

PARA INTERPRETAR NUESTRO JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE DEFENSA EFECTIVO DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS

REFLEXIONES SOBRE UNA DECISIÓN DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD*

Luis Miguel Cano López y Graciela Rodríguez Manzo**

EL ESCENARIO INICIAL

En un *estado constitucional de derecho*, no debieran existir dudas sobre el carácter jurídico y la jerarquía suprema de las disposiciones que contienen normas relativas a los derechos humanos, sea que ellas se encuentren en ordenamientos domésticos o se incorporen con motivo de fuentes internacionales, como tampoco sería de esperarse que se presenten intentos de disminuir los efectos vinculantes de las interpretaciones más favorables a su garantía, sin importar su procedencia.

Ese modelo no se corresponde con un ideal *externo* a nuestro derecho, sino que coincide con un análisis serio y consistente de la Constitución que nos rige, así como de los ordenamientos que la completan, siempre que se esté dispuesto a reconocerlos como normas obligatorias situadas en la cúspide de la estructura jerárquica. En ese sentido, negar la supremacía de los derechos humanos no constituye algo diferente a rehusársela a nuestras disposiciones fundamentales.

*Este texto se incluye en la publicación por invitación del editor de esta compilación, y fue solicitado a causa de la atinencia e importancia de su contenido en relación con los temas desarrollados en el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se realizó en agosto de 2005, en México, D.F.

**Luis Miguel Cano López y Graciela Rodríguez Manzo son asesores jurídicos de Fundar, Centro de Análisis e Investigación, A.C. Luis Miguel Cano es, además, profesor del Seminario de Derecho Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

Cuestión distinta es observar que en la práctica son demasiado frecuentes actos de incumplimiento, de violación a aquellos derechos, que para su combate y erradicación demandan instrumentos de garantía adecuados para obtener su defensa, pero además, que requieren reunirse con una argumentación suficiente.

En lo concerniente a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), la distancia que puede llegar a aparecer entre la experiencia cotidiana y el modelo delineado por los ordenamientos fundamentales, tiende a ser más pronunciada, razón por la que en tales coordenadas, adquiere mayor trascendencia la exigencia de interpretar los medios de control de constitucionalidad, incluido nuestro Juicio de Amparo, con el objetivo de que alcancen todo su potencial garantista, antes que continuar aguardando eventuales reformas legislativas que los perfeccionen.¹

En paralelo, el sentido con el que se caracteriza a esa especie de derechos, de los cuales el derecho fundamental a la salud es uno entre muchos, también es indispensable orientarlo hasta ponerlo al servicio de las personas, en lugar de estacionarlo en una concepción de la que mucho tiempo se ha aprovechado el estado *clientelar*, en donde impera la arbitrariedad y en el que el disfrute de los derechos obedece a graciosas concesiones del régimen en turno, otorgadas a la población para mantenerla bastante alejada de una real ciudadanía democrática.

Habrà que insistir de nueva cuenta que esta perspectiva no se corresponde con un *iusnaturalismo* indefendible, sino que viene exigida desde una postura positivista crítica, construida a partir de las disposiciones que en la actualidad conforman nuestro ordenamiento fundamental. Por lo mismo, tampoco habrá de negarse que hay carencias para lograr el cabal cumplimiento de los derechos sociales, pero ello no impide que al menos su declaración signifique algo más que su total ausencia.

Así, sólo en innegable contraste con un Estado constitucional de derecho es posible conservar una visión de los DESCAs, como normas programáticas más que como verdaderas normas jurídicas con la máxima jerarquía y por ende, vinculantes para cualquier autoridad gubernamental.

En ese tenor, otros obstáculos que merman la exigibilidad de los derechos sociales se exteriorizan al entenderlos exclusivamente como derechos

¹ Sin desaprovechar la ocasión para denunciar el inexplicable retraso para ponerlas en marcha en sede legislativa, la necesidad de modificaciones constitucionales y legales en lo tocante al Juicio de Amparo, una iniciativa apoyada por nuestra Corte, es expuesta a profundidad en Záldivar (2002).

colectivos, al asociarlos primordialmente con privilegios para determinados grupos, así como al vislumbrarlos únicamente como fuente de obligaciones de hacer para las autoridades estatales y, en consecuencia, como origen de gastos significativos.²

Opuesto diametralmente a ese punto de vista, es asumir que los derechos sociales, en la práctica, la totalidad de las veces salvaguardan intereses individuales en sintonía con el pleno desarrollo de planes de vida personales que abrazan una convivencia grupal, así como que su universalidad no disminuye en nada por el beneficio mayor que para determinados sectores de la sociedad civil propician, sino que es congruente con procesos de *especificación* de los derechos humanos. De igual manera, en la actualidad sería notable la distracción requerida para pasar por alto que su observancia demanda a veces del Estado su no interferencia.³

Con independencia de todo ello, vale la pena regresar al campo de los medios de control de la constitucionalidad de las actividades gubernamentales, provenientes de todas las autoridades estatales, a fin de constatar las restricciones a las que se enfrenta quizá el más famoso y recurrido de esos instrumentos en nuestro país, el Juicio de Amparo, puesto que no resultaría acertado desconocer que la efectividad de esa garantía en la protección de los derechos sociales ha de oponerse al peso de una tradición excesivamente longeva, todavía profesada como irrefutable en demasiadas instancias jurisdiccionales, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que de no superarse continuará impidiendo su completa exigibilidad.

