

Primera edición: diciembre de 2007
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 978-970-712-833-0

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación, edición y diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

A *puntos jurídicos*
de Secretarios del
Poder Judicial de la Federación

México 2007

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Presidente

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Segunda Sala

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Presidenta

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Genaro David Góngora Pimentel

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Mtro. César de Jesús Molina Suárez
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	IX
---------------------------	----

SUSANA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA OBRA “TEORÍA CONSTITUCIONAL” DEL DOCTOR ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, EN COLABORACIÓN CON JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ

ESTAY	1
I. Introducción	1
II. Análisis de los derechos sociales. El punto de la controversia	3
1. Perspectiva social de la Constitución	3
2. Los derechos sociales como <i>derechos en sentido estricto</i>	10
III. Análisis comparativo entre los derechos civiles y los derechos sociales (propuesta para un cambio)	12
1. Plena garantía de los derechos	12
2. Medios para la instrumentalización de los derechos	13
3. El costo de los derechos	13
4. La universalidad de los derechos	16
5. Inalienabilidad de los derechos	18
IV. La judiciabilidad de los derechos	18
1. El límite de los derechos sociales	20

V. Tutela judicial estricta	20
1. El sujeto pasivo de los derechos sociales	21
2. La obstaculización del reconocimiento de los derechos sociales por razones ideológicas	22
3. Probabilidades de éxito en la defensa judicial de los derechos sociales ..	28
4. Mecanismos procesales para la protección de los derechos sociales ..	29
VI. Conclusiones	31
VII. Bibliografía	33

LUIS RAÚL GUTIÉRREZ CALDERÓN

OPINIONES RESPECTO DEL PROBLEMA ONTOLÓGICO DEL DE- RECHO Y UNA BREVE INCURSIÓN AL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE JOHN FINNIS	35
I. Un acercamiento a la realidad jurídico-filosófica	35
1. Una pluralidad descubierta	36
2. La sistematización del derecho	38
3. Los ensayos positivistas: fundamento del empirismo jurídico actual ...	40
4. La polémica antipositivista: una nueva redirección del derecho ...	47
II. La objeción iusnaturalista de nuestros tiempos	53
1. La réplica ontológica de Michel Villey	53
2. John Finnis y las exigencias de la razonabilidad práctica	58
3. Una aplicación tangible en la contemporaneidad	66
III. Conclusiones	69
IV. Bibliografía	71

IVÁN GABRIEL ROMERO FIGUEROA

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS A LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA ADMINIS- TRATIVA CUANDO EL ACTO RECLAMADO ES NOTORIA E INDUDA- BLEMENTE INCONSTITUCIONAL	75
I. Introducción	75
II. Teoría de los principios	76
1. Generalidades	76
2. Diferencias entre reglas y principios	77
3. Reglas de la ponderación de principios	79
a) Regla de idoneidad o adecuación	79
b) Regla de necesidad	80
c) Regla de proporcionalidad en sentido estricto	80
4. Ley de colisión de principios	81
III. La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto en materia administrativa	82
1. El juicio de amparo	82

2. La suspensión del acto reclamado	83
<i>a)</i> Características de la suspensión del acto reclamado	84
<i>b)</i> Presupuestos de la suspensión	85
i) Apariencia del buen derecho	85
ii) Peligro en la demora	85
<i>c)</i> Clases de suspensión del acto reclamado	86
i) Suspensión de oficio	86
ii) Suspensión a petición de parte	87
<i>d)</i> Requisitos de la suspensión a petición de parte	88
i) Certeza de la existencia del acto reclamado	89
ii) Requisitos naturales	89
iii) Requisitos legales	90
iv) Requisitos de efectividad	93
IV. Aplicación de la teoría de los principios a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto en materia administrativa	93
1. Los principios de la suspensión del acto reclamado	93
<i>a)</i> Aspecto objetivo	94
<i>b)</i> Aspecto subjetivo	95
2. Aplicación de los principios de la suspensión del acto reclamado	96
<i>a)</i> Acto reclamado contrario a la Constitución	97
<i>b)</i> Inexigibilidad de garantía para conceder la suspensión cuando el acto reclamado es notoria e indudablemente inconstitucional ...	100
i) En caso de que exista tercero perjudicado	100
ii) Cuando se reclama el cobro de contribuciones	101
<i>c)</i> Cuando el acto reclamado es notoria y manifiestamente inconstitucional y existe interés social en la subsistencia de dicho acto.	101
V. Conclusiones	105
VI. Bibliografía	107

PRESENTACIÓN

Con el doble propósito de coadyuvar al estudio del derecho y dar a conocer las aportaciones intelectuales de los auxiliares de los juzgadores del Poder Judicial de la Federación, el Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acordó la edición de los *Apuntes de Secretarios del Poder Judicial de la Federación*.

La obra contiene tres trabajos de abogados que se desempeñan como secretarios de Juzgado de Distrito y de Tribunal de Circuito, en los que se da cuenta de su esfuerzo por superarse y mostrarse como críticos y cultivadores del derecho.

En las páginas de este libro, se encuentran ensayos sobre la aplicación de la teoría de los principios de la suspensión en el amparo indirecto en materia administrativa cuando el acto reclamado es notoria e indudablemente inconstitucional; el análisis de los derechos sociales en la obra *Teoría constitucional*, de Carlos Pereira Menaut y José Ignacio Martínez Estay,

y el problema ontológico del derecho y el pensamiento filosófico de John Finnis.

Participan asimismo, Iván Gabriel Romero Figueroa, Susana González Hernández y Luis Raúl Gutiérrez Calderón. Sus empeños en beneficio de la investigación jurídica han encontrado una recompensa apropiada.

*Comité de Publicaciones y Promoción Educativa
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA OBRA “TEORÍA CONSTITUCIONAL” DEL DOCTOR ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, EN COLABORACIÓN CON JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

SUSANA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ*

Sumario: I. Introducción; II. Análisis de los derechos sociales. El punto de la controversia; III. Análisis comparativo entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales (propuesta para un cambio); IV. La judiciable de los derechos; V. Tutela judicial estricta; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analizan, con base en el método comparativo, algunos aspectos del capítulo undécimo, denominado “*Los Derechos Sociales*”, de la obra *Lecciones de Derecho Constitucional*, escrita por el doctor Antonio Carlos Pereira Menaut, en colaboración con José Ignacio Martínez Estay, confrontándolos con los puntos de vista de escritores con una tendencia ideológica opuesta, a fin de evidenciar, como objetivo general, la fuerza de las razones de ambas líneas argumentativas.

El objetivo específico del presente trabajo consiste en tratar de demostrar que carece de bases firmes la afirmación de que los derechos sociales no son propiamente derechos, es decir, que no lo son en el mismo rango que los civi-

* Secretaria adscrita al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito.

les y políticos, porque en realidad son similares en su esencia y en aquello que los hace exigibles, inclusive algunas objeciones que se hacen a los primeros, para no considerarlos como derechos, son toleradas cuando se analizan los derechos liberales.

La propuesta que ha animado el presente análisis es la de evidenciar que si bien en las democracias occidentales los poderes encargados de cumplir con las obligaciones que derivan del reconocimiento de la mayoría de los derechos civiles son propiamente los institucionalizados, los cuales tienen asignada la tarea de establecer la regulación normativa y la actualización administrativa destinada a velar por la efectividad de todos los derechos, cuando esos poderes se pronuncian sobre los derechos sociales se escinden en dos grupos con posiciones contrapuestas, uno que los cuales los reconoce sin mayor problema, y otro argumenta que no pueden ser considerados como derechos, esgrimiendo una serie de motivos (que son propiamente los que se analizan en el presente trabajo), entre ellos que ese tipo de derechos además de su reconocimiento necesitan, para su aplicación, que el órgano jurisdiccional asuma como tarea subsidiaria un activismo judicial que no le es propio, a fin de lograr que los órganos del Estado cumplan con sus obligaciones sociales, por su propia acción o evitando que los particulares afecten al bien que constituye el objeto del derecho o para que cumplan las acciones positivas debidas relacionadas con el mismo, cuando lo cierto es que nadie puede negar que para hacer efectivos varios derechos liberales, también es indispensable ese activismo, tal vez con más intensidad de la que se requiere para la plena efectividad de los derechos sociales.

En suma, se pretende avanzar en la comprensión de los derechos sociales a partir de la premisa básica de la necesidad de su reconocimiento como tales y, por consecuencia, entre otros aspectos, de que son susceptibles de ser reclamados judicialmente, en virtud de que no existe impedimento para que los grupos afectados con su transgresión puedan obtener, mediante una demanda o queja previa, el dictado de una sentencia que los restituya en el derecho social que les haya sido transgredido, la cual es una nota distintiva del Estado Constitucional Social de Derecho al que aspira cualquier sociedad civilizada.

II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES. EL PUNTO DE LA CONTROVERSIA

Si existe alguna salvedad trascendente que, tratándose de los derechos deba hacerse, es precisamente evidenciar el falso dilema y las supuestas diferencias insalvables que existen entre los derechos liberales y los sociales que sostienen los seguidores de la línea argumentativa conservadora, quienes afirman que mientras los citados en primer término son básicos y universales, es decir, fundamentales, y por ello deben ser incorporados a la Constitución, los derechos sociales son aspiraciones irrealizables, porque consisten en “prestaciones” elementales que carecen de las características esenciales de los derechos, que permitan calificarlos como tales, por lo que afirman que incluso no deben estar previstos en el texto constitucional.

Para arribar a esa conclusión la corriente de pensamiento tradicional se basa en diversos argumentos relacionados con la concepción de la Constitución como un simple instrumento de control del poder, así como en la supuesta gravedad de la negación o violación de los derechos civiles, derivada del reconocimiento de los sociales, la fundamentación, titularidad, necesidad de respeto y mecanismos jurídicos de protección de los particulares, para concluir que los derechos sociales no pueden estimarse como derechos, desenlace que no se comparte, en virtud de que existen razones para arribar a uno diametralmente distinto,¹ como se pondrá de manifiesto a lo largo del presente análisis.

1. Perspectiva social de la Constitución

Para iniciar el estudio de los aspectos descritos se partirá de la opinión que el doctor Antonio Carlos Pereira Menaut, junto con su colaborador José Ignacio

¹ Al respecto conviene resaltar que algunos doctrinarios sostienen diferentes hipótesis para explicar el motivo de la resistencia a reconocer a los derechos sociales como *derechos*, sin embargo, resulta interesante la que sostiene Juan Antonio Cruz Parcero cuando afirma que esa oposición deriva del temor, porque se les concibe como un peligro, lo cual dicho autor puntualiza en los siguientes términos: “...Los peligros que conlleva el reconocimiento de ciertos derechos colectivos, en parte, dependen del problema de entender qué son este tipo de derechos y de una serie de confusiones teóricas que contribuyen a polarizar el debate. Sin embargo, los peligros más graves dependen más de la miopía política de ciertos grupos, de la falta de sensibilidad por el respeto de los derechos fundamentales y de la polarización de las posiciones políticas. Todo esto ligado al problema de no saber de qué se está hablando...”. Cruz Parcero, Juan Antonio, *El Lenguaje de los Derechos*, Madrid, Trota, 2007, p. 126.

Martínez Estay sostiene en su obra denominada *Los Derechos Sociales*,² relativa a que la Constitución tiene como única finalidad limitar la actividad del Estado, por lo cual es un ordenamiento que sólo establece normas de carácter negativo, constituidas por abstenciones derivadas de prohibiciones y, por ende, ajena a la salvaguarda de derechos de tipo social.

En efecto, en la obra en análisis se dice textualmente lo siguiente:

La Constitución no fue inventada para solucionar el problema de la pobreza ni ningún otro tipo social, sino para limitar el poder. Y como esto supone frecuentemente que éste actúa lo mínimo, en general no resulta coherente incorporar a la Constitución derechos que sólo se pueden satisfacer mediante la intervención de aquél.³

Dentro del específico ámbito europeo occidental la concepción de la Constitución como un mero límite de las facultades del poder público se originó en las etapas iniciales del Estado moderno, en sí nació con éste teniendo como objetivo principal limitar al poder, y no con la finalidad de mitigar la pobreza ni algún otro problema social, por lo que la expresión *derechos sociales*, no tiene algún significado en esa etapa, en virtud de que no existían las condiciones materiales y de desarrollo ideológico para ello, pero sobre todo a los motivos de creación del concepto mismo de *Constitución*, pues como se ha señalado, éste no fue ideado para paliar las diferencias sociales imperantes de su época de creación, toda vez que fue hasta el periodo de los ochentas del siglo XIX y los treinta del XX, cuando muchos de los Estados de origen liberal tuvieron que reformar sus sistemas legislativos y sociales para instaurar los principios esenciales del Estado Social benefactor,⁴ bajo un proceso gradual, autónomo e independiente incluso de los eventos y de las teorizaciones que inspiraron al socialismo revolucionario, mismas que condujeron más tarde a ampliar los catálogos de los *derechos sociales*, conforme a los conceptos de la Constitución

² Pereira Menaut, Antonio Carlos y Martínez Estay, José Ignacio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, 3ª Ed., España, 1997.

³ *Ibid.*, p. 394.

⁴ Cfr, Villar Borda, Luis y Rosales, José María, *La inmigración y las oportunidades de la ciudadanía*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 78.

Soviética y otras similares, que tuvieron una influencia indudable en las tendencias constitucionales ligadas a la formación del *Estado Social* o, por lo menos, en su formulación constitucional.⁵

Luego, si la necesidad de que los derechos sociales estuvieran previstos en un ordenamiento jurídico se reveló de forma gradual, y fueron diversas las razones fácticas que favorecieron su nacimiento, entre ellas la desigualdad y la opresión, no es paradójico que su reconocimiento, como *derechos*, también se manifestara en momentos diferentes y de manera diversa en cada región, sin un sello ideológico uniforme, pero manteniendo como línea esencial el haber sido la respuesta que, en términos de la modernización, resultó haber sido la medida más o menos tolerada que los viejos Estados liberales tuvieron que asumir frente a dos fenómenos fundamentales de la época contemporánea: la industrialización, con diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas, y la democratización de los procesos de decisión.

El concepto de *derechos sociales* nace al mismo tiempo que el de Estado Social, el cual, en el campo de las ideas políticas fue entendido como el régimen benefactor de amplios sectores de la población, como resultado de las reivindicaciones propugnadas por las principales clases sociales, el cual podemos afirmar que no es un episodio concluido de la historia, menos aún transitorio y reversible (como lo sostiene la teoría neoliberal para sustentar su pretensión de desaparición del Estado Social y con éste de la tarea esencial de

⁵ Sobre la historia del Estado de bienestar en su obra *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso*, V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis afirman: “Los derechos sociales, en cambio, irrumpen como una reacción a las desigualdades y a la exclusión que el propio capitalismo genera y se sitúan, por tanto, en abierta tensión con la lógica que alienta el carácter absoluto de los derechos patrimoniales. De allí que, en una primera fase de formación, la relación entre constitucionalismo y derechos sociales se plantee como una relación contradictoria que sólo se hará visible, precisamente, con la exclusión de la llamada “cuestión social”, hacia la segunda mitad del siglo XIX. Es entonces cuando, como producto de la agudización de los conflictos sociales entre las clases poseedoras y los sectores empobrecidos y excluidos por el capitalismo liberal, comienza a plantearse una progresiva constitucionalización de los derechos sociales, bien a través de su incorporación explícita en los textos constitucionales de la época, bien mediante una cierta desconstitucionalización del carácter indisponible e ilimitable de la propiedad privada y de la libertad de contratación”. Abramovich, Víctor, Añón, M. J. y Courtis, Christian, *Derechos Sociales, Instrucciones de Uso*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, 1ª. ed, México, 2001, p. 147.

los entes gubernamentales democráticos, consistente en la salvaguarda de la igualdad y de la justicia social), pues la necesidad de resolver graves problemas reales, que dio origen al concepto de derecho social aún está presente en el escenario histórico, sin que hasta la fecha haya encontrado una respuesta político-constitucional suficiente, por lo que continúa siendo una tarea pendiente, difícilmente eludible para el Estado, máxime que esa problemática es acentuada por los propios desequilibrios del poder, estimulados por el libre juego de las fuerzas sociales, del comercio y de la incertidumbre implícita de los mecanismos espontáneos del mercado, acrecentados por las crisis económicas cíclicas y conversiones de la organización productiva y del trabajo, alentadas por el factor predominante de la producción del capital: el acrecentamiento de la plusvalía, relevada de responsabilidad social.

En líneas generales podemos señalar que si bien como lo afirman el doctor Pereira Menaut y su colaborador, los *derechos sociales* no fueron consagrados en las primeras Constituciones modernas, no obstante se han desarrollado progresivamente a lo largo de la historia, alentados por las fuerzas colectivas que los impulsan, sin embargo en la actualidad su normativización se ha vuelto un tarea impostergradable, en razón de que de ella depende su exigibilidad; al respecto, como dato histórico importante (no considerado en la reseña relatada en la obra que se analiza), es pertinente resaltar que fue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de mil novecientos diecisiete la primera en proclamar formalmente como derechos a los económicos, sociales y culturales,⁶ los cuales posteriormente fueron reconocidos también en el derecho internacional, específicamente en los artículos del 22 al 27 de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de mil novecientos cuarenta y ocho, dato que resulta trascendente, como lo resalta Carlos Santiago Nino en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional*, en cuanto refiere lo siguiente:

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966, aprobado por nuestro país por Ley 23.313, en 1986, establece en su preámbulo que el ser

⁶ *Ibid.*, p. 14.

humano no puede realizarse como ser libre a menos que se creen las condiciones que le permitan a cada persona gozar de los derechos sociales, económicos y culturales, aunque según el artículo 1º cada pueblo tiene el derecho de autodeterminación para proveer a su desarrollo y disponer de sus riquezas y recursos naturales. Luego enuncia los diferentes derechos, agregando algunos a los de la Declaración, como el derecho de huelga, o el de la protección de las madres asalariadas.

Alrededor de la Organización Internacional del Trabajo se fueron celebrado diversos convenios en materia de derechos sociales, como el Convenio 87 sobre libertad sindical (aprobado por Ley 14,932), el Convenio 98 sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva (aprobado por Ley 11.594) o el Convenio sobre igualdad de remuneraciones (aprobado por Ley. 595).

La Carta Social Europea, dictada en 1961.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por Ley 23,054), incluye un artículo, el 26, que estipula que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires...

En el continente americano, la Constitución mexicana de Querétaro, sancionada en 1917, tiene el mérito de haber inaugurado el constitucionalismo social. Su famoso título sexto contiene una regulación circunstanciada de las condiciones de trabajo, de los beneficios de la seguridad social y de la organización económica del país en sus distintas áreas...⁷

En relación a su origen, la corriente conservadora también afirma que los derechos sociales no son *derechos* porque no fueron previstos en las primeras constituciones modernas y, por ende, presentan un error de origen; esa aseveración resulta incorrecta, en virtud de que la falta de regulación inicial de los

⁷ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2002.

derechos sociales tiene una justificación, que en la actualidad lleva a incluirlos en el campo de los *derechos*, consistente en que constituyen un modelo correctivo de lo que se consideran disfunciones del derecho privado clásico, es decir, como resultado de las contradicciones insalvables generadas después de la concepción del modelo constitucionalista,⁸ derivado de la citada desigual repartición de la riqueza que tuvo como consecuencia una grave profundización de los conflictos entre las clases poseedoras y los sectores sociales empobrecidos y excluidos por el capitalismo liberal, fenómeno que tuvo su etapa más significativa en la segunda mitad del siglo XIX, como profusamente lo expone Alfonso Ruiz Miguel en su obra *Derechos Liberales y Derechos Sociales*, en los términos siguientes:

La clásica distinción entre derechos civiles, políticos y sociales, atribuida a Theodor H. Marshall, está lejos de ser clara en sus contornos y límites. Comienza por ser difusa la distinción entre las dos primeras categorías, los civiles y los políticos, no en vano con una raíz etimológica común, por más que alguna luz se haga si se atribuyen al hombre en cuanto tal, como derechos civiles, los derechos a la igualdad jurídica, a la vida, a la libertad de conciencia, a la libertad de movimiento, al honor, etc., mientras se refieren al ciudadano, como derechos políticos, los de sufragio, de asociación, reunión y manifestación y de libertad de expresión. Aquí me va a interesar sobre todo, sin embargo, la relación entre las dos anteriores tomadas en conjunto y la tercera categoría, la de los derechos sociales, que también carece de perfiles del todo nítidos, como se irá viendo a lo largo de estas páginas, y no sólo hacia fuera —respecto de los derechos civiles y políticos— sino también hacia dentro, entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Ello es cierto, además, tanto si se adopta una caracterización más estricta de los derechos sociales, que los reduzca a los clásicos de asociación sindical, huelga y seguridad frente a contingencias laborales, de salud y familiares, como si —según se entenderán de aquí en adelante— se extiende su ámbito hasta comprender algunos de los llamados derechos de la tercera (o cuarta) generación, como el derecho a una vivienda digna, los de los niños, los ancianos o los discapacitados o, incluso, el derecho a un medio ambiente limpio.

Dentro de las anteriores distinciones, la familiar contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales,

⁸ Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, 1ª ed., Madrid, 2002, p. 52.

económicos y culturales, por otro —que viene a corresponder a grandes rasgos a la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad o, todavía más simplificada, a la dicotomía derechos liberales y derechos sociales—, ha venido cumpliendo, y todavía sigue haciéndolo, dos funciones opuestas, más o menos aparentes en las clasificaciones y categorías tradicionales en la literatura teórica a propósito de los derechos humanos, pero sobre todo de gran influencia general a juzgar por las ideas que subyacen a ciertas declaraciones públicas de dirigentes políticos o sindicales.⁹

De esa trascripción se colige también que los derechos sociales nacieron como meras cláusulas políticas de compromiso, promovidas por elites conservadoras o liberales reformistas para dotarse de legitimidad y desarticular movimientos sociales, que perseguían un reconocimiento, más que salvaguardar los intereses de los desprotegidos, manifestándose como destellos de un oportunismo político mal entendido que se instrumentó a través de concesiones para evitar estallidos sociales de mayor significación, emergiendo como simples postulados mínimos, previstos en cláusulas aisladas que evolucionaron hasta llegar a su clímax en el siglo XX, pues fue a finales de la Segunda Guerra Mundial que se presagia una crisis terminal, cuando las luchas sociales se multiplicaron y el poder social y político de los trabajadores creció a tal grado que en los países centrales y periféricos fue necesario contener el embate social, por lo que fue precisamente esa inestabilidad la que creó condiciones favorables a la fundación de una variable del capitalismo, consistente en una visión de éste como una organización regulada y disciplinada, responsable de su impacto en la sociedad.

En ese orden de ideas, el nacimiento tardío de los derechos sociales más que restarles el carácter de *derechos* en sentido estricto, los legitima como derechos de avanzada, de producción más perfeccionada, a pesar de que desde su origen estuvieron sujetos a controversias a las que no se expusieron los derechos civiles y políticos, no por ser ilegítimas sus pretensiones, sino porque, como se ha dicho, por la fuerza que éstas encierran y el peligro que representan para los sectores que más se han beneficiado de esas desigualdades.

⁹ *Ibid.*, pp. 15-16.

2. Los derechos sociales como *derechos en sentido estricto*

Por rigor metodológico, después de la reseña de los derechos sociales en su incorporación al texto constitucional, es conveniente establecer qué debe entenderse por *derechos*, en virtud de que es la principal referencia conceptual utilizada, y esa prioridad formal obliga a responder en principio a la pregunta: ¿qué debemos entender por *derechos en sentido amplio*?, para lo cual es pertinente acudir a la doctrina, en la que entre otros autores, Juan Antonio Cruz Parceró opina lo siguiente:

Los derechos forman parte de un lenguaje normativo y consisten en razones para guiar y justificar nuestra conducta, para criticar o censurar, para exigir o demandar acciones u omisiones de otros, para imponer deberes, conferir facultades. El problema de caracterizar a los derechos como razones morales es que tenemos que responder a la pregunta sobre qué clase de razones morales son aquellas que reconocemos como derechos y ésta no es una tarea sencilla, aunque no tiene que ser una tarea imposible.

