente.⁸⁶

A pesar de lo anterior, se considera que la indeterminación de los derechos sociales sigue minando su justiciabilidad, debido a que aunque en la academia es un problema ampliamente revisado, en la práctica nacional sigue permeando en la actuación de los jueces y los practicantes del derecho.

Probablemente por ello es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Observaciones finales realizadas al Estado mexicano en 2018, mostró su preocupación por la falta de una cultura sobre jurídica de exigencia de estos derechos, recomendando lo siguiente al Estado:

[...]le alienta a llevar a cabo capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso y otros actores, sobre el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, y a llevar a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los derechos.⁸⁷

⁸⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, p. 108

⁸⁶GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y CHÁVEZ SÁNCHEZ, Odalinda (2008); “Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos sociales”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, p. 140.

⁸⁷ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS (2018), Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, Adoptadas por el Comité en su sexagésimo tercero período de sesiones (12 - 29 de marzo 2018), Párr. 6

Sobre esta estructura con vocación prestacional de los derechos sociales y la indeterminación de algunos de ellos, se considera que el papel de la judicatura para garantizar su goce y ejercicio puede ser en primer término recordar que en el Estado constitucional, los derechos establecidos en la Carta Magna adoptan una cualidad de supremacía constitucional y un carácter normativo.

Lo anterior implica que todos los derechos fundamentales, incluyendo los sociales deben informar todo el ordenamiento normativo, de forma que se busque maximizar su eficacia y prevalencia en todos los actos y normas de los tres poderes públicos vendría a ser una tarea del poder judicial.

Así, el trabajo de los jueces en el Estado constitucional frente a la indeterminación de los derechos sociales, exige en primer lugar verificar que se trate efectivamente de un derecho social indeterminado, no así de un derecho social que pueda ser cumplido a través de una abstención de parte del Estado, como la obligación del Estado de no lesionar la salud de determinadas personas.

En segundo lugar si se tratase de un derecho indeterminado, se vería compelido a adoptar la interpretación del alcance y contenido de los derechos que no estén claramente definidos en cada caso concreto.

Ello implica, por ejemplo, la determinación de la prestación que ha de ser proporcionada para dar cumplimiento al derecho fundamental, así como, la determinación de bajo qué condiciones se estaría vulnerando ese derecho en el caso concreto, ello cumpliría con su proyección en la ley o acto reclamado.

Al respecto de la determinación del alcance y contenido de los derechos económicos sociales y culturales, es importante recordar que recientemente han sido elaborados algunos elementos que son de utilidad para determinar el alcance y contenido de los mismos, sobre los cuales puede apoyarse la judicatura.

Sirve de ejemplo la Observación general no. 13 del Comité DESC sobre el derecho a la educación, en la cual se señala que la educación en todas sus formas deberá reunir las siguientes cuatro características interrelacionadas, que deberán analizarse a la luz de las condiciones que imperen en el Estado de que se trate:

Disponibilidad; Accesibilidad (No discriminación, accesibilidad material, accesibilidad económica); Aceptabilidad; y Adaptabilidad.

Véase también la Observación general no. 15 del mismo Comité sobre el derecho al agua, donde se hace mención a los siguientes factores para el adecuado ejercicio del mismo:

- a) Disponibilidad; b) calidad; c) accesibilidad (accesibilidad física, accesibilidad económica, no discriminación y acceso a la información).

Se considera que de no ser así, se estaría cayendo en la postura de derechos sociales como normas programáticas, pues no se le estaría otorgando el valor vinculante a los mismos, dejando al arbitrio del poder legislativo su futuro desarrollo, lo que a su vez le hace nugatoria la vinculatoriedad de los derechos frente al legislativo, convirtiéndose más bien en una facultad legislativa.

2.- La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías

Otro argumento que recae en contra del reconocimiento de los DESC como derechos y refuerza su consideración como normas programáticas, es lo relativo a la confusión o fusión de los conceptos de norma y garantía jurisdiccional.

En este sentido se ha venido considerando que los DESC no son derechos debido a que no es posible exigirlos jurídicamente frente a un juez, lo que implica que al ser una característica de los derechos, el poder exigirlos judicialmente, aquellos que no cuentan con una garantía jurisdiccional directa no tienen tal calidad, como si la declaración de derecho y la garantía fueran requisitos sine qua non de la validez de un derecho fundamental.

Lo anterior sucede cuando analizamos la validez de los derechos sociales a la luz del concepto de derechos subjetivos públicos de Kelsen, concepto *identificado desde un sentido técnico con la acción o facultad del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa.*⁸⁸

Este fenómeno ha sido identificado con claridad por Luigi Ferrajoli como la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, a través de la cual se ha buscado:

⁸⁸ CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, p. 92

*negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación.*⁸⁹

Esta tesis de la distinción también implica que en materia de los derechos sociales, no debe ponerse en duda su estatus de derechos por la ausencia de una garantía jurisdiccional para su exigibilidad, sino al contrario, debe darse el pleno reconocimiento de los derechos sociales y pugnar porque se generen los mecanismos necesarios para hacerlos exigibles.

De una lectura de lo anterior a la luz del neoconstitucionalismo descrito en el capítulo primero, se señala que precisamente el carácter normativo de la Constitución, que le proporciona un valor intrínseco a la misma, exige una interpretación constitucionalizante de sus derechos fundamentales, por lo anterior, la consideración de que la vinculatoriedad de los derechos sociales dependa de una condición adicional a su establecimiento en la Carta Magna, no se valora como compatible con el constitucionalismo.

Se considera que esta condicionante sobre la vinculatoriedad de derechos sociales fundamentales no es compatible con lo que Paolo Comanducci señala como el neoconstitucionalismo ideológico, que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, de la siguiente forma:

*[el neoconstitucionalismo ideológico] En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales [...] subraya la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.*⁹⁰

En vista del cambio de acentuación que impone el neoconstitucionalismo descrito, se considera que la falta de garantías jurisdiccionales para la exigibilidad de derechos sociales

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi (2010), “Derechos Fundamentales”, en: *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*, Ed. Trotta, Séptima edición, p. 43

⁹⁰ COMANDUCCI, Paolo (2009), “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, pág. 96

fundamentales, nunca pondría en tela de juicio su calidad normativa constitucional, sino al contrario impulsaría la construcción de vías para la concreción en sede jurisdiccional de esos derechos.

En adición a lo anterior, se recuerda que este fenómeno jurídico tiene como una de sus principales un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, mismo que exigiría el desarrollo y/o adecuación de mecanismos jurídicos para dar solvencia a este proceso.

3.- Desvinculación de derechos sociales y el Estado

En primer término es importante recordar que desde las primeras normas que constituyen antecedentes de los derechos sociales, se observó que estos han sido tradicionalmente relacionados con la caridad y buena voluntad de las personas, para proporcionar a otras determinados servicios como alimentación, medicación y asistencia social, entre otros, lo cual facilita su vinculación más con deberes morales entre particulares que con su verdadero reconocimiento como derechos humanos.

Desde nuestro punto de vista no es una idea superada totalmente, quedando aún remanentes de estos prejuicios en el entendimiento de derechos sociales fundamentales y su plena vinculatoriedad frente al Estado, quedando al arbitrio de políticas públicas asistencialistas o paternalistas.⁹¹

El concepto de derechos subjetivos sigue vinculado a las tradicionales teorías de la voluntad y del interés. Frente a tal realidad teórica es necesario abstraerse más para definir el concepto de derechos subjetivos de forma tal que sean entendidos como posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a dicho sujeto.⁹²

⁹¹ Algunas ideas en este sentido fueron presentadas aún por algunas Delegaciones en el Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, del 15 de marzo de 2004.

⁹² ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2009), *óp. cit.*, nota 59, p. 5.

En este sentido, la relación de los derechos sociales con una obligación ajena al Estado lleva a reforzar la idea de que no se trata de verdaderos derechos fundamentales, y de que su falta de proveimiento no se configura en una violación a derechos humanos de las personas, lo que lleva a considerarse en el mejor de los casos en la falta de solidaridad o caridad para con las personas que no logran acceder a los mismos, quedando fuera de la fórmula de los derechos sociales el Estado.

Por ejemplo, sobre la descolocación de las obligaciones de los derechos sociales en México, señala Cruz Parcero que efectivamente desde el establecimiento inicial de los derechos sociales en la constitución de 1917, estos estuvieron muy vinculados a los ideales de la revolución, pasando por alto el establecimiento de obligaciones oponibles al Estado para su garantía y limitándose únicamente a tutelarlas a través de prohibiciones a particulares como lo fueron la iglesia, los latifundistas o los patrones.⁹³

Esta interpretación o entendimiento de los derechos sociales es comprensible dentro del Estado de derecho liberal, donde, como se anotó anteriormente los derechos validos son los derechos civiles y políticos⁹⁴, sin embargo, esta postura parece tener gran influencia aún en la actualidad, donde el debate persiste sobre cuál es la verdadera vocación del Estado, si un Estado mínimo que interfiera en lo mínimo dentro de la vida de las personas, o un Estado social, donde se exige una intervención mayor para garantizar mínimos vitales a todas las personas.