Como origen de esas limitantes del Juicio de Amparo, aún suponiendo que los artículos en los que se plasman derechos sociales sean considerados como fuente de normas jurídicas, es conveniente destacar tres aspectos, el primero es que a pesar de que dichos derechos se encuentran consagrados en disposiciones fundamentales, incluso en nuestro ordenamiento fundacional, es común que se les acompañe de una remisión a la legislación secundaria

² Cualquier parecido con la concepción de las *garantías sociales* que se reseña en un pequeño manual editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2004, 38-43), no es coincidencia. No obstante, a pesar de que es cierto que esa figura posee utilidad como principio regulador de los excesos a que pueden llevarse las *garantías individuales* con una interpretación meramente *liberal*, en todo caso, debe evitarse tanto su confusión, como que se pretexe esa función de equilibrio de algunas garantías sociales en estricto sentido, para luego rehusar el carácter de derecho subjetivo a los verdaderos derechos sociales. Advertido lo cual, en nuestro ensayo tampoco se ignoran las diferencias entre derechos y garantías, explicadas a la perfección en Ferrajoli (1997 y 2000).

³ No hay necesidad de repetir lo que de forma espléndida han difundido Abramovich y Courtis (2002), pero debido es reconocer que al igual que con Ferrajoli, sin ellos estas líneas serían otras.

para su regulación y desarrollo, con lo cual, resulta también normal la pretensión de vaciarlos de contenido y de efectos directos pretextando el respeto a las funciones legislativas.

En segunda instancia, la visión de los derechos sociales como derechos colectivos al ir de la mano de la atribución de la titularidad de los mismos a un sujeto etéreo, la sociedad en su conjunto, la colectividad o determinado grupo incorpóreo, da igual, permite que la construcción de esta ficción sirva como motivo principal para negar interés jurídico a cada uno de los posibles beneficiarios de tales derechos en lo individual, aduciendo que en su calidad de integrantes de esas agrupaciones lo único que poseen es un interés difuso en la protección de aquellos derechos, por lo que se termina por predicar legitimación activa sólo para tal ente imaginario.

Por último, y sin perder de vista que estas tres causas se adelantan como simples ejemplos que de ninguna manera pretenden constituir un listado exhaustivo, los efectos particulares de las sentencias de amparo también representan un freno importante para la garantía firme de los derechos sociales, toda vez que partiendo de la misma ficción del titular colectivo, la eventual protección dispensada a una persona en lo particular, no se distingue de los beneficios para todo ese grupo, ni se puede dejar de ver como una declaración general respecto del acto impugnado.

Avanzar en la resolución de estos retos en torno al juicio de garantías puede ser, tanto una cuestión técnica sólo superable vía una reforma constitucional y legal pertinente, como un asunto que requiera sencillamente de una interpretación garantista y una argumentación adecuada. Disipar el enigma es algo que interesa.

A medio camino, como solución intermedia, puede tratar de encuadrarse a algunos derechos sociales en la órbita de las garantías individuales. Sin embargo, sin modificaciones en la interpretación de los *derechos de base constitucional y desarrollo legal* que apunten al respeto de su *contenido esencial*, sin la apertura del concepto de interés jurídico y sin fórmulas que nivelen los efectos particulares de las sentencias de amparo con la salvaguarda real de los derechos fundamentales, aquel esfuerzo resultará en vano y tan sólo servirá de apariencia.

Ese paso inicial se evidenció en el caso del derecho a la salud, con la tesis aislada P. XIX/2000, de la novena época, dictada por el Pleno de la Suprema Corte y publicada en el Semanario Judicial, tomo XI, de marzo de 2000, en su página 112:

SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. La Ley General de Salud, reglamentaria del derecho a la protección de la salud que consagra el Artículo 40., párrafo cuarto de la Carta Magna, establece en sus Artículos 20., 23, 24, fracción I, 27, fracciones III y VIII, 28, 29 y 33, fracción II, *que el derecho a la protección de la salud tiene, entre otras finalidades*, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfaga las necesidades de la población; *que por servicios de salud se entienden* las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad; *que los servicios de salud se clasifican en tres tipos*: de atención médica, de salud pública y de asistencia social; *que son servicios básicos de salud, entre otros*, los consistentes en: *a) la atención médica*, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, definiéndose a las actividades curativas como aquellas que tienen como fin efectuar un diagnóstico temprano y proporcionar tratamiento oportuno; *y b) la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud* para cuyo efecto habrá un cuadro básico de insumos del sector salud. Deriva de lo anterior, que se encuentra reconocido en la Ley General de Salud, *reglamentaria del derecho a la protección de la salud*, el que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, *como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual*, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.