Una idea que me parece clave es la que nos proporciona Dworkin cuando sostiene que los derechos son finalidades políticas individualizadas. Esta idea nos permite distinguirlos de otros bienes o valores morales o políticos que no podemos distribuir entre los individuos. Cuando sostenemos que algo es valioso o que algo es un bien y de ahí pasamos a decir que es bueno que alguien tenga eso, que lo pueda reclamar, ejercer, disfrutar, poseer, de manera individual (o colectiva), estamos individualizando ese bien o ese valor (o ciertos recursos u oportunidades que sirven para garantizar ciertos bienes).¹⁰

Las características apuntadas por el maestro mexicano permiten afirmar que los derechos sociales son susceptibles de ser clasificados como *derechos*, porque además de que como tales están previstos en diversos ordenamientos normativos y, por ello, poseen el elemento objetivo, también satisfacen el elemento subjetivo, consistente en la particularización del sujeto beneficiado, pues no obstante que la corriente liberal conservadora afirma lo contrario, lo

¹⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Lenguaje de los Derechos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 112.

cierto es que como tal podemos considerar a grupos sociales, en la medida en que no existe algún impedimento razonable para reconocerlos como acreedores de prerrogativas de carácter colectivo.

Además, los derechos sociales pueden catalogarse incluso como fundamentales, en virtud de que tienen las notas características de éstos, y así han sido clasificados en la doctrina, en la que el maestro Luigi Ferrajoli, a quien se le considera su precursor más reconocido, señala lo siguiente:

Me parece indudable, sin embargo, que esta simple hipótesis permite rebatir la idea de Barbalet y de Zolo de la imposible configuración de los derechos sociales como «derechos». Con respecto a los tres caracteres que en su opinión, impedirían su formulación —el hecho de ser situaciones pasivas que consisten en expectativas positivas que corresponden al Estado, su carácter no formal, y no universal—, se puede decir que el primero resulta relevante, y el segundo y el tercero son contingentes, por estar vinculados a una fase primitiva y aún poco desarrollada en su evolución...¹¹

En sí, en su obra Ferrajoli equipara a los sociales, con los derechos civiles, considerándolos a ambos como fundamentales, pues afirma que comparten las características propias de éstos, ya que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto están dotados del estatus de personas, de ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un individuo por una norma de derecho, y por estatus la condición de alguien, prevista también en una norma jurídica positiva, como presupuesto de la idoneidad para ser titular de situaciones de derecho y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹²

Todo lo anterior sirve de sustento a la propuesta principal del presente trabajo, consistente en el pretensión de evidenciar que las diferencias entre los

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, Madrid, 2002, p. 112

¹² *Ibid.*, p. 9

derechos liberales y los sociales¹³ no son tan tajantes como las quiere hacer ver el liberalismo clásico conservador, ya que sus rasgos coincidentes son más relevantes que las distinciones que los separan, de tal suerte que en realidad no existe un motivo real y razonable para afirmar que los sociales no son propiamente *derechos* y, por ende, para considerarlos como exigibles y judicializables.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS DERECHOS CIVILES Y LOS DERECHOS SOCIALES (PROPUESTA PARA UN CAMBIO)

De forma general, como nota preliminar conviene considerar que el análisis comparativo entre los derechos sociales y los liberales o civiles obliga a aplicar, para su mejor comprensión, un esquema claro por el que se expongan de manera estructurada los argumentos esenciales de confrontación entre la obra que se analiza, de corte conservador, y la línea argumentativa liberal, pues excedería los alcances del tratamiento que pudiera dársele en la presente obra atender con profundidad a todos los aspectos sobre los que se han pronunciado ambas corrientes de pensamiento.

1. Plena garantía de los derechos

Si bien en la obra que se analiza se dice que la distinción más importante entre los derechos liberales y los sociales radica en que a diferencia de estos últimos, los primeros están plenamente garantizados frente a eventuales violaciones, sin embargo, esa aseveración resulta inexacta, porque en sí lo que define el carácter de *derechos* es el tipo de bienes que tutelan, no la existencia de sus medios de defensa, menos aún de la efectividad de los mismos, ya que considerarlo así llevaría a negarles a muchos derechos, como los de propiedad y libertad, el carácter de *derechos*, siendo que en la actualidad ningún

¹³ Por derechos sociales se entenderán los previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el derecho al trabajo, protección de la familia, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a la participación en la cultura, etcétera.

Estado contemporáneo pondría en duda que esa es su naturaleza, incluso la de ser fundamentales.

2. Medios para la instrumentalización de los derechos

En el texto que se analiza también se afirma que los derechos sociales no son *derechos*, porque carecen de efectividad, en razón de que están sujetos a la condición de que existan recursos suficientes para satisfacerlos, a diferencia de los derechos liberales, que no tienen costo, al constituir meras abstenciones del Estado; esa afirmación no se sustenta en bases firmes, si consideramos que dentro del campo económico, que es en el que se desarrolla ese argumento, existe una premisa como fundamental, que nada es gratuito, de la que no constituye una excepción la salvaguarda de los derechos liberales, pues de éstos no existe alguno por el que no deba hacerse alguno desembolso, considerando los complejos sistemas jurídicos y socio-políticos vigentes para tutelarlos, de los que no es un dato oculto que su mantenimiento implica un gasto para el Erario.

Cabe agregar que es insostenible la distinción que nuestros autores exponen respecto a los derechos civiles y los sociales, basada en que los primeros se agotan en la mera abstención del Estado y los segundos tienen a su cargo tareas de hacer; pues existen derechos civiles que, al igual que los liberales, requieren, para su efectividad, de la acción de alguna dependencia gubernamental, por ejemplo los referidos a las tareas legislativa, administrativa de regulación, de prosecución del delito, etcétera, y en cambio, algunos derechos sociales normalizan relaciones entre particulares, que no son derechos prestacionales, por ejemplo el de la negociación colectiva o la huelga, pues en éstos el Estado debe mantenerse más bien alejado y no interferir en el movimiento de paro propiamente dicho.

3. El costo de los derechos

Otro aspecto destacable es el que se expone en la obra que se analiza en el sentido de que los derechos sociales no pueden ser considerados como derechos, por su costo, pues se dice que es muy alto, en comparación de todos los derechos

liberales, cuando lo cierto es que para su efectividad, algunos de estos últimos tienen un alto precio, ya que basta ver el número, entre otros, de órganos de gobierno, Jueces, policías, militares que se requieren para salvaguardarlos, en cambio, algunos derechos sociales no requieren más que la abstención del Estado, como el no impedir la libre expresión o difusión de ideas, no violar la correspondencia, no detener arbitrariamente, no impedir a una persona afiliarse a un sindicato, etcétera.¹⁴

Efectivamente, un acercamiento más puntual a la perspectiva económica de los derechos nos lleva a afirmar que contrario a lo que se dice en la línea argumentativa conservadora, muchos de los derechos sociales no tienen costo, por ejemplo, la asociación sindical, pues ésta no exige especiales gastos del presupuesto del Estado, a diferencia de la organización de las elecciones políticas para el ejercicio del derecho de participación política o el de la salvaguarda del derecho de defensa de los indiciados, y el del debido proceso legal, los cuales en realidad son caros, criterio con el que conviene Alfonso Ruiz Miguel, parafraseando a Luis Prieto en su obra titulada *Derechos liberales y derechos sociales*, en la que dice:

Luis Prieto, aun rechazando al fin y al cabo que la del coste sea una objeción contra el carácter de fundamentales de los derechos sociales, dice sin embargo: «Las libertades parecen, en efecto, más «baratas»: reconocer el derecho de reunión o prohibir la tortura constituye un objetivo alcanzable en el país más pobre del mundo, mientras que sin duda la satisfacción de necesidades depende de los recursos» (Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990, págs. 47-8). Concuero en que, como cuestión comparativa y de grado, los derechos de libertad tienden por lo general a ser más baratos que los sociales, pero haciendo dos precisiones: primera, hay derechos sociales, como el de huelga y el de sindicación —éste al menos en lo que se refiere a la libertad de asociación sindical—, que no exigen especiales gastos presupuestarios al Estado (que además, en el caso del derecho de huelga, su ejercicio pueda generar altos costes económicos a la sociedad, o al propio Estado en cuanto actúa como

¹⁴ Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Colección Estructuras y Procesos, Trotta, 1ª ed., Madrid, 2002, p. 32.

empresario, es asunto diferente que, por lo demás, puede compartir con derechos clásicos como el de reunión en lugares públicos); y, a la inversa, hay derechos liberales que exigen considerables gastos al Estado, como la organización de elecciones políticas para el ejercicio del derecho de participación política o la asistencia letrada para detenidos sin abogado y para litigantes pobres; segunda, hay derechos de libertad, o, para ser más preciso, hay manifestaciones específicas de tales derechos más baratas que otras: como Luis Prieto llama en nota a un ya viejo artículo mío tras entrecomillar el término «baratas», me ha hecho recordar que en ese escrito se decía algo que sigo suscribiendo y que viene aquí al caso: «hay, por así decirlo, libertades «baratas» y valiosas que no exigen desembolsos económicos ni grandes capacidades culturales y para las que basta normalmente el reconocimiento jurídico (...). Piénsese en algunas de las manifestaciones de la libertad religiosa o de la libertad de expresión, como el culto público o el opinar en una asamblea, que pueden ponerse en práctica sin más. Es cierto que, con todo, las manifestaciones de esas mismas libertades que parecen más importantes por su mayor repercusión, como la utilización de medios de comunicación, exigen capacidades prácticas que van más allá de las posibilidades normativas. (Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º. 2, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 546).¹⁵

De esa transcripción se desprende que incluso en algunos casos los derechos sociales resultan más económicos que los derechos civiles, por lo que la comparación de ambos, tomando como referente para excluir a los sociales como derechos propiamente dichos, por su costo, también resulta insubstancial, ya que en realidad no existen diferencias de fondo que la justifiquen.

En efecto, cabe puntualizar que en general, por lógica, los derechos implican de una u otra manera un gasto para el Erario, y de éste reconocimiento surge como pregunta natural ¿en qué derechos debe gastar el Estado?, la cual se supone que en un régimen democrático encontraría como respuesta evidente que es prioritario proteger las áreas sociales y, por ende, que no es congruente que ese tipo de derechos tengan una salvaguarda mínima o que incluso se les niegue el carácter de *derechos* aun en ese tipo de organización política, y en

¹⁵ Alfonso Ruiz, Miguel, *Derechos liberales y derechos sociales*, Doxa 15-16, 1994, España, p. 660.

cambio se les asignen grandes recursos presupuestarios a los derechos particulares o civiles, como la propiedad privada, sin embargo, esa incongruencia encuentra una explicación racional que también afecta a la efectividad de los derechos colectivos, consistente en que cuando se alude a la protección de los más necesitados o a la resolución de su problemática, cualquier propuesta en su favor queda inmersa en un juego de falacias y de verdades a medias, en el ambiguo y oscuro concepto de *democracia*, que amparado por la representación indirecta, deja sin voz a esas mayorías, a través de maquinaciones legales estructuradas por los grupos que resultan beneficiados de las desigualdades económicas que son origen de esos conflictos, círculo vicioso que es necesario desarticular.

4. La universalidad de los derechos

Se afirma también en la obra en consulta que los derechos sociales no pueden considerarse *derechos*, porque no son universales, en razón de que están supeditados a la condición que cada sujeto, esto es, a su estatus de anciano, discapacitado, menor de edad, en situación de pobreza, enfermo, sin techo, etcétera; en cambio, los derechos liberales abarcan a todos los seres humanos, por lo que no es posible tener medios efectivos para su salvaguarda.

Esa afirmación es inexacta, en virtud de que existen derechos liberales, que al igual que los sociales, están condicionados por la situación del sujeto, por ejemplo el derecho al voto, el cual está supeditado a que el individuo tenga cierta ciudadanía, capacidad, edad, etcétera.

Luego, es insubstancial la distinción que se hace entre los derechos civiles y los sociales basada en la universalidad de los primeros, pues se omite atender a que tampoco la efectividad de los derechos liberales es del todo universal ni absoluta, ya que por ejemplo, en la actualidad en muchas regiones del mundo, organizadas bajo los principios de la democracia constitucional, se mantienen desigualdades que en teoría deberían haber sido superadas, como el trato diferenciado por razón de sexo, el cual se manifiesta a través de una mínima

participación de la mujer en puestos de responsabilidad política, o el hecho de que tiene menos oportunidades de acceder al campo laboral, aunado a que muchas de ellas son objeto de discriminación y sojuzgamiento.¹⁶

Otro ejemplo de que no todos los derechos civiles y políticos son universales lo encontramos en la libertad de expresión (la cual está catalogada como un derecho liberal por antonomasia), ya que muchas de sus concepciones sólo son aplicables a ciertos segmentos de la población, por ejemplo la libertad de cátedra está dirigida precisamente a los profesores, la cláusula de conciencia en especial a los periodistas, etcétera, aunado a que el aludido derecho, a pesar de considerarse fundamental, no lo es en sí mismo, en razón de que deriva de otro, que es el de la información, en un marco de la opinión pública libre.¹⁷

Luego, si conforme a lo expuesto la circunstancia de que un derecho esté dirigido a un determinado sector de la sociedad no conlleva a quitarle el carácter de *derecho*, no existe razón para afirmar que los sociales no son derechos porque no son universales, ya que lo son potencialmente, en tanto que, por ejemplo, a pesar de que los derechos de huelga y de acceso a un salario mínimo están dirigidos a los trabajadores, y a los ancianos el de la salud y de una vida digna, es decir, que son sectoriales, cualquier ser humano puede ser sujeto de los mismos, pues indefectiblemente en algún momento de su existencia se colocará en una de esas posiciones, considerando que necesariamente en una etapa de su vida fue menor de edad e irremediabilmente llegará a ser anciano, o tendrá el carácter de trabajador, razón por la cual la circunstancia de que los derechos sociales están dirigidos a cierta porción de la sociedad, no los excluye del carácter de derechos, si como se ha señalado, también algunos de los civiles van dirigidos a una fracción de la población, y no por ello se les niega el carácter de derechos en sentido estricto.

¹⁶ Ver pp. 42 a 46 de la obra de García Manrique, Ricardo, *Derechos Humanos e Injusticias Cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed, 2004.

¹⁷ Para otros ejemplos, se sugiere consultar la obra de Baldassarre, Antonio, *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, de la p.124 en adelante.

5. Inalienabilidad de los derechos

Asimismo, en la corriente liberal clásica se afirma que los derechos civiles y políticos son inalienables, a diferencia de los derechos sociales,¹⁸ por lo que no es procedente considerar a estos últimos como *derechos*, siendo que ambos lo son, en virtud de que en muchas ocasiones, por su conexión esencial con la dignidad de la persona o para garantizar el equilibrio en situaciones de poder desigual, los derechos sociales, como lo hacen los liberales, dejan de ser renunciables en su título y ejercicio, por ejemplo, el derecho a la asociación sindical, de huelga, o a un medio ambiente sano.

IV. LA JUDICIABILIDAD DE LOS DERECHOS

Particular atención merece que muchas Constituciones modernas prevén en alguno de sus apartados las garantías políticas de los derechos sociales, o conceptos análogos a éstas, por lo que en cuanto a su regulación normativa no existe alguna traba conceptual para considerar a los sociales como derechos, y si bien se dice que no pueden ser judicializables, conviene recordar que como se mencionó en la parte inicial de este trabajo, no obstante que el concepto original de Constitución surgió al mismo tiempo que el del Estado moderno o liberal, como una mera traba del poder político, en su evolución acogió diversos derechos de grupo, que en el progreso normativo de las naciones quedaron comprendidos en los textos positivos, entre otros, la Constitución de Weimar de 1919, aunque con ciertas deficiencias, como lo señala Antonio Baldesarre en los siguientes términos:

¹⁸ Al respecto, Ferrajoli en la obra citada en las notas 11 y 12 precisa lo siguiente: “mientras que los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas. Los primeros se identifican con las mismas normas o reglas generales que los atribuyen: por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento está dispuesta en Italia por el artículo 21 de la Constitución y no es otra cosa que la norma que él mismo expresa. En cambio, los segundos son siempre actuaciones singulares dispuestas por actos a su vez singulares y predispuestas por las normas que los prevén como sus efectos: por ejemplo, la propiedad de este vestido mío no es dispuesta, sino predispuesta por las normas del Código Civil como efecto dispuesto de la compraventa disciplinada por ellas. Podemos llamar normas téticas a las del primer tipo, que inmediatamente disponen las situaciones expresadas mediante ellas. Aquí entran no sólo las normas que adscriben derechos fundamentales, sino también las que imponen obligaciones o prohibiciones, como las normas del Código Penal y la sede carretera”, pp. 33 y 34.

En los orígenes del Estado moderno (Estado liberal), la expresión “derechos sociales”, no sólo se utilizaba poco o nada en el ámbito de los discursos políticos y jurídicos, sino que parecía incluso algo incomprensible a la luz de las categorías jurídicas y políticas de la época. El concepto de derecho subjetivo —del que las libertades civiles, políticas y económicas constituían en un principio una suerte de sublimación más política que jurídica— se calcaba entonces, de acuerdo con los postulados del individualismo liberal clásico, de la idea de la libertad natural del individuo; es decir, de la idea de que la “persona” coincide, desde el punto de vista jurídico, con el “sujeto de voluntad”, que crea relaciones jurídicas por medio de su volición (*Willensmacht*, poder de voluntad, actos de voluntad), en cuanto señor absoluto (*dominus*) de la esfera de acción que se le “reconoce” por el ordenamiento objetivo (*facultas agendi, agere licere*). Respecto de esta concepción “individualista”, la ley se consideraba como el elemento de racionalización del contexto, como una norma objetiva neutral que equilibrando los múltiples espacios de libertad de los individuos, de tal manera que éstos no se encontraran en conflicto entre sí, (la ley como límite) hacía posible la acción creadora de los individuos. En otras palabras, para expresarnos con los términos de uno de los primeros críticos de esta concepción positiva, toda constitución del Estado liberal se fundaba en paralelismos entre *imperium* y *dominium*, *sovereignty* y *property* *Herrschaft* y *Eigentum-Freiheit*: así como el soberano tenía poder sobre la colectividad que le está sometida respecto de las acciones socialmente (públicamente) significativas (soberanía)...¹⁹

En relación al mismo punto Luigi Ferrajoli también reconoce que la mayor parte de los derechos sociales carecen de técnicas de garantía eficaces, a diferencia de los derechos liberales (lo cual el maestro italiano considera como un estancamiento de las ciencias jurídicas y políticas), y afirma que hasta la fecha no se ha teorizado ni diseñado un Estado Social de Derecho equiparable al viejo Estado liberal, en razón de que se ha permitido que el Estado Social se desarrolle de facto a través de la simple ampliación de espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, dejando al libre juego, no reglado, de los grupos de presión y las clientelas la proliferación de las discriminaciones y los privilegios, así como el desarrollo del caos normativo, no obstante, el maestro italiano afirma que la tarea de los juristas consistirá en describir las

¹⁹ Baldassarre, Antonio, *Los Derechos Sociales*, *op. cit.*, nota 15. pp. 15 y 16.

antinomias y lagunas existentes y proponer, desde dentro del sistema conservador, las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone cada ordenamiento normativo, o bien, de elaborar y sugerir desde fuera, nuevas formas de garantías aptas para reforzar los mecanismos de auto-corrección de la protección de los derechos sociales, reconociendo así la necesidad de su reglamentación normativa;²⁰ salvedades y deficiencias regulatorias que insistimos, no son insalvables, en virtud de que la esencia misma de los derechos sociales es plenamente salvaguardable.

1. El límite de los derechos sociales

En la obra que se analiza también afirman sus autores que los derechos sociales no son derechos en sentido estricto, porque a diferencia de los políticos y civiles, tienen como único límite la actuación del Estado; sin embargo, dichos doctrinarios omiten considerar que algunos de los derechos fundamentales clásicos también operan como límites a las acciones de los particulares y no se agotan con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, porque requieren de la imprescindible actividad de la organización judicial y policial para su protección frente a los particulares y del propio Estado; incluso muchos de los derechos fundamentales no actúan como límites que deban salvaguardarse, sino en función de exigencias o necesidades a realizar y, por ello, susceptibles de violación por omisión y no por acción, por lo que exigen la estructuración de una organización administrativa para su protección efectiva, como por ejemplo, el derecho al voto, la debida asistencia legal en caso de detención, la libertad de comercio, de expresión, etcétera.

V. TUTELA JUDICIAL ESTRICTA

En cuanto a la efectividad de los derechos, a pesar de que el doctor Pereira y su colaborador afirman que sólo los liberales son susceptibles de tutela judicial estricta, lo cierto es que también lo son los derechos sociales, ya que ambos son

²⁰ Cfr. Ferrajoli. Luigi, *El Derecho como sistema de garantías*, en *Derechos y garantías, la Ley del más Débil*, Trotta, 1999, Madrid, pp. 28-30.

tutelables, si se considera que la objeción de que los sociales no son judicializables, resulta de una petición de principio, pues si bien los instrumentos procesales tradicionales nacen en la trama de las controversias jurisdiccionales que tenían como base fundamental el interés individual, el derecho de propiedad y la concepción del Estado mínimo, por lo que están limitados para salvaguardar judicialmente únicamente a los derechos civiles y políticos, lo cierto es que también los derechos sociales pueden reconducir sus reclamos para acceder a esos mecanismos procesales tradicionales derivados de la ideología liberal, para lo que basta sólo hacer algunos ajustes a esos dispositivos de salvaguarda, pero sobre todo, modificar la concepción que de los mismos tienen los operadores jurídicos.

Efectivamente, no existe obstáculo para afirmar que la protección de los derechos sociales puede ser judicializable, incluso sin necesidad de establecer un organismo burocrático específico para ello, en virtud de que bastará con los existentes y una perspectiva distinta de los operadores jurídicos, pues es evidente que en muchas ocasiones la efectividad de ese tipo de derechos tiene como única traba la objeción del juzgador a reconocer su violación —que en justicia es salvaguardable—, derivada de la concepción limitada del Derecho como un simple instrumento del Estado para la protección de la propiedad y la libertad, cuando lo cierto es que el ordenamiento jurídico, y con éste el Estado en su conjunto, deben ser instrumentos de protección de la sociedad, para lograr su estabilidad, que es el objetivo primordial de la actividad gubernamental, de ahí que esa tarea queda pendiente en la visión restringida de los *derechos*, sumándose así a la propuesta del liberalismo sin trabas que subestima algunas decisiones que, dirigidas a preservar privilegios de pequeños grupos, afectan derechos elementales de mayorías, negándoles las prerrogativas del Estado de Bienestar.

1. El sujeto pasivo de los derechos sociales

Aunado a lo anterior, en el texto que se analiza se dice que es un obstáculo a la judicialidad de los derechos sociales la circunstancia de que al pretender hacerlos exigibles el ciudadano se enfrenta siempre al Estado, el cual cuenta

con todos los medios para la protección de su patrimonio, por lo que no pueden ser considerados como *derechos*.

Ese argumento es débil, si se considera que, por ejemplo en la protección del derecho de debido proceso legal, el Estado debe cumplir ciertas obligaciones para con el ciudadano, reconocidas plenamente como *derechos*, a lo que no se opone el hecho de que el sujeto, al momento de ser procesado, no está precisamente frente a la víctima, sino de todo un aparato gubernamental que protege al bien jurídico que el indiciado ha transgredido, lo que también sucede tratándose del derecho tributario, pues en éste el individuo litiga contra el Estado, sin que por ello se estime que los derechos que tutela dejen de ser salvaguardables.