Otro aspecto que refuerza el distanciamiento entre los derechos sociales y las obligaciones de los Estados, es un tema técnico claramente identificado por Luis Prieto Sanchís, quien señala la dificultad de identificar con claridad las obligaciones que derivan de los derechos sociales.

Tal vez sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos

⁹³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80. p. 88

⁹⁴ ATRIA, Fernando (2004), “¿Existen los derechos sociales?”, en: *Revista Discusiones*. Núm. 4, p. 16-20.

*requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad inmediata, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.*⁹⁵

Así las cuestiones técnicas necesarias para que el Estado pueda estar en condiciones de garantizar un derecho prestacional, pueden dificultar la identificación de los funcionarios públicos que han sido omisos, puesto que en la planificación previa intervienen infinidad de funcionarios, lo que se considera colabora a generar un contexto de vaguedad frente a su exigibilidad.

Frente a la desvinculación de los derechos frente al Estado a causa de los prejuicios que aun arrastran sobre su imposible indeterminación y exigibilidad como derechos, se considera que los derechos sociales que se encuentren positivizados en los textos constitucionales, tendrán un verdadero reconocimiento como posiciones de derecho de los particulares frente al Estado.

Lo anterior, en primer lugar gracias a la supremacía y adopción del texto constitucional como norma materialmente vinculante que debe informar a todo el ordenamiento normativo, en segundo lugar, se considera que el surgimiento de peculiaridades en la interpretación constitucional a partir de su concepción como normas y principios a desarrollar, abre mayores posibilidades para que los jueces puedan interpretar el alcance y contenido de los derechos sociales en los casos concretos.

Se considera que frente a esta desvinculación entre derechos sociales y el Estado, el principal factor a favor será el carácter material y abierto de las normas constitucionales, que en el caso de estos derechos clarifican la existencia de una relación o posición de los particulares frente al Estado.

4.- Barreras ideológicas

Las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos y su repercusión en la práctica jurídica sobre los derechos sociales.

⁹⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, p. 25.

Es necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales, que debe ser reemplazada por una teoría social de los derechos, construida a partir de la reflexión crítica del discurso de los derechos.

A partir de una concepción integrada de los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los Derechos Civiles y Políticos en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC (también designados como DESCAs cuando incluyen los derechos ambientales).⁹⁶

Sobre este tema señalan Christian Courtis y Victor Abramovich que las distinciones realizadas entre DESC y DCP se realizan con una visión del funcionamiento del Estado muy particular, la del estado decimonónico o estado mínimo, que únicamente se encarga de la justicia, la seguridad y la defensa.⁹⁷

En este sentido se ha pronunciado Fernando Atria quien sostiene que la vocación de los derechos fundamentales proviene de la visión del Estado liberal, de la cual únicamente es dable reconocer como derechos aquellos previos a la unión de las personas libres en una sociedad política.

*En la visión liberal son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El estado es utilizado como un instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales.*⁹⁸

Así los verdaderos derechos son aquellos derechos naturales que ya lo eran previamente a que las personas se unieran en una comunidad política, reuniéndose únicamente con el objeto de preservar aquellas y sin importar el medio o contexto en que se desenvuelvan

⁹⁶ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, (2009), *óp. cit.*, nota 59, p. 5.

⁹⁷ ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), *óp. cit.*, nota 78, p. 23.

⁹⁸ ATRIA, Fernando (2004), *óp. cit.*, nota 94, p. 18

posteriormente en esa unión política, lo que nos deja ver que aún en el plano académico persiste en cierto grado una aproximación decimonónica a los derechos fundamentales.

Tal vez otra evidencia de la persistencia de la ideología liberal sobre los derechos, es que la mayoría de los casos que se ventilan en los tribunales nacionales e incluso en el sistema interamericano son relativos a los DCP, no así sobre los DESC.

Nos encontramos frente a un problema muy importante: no tenemos una cultura jurídica que nos esté llevando a planteamientos en términos de derechos sociales en las jurisdicciones nacionales para empezar, y desde éstas, una vez satisfecho este requisito de accesibilidad, al sistema interamericano. El problema se caracteriza, desde mi punto de vista, a partir del entendimiento que tenemos de los derechos sociales, esto es, como normas programáticas.⁹⁹

Esta ideología de los derechos sociales como normas programáticas sigue vigente sobre todo en el ámbito de la práctica jurídica, ello a pesar de que en el ámbito académico ya hay grandes avances para la concepción de estos derechos como derechos fundamentales, avances que parecen no permear en la práctica jurídica.

Desde un principio hemos expresado que el desarrollo que han tenido los DESC ha sido más retórico que aplicativo. Hasta ahora los agentes involucrados en el sistema institucional de justicia han mantenido una actuación reservada, sigilo que se manifiesta en las academias, con los abogados postulantes y permea en la actuación del Poder Judicial.¹⁰⁰

En el caso de México, esta falta de cultura legal sobre la justiciabilidad de los derechos sociales tanto ha sido observada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al recomendar al Estado Mexicano lo siguiente para promoverlos dentro de la cultura jurídica nacional.

alienta a llevar a cabo capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso y otros actores, sobre

⁹⁹ COSSIO, José Ramón (s.a.), *óp cit.*, nota 75, p. 131

¹⁰⁰ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y CHÁVEZ SÁNCHEZ Odalinda (2008), *óp. cit.*, nota 84, p. 134

*el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, y a llevar a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los derechos.*¹⁰¹

En relación a las barreras ideológicas que enlazan la vinculatoriedad de los derechos fundamentales con su concordancia frente al Estado Liberal y sus valores, como la mínima intervención y el Estado mínimo, se considera que precisamente estas tienen su asidero en la vinculación derechos – Estado liberal, sin embargo, se advierte que el Estado constitucional plantea una nueva relación entre el Estado y los derechos, que precisamente ha buscado ser analizada por el neoconstitucionalismo.

En esta nueva forma de constitucionalismo, se advierte que todas las normas establecidas en la carta magna adquieren un valor material, entre las cuales encontramos derechos sociales, mismas que adquieren una superioridad jerárquica y que se ven al igual que los demás derechos en un proceso de constitucionización.

Precisamente el neoconstitucionalismo como ideología descrito por Paolo Comanducci señala que este pone en primer término la garantía de los derechos fundamentales, con lo cual encontramos una disonancia entre la plena vinculación de derechos fundamentales civiles y políticos y la vinculatoriedad material de todas las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran los derechos sociales.

En relación a ello, para el constitucionalismo contemporáneo se puede señalar que todos los derechos fundamentales son vinculantes para el Estado, incluso exigiendo la maximización de su garantía.

5.- Postura anti democrática

Uno de los grandes obstáculos de los derechos sociales es el relativo a la fuerte relación que existe entre la satisfacción los derechos económicos, sociales y culturales, y la disposición de recursos presupuestales a través de políticas públicas, esta relación hace a su vez

¹⁰¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, *óp. cit.*, nota 87, párr. 6.

problemática la incursión del poder judicial en temas que involucran derechos sociales pues al tiempo incursionaría en materias tradicionalmente consideradas políticas.

Por lo anterior, se ha considerado que el poder judicial es el menos indicado para adoptar decisiones sobre la disposición de recursos presupuestales, puesto que podría estar invadiendo esferas de actuación de los otros poderes, a saber la aprobación de presupuestos y el establecimiento de políticas públicas.

Este dilema ha sido identificado por Luis Prieto Sanchís de la siguiente forma:

En el fondo es un problema de límites: hasta donde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución por supuesto).¹⁰²

Sobre esta parte señalan algunos autores como Rodrigo Uprimny y Leonardo García¹⁰³ Jaramillo, la incidencia cada vez mayor en Latinoamérica de un fenómeno denominado la judicialización de la política, en la cual se puede ver cada vez más a tribunales pronunciarse sobre “materias que, en un principio corresponderían a los órganos democráticamente elegidos como el gobierno y el Congreso.”¹⁰⁴

En este mismo sentido señala que la relación entre el ámbito de actuación entre la justicia y la política no está rigurosamente definida:

Sería seguramente erróneo pensar que en el ámbito de lo innegociable y en el ámbito de lo político es posible trazar una frontera material nítida y rigurosa; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros

¹⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), *óp. cit.*, nota 79, p. 62

¹⁰³ UPRIMNY, Rodrigo (2011), en: Rachel Sieder, y otros, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, México, p. 13; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), *óp. cit.*, nota 2, p. 23

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 23

*pertenecen principalmente al capítulo de la política, pero ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto ausente del segundo.*¹⁰⁵

Así, aunque no de más indicios sobre como determinar hasta donde llega la competencia política o justiciable, es claro que esta relación es más bien una relación flexible puesto que como señala el mismo Prieto Sanchís:

*Suponer que hay “materias” de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático, pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional, por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos pensar en círculos de competencia.*¹⁰⁶

En este sentido también Robert Alexy señala que el principio de división de poderes no es invencible, y habrá ocasiones en que un derecho fundamental restrinja la competencia del legislador porque los derechos sociales son considerados como elementos esenciales para que las personas puedan llevar una vida digna y porque su satisfacción no puede dejarse a la autorregulación del mercado.