De momento, a partir de lo esbozado anteriormente, se cuenta con los elementos suficientes para introducir a este ensayo el análisis crítico de una sentencia controversial. Ante esa posibilidad, resulta prudente retener que el derecho universal a la salud se halla entre dos enfoques, como un derecho individual y como un derecho colectivo; en vías de definición su contenido fundamental; entre su operatividad directa con base en nuestra Constitución y la encomienda al legislador para asegurar su completa eficacia; así como

en ciernes su vínculo con la igualdad. Por descontado, todo ello influye e informa sus medios de garantía.⁴

LA SENTENCIA INVOLUCRADA

Se trata de la decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvió la contradicción de tesis 119/2004-SS, adoptada en sesión del primero de diciembre de 2004, por unanimidad de cinco votos de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos y los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel y en calidad de ponente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. En lo que aquí concierne, en ella se opta por confirmar, entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados Cuarto, Décimo y Décimo Primero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito, los provenientes del segundo y tercero de esos órganos judiciales, en el sentido de que los familiares de un militar no cuentan con interés jurídico para combatir la constitucionalidad de la declaratoria de retiro de servicio activo de este último.

Derivada de esta sentencia, la Segunda Sala aprobó el ocho de diciembre de dos mil cuatro, la jurisprudencia de rubro 2a./J. 200/2004, obviamente perteneciente a la novena época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXI, de enero de 2005, página 542, y cuyo tenor es el siguiente:

MILITARES. SUS FAMILIARES CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA DECLARATORIA DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que conforme a los Artículos 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 4o. y 73, fracción V, de la Ley de Amparo, *para tener por acreditado el interés jurídico para efectos del Juicio de Amparo, se requiere que el acto de autoridad reclamado lesione de manera directa el derecho del que se es titular*. En ese sentido, los familiares —cónyuge, concubina o concubinario, hijos y padres— de los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Mexicanos carecen de interés jurídico para impugnar en amparo la declaratoria de procedencia definitiva de retiro del militar de que se trate, *aun cuando ello pueda traer como consecuencia la pérdida de su derecho a recibir asistencia médica* por parte

⁴ Adoptando las debidas precauciones, esa parece la mejor lectura de los textos que de modo casi idéntico se enseñan en los manuales difundidos por la Suprema Corte (2003, 75-82 y 2004, 63-70).

del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, *pues si bien es cierto que tienen derecho a la protección de la salud* consagrado por el Artículo 4o., tercer párrafo, de la Constitución Federal, *también lo es que* estos beneficios de seguridad social *derivan de los que goza el militar*, único que puede impugnar la declaratoria de retiro.

En este contexto, previo a la propuesta de criterios alternativos al establecido por la Segunda Sala, debido es resumir los puntos medulares de la aludida sentencia, los cuales se dan a conocer en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo XXI, de febrero de 2005, a partir de la página 720. Lo primero a destacar es que en el tercero de los considerandos de esa resolución se reseña parte de los juicios ante los tribunales colegiados que le sirvieron de antecedentes.

Un rasgo común a los tres procedimientos ante los tribunales colegiados, es el hecho de que los actos impugnados en los juicios de garantías se hicieron descansar en la crítica de algunos artículos de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, vigente hasta el 7 de agosto de 2003, así como el combate a actuaciones concretas consistentes en la declaración de la procedencia definitiva de retiro del servicio activo del militar implicado y la consecuente resolución por la que se concede en cada caso concreto una compensación única por retiro, lo que a la par significa la pérdida del derecho a la asistencia médica que sólo corresponde a los militares con haber y haber de retiro; sin olvidar que en los juicios se involucraron ciertos familiares de esos militares.⁵

Las diferencias se transparentan en la forma en que los tribunales colegiados envueltos en esta contradicción encaran y deciden los juicios de su conocimiento. Así, en el recurso de revisión 799/2003, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito concluye que los familiares de los militares sí cuentan con interés jurídico para acudir al amparo,⁶ mientras que en los recursos de revisión 183/2003 y 802/2003,

⁵ Destaca que en los dos primeros amparos es evidente que entre los familiares se encontraban menores de edad descendientes del militar participante, dato que, como más adelante se mostrará, resulta del todo relevante. Asimismo, no constituye una información menor que el hecho que desencadenó las tres situaciones de litigio, al ser la causa directa de la declaración de retiro, fue la supuesta *"inutilidad adquirida en actos fuera del servicio, por padecer el virus de inmunodeficiencia humana"*, atribuida a los militares implicados por medio de una interpretación bien cuestionable.