Lo anterior nos lleva a concluir que los sociales, son *derechos*, como los liberales, porque comparten algunos de los elementos que las diferentes teorías califican como básicos de estos últimos, sin que sea un obstáculo para así considerarlo la circunstancia de que no han sido reconocidos como judicializables, pues no existe un solo derecho económico social o cultural que no tenga, al menos, un dato o nota característica que permita su exigibilidad judicial en caso de violación, siendo por tanto una mera traba ideológica la que impide su reconocimiento y, con ello, su plena protección.

Cabe agregar que algunas corrientes doctrinarias han establecido diferentes estrategias simples para la protección judicial de los derechos sociales, así, en una de ellas se propone tan solo considerar que entre los derechos sociales y los liberales existe una diferencia de grado, en cuanto al peso simbólico de ciertas obligaciones del Estado; lo cual corrobora que en realidad no existe una razón real o material que impida afirmar que los derechos sociales son susceptibles de ser tutelados judicialmente.

2. La obstaculización del reconocimiento de los derechos sociales por razones ideológicas

Como se ha puesto de manifiesto, en realidad el motivo que impide la protección de los derechos sociales es de tipo ideológico, un ejemplo de ello lo encontramos

en la discusión del amparo en revisión número 510/2004, contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, consistente en la expedición y aplicación de los artículos 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, de la Ley del Instituto de Seguridad para las Fuerzas Armadas Mexicanas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintinueve de junio de mil novecientos setenta y seis, en la que el posicionamiento esencial que estableció el sentido de la resolución, después de un empate en el criterio de los ministros, se resolvió en los términos siguientes:

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Gracias señor ministro. Sí, es verdad, estos asuntos se reclaman conectados entre sí, el 33 y el 34, ya se resolvió sobre la constitucionalidad del 33, alcanza al 34 y el 152 al 155. Alguno de los señores ministros desea hacer uso de la palabra.

Bien, puesto que está empatado este asunto en cuanto a la constitucionalidad de los artículos 152 y 155, haré mi posicionamiento, manifestándome en favor de la constitucionalidad de estos preceptos. Conforme al artículo 4o. de nuestra Constitución, toda persona tiene derecho a la protección de la salud y dice la norma constitucional: “La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI, del artículo 73 de la Constitución.” Se advierte de aquí que el poder reformador de la Constitución dejó en manos del Legislador ordinario la obligación de expedir normas que definan y habiliten el ejercicio de este derecho a la salud; de manera que la potestad del particular para exigir al Estado la prestación de los servicios de salud que presta determinada institución, como en el caso es el ISSFAM, esta potestad de exigencia está sujeta al hecho de que se colmen los requisitos, que la ley emitida por el Legislador ordinario, prevea para ser beneficiario de tales servicios. Dicho en otras palabras, la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no deriva directamente del mandato constitucional, sino que requiere la necesaria existencia de una ley que habilite el ejercicio de este derecho. Es decir, es la ley ordinaria la que debe otorgar un derecho subjetivo frente al Estado y, además, que el particular que lo ejerza colme los requisitos señalados en la ley. El numeral constitucional señalado, artículo 4o., contiene un mandato a los órganos del Estado, mediante él se les constriñe a garantizar las condiciones necesarias para que las personas tengan acceso a los servicios de salud; de manera que se requiere la expedición de normas que establezcan la creación de una red pública

de instituciones de salud e incluso regular las obligaciones a cargo de las instituciones privadas.

Ahora bien, las normas que de acuerdo con el artículo 4o. constitucional se expidan, puedan establecer el régimen jurídico al que estarán sujetos los órganos o instituciones que garanticen el acceso a la salud de los individuos previniendo los requisitos que deben satisfacer para ser beneficiarios de los servicios de que se trate, pues no podría pensarse que cualquiera persona pueda exigir, a determinada institución a su elección, acceder a los servicios que presta; no se le puede pedir al ISSSTE, sin ser trabajador al servicio del Estado y no cotizar que nos preste el servicio de salud; lo mismo ocurre con la ley del ISSFAM, la cual establece los requisitos que se deben colmar para tener derecho a la asistencia médica que presta este Instituto; de manera que de no colmarse tales extremos, el particular carece del derecho de potestad para exigir de aquél la prestación de los servicios de salud.

En suma, en sentido estricto, el artículo 4o. constitucional no establece un derecho subjetivo que pueda hacerse valer sin condición alguna ante las instituciones creadas por el Estado para prestar los servicios de salud. Sin embargo, lo que acabo de decir no debe entenderse al extremo de considerar que el contenido constitucional sea una simple manifestación retórica, sino que debe tomarse en cuenta que este mandato vincula a los poderes públicos a emitir la regulación necesaria y a crear los órganos que garanticen la tutela de este derecho y en caso de incumplimiento del Estado, puede acudir a los medios de control constitucional para que se acate esta disposición. Se debe destacar que, en el caso particular, no se reclama la omisión de algún órgano del Estado para cumplir con ese mandato; es decir, un silencio legislativo que le impidiera al quejoso el ejercicio de este principio constitucional, debe apuntarse aquí que el Legislador ordinario, a la fecha, ha expedido normas conducentes como es la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4o. constitucional, así como otros ordenamientos que permiten el acceso generalizado a la salud.

El artículo 4o. tiene por objeto orientar la actividad del estado hacia un determinado fin, como es la protección de la salud de las personas, pero esto no significa que haya la potestad de exigir que se nos brinde protección a la salud ante cualquiera institución destinada a esta finalidad, hay diversos medios de protección a la salud, uno es la medicina privada, que costea directamente quien solicita los servicios, otro es la seguridad social a través de organismos como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el ISSSTE, el ISSFAM; y hay

también la llamada medicina popular, los hospitales civiles y otro tipo de organismos que prestan asistencia generalizada a la salud, con esto quiero decir que la circunstancia de que aquí se determine la constitucionalidad del precepto, los dos artículos en cuestión 152 y 155, no significa menoscabo al derecho a la protección de la salud, que constitucionalmente le asiste al quejoso sino simplemente que no puede exigir este servicio al ISSFAM, sino a otras instituciones que pueden prestar, ese sería mi posicionamiento, señores ministros y si no hay más intervenciones, creo que el desempate en el tema del artículo 155, queda decidido con mi voto por su constitucionalidad.²¹

De lo anterior se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que son constitucionales los preceptos 152 y 155 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, porque si bien el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, también establece que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y determinará la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de ese ordenamiento legal, lo cual sustentó ese Alto Tribunal en que el poder reformador dejó en manos del legislador ordinario la obligación de expedir normas que definan y habiliten el ejercicio de ese derecho, por lo que la potestad del particular para exigirle al Estado la prestación de los servicios de salud que otorga determinada institución, que en ese caso era el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, está sujeta al hecho de que se colmen los requisitos que la ley emitida por el legislador ordinario prevé para ser beneficiarios de tales servicios, con base en lo cual concluyó que la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no deriva directamente del mandato constitucional, sino que requiere de la existencia de una ley ordinaria que habilite el ejercicio de ese derecho, porque es ésta la que debe otorgar la potestad subjetiva frente al Estado y para que los militares contagiados por el virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH), no tengan derecho a la asistencia médica una vez que han sido dados de baja derivado precisamente de ese padecimiento.

²¹ www.scjn.gob.mx/ actividad jurisdiccional/consulta de expedientes/5 de marzo de 2007.

En principio conviene resaltar que en dicho fallo no se dice que se hayan considerado aspectos económicos, sociales o culturales, sin embargo, en el mismo subyace la influencia de tales conceptos, así como de la cantidad de recursos presupuestarios que deberían aplicarse para satisfacer ese derecho, lo que se afirma con base en que el referido órgano jurisdiccional en precedentes ha establecido la libertad para la interpretación de la norma y de los tratados internacionales, fijando sus alcances, como el interprete último y único autorizado,²² no obstante, en el caso declinó la posibilidad de analizar en esos términos los aspectos sociales que se le plantearon, a pesar de que no existía alguna razón que se lo impidiera, incluso habría resultado plenamente razonable que hubiera adoptado la posición del ministro Silva Meza, en el sentido de que la previsión del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como derecho a la salud admite no ser analizada conforme al método de interpretación sistemático, como norma programática, considerando que dar de baja o poner en situación de retiro a un militar que tenga SIDA, afecta sus derechos violando los numerales 1º y 4o. constitucionales, porque además de que resulta discriminatorio, atenta contra el derecho a la salud, el cual aparece salvaguardado en compromisos internacionales signados por México, que ese órgano jurisdiccional ha aceptado como premisas para la interpretación del ordenamiento legal interno, de ahí que, señaló el citado ministro, si en diversos ordenamientos internacionales se asegura a las personas que padecen esa enfermedad, en los diferentes grados o en las diferentes etapas del proceso, el acceso a los sistemas de salud, no existía razón para que no se protegiera a los militares retirados para que en respeto de esos convenios internacionales salvaguardara el derecho a recibir atención médica como un derecho humano fundamental, incluso de los principios éticos y humanitarios, conforme a las dimensiones sanitarias, sociales y económicas del VIH y el SIDA, dada a conocer en mil novecientos noventa y dos, como anexo del documento SN41992 de la Comisión de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas, y la declaración del compromiso de la ONU en la lucha contra el VIH, SIDA, adoptada por el

²² Cfr. la tesis jurisprudencial número VI/2001, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 321, del tomo XIII, correspondiente al mes de abril de 2001, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época.

periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en mil novecientos noventa y tres, la Declaración de los Derechos de la Humanidad sobre el virus de inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, dado a conocer en mil novecientos noventa y dos, también como documento anexo, la Declaración Cumbre de París sobre SIDA, elaborada el primero de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Reunión de Cuarenta y Dos Gobiernos, celebrada en la citada ciudad, declaración en la que se reconocen los derechos humanos de las personas que viven y padecen VIH, SIDA, y establece el compromiso de cuarenta y dos gobiernos, incluido México, para luchar contra las condiciones sociales y económicas que favorecen la discriminación y la propagación del virus.²³

Así, conforme a los lineamientos señalados por el Ministro Silva Meza, de los pactos internacionales celebrados por México que citó, que no son los únicos se arriba a la conclusión de que resulta jurídicamente procedente obligatorio en el orden moral y necesario por humanidad, propugnar por la no discriminación, y la no afectación de derechos sociales tratándose de la prestación de medidas de salud curativas para los portadores de la referida enfermedad, por lo que existían elementos suficientes para, administrados con el ordenamiento constitucional interno, concluir que es inconstitucional el artículo 152 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en tanto que disminuye esas prestaciones sociales, que incluso tienen el carácter de derechos fundamentales.

Cabe agregar que al haber procedido en el sentido de declarar inconstitucional el referido precepto no habría implicado que el Poder Judicial Federal se sustituyera al legislador o al ejecutivo, en virtud de que no se estaría pronunciando sobre la constitucionalidad de todo el sistema de salud, sino únicamente del derecho de los enfermos del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, el cual por su gravedad, puede considerarse como de interés público y, por ende, de orden prioritario para el Estado detener su proliferación, a través de la implementación de estándares de tratamientos médicos adecuados; todo lo expuesto

²³ Cfr. *Ibid.* Cit /6/2007.

evidencia que existían suficientes razones para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara en el sentido de que la Secretaría de la Defensa Nacional, a través del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, tenía la obligación de proporcionar servicios médicos a sus militares en retiro, ya que se trataba de un padecimiento que pone en riesgo la salud de la población, por su alto índice de contagio, incluso considerando las condiciones reales de los servicios de salud pública, podría haberse justificado que ese Alto Tribunal determinara que dicho Instituto, que cuenta con centros de salud de primer nivel, asumiera la responsabilidad de proporcionar esos servicios, toda vez que los afectados fueron trabajadores de la dependencia de la que es un órgano centralizado.²⁴

3. Probabilidades de éxito en la defensa judicial de los derechos sociales

También se afirma en la obra que se analiza que no es procedente impugnar a través de la acción judicial los problemas que derivan de los derechos sociales, porque existe un porcentaje mínimo de éxito en la obtención de un beneficio, sin embargo éste no logra ser al menos un argumento lógico ni coherente con la realidad, para negarles el carácter de *derechos* a los sociales, si se atiende a que, en sí, todos los litigios tramitados están supeditados a esa indeterminación, en cuanto se ignora si podrá obtenerse un fallo favorable, en virtud de que no existe certeza plena de cómo se va a resolver.

²⁴ El ejemplo que se propone no es ocioso, ya que generará más expectativa dilucidar sobre qué pasará cuando, como consecuencia del desmantelamiento del sector de salud pública, derivado de las medidas neoliberales en México, sean sólo clínicas u hospitales particulares los que dispusieran de los equipos necesarios y los tratamientos indispensables para sanar a amplios sectores de la sociedad, así quedará como una incógnita saber si la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá como lo hizo la Corte Constitucional española, según lo relata Antonio Baldassarre en la página 175 de su obra citada en las notas números 15 y 18, en los siguientes términos: “Por último, el *derecho a recibir cuidados médicos* es el primero de los derechos del enfermo, frente al cual existe el deber del médico, jurídicamente (incluso penalmente) sancionado, de prestar cuidados adecuados. Se trata de un derecho subjetivo que, de faltar, vaciaría de significado el derecho fundamental a la salud y cuya importancia ha sido recientemente subrayada por la Corte Constitucional, que ha afirmado la primacía de este derecho, al menos cuando los tratamientos sean objetivamente indispensables, respecto de las necesidades de la organización sanitaria pública (sent. 992/1988, que declaró la inconstitucionalidad de una ley en la parte en que no permitía ciertas prestaciones en clínicas no vinculadas al sistema sanitario público, cuando éstas fueran las únicas que dispusieran de los equipos necesarios y los tratamientos resultaran indispensables)”.

En ese sentido procede afirmar también que contrariamente a lo que señala el doctor Pereira Menaut, no sólo los derechos sociales llevan implícita la idea política de los *derechos*, pues en igual medida la tienen los derechos liberales, y un ejemplo lo encontramos en el derecho a la libre expresión, en cuanto a que en cada grupo social se establecen las manifestaciones ideológicas que habrán de ser toleradas, sin que ello lleve a afirmar que esa prerrogativa liberal no sea un *derecho*, más aún si se considera que en la evolución de los conceptos, algunas figuras han sido calificadas en su origen como no jurídicas, y sólo por un cambio de criterio, en otro momento pasan al campo de la ley; asimismo, tratándose de aspectos procesales, muchas acciones que no eran salvaguardables han sido atraídas por el Poder Judicial para su conocimiento, ampliando en ocasiones sus poderes de revisión contra actos u omisiones de otros poderes, considerados inconstitucionales, lo cual se ha verificado inclusive en aspectos que tienen tintes sociales, como por ejemplo los litigios derivados de las controversias entre el capital y el trabajo, que mucho tiempo después de que aparecieron en la sociedad fueron aceptados como judicializables, incluso para salvaguardarlos se crearon las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje y otros Tribunales que tutelan los derechos laborales consagrados precisamente en la Constitución como sociales.

4. Mecanismos procesales para la protección de los derechos sociales

En cuanto a los problemas que derivan de la falta de mecanismos procesales para la protección de los derechos sociales, basta señalar que en muchas legislaciones esa deficiencia se ha terminado a través de la instauración de vías apropiadas para su defensa, mediante la ampliación de los supuestos de procedencia de los juicios, por ejemplo se hablaba de los derechos difusos como derechos no judicializables porque existía el problema de la legitimación activa, al no existir un mecanismo por el que se tuviera certeza de quiénes eran los sujetos colectivos o grupos que resultarán afectados, siendo que los procedimientos establecidos, solamente contemplaban el supuesto en el que se dilucidaban conflictos individuales, sin embargo, algunas legislaciones, entre ellas la Argentina, han creado medidas de reconocimiento de derechos al señalar que basta la afectación de una persona por un derecho social, para hacerlo

judicializable, una vez que se ha demostrado esa afectación, con lo cual se ha dicho que inclusive se evita un problema de inconsistencia argumentativa, porque es ilógica la afirmación de que si un solo individuo ejercita la acción ante un tribunal por un derecho colectivo afectado y ese daño existe y es padecido por un grupo mayoritario, no sea reconocido el problema como tal, pues ello implicaría dejar al Derecho en el campo de lo meramente formal, eludiendo la realidad y el compromiso de resolver problemas colectivos.

Otro ejemplo de la evolución de los derechos lo proporcionan Víctor Abramovich y Christian Courtis, en los siguientes términos:

La evolución constitucional y legislativa de los últimos años es notoria en países como la Argentina y Brasil: por ejemplo, desde la publicación del primer artículo que dio origen a este trabajo, a finales de 1997, la interpretación jurisprudencial del amparo colectivo incorporado en la Argentina por la reforma constitucional de 1994 ha sido sorprendente. En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada "acción civil pública" en materia ambiental y de protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente. Pese a las dificultades que toda innovación supone, la evaluación doctrinaria e institucional de estos instrumentos procesales novedosos ha sido manifiestamente laudatoria. La ya asentada tradición estadounidense de la *class action* es otro buen ejemplo de esta evolución. Baste decir aquí que muchas de las señales que se perciben en esta materia hoy en día son, por lo menos, alentadoras.²⁵

Otra distinción importante que la corriente conservadora resalta para sostener que los *derechos* sociales no son derechos, es que su judicialización implicaría que el juzgador invadiera campos de acción de la economía y de la política; la cual también es inexacto, porque no todos los derechos sociales se pronunciarían sobre tales temas, ya que como se señalaba en el ejemplo de la distribución de los ingresos, el Juez al resolver no invadiría el campo político que maneja el reparto del presupuesto, ni el económico, en virtud de que los

²⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op cit.*, nota número 5, p. 130.

recursos ya existen y tan sólo se regula el debido cumplimiento de la ley que los rige; y si bien es cierto también que en algunos supuestos para la salvaguarda de los derechos sociales el resolutor estará obligado a dirimir problemas derivados de controversias del campo de la política, no menos cierto lo es que en la actualidad, los Jueces resuelven controversias políticas para salvaguardar derechos civiles, sin que por ello se les niegue a estos derechos el carácter de *derechos* en sentido estricto, toda vez que se dice que propiamente no se juzga sobre la actuación de las autoridades, sino tan solo respecto a si en su actuación éstas se ciñeron o no a lo que prevé la norma.

En suma, no existe obstáculo para afirmar que los sociales, son susceptibles de catalogarse como *derechos*, pues como se ha señalado son insostenibles las premisas relativas a que para satisfacer a algunos de ellos se requieren recursos, de tal manera que sería inevitable repartirlos de manera desigual, que podría ser difícil mantener un control y coerción jurisdiccional sobre éstos, entre otras; porque tales proposiciones no son aplicables a todos los derechos sociales, ya que entre ellos, algunos para su satisfacción no requieren más que ser reconocidos, ni tampoco es un obstáculo para considerarlos como *derechos* que varios impliquen gastos para el Estado, porque esa nota también la tienen los derechos civiles y políticos, sin que por ese motivo se les niegue el referido carácter, máxime si se considera que existen países que en la actualidad salvaguardan los derechos de grupos sociales desprotegidos a través de medidas de defensa jurisdiccional, no habiéndose verificado algún impedimento material o legal para ello.

VI. CONCLUSIONES

- a) Los derechos sociales garantizan universalmente a los ciudadanos el acceso a los medios necesarios para tener condiciones de vida dignas, por el sólo hecho de su condición y no como mera caridad o política asistencial, en cierta medida esos derechos equivalen a los derechos humanos de segunda generación (los económicos, sociales y culturales), propios del Estado Social de Derecho, que aparecen históricamente como superación del Estado Liberal.

- b) Es plenamente razonable considerar a los derechos sociales como *derechos*, y en la misma medida que los derechos civiles, son salvaguardables a través de la implementación de su judicialización, ya que no existen diferencias entre ambos, incluso constituye una obligación moral proteger a los grupos vulnerables del deterioro de sus condiciones económicas y de vida, derivadas de los vicios de los sistemas políticos, a pesar de los esfuerzos económicos que requiere la reversión de las desigualdades que originan la pauperización de su existencia.
- c) Con base en una posición ideológica en la que se concibe al Derecho como una toma de posición frente a la realidad que el hombre modela y cambia, es decir, determina su contenido y alcances, no se advierte algún obstáculo para considerar a los derechos sociales como *derechos* en sentido estricto, ya que desde esa perspectiva sólo es necesaria una aproximación pragmática y crítica de los operadores jurídicos para superar los modelos avalorativos y formales pretendidos por la línea argumentativa conservadora, es decir, dar la batalla a la concepción restrictiva de los mismos, a fin de lograr que el ordenamiento jurídico sea la respuesta eficaz a las señales de salvajismo que proliferan en la economía, para encarnar, en suma, una voz a la solidaridad humana que requiere nuestro tiempo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 1ª ed., Madrid, 2002.

ALFONSO RUIZ, Miguel, *Derechos liberales y derechos sociales*, Doxa, España, 1994.

ATRIA, Fernando, *República: Derecho y política a propósito de los Derechos Sociales*, Isonomía, México, s/a.

BALDESARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ª ed., 2002.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª. ed., Distrito Federal, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “*Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales*”, (Réplica a Fernando Atría), Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, s/a.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.

FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, 2ª. ed., Madrid, 1998.

GARGARELLA, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, 1ª. ed., Barcelona, 1999.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *Derechos Humanos e Injusticias Cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1ª ed., 2004.

NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

PEREIRA Menaut, Antonio Carlos y Martínez Estay, José Ignacio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, 3ª ed., España, 1997.

PISARELLO, Gerardo, *Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional; por una protección compleja de los derechos sociales*, Universidad de Barcelona, Isonomía, España, 2001.

www.scjn.gob.mx/ actividad jurisdiccional/consulta de expedientes/5 de marzo de 2007.

OPINIONES RESPECTO DEL PROBLEMA ONTOLÓGICO DEL DERECHO Y UNA BREVE INCURSIÓN AL PENSAMIENTO FILOSÓFICO DE JOHN FINNIS

LUIS RAÚL GUTIÉRREZ CALDERÓN*

Sumario: I. Un acercamiento a la realidad jurídico-filosófica; II. La objeción iusnaturalista de nuestros tiempos; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

I. UN ACERCAMIENTO A LA REALIDAD JURÍDICO-FILOSÓFICA

Resulta un panorama frecuente que en nuestros días, el jurista promedio otorgue al ser del derecho, un significado desprovisto de aspectos esenciales que motiven no sólo su descripción y ejercicio, sino además, su influencia y trascendencia. La afluencia relevante de corrientes de pensamiento que dotaron al concepto del derecho de un contenido meramente positivista en el desarrollo del siglo pasado, resulta aún predominante y pretende desconocer que éste, pueda y deba ser guiado por reglas y principios de naturaleza moral. Esta limitación ontológica se ve descrita, como lo señala Gustavo Zagrebelski, en que el concepto de derecho como la colección de normas de conducta propuestas exclusivamente por el legislador (ya sea constitucional u ordinario) es aún prevalente entre académicos jurídicos, Jueces y abogados, y por lo que también es dominante la

* Secretario adscrito al Juzgado Tercero de Distrito en Aguscalientes.

idea del juzgar como la operación lógica-deductiva consistente en la aplicación objetiva de la ley al caso particular a través de la vía de un silogismo normativo y legalista sin la necesidad de mirar más allá de las cuatro esquinas del derecho.¹ Es decir, es evidente que el actual uso del término derecho se encuentre referido primariamente a “reglas producidas en concordancia con reglas jurídicas reglamentarias, por una determinada autoridad efectiva”,² de tal manera que ello se constituya en un criterio relativista de definición, determinación y reconocimiento de derechos en nuestra sociedad, lejos de establecer su validez atendiendo en unión, al contenido intrínseco de la norma.