*Este principio de la división de poderes (que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento) no justifica inferir la inexistencia de derechos sociales y su fuerza como principio no es ilimitada, no es un principio absoluto. Los derechos tanto individuales como sociales pueden tener más peso sobre las razones de política financiera. En suma, todo derecho fundamental restringe la competencia del legislador, y a menudo afecta su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.*¹⁰⁷

¹⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), *óp. cit.* nota 79, p. 61.

¹⁰⁶ *Ídem.*

¹⁰⁷ ALEXY, Robert (2007), “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro De Estudios Politicos Y Constitucionales, p. 491; CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, p. 108

Desde nuestro punto de vista la distinción de los asuntos políticos, que constituyen un coto vedado para la judicatura, se trata de una separación cada vez más endeble para permitir cada vez más la participación en algún grado del poder judicial, al menos en relación a la determinación de derechos fundamentales.

Frente a lo anterior, se valora el especial papel que adquieren los jueces en el Estado constitucional, quienes son el poder político que adquiere mayor terreno en su ámbito de actuación derivado del proceso de constitucionalización de las normas fundamentales, es decir, el poder judicial se fortalece en sus facultades de control de actos y normas provenientes de los otros poderes.

En palabras de Gustavo Zagrebelsky se vuelven *garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia*.¹⁰⁸

Como se anotó anteriormente los neoconstitucionalismos ponen como su primer objetivo la realización de los derechos fundamentales, dejando en un segundo término la limitación del poder, se considera que a partir de esta noción se brinda de un verdadero carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales, reduciendo la discrecionalidad del poder legislativo y ejecutivo frente a su exigibilidad.

En este sentido los derechos sociales, que anteriormente podían ser configurados únicamente a través de la ley elaborada por el poder legislativo, veían sometida su vinculatoriedad y exigibilidad a la voluntad política de los legisladores, haciendo nugatorio su carácter fundamental.

En relación a lo anterior, y tomando en cuenta la centralidad de exigibilidad de los derechos en los neoconstitucionalismos, incluso por encima del control entre los poderes, se advierte un fortalecimiento en su reconocimiento como derechos fundamentales y en la obligación de los jueces de adoptar resoluciones que los hagan justiciables en los casos concretos, dejando en un segundo término la hasta ahora vigente discusión sobre el coto vedado del poder judicial frente a asuntos de carácter político.

¹⁰⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), *óp. cit.*, nota 2. P. 153

CAPÍTULO III

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CANON NEOCONSTITUCIONAL EN LA RESOLUCIÓN SOBRE DERECHOS SOCIALES

I.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal de Constitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el tribunal de constitucionalidad de mayor jerarquía en México, además de encabezar al poder judicial, ha sido una institución de justicia moldeada a través del influjo de la influencia estadounidense, *como un contrapeso al poder político. Guardián de los derechos de los gobernados frente a los excesos del gobierno, de las minorías frente a las mayorías; garante último de la vigencia de la ley frente a la política.*¹⁰⁹

De conformidad con Karina Ansolabehere, un poder judicial concebido de acuerdo a este modelo se distingue *por poseer funciones de guardián de la constitución y la ley frente al gobierno y por considerar que la función de juzgar debe desempeñarse por sujetos capacitados (en la ciencia del derecho) y aislados del poder político y de la sociedad.*¹¹⁰

Al respecto de la instauración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interior del poder judicial del Estado, podemos comenzar señalando que en la exposición de motivos de la Constitución Federal de 1917 se acarrea frente a la judicatura un sentimiento de desconfianza y resentimiento:

Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

¹⁰⁹ ANSOLABEHERE, Karina (2007), “La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México”, Ed. Fontamara. p. 97

¹¹⁰ *Ídem.*

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra las personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

111

Ello da evidencia de que el poder judicial desde los orígenes de nuestra carta magna fue configurado, tal vez, como el poder con menor relevancia constitucional y política en 1917. Para Mario Melgar Adalid el discreto papel ocupado por el máximo tribunal nacional puede ser explicado por el exacerbado presidencialismo en el contexto mexicano.¹¹²

Para Karina Ansolabehere, el presidencialismo como construcción política a partir de 1933, con 70 años de duración, así como los cambios constantes a la normativa constitucional del poder judicial (inestabilidad normativa), son los factores que han caracterizado el desarrollo del poder judicial y su Suprema Corte en México.¹¹³

Derivado del análisis de los cambios en la normativa constitucional del poder judicial, Karina Ansolabehere¹¹⁴ considera que se pueden clasificar en los siguientes periodos:

- Primer periodo de 1917 a 1950 relativo a la configuración de la relación entre Suprema Corte y Poder político, en que se transforma el diseño institucional, durante el cual se presentaron principalmente cambios respecto del número, requisitos de selección, forma de designación y privación del cargo de Ministros.
- El segundo periodo de 1951 a 1993 relativo a la jerarquización de la Corte en el ordenamiento judicial, *se distingue por el impulso de reformas referidas a las competencias de la Corte Suprema de Justicia en particular y a los procedimientos de administración de justicia en general.*¹¹⁵

¹¹¹ CONGRESO CONSTITUYENTE (1916), “Diario de los debates, sesión inaugural”, Querétaro 1 de diciembre de 1916.

¹¹² MELGAR ADALID, Mario (2004), “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, Cuestiones Constitucionales, núm. 11 julio-diciembre.

ANSOLABEHHERE, Karina (2007), *óp. cit.* nota 109, p.p. 111-112

¹¹⁴ *Ibidem.*, p. 111-123.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 113

- El tercer periodo comprende desde 1987 hasta la actualidad, dentro del cual podemos encontrar reformas refundacionales de la relación entre el poder judicial y el poder político.

Al respecto del tercer periodo señala Ansolabehere lo siguiente:

Por una parte se fortaleció la capacidad de la Suprema Corte de Justicia sobre el control de constitucionalidad en un intento por reestablecer la “supremacía constitucional” sobre la “supremacía presidencial” en un momento de apertura política que derivó en la alternancia en la presidencia de 2000; por otra parte, se revisó la distribución de competencias en el interior de los órganos del Poder Judicial, se crearon nuevos órganos y se buscó mejorar los procesos de capacitación y selección de jueces, magistrados y funcionarios.¹¹⁶

Las reformas más importantes que se presentaron en este periodo fueron la de 1994 que en palabras de Héctor Fix Fierro *significaron la aproximación de la Suprema Corte al modelo de tribunal constitucional europeo aunque sin perder algunas importantes competencias como tribunal supremo ordinario y cabeza del Poder Judicial de la Federación.*¹¹⁷

En este sentido se advierte que el modelo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el de un tribunal ordinario de cierre, que encabeza a todo el poder judicial, mientras que recientemente se busca orientarlo como un tribunal que permita asegurar la supremacía constitucional, es decir, un tribunal de constitucionalidad, por ende se trata de un tribunal mixto, con competencias sustantivas y constitucionales.

Entre los elementos más importantes a destacar de esta reforma se encuentra la creación del mecanismo de acciones de inconstitucionalidad como un mecanismo de competencia exclusiva de la Corte, así como la ampliación y fortalecimiento de Controversias constitucionales.

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 115 y 116.

¹¹⁷ FIX FIERRO, Héctor, “El poder judicial (1975 – 2010)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [en línea] disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3068/4.pdf>, p. 42.

La reforma constitucional de 1996 reformó el artículo 94 constitucional, llevando al poder judicial a verse inmiscuido en relación a temas de materia electoral, en sentido contrario a una larga tradición constitucional sobre la no injerencia de este poder en esa materia.

Adicionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá desde entonces sobre la conformidad de normas electorales de carácter general con la Constitución, a través de las acciones de inconstitucionalidad,¹¹⁸ lo anterior implica una ampliación en la esfera de actuación de la Suprema Corte.

Más recientemente podemos hablar de reformas constitucionales en los años 2008 y 2011 que han cambiado el papel del poder judicial y la Suprema Corte en México. La primera de ellas se refiere a la reforma en materia del sistema penal adversarial, mientras que en 2011 hubo dos reformas de gran calado, una de ellas que modifica el juicio de amparo y la otra que establece los tratados internacionales ratificados por México como parte de la Constitución en materia de derechos humanos, abriendo las fuentes del derecho constitucional.

Con motivo de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, se le otorga legitimación activa a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para ejercitar acciones de inconstitucionalidad contra leyes federales, y de las entidades federativas que sean contrarias a los derechos humanos, así como a los organismos de protección de los derechos humanos de cada Estado cuando se trate de normas estatales.