⁶ No sería acertado dejar de mencionar que inclusive esa sentencia provocó la aparición de tres criterios jurisprudenciales aislados con una orientación garantista notable, de los cuales únicamente lo referente al interés jurídico pudo ser desautorizado por el pronunciamiento de la

tanto el Décimo como el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, respectivamente, fallan los asuntos de su incumbencia con un sentido diametralmente inverso al anterior, sin que ello impida que por otros motivos, en uno se acabe por otorgar el amparo.

Al respecto, retribuye detenerse un poco más en los razonamientos empleados por dichas instancias judiciales en cuanto al tema del interés jurídico. De un lado, el Cuarto Tribunal Colegiado argumenta la presencia de ese interés por parte de los familiares del militar en su carácter de derechohabientes del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, aunque sea en relación con la titularidad del derecho que ostenta ese mismo militar involucrado, al estimar que deriva directamente tanto su legitimación como ese interés jurídico, de los preceptos constitucionales que establecen la titularidad que todos ellos gozan de un derecho subjetivo, el derecho a la protección a la salud, incluido los servicios de seguridad social, conclusión que no se impide por el hecho de que no exista un vínculo jurídico directo entre los quejosos y la Secretaría de la Defensa Nacional.

En esencia, el Cuarto Tribunal Colegiado sostiene esa determinación en una consideración elemental,

...que la Constitución en su Artículo 4o. consagra el derecho a la salud como derecho fundamental *erga omnes*, tanto en un aspecto o vertiente sustantiva como en su protección y, tan es así, que la Constitución lo eleva y le reconoce el carácter de garantía constitucional, la que se afecta, evidentemente con el acto de autoridad que priva de este derecho a los ahora recurrentes, partiendo de la base que, como familiares de un miembro de las fuerzas armadas, les corresponda la prestación que contempla la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Segunda Sala, si es que esto sirve de algún consuelo. Se trata de las tesis aisladas I.4o.A.437 A de rubro *Militares. El retiro del activo por detección del VIH y la consecuente cesación de los servicios médicos, extensiva a sus familiares contagiados, debe resolverse conforme al marco regulatorio de los derechos a la no discriminación y a la dignidad de las personas, a la salud, a la permanencia en el empleo y de los derechos de los niños*, de la novena época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, de septiembre de 2004, página 1807, así como I.4o.A.438 A de rubro *Militares. Para resolver sobre su retiro del activo por detección del VIH, debe estarse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios de los dispositivos constitucionales que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación*, y I.4o.A.436 A de rubro *Militares. Sus familiares derechohabientes tienen interés jurídico para promover amparo contra la negativa de las responsables a otorgarles servicios médicos y de farmacias económicas*, ambas difundidas en octubre de 2004, páginas 2363 y 2364.

Lo último se traduce en que comprobada la relación familiar con el militar, pueden ejercer ese derecho.

Atendiendo esa situación, este órgano judicial no duda en pronunciar que:

...es evidente que el acto de autoridad que ordena la cesación del servicio médico de un derechohabiente ante el mencionado organismo, a través de un acto unilateral que extingue una situación jurídica que afecta la esfera legal de los quejosos, al negarles el acceso a los servicios de seguridad social y de salud, proporcionados en las unidades médicas que conforman el sistema institucional de servicios a la salud, constituye una violación en forma directa, concreta y específica hacia sus personas, causando un perjuicio a su esfera jurídica, acreditándose así el interés jurídico por el desconocimiento del derecho subjetivo reclamado como violentado.

Para finalizar con lo razonado por este tribunal colegiado, no está de más insistir en que es básica para encaminar su decisión la apreciación del derecho a la salud como un derecho fundamental de titularidad *erga omnes* y *omnium*, protector de *expectativas vitales*; la estimación del papel que en ello desempeña la igualdad; el rol que se asigna al desarrollo de las normas constitucionales en otras fuentes; así como las repercusiones que todo ello posee en la habilitación y el “interés legítimo” para reclamar a través del Juicio de Amparo la salvaguarda contra las posibles violaciones a ese derecho subjetivo calificado como garantía individual.

Por su parte, el Décimo Tribunal Colegiado niega la presencia del interés jurídico de los familiares participantes en el juicio del que conoce, de inicio porque avala que la concepción de dicha figura llevada a cabo por el juzgador de distrito, que la concibe “como el derecho subjetivo derivado de una norma objetiva, que se concreta en forma individual en algún sujeto determinado otorgando una facultad o potestad de exigencia oponible a la autoridad, que incidiera o se relacionara con la esfera jurídica de un individuo particular”, no se ve actualizada para aquéllos.