Es por lo anterior, que la presente disertación pretenderá constituirse en no más que introductoria de trascendentales aspectos, que serán abordados tan solo esencialmente, concernientes al estudio del ente del derecho. Asimismo, el punto toral del escrito que se propone envolverá una modesta introducción al pensamiento de John Mitchell Finnis con respecto a la problemática que se entrevé.

1. Una pluralidad descubierta

Basado en una natural contemplación del fenómeno social que nos rodea, con frecuencia el término derecho procura ser resuelto en un ejercicio simplista e insuficiente.

Finnis establece que sobre el particular, resulta una suposición común el considerar que la evaluación del derecho como una especie de institución social, deba ser precedida por una descripción y análisis libres de valoración, donde los teóricos se limiten a nombrar o describir el derecho tan sólo como dicha institución social; sin embargo, las concepciones del derecho (y así como de

¹ Zagrebelski, Gustavo, *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian point of view*, Oxford University Press and New York University School of Law 2003, I.CON, Volume 1, Number 4, 2003, p. 622 (traducción personal).

² Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Great Britain, 2004, p. 276 (traducción personal).

jus, lex, droit, nomos, ...) que la generalidad ha planteado y utilizado para normar su conducta, en realidad son de gran variedad; y más aún, esta práctica y vida social implican numerosas etiquetas en diversos idiomas, simbólicamente hablando, donde los idiomas puedan ser aprendidos por hablantes de otros tantos, pero los principios sobre los cuales las etiquetas son adoptadas y aplicadas, no sean uniformes, siendo que a su vez, sea necesario adoptar algún principio de selección para su determinación.³

Por tanto, que la realidad jurídica se presente con una riqueza que no sólo pueda ser comprendida a base de consideraciones descriptivas, sino que sea más que recomendable su planteamiento desde la teoría jurídica. De ahí que si el jurista (considerado en su sentido amplio), realmente aspira hacia una amplitud en el campo del conocimiento del derecho, se requiera como previa encomienda el adoptar una cierta postura ontológica del derecho. Esto es, ser capaz de extraer del entorno jurídico la realidad filosófica que lo gobierna, comprenderla y poder constituir con ella una crítica congruente que determine su correspondiente labor operativa.

Resulta evidente que las respuestas iusfilosóficas al problema ontológico del derecho no sean escasas, como lo ha demostrado el mismo proceso del devenir histórico del ser jurídico en diversas sociedades y épocas, y así como la eclosión de diversas teorías, tanto opuestas como armónicas del tema en particular.

Sin embargo, si bien a lo largo de las presentes páginas, no se pretende formar un estudio exhaustivo de la diversidad de miradas filosóficas referentes al derecho, sí se procurará llevar a cabo un planteamiento suficiente de los argumentos que los constituyen, que influirán en mayor o menor medida, en lo que concierne a la postura filosófica desarrollada por Finnis y que se revelará en párrafos posteriores.

³ *Ibid.*, pp. 3 y 4 (traducción personal).

2. La sistematización del derecho

En primer término, es de menester manifestar ciertos elementos del derecho que atienden a su sistematización y como tal, a sus relaciones con la sociedad.

Considera Finnis, que el aspecto central del derecho y del sistema legal, lo constituye ese derecho y sistema legal en una comunidad completa, que se propone tener autoridad para proveer de una amplia y suprema dirección al comportamiento humano en esa comunidad, y así como otorgar validez legal a todos los demás acuerdos normativos, afectando a los miembros de esa comunidad.⁴ Considerándose que el imperio del derecho que se impone, dependerá de la justicia que contenga o en su capacidad para asegurar esa justicia.⁵

Sin embargo, lo anterior no constituye un criterio predominante en la práctica jurídica política, debido a que el alegato iuspositivista conforma un esquema más bien arraigado en el espectro jurídico con amplitud de aquiescencia en el pasado siglo XX. Esta concepción, sustenta el sentido de su funcionalidad en la necesidad de otorgar una definición a todos aquellos aspectos circundantes al fenómeno jurídico.

De esta manera, los sistemas positivistas buscan integrar a su modo de pensamiento las características esenciales de su visión jurídica. Acerca de ello, Luis Prieto Sanchís nos indica que bajo la denominación del positivismo teórico suelen reunirse una serie de tesis independientes entre sí acerca de lo que comúnmente se denomina “naturaleza” del derecho. Aunque no resulte del todo claro cuáles sean concretamente esas tesis, ni se presenten siempre de modo uniforme, se formulan las siguientes: a) La vinculación del derecho con la fuerza, bien en el sentido de que las normas necesitan del respaldo de la fuerza, bien en que regulan y organizan dicha fuerza; b) una concepción rigurosamente estatalista del derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo), relegando cualquier otra fuente a una

⁴ *Ibid.*, pp. 260 (traducción personal).

⁵ *Ibidem.*

función residual; c) una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe principalmente a ésta como norma de conducta dirigida a los ciudadanos, dotada de una cierta estructura tripartita; d) la idea del derecho como sistema, es decir, como conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena y carente de contradicciones; e) finalmente, una teoría mecanicista de la interpretación, según la cual la aplicación del derecho se ajusta al método de la subsunción donde el Juez desempeña una función “neutra” o de simple autómeta.⁶

Sobresale de la descripción precedente, la revelación positivista del derecho como un sistema, una ordenación de normas dotada de unidad plena y con la ausencia de contradicciones.

Lo anterior se haya apoyado por Uberto Scarpelli que por su parte, señala que el positivismo jurídico concibe al derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos, mediante actos de una voluntad dirigida a someter la conducta a la disciplina de esas normas.⁷

Derivado de lo que antecede, la perspectiva del sistema jurídico se implanta en los órdenes positivistas a la sazón de la concepción del universo preconcebido para el derecho, reduciendo sus límites a un aspecto normativo de origen legislativo y cuya obligatoriedad forma parte de su ente. Sin embargo, ¿cómo se construye y determina ese sistema de derecho? ¿Hacia dónde extiende su régimen de conocimiento y su aplicación en sociedad? Robert S. Summers indica que la naturaleza del derecho, constituye la cuestión más nuclear de la Teoría del Derecho, por lo que en remembranza a sus años estudiantiles en la Universidad de Oxford, se refiere a su maestro de Teoría del Derecho, el profesor H. L. A. Hart quien sostenía que la clave para entender la naturaleza del sistema jurídico era verlo como “la unión de reglas primarias y reglas secundarias”, es decir, las reglas primarias como normas de obligación que imponen deberes a

⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1997, pp. 13 y 14.

⁷ García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004, p. 51.

los ciudadanos, verbigracia, para que se abstengan de causar daño a otros, para que respeten la propiedad, para que cumplan sus promesas, etcétera; sin embargo, Summers advierte que aún cuando una sociedad podría tener sólo normas primarias, ello sería gravemente deficiente: un régimen compuesto sólo de reglas primarias adolecería de otro defecto, sería estático, y no habría manera de modificar los deberes provenientes de las reglas primarias, ni sería posible introducir nuevas normas al sistema; por ello, que la solución que propone Hart sea la de introducir normas que especificaran criterios de validez, llamándolas “reglas secundarias”, que individualizaran quiénes y mediante qué procedimientos pueden cambiar las normas y las relaciones normativas.⁸

No obstante lo anterior, Finnis corrige la anterior visión del sistema legal y añade diversos elementos que confluyen con la naturaleza que atribuye al derecho, así, considera que algunas partes de ese sistema legal comúnmente consisten y deben consistir en reglas y principios cercanamente correspondientes a los requerimientos de la razón práctica, los cuales son conclusiones directas de la combinación de un particular valor básico (como la vida) con uno o más de los requerimientos básicos de la razonabilidad práctica.⁹ Nótese el viraje que dirige Finnis a través de su aportación, en la consideración no sólo de la regla (*rule*) como núcleo expresivo del derecho, sino de la necesidad de su confluencia con otros elementos, como los valores básicos del hombre y la razonabilidad práctica, componentes los anteriores que serán abordados más detenidamente con posterioridad.

3. Los ensayos positivistas: fundamento del empirismo jurídico actual

Una vez establecidos de manera primaria los elementos básicos que caracterizan la naturaleza del sistema jurídico positivista, conviene llevar a cabo un franco recorrido por diversos aspectos necesarios para la comprensión de la influencia positivista jurídica actual.

⁸ Summers, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2001, pp. 41 y 42.

⁹ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 282 (traducción personal).

Sobre este particular y de manera previa se estima necesario partir, como lo señala Alf Ross, del aspecto de qué se entiende por positivismo jurídico con base en la descripción de las expresiones más comúnmente allegadas. Así, señala dicho autor que dada la manera como el término “positivismo” es usado en general en la filosofía, es razonable tornar la expresión “positivismo jurídico” en sentido amplio, es decir, como una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la Teoría del Derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y antimetafísica.¹⁰

Por contrapartida, la concepción apuntada de Ross, lleva implícito el reconocimiento *a contrario sensu*, de una filosofía no empirista y metafísica, siendo relevante acotar en el presente orden de ideas su descripción, en el sentido de que la expresión “derecho natural” es tomada en sentido amplio para designar la actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la Teoría del Derecho, basado en la creencia de que el derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere una interpretación metafísica, esto es, una interpretación a la luz de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre, principios e ideas apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos.¹¹

Sin embargo, retornando al tema en estudio, resulta interesante además, el señalamiento de Ross hacia las tesis que considera primordiales y constituyentes del núcleo del positivismo jurídico, así tenemos, en primer término, la tesis de que la creencia en el derecho natural es errónea; lo anterior, en el testimonio de que no existe tal derecho, y en contraparte, todo derecho es positivo.

Esta tesis niega que los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) sean la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento. La ética (o moral, en sentido amplio) es usualmente dividida en dos partes por

¹⁰ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 4ª. ed., México, 2001, pp. 8 y 9.

¹¹ *Ibidem*.

los partidarios de las teorías cognoscitivas: moral en sentido estricto y derecho natural. La moral, se sostiene comúnmente, se refiere al destino y fin ético último del hombre, mientras que el derecho natural trata de los principios y normas que deben regir la vida del hombre en la sociedad civil (el Estado) para que pueda realizar su destino moral. Los principios éticos son, entonces, principios de la moral o del derecho natural. La negación positivista de la existencia del derecho natural es una consecuencia implícita en la doctrina más general que niega la existencia de todo conocimiento ético: No hay derecho natural como no hay una moral natural.¹²

En segundo término, la ulterior tesis fundamental del positivismo jurídico, establece que éste constituye una doctrina que pertenece a la teoría o metodología de la ciencia del derecho, por la cual se establece que:

Es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conducta y actitudes humanas); afirma, en especial, que no hace falta recurrir a ideas o principios tomados del derecho natural o la moral natural. Esto se aplica en particular a la idea de validez. En la medida en que este término es tomado como que significa que el derecho posee una fuerza moral intrínseca (la "fuerza obligatoria") que constriñe a los súbditos, no solo mediante la amenaza de sanciones sino también moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene sentido ni función dentro de la doctrina del derecho. La validez, en esta interpretación, es una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables. Ahora bien, si la ciencia del derecho, y por esta expresión entiendo la actividad que pretende describir el derecho efectivamente en vigor en cierto país en un momento determinado, se ha de entender como una ciencia empírica, no puede haber lugar en ella para ningún concepto de este tipo.¹³

Las anteriores expresiones producen una conceptualización del derecho positivista alejado de todo elemento valorativo, donde su contenido se establece con base a términos puramente fácticos o empíricos, rechazando fundamental-

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibid.*, p. 10.

mente la remisión a ideas o principios tomados del derecho natural o la moral natural.

Dicha línea de pensamiento será enfatizada por parte del positivismo ensayado por Kelsen, el cual importa una radical importancia en términos de la filosofía del derecho. Señala este autor que un orden jurídico es una pluralidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento humano, es decir, lo determinan como debido, así, una pluralidad de normas constituye un orden cuando éstas forman una unidad, y esto ocurre cuando tienen el mismo fundamento de validez, en este orden de ideas, cuando el derecho es derecho positivo, las normas de un orden jurídico son “puestas”, “establecidas” o “creadas” por actos de seres humanos, los cuales determina como actos de legislación, actos que constituyen una costumbre creadora de derecho, actos jurisdiccionales, actos administrativos, actos convencionales, en especial, los contratos.¹⁴

Ahora bien, para Kelsen la génesis del orden positivo se circunscribe exclusivamente a la existencia previa de los órganos jurídicos, es decir, “las personas autorizadas por el orden jurídico para crear actos jurídicos”,¹⁵ por lo tanto, esta visión del derecho necesitará de la conjunción del órgano jurídico necesario para su positivización y validación que posicionará a la norma jurídica en el plano social, por ende, es reduccionista al encasillar al aspecto jurídico al cumplimiento inexorable de la norma jurídica y su establecimiento por técnicos del derecho autorizados a ello por el Estado, excluyendo todo tipo de elementos no fácticos o demostrables.

Es decir, en el pensamiento de Kelsen se advierte un abierto rechazo a la influencia de diversos órdenes que considera externos a aquéllos que otorgan validez a la norma, por decirlo así, del tipo moral, ético o del derecho natural. Y es que precisamente, se desconoce que el aspecto de validez en dichos órdenes

¹⁴ Kelsen, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003, p. 93.

¹⁵ *Ibidem*.

sea aquél aplicable al sistema jurídico que se propone. Finnis advierte que en este aspecto debemos de tratar con la visión que del derecho natural establecen Kelsen y algunos juristas como Hart y Raz.

Y sobre el particular, Joseph Raz, adopta y sintetiza la postura kelseniana al señalar que según las teorías del derecho natural no hay una noción específica de la validez legal, y su crítica se dirige a que el único concepto de validez que se propone en éstas, es la validez según el derecho natural, es decir la validez moral. Por lo que los juristas naturalistas pueden juzgar un derecho solamente como moralmente válido, es decir, apenas moralmente inválido, o bien, incorrecto, pero no pueden decir del derecho que es legalmente válido pero moralmente incorrecto, ya que si es incorrecto o injusto, es también inválido en el único sentido de la validez que reconocen.¹⁶

Además, en referencia a algunas teorías jurídicas del siglo XIX y XX, verbi-gracia, aquéllas de John Austin y Hans Kelsen, Finnis establece que éstas podrían utilizarse para implicar que las condiciones de su validez legal, se refieran sólo a la forma y al hecho que les da origen: las formas de transacción o de proceso, tales como la actividad de promulgación realizada en una legislatura particular.¹⁷ Tal relativismo conduce a desconocer en el derecho o en la norma positiva, un contenido intrínseco moral y reconocer su validez con base los elementos que intervinieron en su conformación.

Por otra parte, dicha autosuficiencia de la normatividad positiva respecto de la filosofía iusnaturalista, se justifica como lo señala Alf Ross, de la observación de la manera en que funciona el derecho en la sociedad, así, descubriremos que gran número de acciones humanas son interpretadas, con ayuda de las normas jurídicas, como esquemas de interpretación, conclusión que permite a juicio de este notable escritor, formular su hipótesis del concepto de “derecho

¹⁶ Joseph Raz citado por John Finnis en *op. cit.*, Nota 2, p. 26 (traducción personal).

¹⁷ Finnis, John, “Foundations of Practical Reason Revisited”, *The American Journal of Jurisprudence*, volume 50, Notre Dame Law School, Natural Law Institute, United States of America, 2005, p. 109 (traducción personal).

vigente” como el conjunto de ideas normativas que fungen como sistema de interpretación de fenómenos jurídicos concretos, cuando las normas relativas a éstos son efectivamente observadas y quienes la observan se sienten vinculados por ellas.¹⁸ Al respecto, García Máñez acota que tal conclusión demuestra a razón de Alf Ross, que el concepto de “derecho vigente” es definible y sin necesidad de recurrir a consideraciones de índole metafísica; la doctrina tradicional, por el contrario, concibe la vigencia como un concepto de razón, de origen divino o existente *a priori* (independientemente de la experiencia) en la naturaleza racional del hombre.¹⁹ El mismo Ross menciona que un filósofo iusnaturalista, como tal, no tiene razón para negar que el derecho es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos.²⁰

Ahora bien, no valdría restar de este análisis, la reacción kelseniana a la teoría del profesor escandinavo, ampliamente divulgada en sus *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, desde donde lleva a cabo una confrontación directa al contenido de la obra *Sobre el Derecho y la Justicia*²¹ de este último. En su estudio, resalta que Ross rechaza ciertas teorías realistas del derecho porque apartan del concepto de derecho todos los puntos de vista normativos, ya que definen el derecho como puro hecho, como una parte de la conducta social, y proponen escamotear todos los puntos de vista normativos, y todos los conceptos de validez; empero ello, Kelsen estima que su “reinterpretación” de las ideas normativas, y esto significa, como él mismo dice, de los conceptos de validez, conduce precisamente al mismo resultado. Ello es debido a que Ross dice partir del supuesto de que la ciencia del derecho es una rama de la ciencia de la conducta humana, como un puro hecho, como una parte de la conducta social de los hombres, de tal manera, que éste extrae como consecuencia, su definición de la ciencia del derecho como “ciencia de la conducta humana”, y que por ello considere que el fenómeno jurídico se encuentre dentro del ámbito de los fenómenos psicofísicos que constituyen el dominio de la psicología y de la sociología. Esto quiere decir en su opinión, que la ciencia del derecho es una rama de la

¹⁸ García Máñez, Eduardo, *op. cit.*, Nota 4, p. 73.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, Nota 6, p. 18.

²¹ Del idioma inglés, *On Law and Justice*.

psicología y de la sociología y entonces no puede concebirse el derecho como norma. De allí que Ross rechace en su trabajo *Hacia una Jurisprudencia Realista*,²² la tesis de que el derecho consiste en normas, puesto que considera que esa tesis es insostenible y por ello, que el autor se remita a su definición del derecho, como fenómeno psicofísico.²³

Continuando con el anterior orden de conceptos, Kelsen en su referida obra, rechaza el iuspositivismo realista escandinavo de Alf Ross, a lo que considera, una trasgresión a su *Teoría Pura del Derecho*, la antítesis a su construcción iuspositiva. Por lo tanto, declara que Ross es llevado a una contradicción al querer establecer la ciencia del derecho como ciencia empírica, pero al hacerlo tomando el concepto de ciencia empírica de manera excesivamente restringida. Añade que para ser empírica, la ciencia del derecho no debe tentar lo imposible, describir normas del deber ser con proposiciones del ser; una ciencia, continua, es empírica en contraposición a metafísica, no solamente si describe hechos que suceden en el tiempo y en el espacio sino también si describe el sentido de ciertos actos humanos. Asimismo, menciona que una Teoría del Derecho continúa siendo empírica si se limita a describir normas que son el sentido de actos empíricos, realizados en el tiempo y en el espacio, realizados por hombres, sin referirse a normas que emanen de instancias sobrehumanas, tales como Dios o una naturaleza creada por Dios, en tanto que el “deber ser” de las normas que describe no es el deber ser de una justicia metafísica. Y concluye Kelsen este argumento señalando que dado que la *Teoría Pura del Derecho* llena estos requisitos, ya que ella, como casi ninguna otra Teoría del Derecho lo hace, elimina de su ámbito con la mayor energía todo elemento metafísico, y puede reclamar ser considerada como una teoría no menos empírica, y en este sentido más realista, que la teoría “realista” del derecho sostenida por Ross.²⁴

No obstante las objeciones llevadas a cabo por Kelsen a la teoría realista de Ross y la defensa de su *Teoría Pura del Derecho*, es posible entender que en

²² Del idioma inglés, *Towards a Realistic Jurisprudence*.

²³ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, Nota 4, p. 28.

²⁴ *Ibid.*, pp. 15 y 16.

ambos órdenes de estudio converja y en diversos grados de separación, un vínculo común hacia la descripción del derecho con base a la determinación de la ciencia en el proceso de su creación, entendida ésta como justamente empírica, y desligada de todo aspecto metafísico o trascendental. Constituyendo este último, un aspecto determinante en la configuración de las teorías positivistas de mayor auge.

4. La polémica antipositivista: una nueva redirección del derecho

En consecuencia a lo anterior, algunos pensadores se han erigido como seguidores del pensamiento *kelseniano* y *rossiano*, como lo es el exponente del realismo jurídico francés, Michel Troper. Este autor, expuso concisamente el alcance de su teoría realista en su obra *Ensayos de Teoría Constitucional*, al señalar que “ésta se trata de una variante del positivismo jurídico, es decir, de una doctrina que se esfuerza en construir una ciencia del derecho sobre el modelo derivado de las ciencias empíricas”.²⁵ En este conocimiento, su teoría realista incluye ella misma muchas variantes: una tiene como objeto el comportamiento de los Jueces, o sea un fenómeno psico-social, por lo que con base en esto señalado, el derecho es entonces un comportamiento efectivo; otra variante toma como objeto no los comportamientos, sino el modo de razonamiento efectivo de los juristas. Ella busca comprender los límites que pesan sobre esos actores y, a contrario, el margen de apreciación del que disponen, así como las restricciones que ellos producen.²⁶

Resulta interesante advertir la amalgama entre el pensamiento de Kelsen y Ross en Troper, y con ello, la recurrente concepción de la teoría jurídica sobre la base de la ciencia empírica.

No obstante lo anterior, de manera simultánea a la producción de variados esfuerzos dirigidos a la defensa de las concepciones positivas del derecho, se

²⁵ Troper, Michel, *Ensayos de teoría constitucional*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004, p. 39.

²⁶ *Ibidem*.

ha desarrollado la llamada rebelión contra el formalismo como una crítica al positivismo jurídico. Uno de sus descriptores es Norberto Bobbio, quien acota que la señalada rebelión contra el formalismo es a menudo considerada como uno de los motivos de acusación y condena del positivismo de nuestros días.

A esta sazón, Bobbio revela que la polémica antipositivista ha tomado en los últimos años dos direcciones:

- 1) Una dirección iusnaturalista en la cual se contrapone al derecho positivo un derecho *superior* que proporciona criterios de valoración del derecho positivo, y;
- 2) Una dirección realista según la cual el derecho positivo, considerado en su acepción más restringida como derecho puesto por fuentes formales, es colocado al lado de un derecho *diverso*, esto es aquel que emana directamente del comportamiento de los sujetos.²⁷

La confrontación iusnaturalista *versus* iuspositivista ha sido ampliamente revestida de variedad de opiniones y sustentos, al respecto, Ross aporta a tal careo que la única cuestión que puede separar a los iusnaturalistas de los positivistas es de clasificación y terminología;

Si un iusnaturalista quiere reservar el término derecho para un orden revestido de algún valor moral es porque quiere destacar terminológicamente la diferencia moral entre diferentes sistemas; y si un positivista prefiere clasificar como orden jurídico todo orden que tenga la misma estructura que un orden jurídico típico, cualquiera que sea su valor moral, es porque quiere destacar también terminológicamente, la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, cualesquiera sean sus calificaciones morales.²⁸

Y es que resulta precisamente la distinción entre moral y derecho un punto clave para entender la distinción puntualizada. Recordemos que para Kelsen, la ciencia jurídica se constituye con su objeto propio, el derecho positivo, y

²⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004, p. 37.

²⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, Nota 6, p. 18.

para asegurar su viabilidad como tal debe mantenerse incontaminada por otras disciplinas de las cuales la más reacia a ser erradicada, es precisamente, la moral.²⁹ Sobre el particular, apunta Kelsen en una obra trascendental:

En este sentido se opone la teoría pura del derecho, en tanto ciencia del derecho positivo, a la teoría del derecho natural que busca la esencia del derecho en una justicia trascendente; como la teoría pura del derecho arranca al derecho de la niebla metafísica con que la teoría del derecho natural encubre el origen o la idea del derecho como algo sagrado, puede ser concebida, en tanto técnica social específica, en forma eminentemente realista.³⁰

Asimismo, precisa Kelsen que “pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza”³¹ por lo que “no puede sorprender, por consiguiente, el que los diferentes partidarios de la Teoría del Derecho Natural hayan deducido de la naturaleza humana principios de justicia sumamente contradictorios”³² ya que “con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del derecho natural, se puede demostrar todo, o, lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada”.³³

De los anteriores contenidos *kelsenianos* es posible la visualización de un criterio positivo excluyente de todo contenido axiológico, de juicios de valor respecto al derecho y con ello, su separación del alcance de lo moral. Una interesante opinión respecto de la exacta ubicación de la exigencia de la neutralidad valorativa, es la indicada por Agustín Squella, al afirmar que en la posibilidad de identificar lo que se encuentra establecido como derecho con prescindencia de criterios morales, no importa desconocer que todo derecho alberga o cristaliza

²⁹ Cracogna, Dante, *Cuestiones fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2005, p. 25.

³⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2006, pp. 32 y 33.

³¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2006, pp. 71 y 72.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibid.*, p. 73.

valoraciones de orden moral; en consecuencia, la neutralidad valorativa no puede ser presentada como una cualidad del objeto por identificar y conocer, el derecho, sino como una exigencia metodológica que debe satisfacer el agente de dicha identificación y conocimiento, o sea, el jurista.³⁴

Sobre lo anterior, debe percibirse que es justamente el campo del derecho natural, de la influencia valorativa, y en el particular, de la moral y su injerencia en el papel jurídico, lo que ha provocado la tónica de discusión entre ambas corrientes y que substancialmente produjo los iniciales argumentos para hacer ostensible un declive en la doctrina positivista.

Para comprender lo anterior, se estima necesario el situar a través de determinados elementos objetivos, aquellos aspectos esenciales de la teoría positivista a donde sería dirigida la naciente refutación. Dichos elementos objetivos que constituyen los fundamentos del positivismo, pueden caracterizarse a partir de tres tesis sostenidas por H. L. A. Hart:³⁵

1. *La tesis de la separación*: la validez jurídica de una norma no necesariamente implica su validez moral, y viceversa, la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica.
2. *La tesis de las fuentes sociales*: la existencia y el contenido del derecho en cierta sociedad depende de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad.
3. *La tesis de la discrecionalidad*: las normas jurídicas válidas no regulan en forma clara todo caso individual, de manera que en los denominados “casos difíciles” los Jueces tienen discrecionalidad.

³⁴ Squella, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003, p. 23.

³⁵ H. L. A. Hart citado por Orunesu, Claudina, *et al.*, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2005, p. 60.

Así, la confrontación se vería dirigida hacia el cuestionamiento de los citados fundamentos positivistas, que sobre el particular, más allá de la expresión de argumentos por parte de los iusnaturalistas clásicos (cuya importancia no se niega), el puntual problema de la relación entre derecho y moral se estima interesante adoptarlo desde la vista de la exposición contemporánea de Ronald Dworkin, quien en sus primeros trabajos construyó un provocativo argumento que puso en crisis los postulados fundamentales del positivismo. Las tesis centrales de esa crítica podrían esquematizarse del siguiente modo:³⁶

1. El derecho no sólo está compuesto por reglas, esto es, normas en las que pueden individualizarse todas sus condiciones de aplicación y que resultan identificables por su origen en una fuente social, sino también por otro tipo de normas a las que denomina “principios”.³⁷
2. Como el derecho está conformado por reglas y principios, no existe la discrecionalidad judicial. Los jueces siempre resultan orientados por los principios,³⁸ los cuales, aunque no determinan una decisión del modo en el que lo hacen las reglas, proporcionan no obstante una orientación suficiente. Los jueces nunca tienen que buscar fundamento a sus decisiones en pautas extrajurídicas.
3. Los principios, al igual que las reglas, imponen obligaciones y derechos que preexisten a las decisiones judiciales que los reconocen.

A fin de comprender los postulados anteriores, debe indicarse que la esencia del pensamiento de Dworkin se centra en la interpretación del razonamiento

³⁶ *Ibid.*, pp. 60 y 61.

³⁷ Sobre la temática de los principios expuesta por Dworkin, Finnis apunta que según este autor, la principal función de la Teoría del Derecho es la de proveer una base para el deber judicial; que los principios que establece deben intentar justificar las reglas establecidas, en una comunidad dada, identificando las preocupaciones morales o políticas y las tradiciones que, según la opinión del jurista cuya teoría se trata, de hecho apoyan a las reglas. Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 21 (traducción personal).

³⁸ Estos principios en Dworkin, en tanto que son “partícipes del derecho”, no requieren legalmente de acciones o decisiones, aunque éstos pueden justificar decisiones particulares en las que acciones particulares son requeridas y pueden ser la materia de reglas que impongan obligaciones en las que se requiera de un Juez para ser tomadas en cuenta. Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 314 (traducción personal).

judicial para defender una forma del iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart. Por ello, es de recalcar que se ha interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Ello obedece a que Dworkin en su teoría, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y creación de precedentes, principios que son específicamente morales y en consecuencia, se señala que el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral.³⁹

Y así, para Dworkin una interpretación teórica aceptable del razonamiento jurídico requiere de la verdad del iusnaturalismo, pues ante la dependencia del razonamiento moral respecto del jurídico, la tesis central del positivismo —la separación entre moral y derecho— es falsa. De ahí que Dworkin construya una Teoría del Derecho donde la moral y la política ocupan un lugar relevante.⁴⁰

De esta forma, continuando con nuestro recorrido, que el anterior modelo sustentado por Ronald Dworkin se constituya en uno de los más honestos intentos para impugnar de frente las tesis positivistas indicadas, y que por tanto, haya traído como consecuencia, la reacción y generación de autores tendientes a reivindicar un diverso concepto del derecho y con ello, el florecimiento de estructurados contenidos, de los cuales se estima necesario llevar a cabo una breve introducción.

Sólo a manera de ejemplo, se hará mención, de la concepción sociológica del derecho de Krawietz, quien declaraba el abandono de un concepto positivamente reducido del derecho. Este derecho lo encontraba materializado en el derecho estatal, respecto del cual afirmaba que en oposición, existía también un derecho no estatal, es decir, un derecho genuinamente social; en este orden de ideas, un concepto sociológico del derecho requiere su definición a través de la concepción de que todo derecho no es primordialmente un producto de la decisión del equipo judicial, sino, sobre todo, un orden vivido, es decir,

³⁹ Prólogo de A. Calsamiglia, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, España, 2002, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 11 y 12.

de la experiencia vital y del comportamiento de las personas.⁴¹ No obstante lo anterior, la teoría indicada no lleva a cabo una impugnación vertical a los ya referidos principios del positivismo jurídico delimitados por H. L. A. Hart, sino que su no adhesión al positivismo que define al derecho, singularmente se advierte delimitada al campo de la validez material de la norma.

Sin embargo, la principal crítica al sistema positivo no se encontrará inmiscuida exclusivamente en una pugna abierta de contrarios, sino en el viraje de la concepción elemental del derecho y la adopción de elementos que el citado sistema estimaba incompatibles con el orden jurídico.

Tal es la temática que dirigirá los puntos que sucederán en el presente trabajo, al llevarse a cabo un análisis del trabajo correspondiente a dos influyentes filósofos de fines del siglo veinte y del actual; la referencia concierne a Michel Villey, para concluir posteriormente con lo atinente a la investigación de John Finnis.

II. LA OBJECCIÓN IUSNATURALISTA DE NUESTROS TIEMPOS

1. La réplica ontológica de Michel Villey

Ahora bien, conviene destacar en esta parte de nuestro recorrido la adopción filosófica que constituirá la identidad de la propuesta que se planteará a través del presente documento y que encontrará basamento en las innovadoras enseñanzas que dentro del comprometido campo de la filosofía del derecho no positivista, encaminarán el francés Michel Villey y el australiano John Finnis.

En primer lugar, y tomando en consideración la dinámica establecida en párrafos anteriores, determinaremos a la luz de Villey, la singularísima respuesta a la cuestión ontológica del derecho por parte de éste. Para tal objetivo, comenzaremos por establecer su postura con respecto al positivismo jurídico.

⁴¹ Krawietz, Werner, *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 3ª. ed., México, 2001, p. 23.

Inicia su argumento Villey señalando que no encuentra entre el positivismo y el iusnaturalismo jurídico una oposición fundamental: los dos son aspectos de la misma obsesión de fundamentar el derecho axiomáticamente.⁴² Sin embargo, a lo largo de su obra aportará datos que permitirán concluir su rechazo abierto al positivismo jurídico.

Sobre dicha base, Villey lanza su presagio de que el positivismo científico significará, finalmente la quiebra del positivismo jurídico y del sistema de las fuentes del derecho, puesto que deja al descubierto las insuficiencias de las leyes y la libertad de los Jueces frente a las leyes, siendo que para conocer el derecho no basta con ir a las normas, ya que por encima de éstas hay hechos que informan acerca del verdadero derecho. A lo que añade, que el positivismo científico no es capaz de crear ningún derecho, y a pesar de su neutralidad axiológica, encierra ideologías y preferencias de valores.⁴³

Además Villey, en armonía con su iusfilosofía denuncia las insuficiencias del derecho positivo por diversas razones: 1) son reglas generales débiles ante casos particulares; 2) en su formulación se advierte una cuota de discrecionalidad; 3) no hay una regla jurídica que sea verdadera, constante y universal; 4) hay una pluralidad de normas que pueden incurrir en contradicciones.⁴⁴ Además, de que considera que las leyes no son todavía el derecho, puesto que estima que si bien el descubrimiento del derecho pasa por las normas, y se sirve de las normas, no obstante ello, no puede coincidir con las normas, es decir, está más allá de la regla.⁴⁵ Lo que conlleva a Villey a considerar que el positivismo jurídico comete la falta de abandonar a las leyes humanas por sí, la producción de la justicia.⁴⁶

⁴² Villey, Michel, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Puf Questions, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. 155 (traducción personal).

⁴³ Vigo, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003, p. 70.

⁴⁴ *Idem.*, p. 80.

⁴⁵ *Idem.*, p. 81.

⁴⁶ Villey, Michel, *op. cit.*, Nota 42, p. 144 (traducción personal).

Y será precisamente el desarrollo del concepto de justicia, el que auxiliará a Villey a determinar un contenido específico al término de derecho, como se verá en las líneas que siguen.

Así, éste señala a manera de semblanza, que la palabra derecho ha sido víctima de los métodos científicos modernos, en la que los eruditos agotaron definiciones precisas pero convencionales, que cada uno forjaron arbitrariamente; por lo que la palabra derecho se desintegró en un rebosamiento de sentidos heteróclitos.⁴⁷

Michel Villey realizará una amplia investigación lingüística a fin de determinar el ser del derecho y para tal fin, seguirá una marcada tendencia al estudio de los textos de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, como lo demuestra en sus estudios y en el desarrollo de su trabajo filosófico.

Por ende, al cuestionarse si conviene o no aceptar el lenguaje jurídico romano, identificando el derecho a lo justo, nuestro autor recurrirá a las enseñanzas aristotélico-tomistas para fundar su réplica filosófica. En respuesta, indica Villey que dentro de las lenguas griega y latina —así como hoy en día en el alemán, *Recht* se asocia a *Gerechtigkeit*— el derecho se asemeja a la justicia. Añade que sin ninguna duda en el griego, la justicia fue llamada *dikaio sunè*; y en cuanto al término jurídico latino, Villey recurre al texto tomasiano y señala que quien se entrega al estudio del derecho necesita comenzar por conocer de dónde deriva dicho nombre, y nos muestra: *jus* procede de *justitia*. En efecto, puntualiza Villey, que el francés *droit*, y términos similares como *diritto* o *derecho*, quienes desde el siglo trece comenzaron a remplazar el término *jus*,⁴⁸ probablemente bajo la influencia de teólogos moralistas, tienen otra raíz. Éstos evocan a la rectitud de la conducta en general, pero no especialmente la justicia.

⁴⁷ *Idem.*, p. 111 (traducción personal).

⁴⁸ Sobre el particular, Finnis apunta que los juristas de la moderna tradición civil (sistemas jurídicos romanistas) se encuentran inclinados a nombrar al sujeto principal de su disciplina, como *droit*, *diritto*, *law*, *Recht*, *ius*, “derecho”, términos que su tradición en teoría interpretativa contrasta con *lex* y sus derivativos *loi*, *law*, “ley”. Finnis, John, “Foundations of Practical Reason Revisited”, *op. cit.*, Nota 17, p. 111 (traducción personal).

En cambio, la cultura grecorromana ofrece tal grado de refinamiento (la genialidad de una cultura está en su lenguaje, anota Villey) que nos permite preferirla. Tal fue la observación de Santo Tomás de Aquino y Villey se arriesga en pleno siglo veinte a compartirla.⁴⁹

Siguiendo la idea antes reseñada, Villey se acerca la cuestión de si este *jus* es o no el objeto de la virtud de la justicia (*ultrum jus sit objectum justitiae*) y para ello, dispone la siguiente formulación del Aquinate:

Dicha fórmula de San Isodoro de Sevilla: la palabra *jus* deriva de *justum*, porque el derecho es lo justo. Precisamente lo justo es el objeto que persigue la justicia. Aristóteles escribió en efecto, en su libro V de sus *Éticas*: todo el mundo convino de nombrar justicia a aquélla virtud por la cual los hombres realizan cosas justas. El *jus* es entonces el objeto de la justicia.⁵⁰

Comenta nuestro autor, que a lo largo del libro quinto de las *Éticas a Nicómaco*, Aristóteles discutió el sentido del término *to Dikaion*. Una primera aproximación al *Dikaion* evoca cierto orden, señala Villey, y nos lo explica de la siguiente manera: La filosofía griega clásica es una filosofía del orden. En la antigua mitología griega, era a la diosa *Dikè* a quien estaba especialmente atribuido el cuidado de repartir sobre el mundo un orden armonioso. Y la virtud (la manera de comportarse) donde su función es la de mantener o promover el orden, era llamada *Dikaiosunè*, el hombre que tenía esta virtud, era el *Dikaios*. Por lo que en una análisis gramatical elemental, *To Dikaion* es un sustantivo neutro, que no significa la acción justa que designa un verbo constituido sobre la misma raíz (*dikaioprattēin*); ni tampoco su sujeto, el *dikaios*; pero sí su objeto, la cosa justa.⁵¹

Por consecuencia, Villey lleva a cabo un señalamiento del derecho en un sentido general y en un sentido estricto. En primer lugar, se refiere a la justicia.

⁴⁹ Villey, Michel, *op. cit.*, Nota 42, p. 114 (traducción personal).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 115 (traducción personal).

⁵¹ *Ibid.*, p. 117 (traducción personal).

Y entiende ésta, según las Éticas como: más admirable que la estrella de la tarde y de la mañana, la suma de todas las virtudes. Esta justicia “total” puede también llamarse justicia legal, puesto que ella implica la observancia de la integridad de la ley moral.⁵² Señala Villey, que Santo Tomás concederá en este aspecto, la existencia de una justicia general, pero se negará de identificarla con el todo de la moralidad.⁵³

En un segundo aspecto, al hablar del derecho en un sentido estricto, indica Villey, que se trata de la mayor invención que la cultura jurídica debe a Aristóteles: la justicia particular. Acerca de dónde surge este concepto, Villey lleva a cabo nuevamente una observación comparada de textos: el calificativo de “justo” (*dikaïos* en griego), designa en repetidos casos la conducta del hombre “honesto” en el manejo de los bienes de este mundo. Dicho criterio es que dicho hombre se abstiene de inmiscuirse sobre el patrimonio de otros. En una fórmula más precisa: él no toma más que su parte ni menos que su parte de bienes, deudas o funciones públicas repartidos en un grupo social.

Nos indica nuestro autor, que Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, dividiría esta justicia particular en dos especies: las reparticiones (distribuciones) y los intercambios (conmutaciones) De ahí, la muy célebre distinción entre justicia conmutativa y distributiva. En estas dos circunstancias, tienen lugar dos derechos (o justos) diferentes: *justum in distributionibus* – *justum in commutationibus*.⁵⁴

En conjunción de todo lo anterior, es que nos permite señalar que Villey postula una definición del derecho con base en un sistema analógico. Así lo explica el Doctor Rodolfo L. Vigo al señalar que admite Villey cierta analogía en el derecho en tanto que lo define privilegiando dos sentidos: uno que llama “originario”, que consiste en la buena proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad política, o sea aquello que le corresponde a cada uno; y otro sentido que lo denomina “derivado” consistente en el arte o

⁵² *Ibid.*, p. 122 (traducción personal).

⁵³ *Ibid.*, p. 123 (traducción personal).

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 125 y 126 (traducción personal).

actividad o profesión de los juristas en tanto ella tiene por fin determinar lo suyo de cada uno, dilucidar lo justo siguiendo el método dialéctico.⁵⁵

Sobre este determinado punto de tesis, valiosamente indica el Doctor Rodolfo L. Vigo, que de la confesión villeyana de distinguir los dos sentidos del derecho indicados (originario y derivado) y reconocer que el arte jurídico no es el originario sino el derivado, nos queda la impresión de una sobrevaloración de esta última acepción, de manera que la cuestión ontológica gira preferentemente, pareciere que casi con exclusividad, acerca del oficio de los juristas; asimismo la crítica del Doctor Vigo se extiende a la visión estrecha de Villey sobre la justicia, puesto que como señala el primero, si se desplaza la justicia general fuera del derecho y se reduce ésta a la justicia de las partes, es comprensible que el bien común político, el bien debido al otro y los intereses, como lo útil del derecho, se pierdan de vista.⁵⁶

Finalmente, se estima imperioso apuntalar el aspecto de que la filosofía jurídica de Villey se encuentre fuerte y fundamentalmente apoyada en la concepción aristotélica de justicia. De ahí que su descripción del fenómeno jurídico se halle necesariamente inmersa en aquélla y su ejercicio en su cabal cumplimiento. Tal es el motivo por el cual, la remisión al tomismo ocupe un lugar preponderante en su estudio, y su contenido, una delimitación indicativa de lo que es justo, donde la ausencia de justicia conlleve además a la negación del derecho.

2. John Finnis y las exigencias de la razonabilidad práctica

A continuación se desarrollará una serie de ideas relacionadas con el pensamiento del profesor de la Universidad de Oxford, John Mitchell Finnis, con el auxilio principal en su obra *Natural Law and Natural Rights*,⁵⁷ y así como en diversos textos suscritos por el Doctor Carlos I. Massini Correas, y el Doctor Rodolfo L. Vigo.

⁵⁵ Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, Nota 43, p. 42.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 46 y 47.

⁵⁷ *Ley Natural y Derechos Naturales*, en su traducción del idioma inglés.

Cabe señalar que si bien, la hasta el día de hoy obra cumbre filosófica de Finnis, lleva a cabo en su contenido una vezada crítica al sistema positivista y a sus principales exponentes, la idea central de su proposición se verá centrada al desarrollo del concepto del derecho y en el particular, de los derechos humanos, término que estilará como sinónimo de los derechos naturales; todo lo anterior, en el soporte del elemento de la razonabilidad práctica. De esta manera, el estudio de la teoría jurídica propuesta por Finnis, se concentrará en las expresiones arriba reseñadas.

Ahora bien, para llevar a cabo la precisión de la noción de “derechos”, señala Massini que Finnis parte de la clasificación del jurista norteamericano W. H. Hohfeld en su obra *Fundamental Legal Conceptions*, en la cual considera que el término “derecho” significa una relación de tres términos entre un sujeto, una acción y otro sujeto, y que dicha relación puede revestir varias formas:⁵⁸ la de derecho-reclamo, la de derecho-libertad, la de derecho-poder y la de derecho-inmunidad.⁵⁹ Así, Finnis utiliza por lo que hace al tema de los “derechos humanos” las dos primeras formas: a) los derechos-demanda o derechos-reclamo, que tienen como correlativo las obligaciones de otros sujetos jurídicos y por objeto, la conducta de esos sujetos, distintos del titular del sujeto, y; b) los derechos-libertades, que tienen su correlativo en la ausencia del derecho-demanda del otro sujeto para exigir el cumplimiento de una prestación y cuyo objeto radica en la conducta del propio titular.⁶⁰

No obstante lo anterior, señala Finnis, que aunque los derechos de poder e inmunidad en realidad jueguen un rol menos prominente en las discusiones

⁵⁸ Massini Correas, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, editorial Abeledo-Perrot, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 146 y 147.

⁵⁹ Finnis describe que el esquema de un derecho-reclamo, es aquel en que un sujeto A posee un derecho-reclamo para que un diverso sujeto B actúe en cierta manera, si y sólo si B posee un deber hacia A para actuar en ese sentido; el del derecho-libertad, consiste en que un sujeto B posee una libertad en relación a un sujeto A para actuar, si y sólo si A posee un “no-derecho” en el sentido de que B debería no actuar de esa manera; por lo que hace al derecho-poder, un sujeto A posee un poder en relación a un sujeto B para actuar, si y sólo si B posee una responsabilidad para tener modificado su status legal por el actuar de A; y finalmente en el derecho-inmunidad, un sujeto B posee una inmunidad relativa al actuar de un sujeto A, si y sólo si A no posee un poder (inhabilidad) para modificar el status legal de B por actuar. Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 199 (traducción personal).

⁶⁰ Massini Correas, Carlos I., *op. cit.*, Nota 58, pp. 146 y 147.

de los derechos humanos, que los señalados derechos de reclamo y libertad, constituiría un error soslayarlos.⁶¹ Y ello deriva precisamente en las probabilidades en que uno u otro derecho puedan entrelazarse en diversas situaciones y por diferentes circunstancias.

Respecto a lo anterior, resulta de importancia recalcar que las relaciones de “derechos” son siempre de tres términos, y no de dos, como parece sugerir el lenguaje de los juristas al hablar de términos como la propiedad, y es que el hablar de los “derechos” como dos cosas, permite explicar fácilmente y dar unidad inteligible al complejo conjunto de derechos que tienen a una cosa como materia. De esta manera enseña Massini, Finnis al momento de delimitar qué cosa es un “derecho” rechaza tanto la doctrina conforme a la cual los derechos no serían sino beneficios asegurados a las personas por la ley, como la que los reduce al reconocimiento y respeto de las elecciones personales, porque ambas se centran exclusivamente en uno de los tipos de derechos reconocidos por Hohfeld: la primera, en la de los “derechos-reclamos”, y la segunda, en la de los “derechos-libertades”.⁶²

Ello es así, puesto que para Finnis, el núcleo de la noción de “derechos” no lo será ni la elección individual ni el beneficio personal, sino los llamados aspectos básicos del florecimiento humano.

Con relación a la temática de los derechos y los deberes, según Finnis, el moderno vocabulario y gramática de los derechos es un instrumento de varias facetas para afirmar y sostener los requerimientos u otras implicaciones de las relaciones de justicia, desde el punto de vista de las personas que se benefician de esa relación; provee de un modo de hablar acerca de lo que es justo desde un ángulo especial: el del “otro” a quien algo es debido y a quien sería injusto denegarlo.⁶³

⁶¹ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 200 (traducción personal).

⁶² Massini Correas, Carlos I., *op. cit.*, Nota 58, pp. 147 y 148.

⁶³ *Ibid.*, p. 149.