Habida cuenta del sumario recorrido realizado desde el establecimiento del poder judicial y la Suprema Corte dentro de la Constitución de 1917, y tomando en cuenta las modificaciones constitucionales que han venido modificando y moldeando la integración, designación, funcionamiento y competencia de ese tribunal supremo, es posible señalar que su incidencia como institución jurídica y política que encabeza al poder judicial ha ganado terreno, posicionándose como un tribunal con mayores competencias en materia de constitucionalidad e independencia.

Al respecto del fortalecimiento de la Suprema Corte en el tercer ciclo de análisis, Karina Ansolabehere ha señalado lo siguiente:

¹¹⁸ MELGAR ADALID, Mario (2004), *óp. cit.*, nota 112, p. 145.

[...] ha ganado poder tanto para la resolución del conflicto entre poderes, y también entre órganos autónomos y poderes, sino también para intervenir en materia de derechos humanos como podemos ver con la ampliación de sus facultades de intervención vía acción de inconstitucionalidad por solicitud de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o por vía de las nuevas disposiciones respecto del amparo.¹¹⁹

De lo anterior, se advierte que si bien esta Corte, no es un Tribunal Constitucional puro, que conozca únicamente de cuestiones sustantivas en relación a la interpretación de la Carta Magna, su perfil se ha inclinado mayormente hacia una institución de ese perfil, reforzando su competencia (política) para la resolución de conflicto entre autoridades a través de las controversias constitucionales, así como su competencia en materia de control de constitucionalidad sobre todo en materia de derechos humanos, a causa de la incorporación del parámetro de regularidad constitucional.

Se puede señalar entonces que se han ampliado los medios de control constitucional que tiene a disposición la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puesto que de conformidad con la constitución, algunos de ellos pueden ser accionados por una diversidad mayor de sujetos activos, además de que algunas materias como la electoral, ya no se encuentran del todo excluidas de su competencia, y que al menos, en materia de derechos humanos los derechos sustantivos son muchos más a partir de 2011.

Habida cuenta de la importancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el máximo tribunal constitucional en materia de derechos humanos, y de la reforma al artículo 1 de la Constitución federal que establece:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni

¹¹⁹ ANSOLABEHHERE, Karina (s.a.), Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México entre 2004 y 2014. Entre la legitimidad popular y la internacional., p. 10. [en línea] disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2016/SeminarioEJLatinoamericanos/mat/karina/Ansolabehere.pdf>

suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Este tribunal constituye entonces la cúspide del control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación.¹²⁰

Control concentrado que se realiza sobre la correspondencia de actos o normas de carácter general frente al denominado parámetro de control de regularidad constitucional, construido a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293 de 2013, en la cual se definió de la siguiente forma.

Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

En este sentido, el tribunal bajo análisis puede conocer y pronunciarse sobre el alcance y contenido de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se ubican los derechos sociales o derechos sociales prestacionales que son aquellos derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera los medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares.

Al respecto podemos hablar del derecho a la educación, la salud, vivienda, alimentación, seguridad social, establecidos en la constitución mexicana directamente y en diversos tratados internacionales de los cuales México es parte.

II.- Análisis jurisprudencial de resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Derechos Sociales.

¹²⁰ Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.) Décima Época, 2010143, Primera Sala, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, Pag. 1647, Tesis Aislada(Común)

Según el objeto de investigación de este trabajo, se analizarán resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno o en salas, mediante la cual se pronuncie sobre derechos sociales fundamentales de carácter prestacional.

Los casos elegidos, lo fueron porque en ellos se ventiló frente al Poder Judicial de la Federación la justiciabilidad de dos derechos económicos sociales y culturales, siendo el derecho a la vivienda y el derecho a la salud, además porque fueron promovidos a través de amparos en revisión y, luego atraídos y resueltos por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitiéndonos analizar su postura en relación a los derechos sociales y su justiciabilidad.

Análisis Jurídico estructural			
Ficha 1			
Expediente:	2441/2014.	Acción constitucional:	Amparo directo en revisión
Ponente:	Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo	Tribunal o sala:	Primera Sala SCJN
Hechos:			
<p>Deriva de una acción de rescisión de contrato de compraventa ejercida por la Comisión de Vivienda del Estado de Guanajuato, en su carácter de vendedora de una vivienda, en contra de una persona física que fue beneficiada con el otorgamiento de un subsidio y un crédito para la vivienda, con base en un programa local para dotar de vivienda digna a personas de escasos recursos.</p> <p>El contrato de compraventa prevé como causal de rescisión, el que el inmueble no se habite dentro de los 3 meses siguientes a su recepción por la parte compradora. En el juicio no quedó acreditado que la parte compradora, ahora quejosa, haya habitado el inmueble dentro de ese plazo de 3 meses.</p> <p>En su demanda de amparo, la quejosa adujo que la cláusula de rescisión en comento es contraria a su derecho a acceder a una vivienda digna, porque le obliga a habitar una</p>			

vivienda que no cumple con los requisitos mínimos de una vivienda adecuada, como lo es, que garantice la seguridad personal y física de sus ocupantes, ya que la zona en el que se encuentra la vivienda carece de los servicios públicos indispensables de seguridad, pues no pasan patrullas, lo que ocasiona que constantemente se cometan actos vandálicos, lo cual fue reconocido tanto por la Sala responsable, como por el Tribunal Colegiado del conocimiento.

Con motivo de lo anterior, señala la quejosa, se vio en la necesidad de bardear el inmueble y de poner barrotes en las ventanas y en las puertas, por lo que señala que no es razonable que se le obligue a habitarlo en un lapso de 3 meses a partir de su recepción, bajo la consigna de privarla del mismo en caso contrario, sin tomar en cuenta las circunstancias de inseguridad de la zona, las cuales son factores externos, ajenos a la quejosa, unos incluso “imputables al mismo acreedor”.

Agregó que en el momento en que celebró el contrato asumió la obligación de habitar el inmueble en el lapso señalado, dado que en ese momento no tenía conocimiento de la zona en que se le iba a dar su vivienda, ni de las condiciones de inseguridad existentes en la zona. De ahí que al obligarla a habitarla se le impone permanecer en un lugar en que su seguridad y la de sus hijos se encuentran en riesgo.

Problema Jurídico

La primera Sala se planteó ¿si “el derecho a una vivienda digna y decorosa o adecuada” comprende el que la vivienda tenga acceso a ciertos servicios públicos mínimos? y ¿si dentro de dichos servicios públicos debe incluirse alguno destinado a garantizar la seguridad de sus ocupantes?

Tipo de problema jurídico	Interpretación de derecho fundamental
Fuentes formales	Artículo 4 Constitucional
	Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos
	Artículo 11, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

	Artículo 2 de la Ley de Vivienda, reglamentaria del artículo 4° Constitucional
	Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
Jurisprudencia o criterios materiales citados.	Observación General N° 4, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas
	Amparo Directo en Revisión 3516/2013
Tesis 1.- Derecho a la vivienda digna no se agota con infraestructura básica, es necesario proveer servicios básicos.	
<p>No es correcto sostener que el derecho a una vivienda adecuada se agota en una infraestructura básica, ya que ésta de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos, como lo son, enunciativa y no limitativamente, iluminación pública, sistemas adecuados de alcantarillado y de evacuación de basura, transporte público, servicios de emergencia, acceso a medios de comunicación, servicios de seguridad y vigilancia, servicios de salud, escuelas y centros de trabajo a una distancia razonable.</p> <p>[...] no es posible afirmar que el Estado, cumple con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados, si pretende imponerles habitar una vivienda que no tiene acceso a servicios básicos.</p>	
Tesis 2.- Los servicios básicos necesarios para asegurar el derecho a la vida digna incluyen el derecho a la seguridad ciudadana.	
<p>El derecho a la vivienda adecuada es un derecho mínimo que debe garantizarse a todos los gobernados, y su objetivo es el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad, ya que persigue el que se brinde un espacio adecuado para el desarrollo de las personas y sus familias, en el que pueda haber cierta intimidad, y puedan aislarse de factores externos, es evidente que no puede considerarse una vivienda digna y decorosa aquella que no tenga acceso a servicios de seguridad ciudadana.</p>	

Ficha 2			
Expediente:	378/2014.	Acción constitucional:	Amparo en revisión
Ponente:	Ministro Alberto Pérez Dayán.	Tribunal o sala:	Segunda Sala de la SCJN
Hechos:			
<p>I. El treinta y uno de agosto de dos mil siete, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud llevó a cabo la Segunda Sesión Ordinaria del ejercicio dos mil siete, en la que, entre otras cuestiones, autorizó la solicitud del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, por un monto de \$ 61, 738, 445.00 –sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N.–, del Fondo de Protección Contra Gastos Catastróficos-Industria Tabacalera, para el desarrollo del proyecto “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”.</p> <p>De ahí que requieran de instalaciones que generen un balance entre la atención médica especializada y el control apropiado de los microorganismos, a través de los mecanismos de contención, pues las condiciones en que se está atendiendo a pacientes que se tienen que hospitalizar con VIH/SIDA "no son las apropiadas, de acuerdo a todos los lineamientos y entonces se requiere, desde luego, de una inversión de esta magnitud para adaptarlo a reglas o normas internacionales y además, independientemente de eso, proteger a los demás pacientes y proteger al personal".</p> <p>II. El veintitrés de junio de dos mil ocho, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud llevó a cabo la Primera Sesión Extraordinaria del Ejercicio dos mil ocho, en la que se analizó la solicitud del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, para sustituir el proyecto “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4” por el nuevo proyecto “Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea”, por el mismo monto autorizado de \$61’738,445.00 –sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos, 00/100 M.N.–.</p>			

Al respecto, el comité señaló que la modificación en comento atiende a que, derivado de la revisión y discusión del anteproyecto realizado con la empresa encargada del proyecto ejecutivo relativo a la “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4”, el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” decidió que resulta más conveniente la construcción de un nuevo pabellón, pues de lo contrario, tendrían que dejar de atender a los pacientes por un año para poder remodelar el área donde actualmente se les brinda atención médica. Empero, al desconocer si el nuevo proyecto, efectivamente, tendría el mismo coste que el diverso de remodelación y que no implicaba una mera modificación, se decidió someter la solicitud respectiva a una sesión posterior.