Adicionalmente, porque apoya el razonamiento de ese juez de primera instancia consistente en que el acto concreto reclamado en el amparo de mérito, que no es otro que el procedimiento administrativo de retiro del militar implicado, es uno de tal naturaleza que sólo afecta los intereses de este último, legitimándolo sólo a él para promover tal juicio, porque sólo respecto de él se siguió una determinación en torno a su “situación laboral”, porque él y nadie más “vio afectada su esfera jurídica”, máxime que “aun estimando que

la cancelación de ciertos privilegios de los que gozaban los dependientes del quejoso señalado, pudieran lesionar el patrimonio familiar, tal afectación sería de índole económica, no jurídica, por lo que la lesión de las quejas, sería indirecta, careciendo de interés jurídico”.

Asumidos esos presupuestos, no sorprende que este tribunal colegiado confirme un sobreseimiento parcial, sin que nada le signifique admitir que si bien es verdad que con

...la declaración definitiva de procedencia de retiro del servicio activo, se priva a las menores [...] de su derecho a recibir el servicio médico integral que proporciona el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, en virtud de la causa por la que se determinó el retiro, también resulta cierto que al no haberse instrumentado en su contra el procedimiento administrativo correspondiente, además de no dirigirse la resolución reclamada a tales personas, es claro que no se les afecta directamente algún derecho público subjetivo, condición necesaria para que se encuentren en posibilidad de instar la protección constitucional, pues su derecho deriva del interés jurídico del otro quejoso.

Similar línea de argumentación se introduce en el fallo del Décimo Primer Tribunal Colegiado, que en lo tocante al sobreseimiento dictado en primera instancia a causa de la falta de interés jurídico, mantiene tal resolución en el entendido de que una vez estudiados los actos reclamados, no es posible desprender que los mismos “le estén dirigidos” a la cónyuge del militar implicado, ni en consecuencia “la obligan de modo alguno, por lo que no afectan su esfera jurídica”, ello sin darle mayor trascendencia a su posible titularidad del derecho fundamental a la salud.

Conclusión que fortalece bajo el argumento de que en el caso sujeto a su juicio los actos reclamados “no le causan un agravio personal y directo” a la cónyuge, como sí acontece con el militar participante en ese asunto, “a quien van dirigidos”, puesto que a ella “en todo caso, le causan un perjuicio indirecto, motivo por el cual se estima que no tiene interés jurídico en el presente juicio de garantías”, lo que se corrobora además porque “de las constancias de autos se advierte que la citada quejosa no fue parte en el procedimiento del cual derivaron los actos reclamados”.

Para cerrar esta síntesis de los razonamientos de los tribunales colegiados en lo tocante al interés jurídico, y previo al análisis de la decisión de la Segunda Sala respecto de este tema, resulta entretenido dar noticia de una circunstancia que advierte sobre la lejanía de ese ideal de seguridad jurídica que se hace descansar en la uniformidad del proceder de los órganos

judiciales, pues no deja de ser anecdótico que los tribunales participantes en la contradicción estudiada apelen a criterios jurisprudenciales relativos al interés jurídico, en apariencia similares, a fin de fundamentar sentencias totalmente enfrentadas, con independencia de que al menos el Cuarto y el Décimo Tribunal acaben por conceder el amparo solicitado.⁷

En ese orden de ideas, no debe perderse de vista que el Cuarto Tribunal acude a la jurisprudencia VI.3o. J/26, *Interés jurídico en el amparo. Su concepto*, octava época, del Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, aparecida en el tomo VIII del Semanario Judicial de la Federación, de diciembre de 1991, página 117, así como a la jurisprudencia *Interés jurídico en el amparo. Qué debe entenderse por perjuicio para los efectos del*, séptima época, de la Sala Auxiliar de nuestra Corte, publicada en el volumen 72, séptima parte, página 55; ambas del tenor siguiente:

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. SU CONCEPTO. De acuerdo con el Artículo 4o. de la Ley de Amparo, el ejercicio de la acción constitucional está reservado únicamente a quien resiente un perjuicio con motivo de un acto de autoridad o por la ley. Por lo tanto, *la noción de perjuicio*, para que proceda la acción de amparo *presupone la existencia de un derecho legítimamente tutelado*, que cuando se transgrede por la actuación de una autoridad, faculta a su titular para acudir ante el órgano jurisdiccional demandando el cese de esa violación. *Ese derecho protegido por el ordenamiento legal objetivo es lo que constituye el interés jurídico*, que la Ley de Amparo toma en cuenta, para la procedencia del juicio de garantías.