Nos muestra Massini, que a fin de lograr una comprensión de este vocabulario, Finnis lleva a cabo un resumen histórico de la significación semántica del vocablo "derecho". Por tal motivo, en primer lugar, Finnis advierte que en los jurisconsultos romanos y hasta Tomás de Aquino, la palabra *ius* significaba ante todo "la misma realidad justa" dicho de otra manera, los actos, omisiones o estados de cosas considerados como objeto de las relaciones de justicia. En segundo lugar, indica que a partir de Suárez y Grocio, la significación primera del término *ius* se modificó y pasó a referirse a la "facultad" o "cualidad" moral que tiene el sujeto jurídico, la que se resuelve en definitiva en un poder o una libertad. Y por otra parte, indica que Hobbes consideraba que había "derechos" donde no había ley (en el estado de naturaleza) y donde existía la ley (en la sociedad política), no había ya más "derechos".⁶⁴

Establecido el lenguaje de "derechos" como "libertad" o "elección", Finnis considera que incluso es posible y útil precisar el contenido del bien común en términos de derechos. La referencia del bien común puede reducirse a la de los "derechos de los demás". Con su adaptación en los manifiestos de derechos humanos, se trata simplemente de un modo de bosquejar los contornos del bien común, los varios aspectos del bienestar individual en comunidad.⁶⁵ Sin embargo, advierte Finnis, que no debemos expresar que los derechos humanos, o su ejercicio, se encuentren sujetos al bien común. Señala lo anterior, ya que considera que la mayoría de los derechos humanos están sujetos o limitados por otros derechos y por otros aspectos del bien común, aspectos los cuales podrían subsumirse bajo un amplio concepto de los derechos humanos pero ajustadamente descritos por expresiones como moralidad pública, salud pública u orden público.⁶⁶

Sobre el tema de la especificación de los derechos, Finnis establece que la mayoría de las afirmaciones sobre derechos efectuadas en el campo político deben ser sujetas a un proceso de especificación racional; a través de una va-

⁶⁴ *Ibid.*, p. 150; Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, pp. 206 a 208.

⁶⁵ Massini Correas, Carlos I., *op. cit.*, Nota 58, p. 151.

⁶⁶ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 218 (traducción personal).

loración y una cualificación, en vista de que éstas se efectúan dentro del marco de las relaciones de dos términos antes explicados, verbigracia: “derecho a la vida”, “derecho al propio cuerpo”, etcétera.⁶⁷ Ahora bien, para Finnis, este proceso de especificación y demarcación supone tener algún patrón o jerarquía de patrones. Ello se logra poseyendo alguna concepción del bien humano, del desarrollo individual en la vida social. De esta manera, se satisface la especificación de los derechos que tiendan a favorecerla o a impedir su frustración. Es así que con la ausencia de esta referencia, desaparece todo criterio válido de especificación.⁶⁸

Por otra parte, con relación al tema de los derechos humanos absolutos, Finnis se pregunta si hay derechos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general. La respuesta de éste es afirmativa y se vincula directamente con su reconocimiento de ciertos requerimientos básicos de razonabilidad práctica, vinculados los valores humanos básicos, y que son el fundamento de aquellos derechos. Estos requerimientos y valores son conocidos por evidencia, de modo directo, no derivados de ningún otro conocimiento.⁶⁹

En este sentido, resulta interesante lo expuesto en la obra del Doctor Rodolfo L. Vigo en su obra denominada *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J. Finnis*, en donde señala que para Finnis hablar de los derechos es un modo moderno o actual de hablar de la justicia, de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común.⁷⁰

Con relación al término de razonabilidad práctica, Finnis explica que en primer lugar, por “práctica” no debe entenderse “realizable” en oposición a irrealizable, o eficiente como opuesto a ineficiente; sino que ‘con una vista a la decisión y a la acción’. “Práctica” significa pensar en lo que se va a hacer. Así,

⁶⁷ Massini Correas, Carlos I., *op. cit.*, Nota 58, p. 152.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 153.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁷⁰ Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, Nota 43, p. 138.

la razonabilidad práctica es la razonabilidad al decidir, al adoptar compromisos, al escoger y ejecutar proyectos y en general, al actuar.⁷¹

Así, en consideración de los anteriores elementos (derechos humanos y razonabilidad práctica), es que el Doctor Rodolfo L. Vigo nos señala que los derechos humanos en la concepción *finnisiana*, propiamente constituyen una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica, ellos clasifican y expresan las exigencias de la justicia, y por eso representan una forma de esbozar los contornos del bien común, una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común.⁷²

Por tanto, resulta en esta medida interesante enfatizar la relación necesaria entre el bien común y los derechos. Así, en la teoría de Finnis de los derechos podemos distinguir los derechos morales fundamentales y generales, o también llamados derechos humanos o naturales; los derechos morales particulares, concretos o derivados, que también pueden ser llamados derechos humanos o naturales; y los derechos legales. Sin embargo, como se indicó previamente, para Finnis el núcleo de la noción de derechos no es ni la elección individual ni el beneficio individual, sino los aspectos básicos de la plena realización humana, pues el objeto o fin justificador de un derecho nos remite a un valor humano básico.⁷³

Sobre la particular temática de los valores humanos básicos, Finnis recurre para su precisión a la reversión de los descubrimientos descriptivos o “especulativos” de la antropología y la psicología, hacia la crítica y esencialmente práctica disciplina en la cual cada lector debe cuestionarse: ¿cuáles son los aspectos básicos de mi bienestar?⁷⁴ Así, nuestro autor inicia su descripción con referencia al valor humano básico del *conocimiento*, para cuestionarse posteriormente si existen otros valores del mismo tipo, es decir, otros principios

⁷¹ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 12 (traducción personal).

⁷² Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, Nota 43, p. 138.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 85 (traducción personal).

indemostrables pero evidentes por sí mismos, que moldeen nuestro razonar práctico.⁷⁵

Referencia a esos otros diversos valores o bienes humanos básicos, es la que establece Massini Correas en su artículo *El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación*, donde establece que en el particular, existen divergencias parciales entre algunos autores sobre la lista definitiva de los bienes humanos fundamentales; y que sin embargo, coinciden en considerar los siguientes:

1. La integridad corporal.
2. Vida y la salud.
3. El conocimiento.
4. La experiencia estética o cultural.
5. El lenguaje.
6. La socialidad y la amistad.
7. El trabajo y la técnica.
8. El juego.
9. La religión.
10. La moralidad o razonabilidad práctica.⁷⁶

No obstante ello, Finnis recalca que además de la lista que propone en su obra *Natural Law and Natural Rights*,⁷⁷ existen incontables objetivos y formas del bien, por lo que sugiere que esos objetivos y formas sean considerados, bajo un análisis, como accesos o combinaciones de vías para alcanzar (no siempre sensiblemente) o realizar (no siempre satisfactoriamente) una de las siete formas básicas del bien o alguna combinación de éstas.⁷⁸

⁷⁵ *Ibid.*, p. 81 (traducción personal).

⁷⁶ Massini Correas, Carlos L., "El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación", p. 5, [documento obtenido en línea], Cátedras Virtuales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Filosofía Jurídica, Dr. Carlos Ignacio Massini Correas, Universidad de Mendoza [en línea], [<http://www.um.edu.ar/catedras/claroline/document/document.php>], consultado el 16 de agosto de 2007.

⁷⁷ Finnis propone en principio, siete bienes humanos básicos: vida, conocimiento, ocio, experiencia estética, amistad, razonabilidad práctica y religión. Cfr. Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, pp. 86 a 90 (traducción personal).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 90 (traducción personal).

Por lo anterior, Finnis llega a la conclusión de que el contenido de los derechos humanos son los mismos bienes humanos básicos en cuanto su realización y que requieren de la cooperación, y por supuesto del respeto, de los restantes miembros de la sociedad.⁷⁹

Sobre este aspecto, nos explica el Doctor Rodolfo L. Vigo que Finnis ha sido un defensor de la existencia de derechos absolutos, los que funda en la séptima exigencia de la razonabilidad práctica que establece el deber absoluto de no elegir directamente contra cualquier bien humano básico,⁸⁰ y precisamente, correlativamente a esos deberes sin excepciones, se dan aquellos derechos sin excepciones, los que el profesor de Oxford ejemplifica con: a) no verse privado de la propia vida como medio para otro fin ulterior; b) a que no se nos mienta en situaciones en las que se espera una comunicación real; c) a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; etcétera.⁸¹

De esta manera, Finnis, conceptualiza los derechos humanos absolutos sobre la identidad de los bienes humanos básicos, y que describe como aquellos que exigen ser respetados sin excepción, en todo tiempo y en todo lugar, y respecto de los cuales, resulta siempre irracional obrar directamente, ya sea en nosotros mismos o en nuestros semejantes seres humanos.⁸²

Sin embargo, advierte Finnis que los señalados bienes básicos o los principios prácticos que los expresan, tan sólo constituyen guías que poseemos. Puesto que cada uno es objetivamente básico, primario, e inconmensurable con otros en el aspecto de su importancia objetiva.⁸³ De tal manera que escoger un acto que por sí mismo dañe a un bien básico es por consecuencia, involucrarse bien o mal,

⁷⁹ Massini Correas, Carlos I., "El concepto de derechos humanos...", *op. cit.*, Nota 76, p. 6.

⁸⁰ Ello se debe a que Finnis, establece que de entre los bienes humanos básicos o fundamentales sobre los que no poseemos una buena razón para desatender, encontramos el bien de la razonabilidad práctica, por el cual, moldeamos nuestra participación en otros bienes básicos, guiando nuestros compromisos, nuestra selección de proyectos y lo que se debe de hacer para llevarlos a cabo. *Cfr.* Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 100 (traducción personal).

⁸¹ Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, Nota 43, p. 139.

⁸² Massini Correas, Carlos I., "El concepto de derechos humanos...", *op. cit.*, Nota 76, p. 6.

⁸³ Finnis, John, *op. cit.*, Nota 2, p. 119 (traducción personal).

en un acto de oposición de un bien inconmensurable, el cual es tratado como un objeto de valor conmensurable y que podría ser compensado por otros objetos conmensurables de mayor (o acumulativo) valor.⁸⁴ Por ello, advierte Finnis que el actuar de esa manera, no podría ser nunca justificado por la razón, por lo que debemos actuar racionalmente, siendo que la razón requiere que cada bien básico sea respetado al menos, en todas y cada una de nuestras acciones.⁸⁵

El anterior, constituye el aspecto esencial que gobierna el requerimiento de la razonabilidad práctica y respecto del cual señala Finnis, se trata ni más ni menos que de un principio del derecho natural, y que formula en el siguiente sentido: todo lo que es moralmente (razonablemente) requerido para realizarse es requerido asimismo (ya sea mediata o inmediatamente) por el derecho natural, y todo lo que es razonablemente (moralmente) requerido que no se haga, es asimismo contrario al derecho natural.⁸⁶

De esta manera, que Finnis lleve a cabo un análisis de los derechos y su especificación en los derechos humanos o naturales, atribuyéndoles el carácter de absolutos y así como una identidad en los bienes humanos básicos o fundamentales, donde su operatividad se encuentre ligada a la elección racional y favorable de cada bien, en tanto que dicha acción llevada a cabo por virtud del requerimiento de la razonabilidad práctica (o moralidad), es asimismo considerada como requerida por el derecho natural.

3. Una aplicación tangible en la contemporaneidad

Ha resultado interesante conocer la manera en que Finnis, ante el tópico del concepto del derecho, centra sus expectativas en una noción realista-clásica de éste y cómo a partir de elementos que define como de razonabilidad práctica o moral, proporciona sensatamente una explicación y fundamentación sólida de los llamados derechos humanos.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 120 (traducción personal).

⁸⁵ *Ibidem* (traducción personal).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 124 (traducción personal).

En primer término, es de recalcar la tangible separación que lleva a cabo Finnis con respecto a las escuelas positivistas expuestas. Disociación que conducirá a una transgresión en sus postulados esenciales, y que se concretizará bajo la propuesta de una noción del *derecho* donde su núcleo esencial se encuentre conformado por elementos que escapen al mecanismo formal de la creación jurídica.

Elementos que constituirán el objeto y justificante de la realidad jurídica y que remitirán al aspecto de los valores humanos básicos, todo claro, bajo la luz de la razonabilidad práctica.

Y es que es precisamente sobre este particular punto, donde Finnis producirá una interesante contra argumentación a la correspondiente crítica positivista, al integrar un ejercicio de razonabilidad a la consecución de los fines del derecho, determinados bajo la forma de bienes humanos básicos, eliminando todo tipo de sospecha en relación a la irracionalidad, relatividad y discrecionalidad en su elección.

Es aquí donde el estudio de la filosofía *finnisiana* adquiere un aspecto valorativo de notable interés, advertido en la diferencia de sistemas jurídico-filosóficos que permiten de manera sistemática en su seno, la relatividad en sus aportaciones al término “derecho”; y que dicha fallida manifestación de la realidad, se traslade al campo de los derechos humanos, con la correlativa fatalidad que produce en aspectos prácticos.

Constituye de interés acotar, que Finnis al otorgar un contenido ontológico a los derechos, lleve a cabo una equiparación de su objeto con la consecución de la justicia, a través de las exigencias de la razonabilidad práctica y, por ende, del bien común, considerando lo que es justo desde el ángulo de la alteridad, es decir, desde el “otro” a quien algo es debido y a quien sería injusto denegarlo.

De lo anterior que se llegue a estimar que la deliberación de tipo finnisiana no sólo deba de reflejarse en un campo meramente expositivo o reflexivo, sino

que deba permear en su medida, en los principales ámbitos donde el derecho busque su aplicación.

Comencemos por señalar que es la teoría aportada por Finnis, la que desde esta perspectiva proveerá de una alineación iusfilosófica a la cuestión del derecho a describir, puesto que si apreciamos la visión de que el núcleo de todo derecho lo constituyen determinados bienes fundamentales humanos, cuya operatividad se encuentra determinada por el ejercicio de determinados principios rectores de la razonabilidad práctica, entonces, ¿no puede ser verbigracia, la integridad corporal y la vida, por lógica y razón, bienes humanos básicos que señalen el contenido de determinados derechos humanos? Entendido lo anterior, en el sentido de que su positivización responde a la necesidad de los miembros de la sociedad de procurar su protección y en caso de trasgresión, la determinación de la ilegalidad de los actos tendientes a menoscabarla.

Por tanto, que corramos el riesgo de que la exigencia del deber absoluto consistente en no elegir directamente contra cualquier bien humano básico (séptimo requerimiento de la razón práctica), se vuelva nula, intransigente y relativa al no producirse un entendimiento respecto los objetivos intrínsecos que refleja la norma que acoge un bien humano básico, afectando por tal motivo, la efectividad de los derechos humanos como elemento fundamental del bien común, puesto que éstos son los mismos bienes humanos básicos en cuanto su realización y que requieren de la cooperación y respeto de la sociedad.

En tal sentido, que la búsqueda consciente en la afectación de determinados derechos humanos, en los diversos planos de la realidad jurídico-política-social, no sea de válida aceptación.

Pero ¿cómo podemos llegar a aceptar la supremacía de diversos aspectos del bien común con relación a otros? Sin duda, al determinar la existencia de derechos humanos absolutos, es decir, que exigen ser respetados sin excepción, en todo tiempo y en todo lugar; y su exigencia lleva correlativa la determinación de irracionalidad a toda acción que se contraponga a los mismos.

De ahí, que la negación sistemática de ciertos bienes humanos básicos, llamémosles derechos humanos, no constituya más que el reflejo de la inanimada concepción que de éstos se tiene, de la intención de otorgarles una desproporcional equivalencia con otros bienes de menor jerarquía, que en el marco de una interpretación desprovista de una razonabilidad suficiente, y así como de juicios valorativos, produzca la exclusión de los primeros de los ejercicios racionales de creación, desarrollo y operación del derecho.

Esto nos lleva a cuestionarnos si se encuentra justificada la ausencia de los requerimientos de la razonabilidad práctica en la elección, desarrollo y operación del derecho, de tal manera que se produzca que un bien humano fundamental disipe su fundamental autonomía, la obligatoriedad en su protección, y generándose por tanto, su asimilación a una regla (*rule*). Nuestra opinión es que no, sino que el reconocimiento y la operatividad de dicho derecho fundamental (que constituye un aspecto de la personalidad humana) deben darse en cada situación y bajo cualquier aspecto del fenómeno jurídico.

Finalmente, se estima que el respeto de estos derechos humanos básicos o fundamentales, reviste un carácter universal, sin que resulte válida una interpretación reduccionista que menoscabe su entera disponibilidad en el ejercicio jurídico, en tanto que los bienes que ampara son autónomos, valiosos per se, y con una moralidad intrínseca potencializada por los requerimientos de la razonabilidad práctica.

III. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la exposición detallada en las páginas que anteceden no resta sino determinar ciertos aspectos fundamentales de la misma, los cuales pueden resumirse, mas no extensivamente, de la siguiente manera:

1. En tanto que el concepto del derecho ha tenido concepciones contradictorias y hasta opuestas, la realidad jurídica conocerá de igual manera ese choque ideológico en cada aspecto práctico.

2. El modelo realista clásico en su aspecto iusnaturalista y en particular, la teoría de los bienes humanos básicos otorgan una válida visión del derecho y su valor intrínseco.
3. Existe un derecho universal de participación de los bienes básicos que son reconocidos por la razón práctica.
4. No es posible determinar con base en proposiciones positivas racionalistas, la subestimación de bienes humanos considerados necesarios para el buen desarrollo del hombre, es decir, aplicar motivos de interpretación que afecten a los segundos.
5. Existe una obligación permanente de vigilancia y protección de los bienes humanos considerados fundamentales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004.

CRACOGNA, Dante, *Cuestiones fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2005.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, España, 2002.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Great Britain, 2004.

FINNIS, John, "Foundations of Practical Reason Revisited", *The American Journal of Jurisprudence*, volume 50, Notre Dame Law School, Natural Law Institute, United States of America, 2005.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004.

KELSEN, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2006.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2006.

KRAWIETZ, Werner, *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 3ª. ed., México, 2001.

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, editorial Abeledo-Perrot, 2ª. ed., Buenos Aires, Argentina, 1994.

MASSINI CORREAS, Carlos I., "El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación", [documento obtenido en línea], Cátedras Virtuales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Filosofía Jurídica, Dr. Carlos Ignacio Massini Correas, Universidad de Mendoza [en línea], [<http://www.um.edu.ar/catedras/claroline/document/document.php>], consultado el 16 de agosto de 2007.

ORUNESU, Claudina, *et al.*, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 1997.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 4ª. ed., México, 2001.

SQUELLA, Agustín, *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003.

SUMMERS, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2001.

TROPER, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2004.

VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México, 2003.

VILLEY, Michel, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Puf Questions, Presses Universitaires de France, Paris, 1987.

ZAGREBELSKI, Gustavo, *Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: An Italian point of view*, Oxford University Press and New York University School of Law 2003, I.CON, Volume 1, Number 4, 2003.

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS A LA SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA CUANDO EL ACTO RECLAMADO ES NOTORIA E INDUDABLEMENTE INCONSTITUCIONAL

IVÁN GABRIEL ROMERO FIGUEROA*

Sumario: I. Introducción; II. Teoría de los principios; III. La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto en materia administrativa; IV. Aplicación de la teoría de los principios a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto en materia administrativa; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La institución jurídica de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo —específicamente en el indirecto y, todavía más, en la materia administrativa— es una de las más importantes en dicho proceso, sin embargo, aunque existe más o menos cierta conformidad en sus características, a partir de las disposiciones que la regulan sería útil saber cuáles son los principios que la sustentan y cómo se conducen en su funcionamiento.

Para dilucidar lo anterior, se destaca la utilización de métodos¹ y, para no pensar con métodos impropios, como refiere Daniel E. Herrendorf, al pregun-

* Secretario adscrito al Juzgado Décimo Tercero de Distrito en materia Administrativa en el Distrito Federal.

¹ Acerca de la importancia de la utilización de métodos en el ámbito jurídico, ver Courtis, Christian, comp., *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, España, Trotta, 2006, p. 413.

tarse ¿Cómo piensan los Jueces que piensan?,² así como para no soslayar a la comunidad interpretativa,³ en el presente trabajo se explica la teoría de los principios y a partir del manejo del método que conlleva, se realiza un estudio de la institución de la suspensión del acto reclamado para extraer sus fundamentos y, posteriormente, se expone cómo interactuarían éstos a la luz de un acto que es notoria e indudablemente contrario a la Constitución.

Finalmente, se analiza el supuesto de si ante tal tipo de actos resulta sostenible negar la suspensión para no perjudicar al interés social o contravenir el orden público o, dicho en otras palabras y a manera de pregunta ¿ante la apariencia del buen derecho —aunque no certeza absoluta—, debe prevalecer el interés social?

II. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

1. Generalidades

Para hablar de la teoría de los principios, nos parece indispensable hacer una breve referencia al doctrinario Herbert Lionel Adolphus Hart, cuya teoría del derecho tiende a ser descriptiva, pues pretende aclarar la estructura de éste y su funcionamiento, sin considerar la justificación moral de las prácticas jurídicas; para ello, critica a John Austin, para quien el derecho es el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano en ejercicio de su poder legislativo ilimitado. De él, dice Hart, su falla genérica fue no haber incluido en su teoría la noción de “regla”.

Así, para Hart, existen dos clases de normas: *reglas primarias*, que imponen deberes de conducta a los individuos; y *reglas secundarias*, que confieren facultades a los particulares o a las autoridades; disponen que algunos seres

² Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces. Apuntes para un humanismo judicial*, México, Universidad Veracruzana, 1991, p. 33.

³ Flores, Ímer B., “¿Ensueño, Pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 194-195.

humanos, bajo ciertas condiciones, tienen competencia, pública o privada, para crear por medio de sus actos nuevas reglas pertenecientes al sistema, y extinguir o modificar los efectos de las normas anteriores, como son las relativas a la formación de contratos, las normas constitucionales sobre expedición de leyes o las normas procesales que regulan la función judicial.

Ronald Dworkin critica la idea de Hart de que el derecho es la interacción entre reglas primarias y secundarias, pues para él, el derecho no se integra sólo por reglas, sino también por principios y directrices, entendiéndose por los primeros los patrones que deben ser observados porque son una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad, y por las directrices los patrones que determinan una meta a ser alcanzada, generalmente, una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad.⁴

2. Diferencias entre reglas y principios

Dworkin sostiene que los principios y las reglas apuntan a decisiones particulares sobre la obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que dan, pues mientras las reglas son aplicables a un caso, o no aplicables, según el hecho se adecue o no al supuesto que establecen, los principios se aplican según el peso que ejerzan en el caso concreto, pues no obligan a resolver en determinado sentido. Asimismo, en caso de conflicto de reglas, una se aplica al caso y otra no, ya que ésta es inválida (por no respetar la ley superior, la ley anterior, la ley especial o un principio); en cambio, en caso de oposición de principios, cobrará aplicación el que ejerza más peso en el caso y, para ello, se deberá ponderar el peso de cada uno.

Para Robert Alexy, tanto los principios como las reglas pueden concebirse como normas.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor

⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. reimp., España, Ariel, 2002, p. 60.

medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente.⁵

Eros Grau, después de haber analizado las diferencias que varios autores habían expuesto entre las reglas y los principios, concluyó lo siguiente:

Primero: la generalidad de la regla jurídica es diferente de la generalidad de un principio jurídico (Boulanger). La regla es general porque se establece para un número indeterminado de actos o hechos; no obstante, es especial en la medida en que no regula más que algunos actos o ciertos hechos: se modifica para ser aplicada a una situación jurídica determinada; en cuanto al principio, por el contrario, es general porque implica una serie indefinida de aplicaciones.

Segundo: la síntesis de Canotilho, reproducida anteriormente en el apartado 62, a la cual me remito.