III. El tres de julio de dos mil ocho, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud celebró la Quinta Sesión Ordinaria Ejercicio dos mil ocho, en la que, por una parte, aprobó la cancelación del proyecto “Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4” autorizado por un monto de \$ 61, 738, 445.00 –sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N–, del Fondo de Protección Contra Gastos Catastróficos-Industria Tabacalera, y por otra, autorizó la aplicación de recursos por un monto de \$7’500,000.00 –siete millones quinientos mil pesos, 00/100 M.N–, únicamente para la elaboración del proyecto ejecutivo del proyecto "Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea", en el marco del anteproyecto preparado por la Dirección de Administración del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, cuyo presupuesto estimado es de \$ 61, 738, 445.00 –sesenta y un millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos 00/100 M.N–.

IV. La Dirección General de Financiamiento de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, emitió las cartas de instrucción, con las que se transfirieron recursos económicos al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas” por un total de \$7’500,000.00 –siete millones quinientos mil pesos, moneda nacional–, para la contratación del proyecto ejecutivo relativo a la "Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea" y con el resultado se procedería a analizar su viabilidad estando sujeto al cumplimiento de diversos requerimientos técnicos, administrativos y presupuestarios.

V. Pacientes del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, promovieron amparo indirecto en contra de varias autoridades responsables, reclamando, esencialmente, la omisión de ejecutar el proyecto denominado "Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para Pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea", también conocido como “pabellón 13”, así como la omisión de autorizar la transferencia de los recursos suficientes para tal fin.

Problema Jurídico

si las condiciones en que se les ha proporcionado la atención médica a los quejosos, resultan apegadas al derecho humano del nivel más alto posible a la salud, de manera tal que no se encuentren indebidamente expuestos a padecer otras infecciones, enfermedades y trastornos, que vulneren su integridad personal, e inclusive, puedan poner en peligro su vida.

Tipo de problema jurídico	Interpretación de derecho fundamental
Fuentes formales	Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Jurisprudencia o criterios materiales citados.	Observación General Número 3, Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación General Número 14, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Tesis. Obligaciones del Estado mexicano frente al derecho a la salud.

Se impone al Estado mexicano, por una parte, una obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho al nivel más alto a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio hasta el máximo de los recursos que disponga.

Tesis. Derecho a la salud.

contenido y alcance del derecho humano al disfrute más alto posible a la salud, en su vertiente de *tratamiento de las enfermedades y creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad,*

Tesis. Obligación estatal para utilizar los recursos disponibles.

que cuando un Estado contratante incumpla con la plena realización del derecho al nivel más alto a la salud, aduciendo una falta de recursos, corresponderá no sólo a éste comprobar dicha situación, sino además debe acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición para lograr ese objetivo.

Tesis. Competencia jurisdiccional para conocer sobre violación a derechos fundamentales a falta de recursos estatales.

los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, la violación a la plena realización de los derechos fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o bien, cuando la naturaleza del caso se los permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal.

III.- Análisis sobre la exigibilidad de los derechos sociales frente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un análisis desde el canon neoconstitucional.

Partiendo de la conceptualización del neoconstitucionalismo como: a) Un proceso de constitucionalización; b) Una concepción del derecho que busca superar el positivismo jurídico; y c) Un cambio de posición del poder judicial en el Estado Constitucional de derecho.

Se advierte el surgimiento de diversos factores que hacen que dentro de este neoconstitucionalismo, el poder judicial tenga un cambio sustancial en el trabajo que desempeña frente a la impartición de justicia.

En primer término se identifica un elemento orgánico que permite identificar un reforzamiento orgánico y la consolidación de tribunales y salas constitucionales, como lo es el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En segundo lugar, se considera que el surgimiento de teorías constitucionales y del derecho que conciben en las cartas magnas un documento jerárquicamente superior o con validez normativa, conllevó a que estas adopten un lugar central dentro del Estado, supeditando todos

los actos de autoridad a su correspondencia con la misma, frente a lo cual se vuelve obligatorio el control de esos actos.

Frente a este cambio dogmático de las constituciones, el poder judicial adquiere un papel importante en la constatación de la concordancia que deben guardar todas las normas y actos jurídicos, con las normas constitucionales, adquiriendo la obligación de control sobre los mismos, con lo cual la regulación del derecho vigente ahora se relaciona con su concordancia con las normas de la constitución.

En tercer lugar la ideología de las teorías del derecho surgidas con posterioridad a la segunda guerra mundial, ya no legitiman el derecho vigente a partir de su surgimiento de un proceso legislativo determinado por la Constitución, sino de su correspondencia con ciertos valores y principios que se encuentran en la misma.

De conformidad con lo anterior, los jueces deberán emitir resoluciones que materialmente se aproximen en mayor o menor grado a una aplicación justa del derecho, con mayores argumentaciones y buscando en cada caso que se desarrollen al máximo posible los principios establecido por las normas constitucionales.

En cuarta instancia, como consecuencia del proceso de impregnación constitucional, el poder judicial adquiere una función de control muy particular frente a los actos y normas de autoridad, sobre los cuales no existen límites demasiado claros en relación a cuáles de ellos derivan de una potestad decisoria proveniente de la representación democrática.

Ello ha abierto las puertas a que la judicatura, en su búsqueda de implementación de la constitución, se adentre al análisis de cuestiones que anteriormente se encontraban vedadas bajo el velo de cuestiones públicas tradicionalmente reservadas a los demás poderes políticos.

El elemento político ha llevado a amplios debates sobre la existencia o no de la judicialización de la política, y si posterior a ella se presenta un activismo judicial, así como a la clarificación del concepto del significado de *cuestiones en materia política*, de las cuales se supone el poder judicial no puede pronunciarse en respeto al principio de división de poderes.

Finalmente, la tarea de control constitucional, a la luz de una nueva forma de entender la carta magna como un conjunto de normas sustantivas, expresadas en reglas y principios,

exige el desarrollo de nuevas habilidades para la interpretación del derecho, lo que ha exigido no solo el desarrollo de nuevas teorías en la materia hermenéutica, sino su aplicación por parte de los tribunales.

Habida cuenta de que el neoconstitucionalismo se centra en la exigibilidad de las normas constitucionales, el poder judicial se ve forzado a elaborar y utilizar diversas técnicas de interpretación judicial que van más allá de la tradicional subsunción normativa, buscando contar con las capacidades técnicas que requiere la aplicación constitucional a todo el ordenamiento jurídico.

Con base en lo anteriormente señalado, se analizará si el papel que desarrolla la Suprema Corte de Justicia de la Nación, frente a la resolución de casos de derechos sociales y en particular sobre los principales argumentos que se suelen esgrimir en contra de su justiciabilidad, se puede considerar como la actuación de un tribunal neoconstitucional.

1.- La estructura e indeterminación de los derechos sociales

En relación a la estructura de los derechos sociales fundamentales o derechos prestacionales, se puede decir que esta representa un mayor grado de complejidad para determinar cuáles son en el caso concreto las obligaciones del Estado frente a una persona titular de los mismos.

En este sentido y de conformidad con la caracterización de un poder judicial de corte neoconstitucional se entiende que frente a las complicaciones que representa la estructura de estos derechos, la actividad desplegada por el mismo debe ser la de realizar una interpretación constitucional para desentrañar el contenido de las mismas, aún sin importar si se trata de derechos sociales prestacionales.

Ello implica, por ejemplo, la determinación de la prestación que ha de ser proporcionada para dar cumplimiento al derecho fundamental, así como, la determinación de bajo qué condiciones se estaría vulnerando ese derecho en el caso concreto, ello cumpliría con su proyección en la ley o acto reclamado.