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PERJUICIO PARA LOS EFECTOS DEL. El Artículo 4o. de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prescribe que el juicio constitucional únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclaman. Es presupuesto, de consiguiente, para la procedencia de la acción de amparo, de

⁷ El segundo de estos órganos colegiados decide favorablemente el amparo de su conocimiento en atención a una argumentación para nada desdeñable, pues es ejemplo palpable de que el método de interpretación tradicional, el de la subsunción, en no pocas ocasiones es compatible con una visión garantista, aunque no lo sea en el asunto concreto del interés jurídico, al mismo tiempo que sirve de freno a las pretensiones de canalizar a través del juicio de ponderación todo el activismo judicial orientado a la defensa de los derechos humanos. Así, es de exaltar la decisión del Décimo Tribunal Colegiado por la que comprende a la perfección la esencia de lo que está juzgando, a saber, si la infección por VIH es o no susceptible de tratamiento médico, y si impide o no el desempeño por parte del militar involucrado, de sus labores cotidianas en las fuerzas armadas.

acuerdo con el ámbito conceptual de esa norma legal, que el acto o ley reclamados, en su caso, en un juicio de garantías, cause un perjuicio al quejoso o agraviado. Así lo ha estimado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus diversas tesis jurisprudenciales, la que ha llegado, incluso, a definir cuál es el alcance del concepto perjuicio, como podrá apreciarse si se consulta el Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965, del Semanario Judicial de la Federación, Sexta Parte, página 239, en donde se expresa que: “El concepto perjuicio, para los efectos del amparo, no debe tomarse en los términos de la ley civil, o sea, como la privación de cualquiera ganancia lícita, que pudiera haberse obtenido, o como el menoscabo en el patrimonio, sino como sinónimo de ofensa que se hace a los derechos o intereses de una persona”. Este Alto Tribunal de la República, en otras ejecutorias que desenvuelven y precisan el mismo concepto, es decir, lo que debe entenderse por perjuicio, *ha llegado a estimar que el interés jurídico* de que habla la fracción VI, ahora V, del Artículo 73 de la Ley de Amparo, “no puede referirse, a otra cosa, sino a la titularidad que al quejoso corresponde, en relación con los derechos o posesiones conculcados” (Tomo LXIII, página 3770 del Semanario Judicial de la Federación). Y es que la procedencia de la acción constitucional de amparo requiere, como presupuesto necesario, que se acredite la afectación por el acto reclamado, de los derechos que se invocan, ya sean estos posesorios o de cualquiera otra clase, como se sostiene, acertadamente, en la ejecutoria visible en la página 320, del Tomo LXVII del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Sin duda, un acto reclamado en amparo, causa perjuicio a una persona física o moral, cuando lesiona, *directamente*, sus intereses jurídicos, *en su persona o en su patrimonio*, y es entonces cuando nace, precisamente, la acción constitucional o anulatoria de la violación reclamada en un juicio de garantías, conforme al criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria publicada en la página 2276, del Tomo LXX del mismo Semanario Judicial.

Mientras que tanto el Décimo como el Décimo Primer Tribunal Colegiado soportan sus fallos en la tesis aislada II.2o.C.T.20 K, de rubro *Amparo improcedente, cuando el quejoso no es parte en el juicio del que deriva el acto reclamado*, propia de la novena época, proveniente del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VI, de septiembre de 1997, página 648, añadiendo el segundo de esos tribunales como sustento a su sentencia, la jurisprudencia VI.2o. J/87, de rubro *Interés jurídico. En qué consiste*, perteneciente a la octava época, dictada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, y difundida en el Semanario Judicial de la Federación, tomo VI, segunda parte guión uno, que abarca de julio a diciembre de 1990, página 364; criterios del tenor siguiente:

AMPARO IMPROCEDENTE, CUANDO EL QUEJOSO NO ES PARTE EN EL JUICIO DEL QUE DERIVA EL ACTO RECLAMADO. Si de las constancias de autos se aprecia que el quejoso no fue parte en el juicio del que deriva la sentencia reclamada, es evidente que ésta no afecta su interés jurídico y, por lo mismo, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el Artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo. A esto debe agregarse que de conformidad con el Artículo 4o. del mismo ordenamiento legal, el juicio constitucional únicamente puede promoverlo aquel a quien perjudica el acto reclamado, por lo que, en tal caso, también se actualiza la causal de improcedencia prevista en el Artículo 73, fracción XVIII, en relación con el Artículo 4o., ambos de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales.

INTERÉS JURÍDICO. EN QUÉ CONSISTE. El interés jurídico a que alude el Artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, consiste en el derecho que le asiste a un particular para reclamar, en la vía de amparo, algún acto violatorio de garantías individuales en su perjuicio, es decir, se refiere a un derecho subjetivo protegido por alguna norma legal que se ve afectado por el acto de autoridad ocasionando un perjuicio a su titular, esto es, una ofensa, daño o perjuicio en los derechos o intereses del particular. El Juicio de Amparo se ha instituido con el fin de asegurar el goce de las garantías individuales establecidas en la Constitución General de la República, cuando la violación atribuida a la autoridad responsable tenga efectos materiales que se traducen en un perjuicio real al solicitante del amparo. En conclusión, el interés jurídico se refiere a la titularidad de los derechos afectados con el acto reclamado de manera que el sujeto de tales derechos pueda ocurrir al juicio de garantías y no otra persona.