Tercero: la diferencia entre regla y principio surge *exclusivamente* en el momento de la interpretación/aplicación (Prieto Sanchís y Gianformaggio), de modo que sólo en el curso del proceso de interpretación (al atravesar el círculo hermenéutico) el intérprete podrá decidir si hay o no conflicto entre reglas o colisión entre principios; ahora, si efectivamente es el tipo de oposición (conflicto o colisión) que define regla y principio, entonces sólo durante el proceso de interpretación se podrá realizar la distinción.⁶

⁵ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 13-14.

⁶ Grau, Eros, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid, Dickinson, pp. 168 a 171. La síntesis de Canotilho a que se refiere el autor es la siguiente: 1) Los principios son normas jurídicas que imponen una *optimización*, compatible con varios grados de concretización, de acuerdo con los condicionamientos

3. Reglas de la ponderación de principios

Para Carlos Bernal Pulido, el principio de ponderación expresa un conjunto de condiciones de racionalidad que toda medida estatal debe cumplir, y que por tanto, también tienen un nexo con el contenido de la deliberación política.⁷

Tal principio se encuentra sujeto a tres reglas, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) Regla de idoneidad o adecuación

Ésta a su vez, se desarrolla en dos vertientes:

1) El acto estatal debe tener un fin legítimo. Se debe analizar si el acto estatal que interviene el derecho fundamental del gobernado, tiene un fin constitucionalmente legítimo, o es un acto contrario a la Constitución, y de ocurrir este último caso, el acto no será idóneo.

2) El acto estatal debe ser objetivamente idóneo o adecuado para realizar el fin. El acto, abstractamente considerado, debe tender a ayudar o cooperar a la realización del fin que busca, ya sea al momento de su emisión, ya al momento de su concreción, en cuyo caso prevalecerá este último.

fácticos y jurídicos; las *reglas* son normas que prescriben imperativamente una exigencia (imponen, prohíben, permiten) que se cumple o no (en palabras de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); la convivencia de los principios es conflictiva (Zagrebelsky); la convivencia de las reglas es antinómica. Los principios coexisten; las reglas antinómicas se excluyen; 2) Consecuentemente, los principios, al constituir *exigencias de optimización*, permiten el equilibrio de valores e intereses (no obedecen, como las reglas, a la 'lógica del todo o nada'), de acuerdo con su *peso* y la ponderación de otros principios eventualmente conflictivos; las reglas no dejan espacio disponible para ninguna otra solución, pues si una regla *vale* (tiene validez) debe cumplirse en la exacta medida de sus prescripciones, ni más ni menos; 3) En caso de *conflicto entre principios*, éstos pueden ser objeto de valoración, de armonización, ya que sólo tienen 'exigencias' o 'standards' que deben realizarse en '*prima facie*'; las reglas contienen 'fijezas normativas' *definitivas*, siendo insustentable la *validez* simultánea de reglas contradictorias; 4) Los principios suscitan problemas de *validez y peso* (importancia, ponderación, validez); las reglas plantean sólo problemas de *validez* (si no son correctas tienen que ser modificadas).

⁷ Citado por Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007, p. 39.

b) *Regla de necesidad*

El acto estatal que intervenga un derecho fundamental debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin que busca

porque 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente *necesaria*, porque existe alguna alternativa *menos perjudicial* para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone.⁸

c) *Regla de proporcionalidad en sentido estricto*

La ley de ponderación dice: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.⁹ O dicho en otras palabras: Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.¹⁰

Sánchez Gil señala lo siguiente:

El análisis del conflicto a través de la ponderación debe darse en dos aspectos: el normativo y el empírico, atendiendo a la intensidad en que se lleva a cabo un menoscabo de un derecho fundamental y el beneficio del interés que se le opone, lo cual puede ocurrir en tres estratos: *grave, medio y leve*; de modo que, 'cuando la intensidad de la relación del fin del legislador sea *por los menos equivalente* a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, la intervención legislativa deberá considerarse *justificada*'.¹¹

⁸ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 5, p. 19.

¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹¹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, p. 50.

Ahora bien, el análisis normativo se divide en dos tipos de estudio:

1) El primero depende de la fundamentalidad que los bienes constitucionales contendientes tengan en el ordenamiento, por lo que pudiera resultar útil, pero no determinante, una jerarquía *in abstracto* de principios constitucionales.

2) El segundo se refiere a los niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su contendiente, según la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida.

Por otra parte, en el análisis empírico se deben tomar en cuenta los conocimientos científicos y dogmáticos existentes en la sociedad en cada momento histórico.

En resumen, Carlos Bernal Pulido señala que en el principio de proporcionalidad se debe seguir la siguiente estructura:

1) Determinar la importancia del derecho fundamental y el fin legislativo que se le opone; 2) comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél, y 3) formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin legislativo.¹²

4. Ley de colisión de principios

Finalmente, cabe referirnos a la ley de colisión, la cual significa que las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.¹³

El resultado de la ponderación y de la aplicación de la ley de colisión es la adición al sistema jurídico de una norma jurídica constitucional

¹² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, pp. 56-57.

¹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 5, p. 18.

bajo la cual es posible subsumir el caso concreto. Por lo anterior, puede concebirse la ley de colisión como una aplicación del criterio de especialidad por la cual se resuelve la colisión constitucional 'reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión.

La primacía otorgada a uno de los principios en virtud de la ley de colisión no es, de ningún modo, como sucedería con las reglas, una declaración de invalidez absoluta de la norma superada, sino de que en el *preciso caso concreto* en que se enfrenta con otra debe satisfacerse preferentemente a esta última, en la medida admitida también por la ley de ponderación.¹⁴

III. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

1. El juicio de amparo

En primer término, se debe destacar que la Constitución es la Norma Fundamental que rige todo el orden jurídico; sin embargo, el hecho de que este principio se encuentre establecido en el artículo 133 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no implica que los actos de autoridad acaten de manera sistemática lo que establece la misma, motivo por el cual, la Carta Fundamental fija las bases para su defensa.

Entre los medios procesales de defensa de la Constitución,¹⁵ se encuentra el juicio de amparo, que tiene por objetivo resolver toda controversia que se

¹⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 7, pp. 58-59.

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor. *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, UNAM, 1998, p. 24. Para una mejor exposición de este tema, es importante aclarar que la defensa de la Constitución en México se divide, para efectos de su análisis, en dos grupos: los medios de protección de la Constitución y los medios procesales establecidos por la Constitución. Los primeros tienen como finalidad "prevenir" que la Carta Suprema sea transgredida, lo cual se pretende a través de la limitación del ejercicio del poder (como ejemplo encontramos la división de poderes y la participación de diversos grupos sociales en la toma de decisiones); en cambio, los medios procesales establecidos por la Constitución, tienen como finalidad "reintegrar" el orden constitucional que ha sido violado por los órganos del poder (entre los que podemos mencionar al juicio político y el juicio de amparo).

suscite por la emisión de un acto de autoridad que intervenga de manera directa la esfera jurídica del gobernado, juicio que se interpondrá a instancia de parte agraviada, ante los Tribunales de la Federación, los cuales, previo procedimiento establecido en la ley, dictarán una sentencia con efectos relativos, en la que resolverán respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado. Su fundamento se encuentra en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la Ley de Amparo, reglamentaria de aquéllos.¹⁶

2. La suspensión del acto reclamado

En el juicio de amparo pueden surgir diversos incidentes, de los que únicamente expondremos el incidente de suspensión, pues es el más recurrente y útil para el presente trabajo.

La suspensión en el juicio de garantías, sólo se entiende y es posible explicarla a partir de su concepción y descripción a nivel constitucional, en términos del artículo 107, fracción X, cuyo objetivo fundamental es preservar la materia litigiosa y evitar así los daños y perjuicios durante la secuela del procedimiento.

Lo relevante de la suspensión en el juicio de amparo se presenta si el acto reclamado engendra efectos de carácter positivo, los cuales serán paralizados a través de una orden que emite el tribunal concedor del amparo, para que la autoridad responsable no continúe ejecutando o inicie la ejecución del acto reclamado.

González Chévez, de manera clara y sintética, señala que

¹⁶ Lo dispuesto en los artículos 38 a 40 de la Ley de Amparo, respecto a los supuestos en los cuales los jueces de Primera Instancia del orden común están facultados para recibir demandas de amparo, no contradice lo arriba asentado, pues la intervención de los órganos jurisdiccionales locales como auxiliares del Poder Judicial de la Federación se contrae a la recepción del escrito de demanda y a su remisión al Juez de Distrito que resulte competente, así como librar oficios a las autoridades designadas como responsables para que remitan sus informes previos y justificados a dicho funcionario judicial y ordenar la suspensión del acto hasta por setenta y dos horas.

La suspensión en amparo tiene como finalidad *asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se pronuncie en el juicio de amparo; así como la de evitar que durante la pendency del proceso se puedan producir daños de imposible o difícil reparación para el agraviado por la ejecución del acto reclamado o sus efectos.*¹⁷

a) *Características de la suspensión del acto reclamado*

La suspensión del acto reclamado se caracteriza por su instrumentalidad, provisoriedad, sumariedad, mutabilidad y unidad, que consisten en lo siguiente:

1) Instrumentalidad. Este principio está contenido en los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo primero, y 122, 123 y 124, último párrafo, de la Ley de Amparo, y consiste en que la suspensión es un instrumento al servicio de la cuestión principal en el juicio de amparo.

2) Provisoriedad. Se encuentra contemplado en los numerales 124, último párrafo, 140 y 141 de la Ley de Amparo, y consiste en que los efectos del auto en que se conceda la suspensión del acto reclamado, tendrán vigencia hasta que cause ejecutoria la sentencia que se dicte en lo principal.

3) Sumariedad. Tal principio se desprende de los arábigos 123, párrafo segundo, 130, 131, 132, párrafo segundo, 133 y 139, párrafo primero, de la Ley de Amparo, y consiste en que la tramitación del procedimiento de la suspensión sea sencillo y rápido, dada la urgencia que conlleva la necesidad de dictar tal medida cautelar.

4) Mutabilidad. Este principio se encuentra en los artículos 133, última parte, 136, último párrafo, y 140 de la Ley de Amparo, y consiste en que la resolución que proveyó sobre la suspensión a petición de parte puede ser modificado cuando cambien los hechos por los que se concedió la medida.

¹⁷ González Chévez, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006, p. 167.

5) Unidad. Este principio se desglosa del artículo 134 de la Ley de Amparo, dado que no deben existir dos o más resoluciones que se pronuncien sobre la procedencia de la suspensión, con lo que se evita la duplicidad de resoluciones sobre un mismo acto de autoridad.

b) *Presupuestos de la suspensión*

El dictado de la suspensión se encuentra sujeto a dos presupuestos: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.

i) Apariencia del buen derecho

Héctor González Chévez explica que:

La apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* está referida al criterio que el órgano jurisdiccional debe formarse para conceder o denegar una medida cautelar... Se entiende que dado el carácter sumario con el que normalmente se adopta la medida, se ha considerado que no es necesario que quien solicite la tutela cautelar acredite plenamente en ese momento su derecho, sino que es suficiente un principio de prueba para que el Juez o tribunal se forme un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la viabilidad de la pretensión del recurrente, que le sirva de base para acordar la medida, claro está, sin dejar de considerar los demás presupuestos que la ley impone para tal efecto.¹⁸

Como su nombre lo indica, la apariencia del buen derecho se basa en una apariencia del derecho, de ahí que su examen sea superficial, por lo que el conocimiento de la medida cautelar se limita a un juicio de probabilidad o verosimilitud.

ii) Peligro en la demora

El peligro en la demora o *periculum in mora* es el riesgo en que se encuentra un derecho o posible derecho por el tiempo que tarde el juzgador en tramitar el proceso principal y pronunciar la sentencia definitiva.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 99-100.

Este presupuesto es la razón de ser de la providencia cautelar, pues en la medida que existan los riesgos que genera la tramitación del juicio, se debe otorgar la suspensión, siempre y cuando sea urgente su concesión, es decir, es la mora del dictado del auto correspondiente, lo que generaría daños de difícil o imposible reparación lo que hace urgente el pronunciamiento sobre el acto cautelar.

En el peligro en la demora operan dos tipos de riesgos: el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza de la resolución principal.

Así, el peligro en la demora tiene dos vertientes, uno objetivo y otro subjetivo. La primera se encuentra vinculada a la posibilidad o dificultad práctica de la ejecución futura; la segunda se halla en la relación que se presenta entre la situación personal de necesidad del demandante y la providencia principal, por la prolongación del estado de insatisfacción del derecho que se debate.

c) Clases de suspensión del acto reclamado

El artículo 122 de la Ley de Amparo regula la suspensión para el caso del amparo indirecto, del cual se desprenden dos tipos de suspensión, que son la oficiosa y a petición de parte.

i) Suspensión de oficio

La suspensión de oficio se encuentra regulada en los artículos 123 y 233 de la Ley de Amparo, y es aquella que otorga el Juez de Distrito en el primer auto, sin necesidad de que se tramite un cuaderno especial o incidental; por la trascendencia de ciertos actos de autoridad, el legislador ha impuesto la obligación al juzgador de otorgar la suspensión sin necesidad de ser solicitada por el agraviado, sino que, con la simple presentación de la demanda, el juzgador debe proveer al respecto.

Dicha suspensión procede: a) cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos

por el artículo 22 de la Constitución Federal (penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales); b) cuando se trate de algún otro acto, que, si llegase a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada; o c) cuando los actos reclamados tengan o puedan tener por consecuencia la privación total o parcial, temporal o definitiva de los bienes agrarios del núcleo de población quejoso o su substracción del régimen jurídico ejidal.

Sus efectos consisten en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los establecidos en el segundo y tercer incisos del párrafo anterior, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden.

ii) Suspensión a petición de parte

La suspensión a petición de parte agraviada, opera en los demás casos no previstos en los artículos 123 y 233 de la Ley de Amparo, y se divide en provisional y definitiva —ambas comparten supuestos y fundamentos, pero se diferencian en los elementos a considerar al momento de resolver una y otra—, y será procedente cuando se reúnan los requisitos naturales, legales y de eficacia correspondientes.

• Suspensión provisional

Si la solicitud de suspensión se realiza en el escrito de demanda, el Juez de amparo ordenará abrir el incidente de suspensión, en cuyo auto inicial se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia de la medida cautelar; en caso de que no se haya pedido en el escrito de demanda, el quejoso podrá solicitarla en cualquier momento, siempre que no haya causado estado la sentencia que se dicte en lo principal (artículo 141 de la Ley de Amparo).

El juzgador debe analizar la procedencia de la suspensión sin otros elementos de convicción que la afirmación hecha por el quejoso, bajo protesta de decir verdad, de que son ciertos los hechos que narra —dado que la veracidad de sus afirmaciones sólo se podrá verificar hasta que las autoridades rindan su informe previo— y con las pruebas que exhiba.

El plazo de vigencia de la suspensión provisional comienza en el momento en que surte efectos el auto que la concede y hasta que se haga lo propio con la interlocutoria que resuelva la suspensión definitiva.

- Suspensión definitiva

Dicha medida se emite una vez sustanciado el incidente de suspensión, en el cual se da intervención a las partes para probar y alegar lo que conforme a derecho consideren.

Su vigencia comienza en el momento en que surte efectos la interlocutoria que la concede y hasta que cause estado la sentencia dictada en lo principal.

d) *Requisitos de la suspensión a petición de parte*

De los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 124 de la Ley de Amparo, se advierte la existencia de ciertos requisitos que deben cumplirse para que se otorgue la suspensión, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

1. Que sea cierto el acto reclamado.
2. Que la naturaleza del acto permita su paralización.
3. Que el quejoso solicite su suspensión.
4. Que de concederla no se cause perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
5. Que la ejecución del acto reclamado cause daños y perjuicios al quejoso que sean de difícil reparación.

Los juristas Genaro Góngora Pimentel¹⁹ y Hugo Martínez García,²⁰ entre otros, han clasificado los requisitos de procedencia de la suspensión a petición de parte en la certeza de la existencia del acto reclamado y en exigencias naturales, legales y de efectividad.

i) Certeza de la existencia del acto reclamado

La certeza de la existencia del acto reclamado es un requisito lógico para la procedencia de la suspensión.

Al respecto cabe destacar que en la suspensión provisional, el juzgador debe analizar la procedencia de la medida cautelar sin otros elementos de convicción que la afirmación hecha por el quejoso, bajo protesta de decir verdad, de que son ciertos los hechos que narra y con las pruebas que exhiba; en cambio, en la suspensión definitiva, se deberá acreditar fehacientemente la existencia del acto reclamado.

ii) Requisitos naturales

Esta exigencia implica que el acto reclamado, dada su naturaleza, sea susceptible de ser suspendido, es decir, el juzgador debe analizar si, de acuerdo a la naturaleza del acto reclamado, éste es apto para ser paralizado o no; para ello, es necesario precisar cuáles son los actos suspendibles y cuáles no.

Sin pretender realizar una exposición exhaustiva de la naturaleza de los actos para efectos de la suspensión del acto reclamado en amparo, es útil la siguiente clasificación: 1) Por el tipo de conducta: positivos y omisivos; 2) Por su contenido: afirmativos, negativos, prohibitivos y declarativos; 3) Por su factibilidad: consumados, futuros e inminentes, y futuros e inciertos; y 4) Por sus

¹⁹ Góngora Pimentel, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 6ª ed., México, Porrúa, 2001, pp. 28-29.

²⁰ Martínez García, Hugo, *La suspensión del acto reclamado en materia de amparo*, México, Porrúa, 2005, pp. 163-164.

efectos: eventuales, instantáneos, continuos y de tracto sucesivo. De manera breve, se puede decir que los actos susceptibles de paralizarse son los que generan consecuencias positivas, tales como los positivos propiamente dichos, los afirmativos, prohibitivos, negativos y declarativos (si tienen efectos positivos), los futuros e inminentes, instantáneos, continuos y de tracto sucesivo, siempre y cuando no se hayan consumado.

iii) Requisitos legales

Por requisitos legales se entienden las exigencias contenidas en el artículo 124 de la Ley de Amparo, y que consisten en que exista solicitud de la suspensión del agraviado, que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público y que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

- Solicitud de la suspensión por el agraviado

Para que proceda la suspensión del acto reclamado en la especie que se analiza, es menester que lo solicite el agraviado; asimismo, cuando el quejoso solamente pide la suspensión por las consecuencias del acto reclamado, el juzgador de amparo debe resolver si concede o niega la suspensión, única y exclusivamente respecto de ellas, de conformidad con la fracción I del artículo 124 de la Ley de Amparo, y con base en la jurisprudencia 2a./J. 111/2003.²¹

- Que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto

Tal requisito es la expresión del principio *periculum in mora* de las medidas cautelares y es la causa eficiente que motivó la creación de la institución de la

²¹ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SUSPENSIÓN DEFINITIVA. CUANDO EL QUEJOSO ÚNICAMENTE SOLICITE LA MEDIDA CAUTELAR SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS RECLAMADOS, EL JUEZ DE DISTRITO SOLAMENTE DEBE CONCEDER O NEGAR DICHA MEDIDA RESPECTO DE AQUÉLLAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, tomo XVIII, diciembre de 2003, p. 98.

suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, pues a través de ella se realiza un examen *a priori* o *a posteriori* acerca de si la ejecución del acto reclamado causa al quejoso un perjuicio de difícil reparación. Este supuesto reviste tres aspectos: uno objetivo y dos subjetivos. El objetivo consiste en que exista riesgo de que de no conceder la suspensión, el acto reclamado quede consumado irremediablemente; los subjetivos consisten, en que el quejoso acredite la titularidad de un derecho subjetivo tutelado por el ordenamiento jurídico y que ese derecho se vea afectado en tal forma, que sea difícil resarcir ese daño.

- Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público

De conformidad con el artículo 124, fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, se considera, entre otros casos, que se causa perjuicio al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, cuando de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos; se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza; se permita el incumplimiento de las órdenes militares; se produzca daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o que por ese motivo afecte la salud de las personas, y se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de la ley o bien se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 131, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de la Ley de Amparo; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; o se afecte la producción nacional.

Dicha norma es una cláusula abierta, dado que de manera enunciativa especifica supuestos en los que se causa perjuicio al interés social o se contraviene disposiciones de orden público, por lo que corresponde al juzgador, de acuerdo a cada caso que se le presente, analizar si ese asunto se adecua a los supuestos enunciados, o bien, a uno análogo. Asimismo, dicha norma contiene conceptos válula para el juzgador, quien de acuerdo a su criterio jurídico, deberá determinar si el caso que se somete a su consideración causa perjuicio al interés social o contraviene disposiciones de orden público; máxime si se toma en cuenta que no existe una definición de lo que debe entenderse por interés social y orden público.

Sobre la indeterminación de lo que debe entenderse por interés social y orden público, es importante considerar que la incertidumbre es inherente al universo, pues, ni aun en las llamadas ciencias exactas existe tal certeza, como lo refleja el principio de incertidumbre de Heisenberg²² o el teorema de Gödel,²³ ya que existe un cambio básico en la forma de estudiar la naturaleza, pues se pasa de un conocimiento teóricamente exacto (o al menos, que en teoría podría llegar a ser exacto con el tiempo) a un conocimiento basado sólo en probabilidades y en la imposibilidad teórica de superar un cierto nivel de error.

La falta de un concepto de ideas tales como *interés social* y *orden público*, se debe a limitaciones epistemológicas, históricas, lógicas y comunicativas.²⁴

²² http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg, el físico alemán Werner Karl Heisenberg formuló un principio, con el que hizo una contribución fundamental al desarrollo de la teoría cuántica, al afirmar que es imposible medir simultáneamente de forma precisa la posición y el momento lineal de un objeto dado, es decir, cuanto mayor certeza se busca en determinar la posición de un objeto, menos se conoce su cantidad de movimiento lineal.

²³ http://es.wikipedia.org/wiki/Kurt_G%C3%B6del, el lógico y matemático Kurt Freidrich Gödel estableció dos teoremas de la incompletitud: el primero afirma que en cualquier formalización consistente de las matemáticas que es lo bastante fuerte para definir el concepto de números naturales, se puede construir una afirmación que ni se puede demostrar ni se puede refutar dentro de ese sistema (este teorema demuestra que cualquier sistema es necesariamente incompleto: contiene afirmaciones que no se pueden demostrar ni refutar; un sistema incompleto significa que no se han descubierto todos los axiomas necesarios; cada vez que se añade un nuevo axioma siempre habrá otro que quede fuera de alcance); por otra parte, el segundo teorema afirma que ningún sistema consistente se puede usar para demostrarse a sí mismo (dicho en otras palabras, si a un sistema –considérese como ejemplo al Derecho- se le considera completo, entonces es inconsistente, y si se le considera consistente, entonces es incompleto).

²⁴ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, España, Trotta, 2003, 94 pp. El conocimiento jurídico tiene limitaciones de las siguientes clases: 1. *Epistemológica*, la

iv) Requisitos de efectividad

En términos generales, la suspensión del acto reclamado surte efectos desde el momento que se dicta, sin embargo, en algunos casos, para que sea efectiva, se deben de cumplir ciertos requisitos. En efecto, en amparo en materia administrativa, el quejoso debe exhibir una garantía, conforme lo establecen los artículos 125 y 135 de la Ley de Amparo, de los que se advierte que, para que sea efectiva la suspensión del acto reclamado, se exigirá al quejoso que otorgue garantía: cuando exista tercero perjudicado o si impugna el cobro de contribuciones, excepto si la quejosa es una persona moral oficial (artículo 9) o cuando el quejoso sea un núcleo de población ejidal o comunal (artículo 234).

IV. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS A LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Una vez que se ha explicado cómo está regulada la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo indirecto —especialmente en la materia administrativa—, es necesario analizar las disposiciones de ésta, para extraer sus principios.