Lo anterior, en relación a los dos casos analizados para este trabajo, se advierte que en el caso de la Amparo directo en revisión 2441/2014, el problema jurídico planteado fue determinar

*¿si “el derecho a una vivienda digna y decorosa o adecuada” comprende el que la vivienda tenga acceso a ciertos servicios públicos mínimos? y ¿si dentro de dichos servicios públicos debe incluirse alguno destinado a garantizar la seguridad de sus ocupantes?*¹²¹

En este caso, se advierte que el problema a resolver es de interpretación constitucional, para determinar si dentro de las obligaciones del Estado para garantizar el derecho a la vivienda digna, existe para el Estado una obligación en materia de servicios de seguridad pública.

En primer lugar se advierte que en su sentencia la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronuncia sobre el contenido y alcance del derecho a la vivienda digna establecido en el artículo 4 de la Constitución, en relación a la seguridad pública.

En segundo lugar, se advierte que la Corte resuelve el problema planteado a partir de la interpretación del derecho humano antes señalado al plantearse básicamente las siguientes dos tesis:

No es correcto sostener que el derecho a una vivienda adecuada se agota en una infraestructura básica, ya que ésta de nada sirve si no tiene acceso a servicios básicos.

*[...] no es posible afirmar que el Estado, cumple con su obligación de proporcionar las condiciones para obtener una vivienda adecuada a sus gobernados, si pretende imponerles habitar una vivienda que no tiene acceso a servicios básicos.*¹²²

Derivado de lo anterior se concluye que la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se adentró al análisis del contenido y alcance del derecho de la vivienda para saber si éste incluye lo relativo a la prestación de un servicio público como lo es la seguridad ciudadana.

2.- La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías

¹²¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2441/2014, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹²² *Ibidem*.

Frente a una de las dificultades que tradicionalmente han atravesado los derechos sociales en relación a su justiciabilidad se encuentra la tesis de la confusión entre derechos y sus garantías, mediante la cual se ha negado el acceso a la justicia tratándose de estos casos.

Al respecto se analizó que el neoconstitucionalismo, rechazaría esta tesis puesto que al contrario de la misma, lo que se busca es impulsar la construcción de vías para la concreción en sede jurisdiccional de los derechos, lo anterior en búsqueda de asegurar la supremacía constitucional.

Derivado del análisis de los casos, se advierte que en ninguno de ellos se puso en duda la calidad de derechos fundamentales de la salud y la vivienda, ni se abordó la incompetencia por causa de tratarse de derechos sociales, es decir no hubo una identificación de la tesis descrita en los asuntos bajo análisis.

Al contrario de lo dictado por esta tesis, en el caso del amparo en revisión 378/2014, se señaló lo siguiente frente a la competencia de la primera sala para conocer sobre el recurso de revisión incoado:

los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, la violación a la plena realización de los derechos fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o bien, cuando la naturaleza del caso se los permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal.¹²³

En este sentido se advierte que la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no comulga con la tesis de confusión antes citada, dejando en claro la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer no solo sobre derechos sociales, sino de aquellos derechos de corte prestacional.

3.- Desvinculación de derechos sociales y el Estado

¹²³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Pág. 59

Derivado de la estructura de algunos derechos sociales prestacionales, que complica la identificación de obligaciones concretas para el Estado, así como de la carga ideológica que tienen todos ellos, se pone en duda si estos se traen consigo efectivamente obligaciones para el Estado, derivado de la imposibilidad de determinar el alcance y contenido de las mismas, lo que trae consigo una desvinculación entre estos y el Estado.

En este sentido, se advierte que desde el neoconstitucionalismo se buscaría interpretar constitucionalmente los derechos fundamentales permitirá desentrañar la o las obligaciones del Estado frente a la garantía de derechos sociales prestacionales, haciendo uso de diversas herramientas de interpretación constitucional.

Al respecto de lo anterior, en el amparo 378/2014, la segunda sala de la Suprema Corte, reconoce el entendimiento que se tenía con anterioridad de los derechos sociales como normas no vinculantes:

[...] estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho.¹²⁴

En relación a lo anterior, la Segunda sala señala cual es el nuevo entendimiento de los derechos sociales y la facultad de los jueces constitucionales para contrastar la labor desarrollada por las autoridades para garantizar efectivamente los derechos sociales.

Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley

¹²⁴ *Ibidem*, pág. 60

Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales".¹²⁵

Derivado de lo anterior, la postura de la Segunda sala es que los derechos sociales son normas vinculantes para el Estado, sobre las cuales pueden conocer los tribunales constitucionales, interpretando si las acciones desplegadas por el legislador ordinario, autoridades gubernamentales y administrativas son suficientes con los estándares del parámetro de regularidad constitucional compuesto por la carta magna y tratados internacionales.

4.- Barreras ideológicas

En los neoconstitucionalismos, se busca mantener la supremacía constitucional, lo cual implica entre otras cosas que los derechos fundamentales deben imperar por encima de otras normas y actos de autoridad.

Aunque en teoría, la constitución siempre ha tenido superioridad jerárquica, y los derechos sociales se han encontrado desde hace tiempo en los catálogos de derechos fundamentales, estos siempre han tenido una carga ideológica que les considera como derechos de segunda, no vinculantes y meramente declarativos, y programáticos.

Al respecto uno de los rasgos del neoconstitucionalismo que es la materialización de la constitución, implica que todo el ordenamiento normativo y las actuaciones de las autoridades deben estar conforme a los mismos.

En este sentido, la constitución invasora, produce la constitucionalización no solo de la legislación, sino de la jurisprudencia y la doctrina, por ello, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberían operar en contra de la ideología de los derechos sociales como normas programáticas en su afán de concretizar el despliegue de tales derechos.

En este sentido, en el amparo en revisión 378/2014, la segunda sala de la Suprema Corte, identifica con claridad la existencia de una carga ideológica en los derechos fundamentales

¹²⁵ *Ídem.*

de la Constitución de 1917, misma que señala establecía una subordinación de unos derechos sobre otros.

Al respecto, se señala el tránsito hacia una nueva norma de identificar la sustancia normativa de la Carta magna de forma que todas las normas de la constitución (entendidos todos los derechos fundamentales, incluyendo los sociales) sean exigible frente a los jueces de amparo.

*Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo.*¹²⁶

De lo anterior, se advierte que la nueva lectura de la sustancia normativa de la Constitución, realizada por la Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deja atrás la ideología de supremacía de unos derechos por encima de otros, además de tomarse en consideración que en ambos casos analizados, se entró al análisis de fondo sobre el alcance y contenido de dos derechos sociales prestacionales como lo son la salud y la vivienda.

5.- Postura anti democrática.

Uno de los grandes obstáculos de los derechos sociales es el relativo a la fuerte relación que existe entre la satisfacción los derechos económicos, sociales y culturales de carácter prestacional, y la disposición de recursos presupuestales a través de políticas públicas, esta relación hace a su vez problemática la incursión del poder judicial en temas que involucran derechos sociales pues al hacerlo incursionaría en materias tradicionalmente consideradas políticas.

Aunque el papel de los jueces frente a las políticas públicas o el denominado coto vedado, sigue siendo un debate, se advierte que las posturas de autores como Robert Alexy, señalan que el principio de división de poderes no es invencible, de forma que la postura sobre este tema de los autores señalados como neoconstitucionalistas, está en favor de la justiciabilidad de los derechos.

¹²⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, “Amparo directo en revisión 2441/2014”, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo., p. 60

*Este principio de la división de poderes (que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento) no justifica inferir la inexistencia de derechos sociales y su fuerza como principio no es ilimitada, no es un principio absoluto. Los derechos tanto individuales como sociales pueden tener más peso sobre las razones de política financiera. En suma, todo derecho fundamental restringe la competencia del legislador, y a menudo afecta su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.*¹²⁷

Lo anterior, deja claro que el neoconstitucionalismo tiene como su primer objetivo la realización de los derechos fundamentales, dejando en un segundo término la limitación del poder, siendo que, a partir de esta noción se brinda de un verdadero carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales, reduciendo la discrecionalidad del poder legislativo y ejecutivo frente a su exigibilidad.

Derivado del análisis de los casos seleccionados se advierte que en el caso de la sentencia sobre derecho a la vivienda, se resolvió sobre el alcance y contenido de este derecho, mas en concreto se resolvió si este derecho incluye dentro de sí una obligación prestacional adicional para el Estado, en este sentido se entiende que, a pesar de no establecer de forma textual la actividad decisoria frente a un tema que puede ser considerado como política pública, la Primera sala de la Suprema Corte se pronuncia al respecto.

En segundo lugar y, derivado del caso que resuelve sobre el derecho a la salud, la Segunda Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que derivado de la obligación de las autoridades para demostrar que han adoptado todas las medidas a su disposición para garantizar el máximo nivel de salud posible, el poder judicial podrá analizar las medidas adoptadas para verificar si se han adoptado todos los recursos a su disposición para garantizar los derechos.

Así, los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, la violación a la plena realización de los derechos

¹²⁷ ALEXY, Robert (2007), Teoría de los derechos fundamentales, *óp. cit.*, nota 107, p. 491; CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), *óp. cit.*, nota 80, p. 108

fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o bien, cuando la naturaleza del caso se los permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal.¹²⁸

Derivado de lo anterior, los derechos sociales, incluso los de carácter prestacional, que anteriormente podían ser configurados únicamente a través de la ley elaborada por el poder legislativo, y que veían sometida su realización a la voluntad política de los legisladores, y a las políticas públicas enarboladas por el poder ejecutivo, ahora pueden ser revisadas por el poder judicial.