Al prescindir de la cuestionable aplicación analógica de la tesis aislada, es patente que todas las jurisprudencias utilizadas vinculan al interés jurídico con la titularidad de un derecho, a la par que asocian con ese mismo interés la figura del perjuicio.

Con ese detalle transparentado, no quedaría más que admitir que la decisión de los tribunales colegiados envueltos en la contradicción de tesis 119/2004-SS, en relación con el interés jurídico, en el fondo varía en función de un cálculo del todo diverso, la valoración que en los juicios que resuelven poseen respecto de la titularidad o no del derecho a la salud por parte de los quejosos involucrados, pues de lo contrario sería inexplicable que aún afirmando la presencia de ese derecho, opten por rehusarle protección pretextando el desconocimiento del interés jurídico, ya que en definitiva, acorde a las jurisprudencias aludidas, si se goza del derecho fundamental a la salud, es inevitable consecuencia que se cuente con tal interés.

Ante esta encrucijada, conviene continuar con las reflexiones en torno a otros considerandos de la sentencia de la Segunda Sala, pues sería de esperar que ahí se ilumine con mayor precisión los asuntos ligados a la titularidad del derecho a la salud, respecto del cual, tanto el Décimo Primer Tribunal como el Décimo Tribunal terminan por percibirlo como un derecho pero sólo derivado del derecho del militar implicado, y en el que el Cuarto Tribunal no obstante reconocer la posición relacionada de los familiares, no vacila en estimarlo como un derecho universal.

Lamentablemente, así como de forma inmediata cabe destacar que la Segunda Sala entiende a cabalidad que en los juicios de origen se afrontó el problema de “la pérdida del derecho a recibir asistencia médica” por parte de los familiares de los militares implicados que, no se olvide, “tienen reconocido el carácter de derechohabientes del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas”, igualmente debido es resaltar que su fallo en nada contribuye, sino que por el contrario, ayuda a ocultar ciertas confusiones derivadas del tema de la titularidad del derecho a la salud, toda vez que no vacila en asegurar que los tribunales colegiados no desconocen en sus resoluciones dicha titularidad, pero que en todo caso ello no les impide decidir los juicios iniciales basados en algo supuestamente distinto, a saber, si el perjuicio a tal derecho es directo o indirecto.

En sus propias e inequívocas palabras,

...el punto concreto de contradicción que debe dilucidar esta Segunda Sala, consiste en determinar, si la declaratoria de procedencia definitiva de retiro, que tiene por efecto privar a los familiares del militar de que se trate, del derecho a recibir asistencia médica por parte del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, causa un perjuicio directo al derecho fundamental a la protección de la salud que les asiste y, por ende, si tienen interés jurídico para impugnar en amparo tal determinación.

Ubicados en este nuevo escenario, ha de concluirse de modo por demás extraño, que si bien no queda en duda la titularidad universal del derecho fundamental a la salud, sí resulta deslindado de esa titularidad el interés jurídico, el cual es requisito indispensable para promover el juicio de garantías que persiga su salvaguarda, precisamente en razón de que se separa de ese interés a la figura del perjuicio. O con diferente lenguaje, exclusivamente en presencia de un perjuicio o afectación directa se actualiza el interés jurídico suficiente para demandar la protección del derecho humano a la salud, del

que permanece intacto su otorgamiento universal. Aun más claro, tener el derecho a la salud no equivale a poder hacerlo exigible.⁸

Sin embargo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recurriendo a una incompleta definición del contenido esencial del derecho a la salud, y sobre todo, distinguiendo entre varias vías para tenerlo por respetado, intenta darle la vuelta a ese problema que ella contribuye a originar y que importa no perder de vista: que al Juicio de Amparo se le impida funcionar como medio de garantía adecuado del derecho a la salud de algunas personas, en los supuestos concretos reseñados, los familiares de los militares involucrados, al separar la titularidad de tal derecho fundamental del interés jurídico indispensable para combatir su violación, usando como excusa la ausencia de un perjuicio directo.

En ese ámbito, no está de más seguir con mayor detenimiento los razonamientos esgrimidos por la Segunda Sala de la Suprema Corte, a fin de evitar cualquier tergiversación. De inicio, llama la atención que se acuda a idéntica jurisprudencia a la usada por el Cuarto Tribunal Colegiado, la que lleva por rubro *Interés jurídico en el amparo. Qué debe entenderse por perjuicio para los efectos del*, para arribar a una decisión diametralmente opuesta, sin que medie explicación explícita acerca de esa discrepancia, compartida con ánimo de convencer de su diversa postura.⁹

Acá, de poco sirve recordar que también se incorpora la tesis aislada de rubro *Interés jurídico en el amparo*, que enseguida se reproduce, perteneciente a la séptima época, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte, aparecida en el *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 127-132, tercera parte, página 55;¹⁰ ya que lo que permanece inalterado es la ausencia de una

⁸ Con este argumento es obvio que no se desconocen las diferencias existentes entre los derechos y sus garantías, en términos de Ferrajoli, sino que totalmente al contrario, se busca denunciar una situación en la que por vía de interpretación de las instituciones ligadas al Juicio de Amparo, se acaba por admitir un derecho, en el caso el derecho a la salud, sin que se haga lo propio con los elementos mínimos necesarios para hacerlo operativo, que de entrada son los que resulten de una *interpretación conforme* con tal derecho fundamental de las figuras del interés jurídico y el perjuicio.