1. Los principios de la suspensión del acto reclamado

De los artículos 107, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 122, 123, 124, 125 y 135 de la Ley de Amparo, se desprende que el legislador hizo una jerarquización de elementos a considerar para que el Juez resolviera sobre la suspensión del acto reclamado; así, los aspectos que el

cual se debe a: a) La indefinición del objeto jurídico y del concepto de Derecho; b) La contaminación del subjetivismo; y c) La precomprensión hermenéutica; 2. *Histórica*: toda verdad, toda solución, pertenece a un presente que pronto será pasado y sólo sirve para un periodo; 3. *Lógica*: se debe a la falta de estudio por parte de los juristas de la lógica o, en su caso, a sustituir la lógica por la argumentación; y 4. *Comunicativa*, cuya razón es que: a) Los legisladores tienen dificultad para comunicar sus preceptos; b) El abogado argumenta lo que quiere, no lo que sabe, y además, pretende mover la voluntad de su auditorio; y c) El académico no defiende, sino que explica, explica el conocimiento jurídico teórico.

legislador tomó en cuenta, para los fines de este trabajo los divido en dos grupos: uno objetivo y otro subjetivo.

El aspecto objetivo se integra por el acto reclamado —y los derechos que transgrede— y su ejecución; y el aspecto subjetivo se forma por la condición del quejoso y la afectación que se produce —al quejoso, a un tercero o a la sociedad—.

a) *Aspecto objetivo*

Para constatar el aspecto objetivo que tomó en consideración el legislador para instituir la suspensión del acto reclamado, es menester referirnos a lo siguiente:

1) *El acto reclamado (y los derechos que transgrede)*. El artículo 123, fracción I, de la Ley de Amparo, establece que procede la suspensión de oficio cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal (penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales). De los actos referidos se advierte que *son conductas notoriamente contrarias a la Constitución*, dado que violan los derechos fundamentales que protegen la integridad física de las personas, por lo que por sí mismos contravienen el orden jurídico.

2) *La ejecución del acto reclamado*. De los artículos 123, fracción II, y 124, fracción III, de la Ley de Amparo se desprende que se concederá la suspensión cuando se trate de actos que, si llegaren a ejecutarse, harían físicamente *imposible restituir* al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada (de oficio) o que harían *difícil la reparación* de los daños y perjuicios (a petición de parte), de lo que se colige que el legislador tomó en cuenta *la dificultad o imposibilidad para reparar el daño causado o que se vaya a causar*.

b) *Aspecto subjetivo*

Por otra parte, para constatar el aspecto subjetivo que el legislador tomó en consideración para instituir la suspensión es de destacar lo siguiente:

1) Del arábigo 233 de la Ley de Amparo, se aprecia que el criterio subjetivo atiende a la protección que se da a un *grupo* social vulnerable, compuesto por la clase campesina.

2) La afectación que produce el acto reclamado al quejoso, o el *beneficio* que produce a un tercero o a la sociedad. De la fracción I del arábigo 123 de la Ley de Amparo, se desprende que la afectación se produce en la integridad física del quejoso y sólo a él; en cambio, existe otro tipo de actos que afectan al quejoso, pero benefician al tercero perjudicado, como en el caso de controversia entre partes, en cuyo supuesto el legislador consideró que, como las partes se encuentran en un plano de igualdad, es posible conceder la suspensión, siempre y cuando el amparista otorgue la garantía que establece el artículo 125 de la Ley de Amparo e, incluso, el tercero puede ofrecer una contragarantía para que se deje sin efectos la suspensión concedida a su contraparte; en cambio, cuando a quien se afecta más que al quejoso es a la sociedad, en ese caso ya ni siquiera se concede la suspensión al quejoso con garantía, sino que se le niega, de conformidad con la fracción II del arábigo 124 de la ley referida.

Así, podría hacerse una progresión genérica, si se dividen los supuestos en tres grupos: mayor, medio y menor, en la que a cada uno le corresponde un grado.

En ellos, es relevante saber si se concede la suspensión (ya sea de oficio o a petición de parte); si se concede con la exigencia de exhibir una garantía para que sea efectiva, o sin garantía; y, finalmente, si se niega la suspensión para no afectar el interés social o contravenir el orden público.

Lo anterior se expresa así:

Grado	Tipo de suspensión	Afectado o beneficiado con el acto reclamado		Resultado de la suspensión	
Mayor	De oficio	Quejoso afectado	X	X	Concede
	A petición de parte		X	X	Concede sin garantía
Medio	A petición de parte		Tercero (beneficiado)	X	Concede con garantía
Menor			X	Sociedad beneficiada	Niega

De las reglas que instituyen la suspensión del acto reclamado en amparo, se extraen los siguientes principios:

a) A mayor afectación al quejoso (por la inconstitucionalidad del acto reclamado en sí mismo, por la importancia de los derechos fundamentales que protege, por la imposibilidad o dificultad de reparación o por sus condiciones personales), se le otorga mayor protección (suspensión de oficio o suspensión a petición de parte, sin garantía).

b) Si el acto reclamado perjudica al quejoso, pero beneficia a un tercero, con quien se encuentra en un plano de igualdad, se le concede la suspensión, si la pide, pero con garantía, para no afectar al tercero, quien a su vez podrá otorgar contragarantía para que deje de surtir efectos la suspensión.

c) Cuando el acto reclamado perjudica al quejoso, pero beneficia a la sociedad, se debe ponderar a quién afecta o beneficia más, y de beneficiar más a la sociedad de lo que perjudica al quejoso, se niega la suspensión, pero de perjudicar más al quejoso de lo que se beneficia a la sociedad, se le concede la suspensión.

2. Aplicación de los principios de la suspensión del acto reclamado

A continuación, es menester recordar que la apariencia del buen derecho es un presupuesto de la suspensión del acto reclamado, lo que significa que no es

necesario que quien solicite la tutela acredite plenamente en ese momento su derecho, sino que es suficiente un principio de prueba para que el Juez o el tribunal se forme un juicio de probabilidad o verosimilitud acerca de la viabilidad de la pretensión del recurrente, que le sirva de base para acordar la medida, es decir:

... basta la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el quejoso, de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado. Ese examen encuentra además fundamento en el artículo 107, fracción X, constitucional, en cuanto establece que para el otorgamiento de la medida suspensiva deberá tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho que se dice violado. Esto es, el examen de la naturaleza de la violación alegada no sólo comprende el concepto de violación aducido por el quejoso sino que implica también el hecho o acto que entraña la violación, considerando sus características y su trascendencia.²⁵

De lo anterior se desprende, en cuanto al análisis del derecho del quejoso, que basta acreditar la apariencia de su buen derecho, para lo cual debe atenderse al derecho que se dice violado, el concepto de violación aducido por el quejoso y el hecho o acto que entraña la violación, en el que es importante considerar sus características y su trascendencia, de tal modo que según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.

a) *Acto reclamado contrario a la Constitución*

Pero ¿qué ocurre si el acto reclamado es notoria y manifiestamente inconstitucional?

²⁵ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, SUSPENSIÓN. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO, México, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 16.

Para responder esta pregunta, debo aclarar que en la resolución que provea sobre la suspensión del acto reclamado no va a determinarse si el acto reclamado es inconstitucional o no, pues ello es propio de la sentencia que se dicte en lo principal; sin embargo, sí se va a apreciar la aparente inconstitucionalidad del mismo y, agregamos, con mayor razón si es notoria su inconstitucionalidad.

En primer lugar, nos parece necesario destacar que el artículo 145 de la Ley de Amparo impone al Juez de Distrito el deber de examinar el escrito de demanda, y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano, de lo que se puede concluir que el juzgador de amparo también puede advertir que el acto reclamado es manifiesta e indudablemente inconstitucional,

siendo lo manifiesto cuando se da un motivo que se advierta en forma clara, patente, evidente de la lectura de la demanda de garantías, de los escritos aclaratorios y de los documentos que se acompañen, y lo indudable, resulta que se tenga certidumbre y plena convicción de que la [inconstitucionalidad del acto] de que se trate sea operante en el caso concreto, es decir, inobjetable.²⁶

Ahora, el que sea manifiesta e indudable la inconstitucionalidad del acto reclamado ¿es más que la apariencia del buen derecho? Estimamos que sí.

Pero hay más ¿cuándo es manifiesta e indudable la inconstitucionalidad del acto reclamado? Para saberlo, es útil tomar en cuenta que el artículo 76-Bis, fracción I, de la Ley de Amparo, dispone que las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la *ausencia* de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos, en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.²⁷

²⁶ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, *Apéndice de 1995*, DEMANDA DE AMPARO, DESECHAMIENTO DE LA. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA", México, Octava Época, tomo VI, ParteTCC, p. 503.

²⁷ El artículo 76 bis de la Ley de Amparo regula la institución de la suplencia de la queja, misma que puede ser absoluta (ante la ausencia de conceptos de violación o agravios) o relativa (por la deficiente expresión de los conceptos de violación o agravios).

De ahí concluimos que un ejemplo en el que es manifiesta e indudable la inconstitucionalidad del acto reclamado es cuando éste se funda en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En casos como éste, en el que más que apariencia del buen derecho, existe certeza del buen derecho (siempre y cuando así se desprenda del material probatorio que obre en autos²⁸), consideramos que se presenta un caso análogo a los supuestos previstos para la concesión de la suspensión de oficio.

En efecto, recordemos que el legislador hizo una jerarquización de aspectos a considerar para que el Juez resolviera sobre la suspensión del acto reclamado, entre los cuales tomó en cuenta aspectos objetivos, tales como el acto reclamado, y estableció en el artículo 123, fracción I, de la Ley de Amparo, que procede la suspensión de oficio cuando se trate de actos que se caracterizan por ser inconstitucionales en sí mismos.

Si aplicamos ese principio al caso ejemplificado, se adecua a los supuestos que dicha norma establece, por lo que *es dable aplicarle el mismo principio y, en consecuencia, conceder la suspensión de oficio cuando se reclame un acto fundado en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

Lo anterior sería el producto de la aplicación del principio extraído de las disposiciones que regulan la institución de la suspensión del acto reclamado en amparo, consistente en que a mayor afectación al quejoso se le otorga más protección.

²⁸ Es importante aclarar que la notoria e indudable inconstitucionalidad del acto reclamado se debe advertir fehacientemente del propio acto y queda a cargo del quejoso exhibir la prueba correspondiente, pues sólo de ese elemento podrá advertirlo el juzgador, mas no de sus manifestaciones ni de los conceptos de violación, para evitar que el gobernado haga mal uso de dicha institución.

Otro caso podría presentarse cuando el acto reclamado viole directamente la Constitución, por ejemplo, si carece de fundamentación o de firma, en cuyo caso violará lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, que impone el deber a las autoridades de fundar sus actos y emitirlos por escrito.

b) *Inexigibilidad de garantía para conceder la suspensión cuando el acto reclamado es notoria e indudablemente inconstitucional*

Por otra parte, supongamos que se considera que no procede la suspensión de oficio respecto de actos reclamados como los descritos en el apartado que antecede —que son manifiesta e indudablemente inconstitucionales—, pero que la solicita el quejoso, es decir, procede su suspensión a petición de parte, con la particularidad de que existe un tercero perjudicado, o bien, impugna el cobro de contribuciones.

i) En caso de que exista tercero perjudicado

Se encuentran satisfechos la apariencia del buen derecho (o aun más, la certeza del buen derecho), el peligro en la demora, la solicitud del quejoso y su interés jurídico —o suspensional como también se le llama—, pero con su concesión se causan daños a un tercero perjudicado.

En principio, al encontrarse satisfechos los requisitos mencionados, lo procedente será conceder la suspensión al quejoso; sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley de Amparo, para que sea efectiva la medida cautelar que se concedió al quejoso, éste debe otorgar garantía.

No obstante, ese supuesto se aplica para casos generales, en los que hay apariencia del buen derecho, pero ¿también se debe aplicar cuando más que apariencia del buen derecho, existe certeza del buen derecho?

Consideramos que no, pues el quejoso tiene a su favor la certeza del buen derecho, específicamente, el juzgador de amparo ha advertido que el acto que el amparista reclama es notoria e indudablemente inconstitucional, por ejemplo,

por estar fundado en una disposición que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que es inconstitucional en jurisprudencia, por lo que nos parece que exigirle que otorgue garantía para que sea efectiva la concesión de la medida cautelar sería excesivo e implicaría desconocer la notoria y manifiesta inconstitucionalidad del acto que reclama, lo que nos lleva a concluir que para esos casos, se debe conceder la suspensión sin exigir al quejoso que otorgue garantía, ya que el acto reclamado que interviene el derecho del quejoso no debe tener como sustento una disposición que ha sido declarada inconstitucional.

ii) Cuando se reclama el cobro de contribuciones

Se ha dicho que la suspensión del acto reclamado surte efectos desde luego; sin embargo, en algunos casos, para que sea efectiva, se deben de cumplir ciertos requisitos, como la exhibición de una garantía —en amparo en materia administrativa—, cuando se impugne el cobro de contribuciones.

En estos casos, al igual que cuando existe tercero perjudicado, el exigirle al quejoso que otorgue garantía para que sea efectiva la concesión de la medida cautelar, resulta excesivo e implica soslayar la notoria y manifiesta inconstitucionalidad del acto que reclama, lo que nos lleva a concluir que se debe conceder la suspensión sin exigir al quejoso que otorgue garantía, pues el derecho del Estado de cobrar una contribución no debe fundarse en un precepto que es inconstitucional.

c) *Cuando el acto reclamado es notoria y manifiestamente inconstitucional y existe interés social en la subsistencia de dicho acto*

Por otra parte, supongamos que no se concede la suspensión de oficio respecto de actos reclamados como los descritos, es decir, que son notoria e indudablemente inconstitucionales, pero que la solicita el quejoso, sin que sea relevante que exista tercero perjudicado o no.

En este supuesto, se encuentran satisfechos la apariencia del buen derecho (o aun más, la certeza del buen derecho), el peligro en la demora, la solicitud

del quejoso y su interés jurídico, pero con su concesión se causarían daños al interés de la sociedad o se contravendría el orden público.

¿Qué prevalece, la certeza del buen derecho del quejoso o el interés de la sociedad?

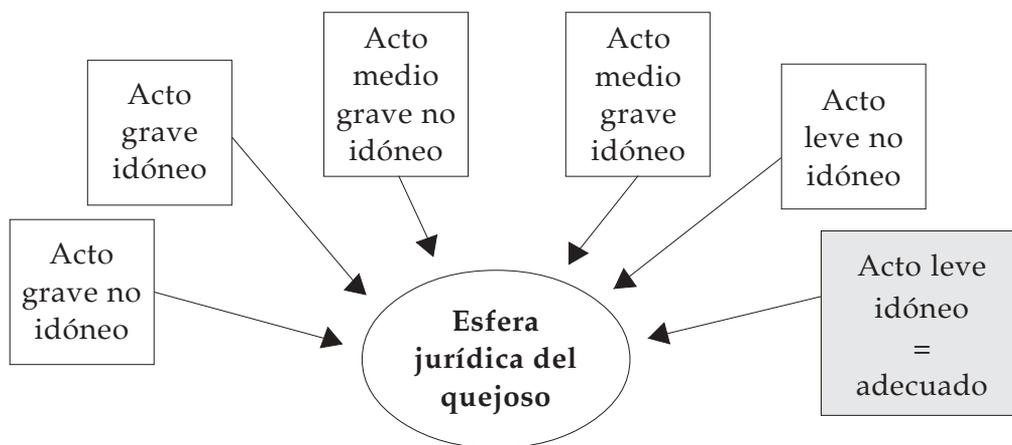
Se ha dicho que en caso de colisión entre la apariencia del buen derecho del quejoso y el interés de la sociedad o el orden público, prevalecen estos últimos, pero ¿ante la certeza del buen derecho del quejoso, prevalece el interés de la sociedad o el orden público?

Para responder lo anterior, es necesario recordar que en estos casos se debe ponderar, dado que existe una colisión de principios, entre el derecho del quejoso y el interés de la sociedad, para sopesar cuál debe prevalecer.

Sin embargo, cuando se presenta una colisión de principios, se debe ponderar cuál de ellos prevalece sobre el otro en un caso concreto, pero para saber cuál debe sobresalir, primero se deben respetar dos reglas que sirven como filtros: idoneidad y necesidad.

De la regla de idoneidad se dijo que se desarrolla en dos vertientes: que el acto reclamado debe tener un fin legítimo para que sea idóneo para afectar los derechos fundamentales del gobernado y que debe ser adecuado para realizar el fin que pretende; de la regla de necesidad, se mencionó que el acto reclamado debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin que busca, ya sea porque es el menos gravoso para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado, o porque no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

Lo anterior podría representarse en la siguiente gráfica, en la que aparecen diversos tipos de actos, todos los cuales intervienen la esfera jurídica del gobernado:



Una vez que hemos obtenido el acto menos grave (necesidad) y legítimo (idoneidad), estaremos en aptitud de ponderar cuál debe prevalecer, si el acto estatal o el derecho del gobernado.

Para ello, se debe realizar el análisis normativo (fundamentalidad que los bienes constitucionales contendientes tengan en el ordenamiento y niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su contendiente, según la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida), es decir, se debe determinar la importancia del derecho fundamental y el acto reclamado que se le opondrá, comparar las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél, y la conclusión.

Si partimos de que en esta tesis el acto reclamado es notoria e indudablemente inconstitucional, por ejemplo, por estar fundado en una disposición respecto de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en jurisprudencia que es inconstitucional, es procedente analizarlo a la luz de la teoría de principios explicada.

Así, lo primero es verificar si el acto reclamado es idóneo. Para que el acto reclamado fuera idóneo, tendría que tener un fin legítimo (constitucionalmente válido) y ser adecuado para realizar el fin que pretende.

Después, se analizaría si el acto impugnado es necesario, es decir, estrictamente indispensable para satisfacer el fin que busca, ya sea porque es el menos gravoso para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado, o porque no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.

Dicho lo anterior, resulta que en la tesis que exponemos, un acto que es notoria e indudablemente contrario a la Constitución, no tiene un fin legítimo, pues no es acorde a la misma, sino que la contraviene, por lo que no supera el primer filtro respecto de las reglas que rigen la ponderación de principios.

Al no cumplir con la regla de idoneidad, no sería el caso de analizar si es adecuado para el fin que pretende, ni si es necesario, es decir, estrictamente indispensable para satisfacer el fin que busca, pues éste es contrario a la Carta Fundamental y si tomamos en cuenta que el juicio de amparo es procedente contra la intervención de garantías individuales, resulta que el acto reclamado contraviene los derechos fundamentales del gobernado, con lo cual no se le puede tener por legítimo, ni en consecuencia, como idóneo.

Así, al no superar el acto reclamado el primero de los filtros mencionados, resulta que el derecho fundamental del quejoso no puede colisionar con el interés social o el orden público, pues para ello se requeriría que estuvieran en igualdad de condiciones, es decir, que el acto reclamado fuera idóneo y necesario.

De lo anterior, concluimos que si el acto reclamado no cumplió siquiera con la primera de las reglas anunciadas, no colisiona con el interés social o el orden público y, al no hacerlo, entonces prevalece sobre éstos.

Por ello, si el quejoso impugna un acto que es notoria e indudablemente contrario a la Constitución, se debe conceder la suspensión del acto que reclama, al no ser éste idóneo para intervenir el derecho fundamental que defiende y, por ende, no colisionar con el interés social o el orden público, por lo que no es el caso de realizar una ponderación para saber cuál prevalece.

En consecuencia, cuando en juicio de amparo indirecto en materia administrativa se reclama un acto que es notoria e indudablemente contrario a la Constitución, no se cumplen los requisitos para proceder a la ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés de la sociedad o el orden público.

V. CONCLUSIONES

De las teorías del derecho de Austin, Hart y Dworkin, concluimos que el derecho se integra por reglas, principios y directrices.

Las reglas son normas que prescriben imperativamente una exigencia (imponen, prohíben, permiten); los principios son patrones que deben ser observados porque son una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad; y las directrices son normas que determinan una meta a ser alcanzada, por ejemplo, una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad.

A partir de las ideas de Alexy, Zagrebelsky y Grau, entre otros, concluimos que las reglas y los principios son distintos, pues aquéllas son más generales que éstos; las reglas se cumple o no, mientras que los principios imponen una optimización, compatible con varios grados de concretización; la convivencia de los principios es conflictiva, mientras que la convivencia de las reglas es antinómica; y los principios permiten el equilibrio de valores e intereses, de acuerdo con su peso, en tanto que las reglas deben cumplirse en la exacta medida de sus prescripciones.

Por otra parte, de aplicar la teoría de los principios a las reglas que instituyen la suspensión del acto reclamado en amparo, se extraen los siguientes principios: a mayor afectación al quejoso se le otorga mayor protección; cuando el acto reclamado perjudica al quejoso, pero beneficia a un tercero, se le concede la suspensión, pero con garantía, para no afectar a éste; y cuando el acto reclamado perjudica al quejoso, pero beneficia a la sociedad, se debe ponderar a quién afecta o beneficia más.

Finalmente, al aplicar tales principios al supuesto hipotético de un acto que es notoria e indudablemente contrario a la constitución, se desprende que en todo caso se debe conceder la suspensión del acto al quejoso, como resultado de la aplicación de la apariencia del bien derecho, ya sea que la solicite o de oficio.

Si el amparista solicita la suspensión del acto reclamado, la concesión se otorgará sin exigirle garantía alguna, a pesar de que hubiere tercero perjudicado en el juicio y sin que haya lugar a realizar el análisis de ponderación en caso de que hubiere conflicto entre el interés del quejoso y el interés social, pues un acto que es notoria e indudablemente contrario a la Constitución, no tiene un fin legítimo, ya que contraviene la Carta Fundamental, con lo cual no supera la regla de idoneidad, que es el primer filtro de las reglas que rigen la ponderación de principios; al no cumplir dicha regla, no sería el caso de analizar si el acto impugnado es adecuado para el fin que pretende, ni si es necesario, es decir, estrictamente indispensable para satisfacer el fin que busca, pues éste es contrario a la Constitución, y si tomamos en cuenta que el juicio de amparo es procedente contra la intervención de garantías individuales, resulta que el acto reclamado contraviene los derechos fundamentales del gobernado, con lo cual no se le puede tener por legítimo, ni como idóneo.

De ahí que si el acto reclamado no cumplió con las reglas anunciadas, el interés del quejoso no colisiona con el interés social o el orden público y, al no hacerlo, entonces prevalece sobre éstos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, 91 pp.
- COURTIS, Christian, comp., *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, España, Trotta, 2006, pp. 413.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. reimp., España, Ariel, 2002, 508 pp.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª ed., México, UNAM, 1998, p. 24.
- FLORES, Ímer B., ¿Ensueño, Pesadilla y/o realidad? Objetividad e (in)determinación en la interpretación del Derecho, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 194-195.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *La suspensión en materia administrativa*, 6ª ed., México, Porrúa, 2001, 199 pp.
- GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006, 349 pp.
- GRAU, Eros, *Interpretación y Aplicación del Derecho*, Madrid, Dickinson, pp. 168 a 171.
- HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces. Apuntes para un humanismo judicial*, México, Universidad Veracruzana, 1991, 173 pp.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Hugo, *La suspensión del acto reclamado en materia de amparo*, México, Porrúa, 2005, 308 pp.
- NIETO, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, España, Trotta, 2003, 94 pp.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007, 124 pp.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, México, Novena Época, Tomos III, abril de 1996, y XVIII, diciembre de 2003.

APÉNDICE DE 1995, México, Octava Época, Tomo VI, Parte TCC.

Páginas de internet

http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_indeterminaci%C3%B3n_de_Heisenberg

http://es.wikipedia.org/wiki/Kurt_G%C3%B6del

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistemantización de Tesis. Se utilizaron tipos Book Antiqua en 8.5, 9, 10, 11, 12 y 14 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares. Diciembre de 2007.