¹²⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, “Amparo en revisión 378/2014”, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

CONCLUSIONES

Para poder esbozar las conclusiones de este trabajo se recurrirá primero a recordar el objetivo general del mismo que fue el de conocer si la Suprema Corte de Justicia de la Nación se apoya en elementos del canon neoconstitucional para brindar justiciabilidad a los derechos sociales en México.

Partiendo de lo anterior se plantearon tres objetivos específicos para poder concluir este trabajo, a saber:

El primero de ellos buscaba aclarar ¿Qué es el neoconstitucionalismo? y ¿Cuál es el papel que adopta el poder judicial en el mismo?

En el segundo capítulo se aborda lo relativo al surgimiento, características y argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, verificando cómo podría un tribunal neoconstitucional hacer frente a estos últimos.

Finalmente se realizó el análisis de casos conocidos por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionados con derechos sociales, donde se pronuncia sobre el derecho a la vivienda y a la salud, para saber si en las resoluciones emitidas se puede encontrar rasgos de un tribunal neoconstitucional que le permitan garantizar de mejor forma estos derechos.

Conclusiones sobre el primer objetivo específico

En primer lugar se analizó el concepto de neoconstitucionalismo esgrimiendo algunos razonamientos respecto al impacto que este produce frente al poder judicial, permitiendo poner a consideración una modesta propuesta de los elementos a analizar sobre este canon en la actuación de la judicatura.

Derivado de este objetivo específico se considera que el neoconstitucionalismo más que ser un nuevo paradigma teórico, es más bien es un canon que desde sus inicios ha funcionado también como una herramienta de análisis sobre el constitucionalismo contemporáneo y sus diversos cambios notables en la teoría constitucional y la filosofía del derecho.

Desde nuestra perspectiva las características de este constitucionalismo permiten diferenciarlo claramente a nivel teórico del positivismo jurídico legalista y a nivel práctico del Estado legal de derecho.

Entre las características identificadas de los neoconstitucionalismos se encuentra en primer término una concepción normativa de la constitución, de forma que no solo es una norma orgánica, sino una sustantiva de jerarquía superior, que debe ser transversalizada a todo el ordenamiento jurídico, lo que ha traído sobre todo a partir de la segunda guerra mundial el reforzamiento del poder judicial para el desempeño de esa tarea.

Se identifica además, un proceso de constitucionalización de derechos fundamentales surgido en la segunda posguerra mundial en las culturas de occidente, lo que hace que contemos con una constitución de corte sustantivo con un mayor desarrollo normativo, incrementado el trabajo de los jueces para informar todo este nuevo contenido normativo en todo el sistema jurídico.

Se considera con base en lo anterior que el poder judicial adquiere un protagonismo mayor en el Estado constitucional de derecho, derivado de la obligación de convertirse en un operador jurídico que ya no solo describe el derecho, sino que lo transforma de conformidad con reglas y principios (es decir la moralidad incorporada en el derecho), lo que implica que será en sede jurisdiccional donde se defina el significado y la validez del derecho.

Finalmente, derivado de la concepción normativa de la constitución y de su entendimiento como un conjunto de reglas y principios, se ha exigido el desarrollo de nuevas técnicas de interpretación y aplicación del derecho (conocidas como parte de la interpretación especial constitucional), lo que sigue poniendo en un espacio central el papel de los jueces en el constitucionalismo contemporáneo.

Los jueces tienen a fin de cuentas el papel de analizar, interpretar y aplicar la constitución, ahora como texto normativo que debe informar todo el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en los garantes de la validez y eficacia del derecho que anteriormente residía en el poder legislativo.

Conclusiones sobre el segundo objetivo específico

En el segundo capítulo, se relacionaron las críticas a la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales y, la especial actuación de los tribunales neoconstitucionales para analizar si estas podrían abonar a la exigibilidad de los mismos en sede jurisdiccional.

Entre los problemas que enfrentan los derechos sociales para su exigibilidad analizados a la luz del neoconstitucionalismo se encuentran la estructura e indeterminación de algunos de los derechos sociales, la confusión entre derechos sociales y sus garantías, la aparente desvinculación entre el Estado y esos derechos, barreras ideológicas contra los mismos, y la postura antidemocrática señalada por algunos críticos de los mismos.

Derivado del análisis desplegado se concluyó que un tribunal neoconstitucional que adopte los rasgos señalados con anterioridad, adoptaría un papel que puede ser benéfico para el exigibilidad de los derechos sociales fundamentales toda vez que: a) Les trataría, a partir de encontrarse en la constitución, como normas vinculantes de valor normativo, es decir, que ellos deberán ser respetados y desarrollados por todo el ordenamiento jurídico, incorporándose entonces al denominado proceso de constitucionalización; b) Al tratarse de normas constitucionales que deben ser desarrolladas, el juez deberá resolver sobre su alcance y contenido de conformidad con la denominada interpretación constitucional, a partir de reglas y principios fundamentales (a través de los cuales podría buscarse una solución más cercana a la justicia), abonando con ello a su acceso en vía jurisdiccional; c) Operaría en favor de su justiciabilidad el mandato por la realización de los derechos fundamentales, en perjuicio de la división de poderes característico del neoconstitucionalismo; d) Indistintamente a la falta de otros mecanismos de protección al tribunal se erigiría como un mecanismo idóneo para conocer sobre los derechos sociales fundamentales.

Conclusiones sobre el tercer objetivo específico

Finalmente, en el tercer capítulo se analizó el último objetivo específico a partir de dos casos resueltos en las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia constitucional, mismo que consistió en analizar si este Tribunal se ubica dentro del canon neoconstitucional señalado cuando resuelve sobre derechos sociales.

En relación a ello se concluyó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la cabeza del Poder Judicial de la Federación, cuyo mandato constitucional ha venido siendo reforzado a partir de diversas reformas a la Constitución de 1917, adquiriendo mayores competencias por el surgimiento de nuevos mecanismos de protección de derechos humanos (por ejemplo las acciones de inconstitucionalidad), así como la ampliación de los mecanismos previamente existentes como lo es el juicio de amparo, además del incremento del catálogo de derechos humanos establecidos en la Constitución sobre los cuales tiene también competencia.

Para el cumplimiento de este objetivo se diseñó una metodología para el análisis de los casos relativos al derecho a la vivienda y derecho a la salud, en los cuales la Suprema Corte a través de sus salas resolvió los casos determinado finalmente cuál era el alcance y contenido de ambo derechos sociales fundamentales.

En este sentido, los hallazgos fueron, en primer lugar que ambas Salas reconocieron los derechos sociales como derechos fundamentales, pues al encontrarse en el texto constitucional deben ser garantizados a través de las vías judiciales incoadas (en ambos casos fueron amparos en revisión); en segundo lugar, y a partir de lo anterior, el Tribunal a través de sus salas desarrolló la constitucionalización del ordenamiento normativo desde la base de que son derechos sociales fundamentales; en tercer término, en ambos casos se interpretaron los derechos controvertidos resolviendo los problemas estructurales de los mismos, señalando en concreto cuál era la obligación que se desprendía del Estado frente a cada uno de ellos, en uno de ellos se interpretó a la luz del principio de progresividad y en ambos se utilizaron criterios de organismos internacionales de derechos humanos especializados; finalmente, frente al velo de los límites de la competencia de los tribunales constitucionales

en materia de política pública (específicamente en materia de asignación de presupuesto), se comenzó a desarrollar jurisprudencialmente la posibilidad de revisión de las mismas a la luz de la constitución, para verificar la plena realización de los derechos establecidos en la misma.

Conclusiones sobre el objetivo general de la investigación

En relación a lo anteriormente señalado se considera que se puede dar respuesta al objetivo general de este trabajo, que fue el de investigar si la Suprema Corte de Justicia de la Nación despliega elementos de la crítica neoconstitucional para brindar justiciabilidad a los derechos sociales en México.

Frente a ello, se esbozan algunas ideas que se busca abonen al futuro debate sobre los derechos sociales fundamentales y la actividad jurisdiccional: a) En primer lugar se advierte que ha existido un reforzamiento de corte orgánico en las atribuciones y competencias sustantivas de la Suprema Corte de Derechos Humanos a partir de la Constitución de 1917, con base en lo cual se advierte que contamos con un poder más activo y robusto en su relación con los demás poderes; b) De los casos analizados se advierte la construcción de un control de constitucionalidad riguroso; c) El control riguroso implica, desde el análisis realizado no solamente un control en sentido negativo sobre actos o normas que puedan contravenir lo estipulado en la constitución, sino un en sentido positivo, de forma que el control verse también sobre si el grado en que son desarrollados los derechos sociales fundamentales están de acuerdo con el estándar constitucional, es decir, se busca el despliegue y desarrollo de la constitución; d) Partiendo del control riguroso antes descrito se observó que el tribunal interpreta constitucionalmente a partir de reglas y principios cuáles son los estándares constitucionales que debieron ser alcanzados, lo que deja entrever una valoración especial distinta a la mera descripción del derecho, sino es una actividad de determinación del derecho a partir de la moral incorporada en la Constitución a partir de una argumentación; e) finalmente se advirtió que una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió paso a la revisión de políticas públicas, mismas que también quedan desde nuestra perspectiva abiertas a una interpretación constitucional especial.

Con base en lo anterior, se considera que se da alcance al objetivo general planteado, al considerarse que el máximo Tribunal Constitucional mexicano a través de sus salas ha

adoptado un entendimiento neoconstitucionalista frente a la resolución de casos de derechos sociales, ello, a partir de los elementos de análisis elaborados a partir de las sentencias estudiadas para tal efecto.

Cabe mencionar que las conclusiones desplegadas en este trabajo se asumen como aportaciones modestas al debate contemporáneo sobre el constitucionalismo y la justiciabilidad de los derechos sociales, mismas que se espera sirvan para el futuro debate y desarrollo de estos temas.

FUENTES

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002), “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Revista Doxa*. N. 24 (2001). ISSN 0214-8876, pp. 429-457.
- ALEXY, Robert (2007), “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro De Estudios Politicos Y Constitucionales.
- ALEXY, Robert (2008), “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, 21.
- ALEXY, Robert (2008), “El concepto y la validez del derecho”, Editorial Gedisa, Barcelona, p. 13-14.
- ALEXY, Robert (2009), “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, ISSN: 0214-8676.
- ANSOLABEHHERE, Karina (2007), “La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México”, Ed. Fontamara.
- ANSOLABEHHERE, Karina (s.a.), “Cortes Supremas, Gobierno y Democracia en Argentina y México entre 2004 y 2014. Entre la legitimidad popular y la internacional”, [en línea] disponible en: <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2016/SeminarioEJLatinoamericanos/mat/karina/Ansolabehere.pdf> [consultada el 02 de junio de 2019]
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2009), “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la Cuestión y Perspectivas del futuro”, *Revista Cuaderno electrónico No. 5*, Universidad de Alcalá.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (2015), “Derechos sociales” en: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen dos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 713, México.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo (s.a.), “Derechos sociales. Un mapa conceptual”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, número 5, Julio – diciembre 201, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- ATIENZA, Manuel (2013), “Curso de Argumentación Jurídica”, Primera edición, Editorial Trotta.

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2007), “Dejemos atrás el positivismo jurídico”
ISONOMÍA No. 27.
- ATRIA, Fernando (2004), “¿Existen los derechos sociales?”, *Revista Discusiones. Núm. 4.*
- BALDASSARRE, Antonio (2001), “Los derechos sociales”, Universidad del Externado,
Serie jurídica y filosofía del derecho número 20, Bogotá.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (2010) “La construcción de la libertad”, Alianza editorial,
España.
- BOBBIO, Norberto (1997), “El problema del Positivismo jurídico”, Quinta edición, Editorial
Universitaria de Buenos Aires, Argentina.
- CAMARGO, María Auxiliadora (2011), “Decretos - leyes y jurisdicción constitucional:
Estudios comparados”, Editorial Universidad de Salamanca; España.
- CARBONELL, Miguel (2005), “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, Ponencia
presentada en agosto de 2005, durante el Seminario internacional de Derechos
Económicos, Sociales y Culturales, realizado en las instalaciones de la SRE, en
Tlatelolco.
- CARBONELL, Miguel (2010), “El Neoconstitucionalismo: Significado y niveles de
análisis”, en: *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta.
- COMANDUCCI, Paolo (2002), “Formas de (Neo) constitucionalismo: un análisis
metateórico”, *ISONOMÍA No. 16.*
- COMANDUCCI, Paolo (2009), “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en:
Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación Coloquio Jurídico Europeo
Madrid.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS
NACIONES UNIDAS (2018), Observaciones finales sobre a los informes periódicos
quinto y sexto combinados de México, Adoptadas por el Comité en su sexagésimo
tercero período de sesiones (12 - 29 de marzo 2018)
- CONGRESO CONSTITUYENTE (1916), “Diario de los debates, sesión inaugural”,
Querétaro 1 de diciembre de 1916.
- COSSIO, José Ramón (s.a.), “Problemas de la exigibilidad de los derechos sociales en
México”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional
Autónoma de México [en línea], disponible en:

- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf> [Consultado 02 de junio de 2019]
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2000), “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio; CARBONELL, Miguel (2009), “Derechos sociales”, en: *Diccionario de derecho constitucional*, ed. Porrúa.
- FERRAJOLI, Luigi (2009), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Editor Miguel Carbonell, Ed Trotta.
- FERRAJOLI, Luigi (2010), “Derechos Fundamentales”, en: *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*, Ed. Trotta, Séptima edición 2010.
- FERRAJOLI, Luigi (2011), “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, ISSN: 0214-8676.
- FERRAJOLI, Luigi (s.a.), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, Universidad de Camerino, s. e., [En línea], disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>, p. 34
- FERRERES COMELLA, Víctor (2010), “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en: *El canon neoconstitucional*, CARBONELL y Miguel, JARAMILLO, Leonardo, Editorial Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, Maurizio (2006), “Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones”, Ed. Trotta.
- FIX FIERRO, Héctor, “El poder judicial (1975 – 2010)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [en línea] disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3068/4.pdf> [Consultada el 02 de junio de 2019]
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (2016), “Activismo Judicial y Dogmática de los Márgenes de Acción, una discusión en clave neoconstitucional”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México.

- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y CHÁVEZ SÁNCHEZ, Odalinda (2008); “Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos sociales”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.
- GUASTINI, Riccardo (1998), “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”, *Ragion Pratica*, 11 (1998): 185-206.
- GUASTINI, Riccardo (2013), “A propósito del neoconstitucionalismo”, en: *Gaceta Constitucional, Aplicación de las medidas cautelares en los procesos constitucionales*, No. 67, Lima.
- HERRERA, Carlos Miguel (2008), “Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica”, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No. 52.
- HOERSTER, Norberto (1992), “En defensa del positivismo jurídico”, traducción de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, del 15 de marzo de 2004.
- LLOREDO ALIX, Luis (2018), “Derechos políticos y derechos sociales: Una crítica historiográfica e ideológica a su distinción”, en: *La filosofía del derecho en tiempos de crisis*, Ediciones Olejnik, primer edición, Santiago de Chile.
- LOZADA PRADO, Alí (2016), “El postpositivismo de la “optimización”: Sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39, ISSN: 0214-8676 pp. 227-252
- LUIS VIGO, Rodolfo (2015), “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: Coincidencias y Diferencias”, En: *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 2*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica Núm. 711, UNAM.
- MELGAR ADALID, Mario (2004), “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 11 julio-diciembre.
- MORESO, Juan José (2003), “Comanducci sobre Neoconstitucionalismo”, *Revista ISONOMÍA No. 19 / Octubre 2003*.

- NAVA TOVAR, Alejandro (2015), “La institucionalización de la razón, la filosofía del derecho de Robert Alexy”, Ed. Anthropos, 1ra ed.
- NAVARRO, Pablo, MORESO, José Juan (1996), “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Revista ISONOMÍA*, No. 5.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso (1995), “Los derechos sociales”, *Revista de administración pública*, No. 88, México.
- OLIVEIRA, Felipe (2010), “Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: Notas sobre el concepto de derecho en Robert Alexy”, *Revista Lecciones y Ensayos*, nro. 88, 2010.
- POZZOLO, Sussana (1998), “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Revista Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 21.
- POZZOLO, Sussana (2016), “Entre Principios, valores y reglas”, en: *El constitucionalismo de principios, un enfoque desde el constructivismo jurídico*, Raúl Cervantes Andrade, Tirant lo Blanc, Ciudad de México.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000), “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en: *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). “El constitucionalismo de principios, ¿Entre el positivismo y el ius naturalismo?”, En: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Ed. Palestra, Lima.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (2011), “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *Revista DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- SENDRA MOLL, Jorge, “La concepción del derecho como integridad: Ronald Dworkin”, *Revista Ciencia jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho Política y Gobierno, Departamento de Derecho, año 4 núm. 8.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, “Amparo directo en revisión 2441/2014”, Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, “Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.)” Décima Época, 2010143, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II Pag. 1647 Tesis Aislada (Común)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, “Amparo en revisión 378/2014”, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

UPRIMNY, Rodrigo (2011), en: Rachel Sieder, y otros, *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad del Externado de Colombia, México

VILAJOSANA, Josep (2010), “La construcción social de la realidad jurídica”, *Revista Prisma social*, revista de ciencias sociales, No. 4.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2011), “El derecho dúctil, Ley, Derechos, Justicia”, Décima edición, Editorial Trotta.

EL PAPEL DE LOS JUECES EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO.
LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

AGUSTÍN EUGENIO MARTÍNEZ ELÍAS © 2019