⁹ Por supuesto que es comprensible que se predique la más alta autoridad de la Sala Segunda de nuestra Suprema Corte de Justicia para de esa forma defender la falta de necesidad de mayores comentarios al respecto, pero esa manera de ver las cosas, además de ignorar el mejor significado del término *autoridad*, coloca en entredicho las ventajas que la exigencia de argumentación conlleva para todos los órganos judiciales, y que no se olvide, representan su fuente de legitimidad.

¹⁰ Vale la pena reparar en que en el cuerpo de la sentencia que pone fin a la contradicción de tesis 119/2004-SS, no se prefiera hacer referencia a la jurisprudencia que se conformó por la tesis aislada aludida, la cual lleva idéntico rubro, *Interés jurídico en el amparo*, proviene obviamente

motivación suficiente que permita informar por qué no se estima actualizado un perjuicio directo a partir de la lectura de esa otra jurisprudencia y que desautorice la del Cuarto Tribunal.

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. *Debiendo realizarse de manera directa la afectación de los intereses jurídicos*, para la procedencia del Juicio de Amparo, *sólo* aquel que resulta afectado de esa manera puede promover el Juicio de Amparo.

Una probable justificación a esta insuficiencia en la argumentación para emplear jurisprudencias, pudiera ser, como hace un instante se advirtiera, que la Segunda Sala cree acompañar tales razones con sus dichos sobre el contenido del derecho a la salud y sobre la diversidad de instituciones que velan por su cumplimiento.

Sea como fuere, lo cierto es que, sin mayor reflexión que proporcione elementos para preferir la interpretación que realiza la Segunda Sala del mismo criterio jurisprudencial manejado en sentido contrario por el Cuarto Tribunal Colegiado, en ese momento se concluye categóricamente “que para tener por acreditado el interés jurídico, no basta con que el promovente del amparo sea titular del derecho que se aduce violado con el acto reclamado, sino que además, es menester que dicho acto produzca una afectación directa en su esfera jurídica”, con lo cual, se lleva a cabo una operación de deslinde entre la titularidad del derecho a la salud y el interés jurídico para demandar su protección a través del juicio de garantías.

En este punto, no sin razón, siempre se podrá insistir en que es obligado distinguir técnicamente entre un derecho y el interés jurídico para defenderlo, pero eso no es lo que se discute. Así como es posible convenir que esas figuras se conserven separadas, lo que no se puede conceder es que no se impliquen mutuamente, que no se requieran ambas para la exigibilidad de cualquier derecho fundamental. Definitivamente, la maniobra consistente en recurrir a la clasificación entre afectaciones o perjuicios directos e indirectos,

de la Segunda Sala, es propia de la séptima época, pero que fue publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, en el volumen 145-150, tercera parte, página 167, eso sí, con un texto diferente, del siguiente tenor: “La afectación de los intereses jurídicos debe realizarse de manera directa para que sea procedente el Juicio de Amparo. No acontece esa situación cuando es mediata la afectación que produce al promovente del amparo el acto de autoridad que éste reclama”.

no es un deber de técnica jurídica en el amparo, sino una elección que sirve de pretexto para negar su garantía.¹¹

Como se avanzó, efectuada esta operación, a la Segunda Sala le da por trazar los contornos del derecho a la salud, empresa en la que francamente da la impresión que movida por el ánimo de puntualizar como una de sus exigencias, la prestación de servicios de salud, descuida mencionar que ese derecho humano también reclama para su total cumplimiento, en consonancia automática, obligaciones de respeto y de protección, tal y como se intuye desde una lista de pronunciamientos jurisprudenciales en lo tocante al resguardo de la salud de los no fumadores.

Obviamente, no es intención de este ensayo minimizar el esfuerzo de la Segunda Sala de la Suprema Corte en lo concerniente a la definición del derecho a la salud, algo sin duda loable, pero ello no impide cuestionar la manera en que se utiliza dicho ejercicio para fortalecer su decisión relativa a la falta de interés jurídico de los familiares de los militares implicados en los juicios cuya contradicción resuelve.

En efecto, a partir de las explicaciones en torno a los servicios de salud, se concluye que porque existen diversas instancias institucionales para cubrirlos, las personas no ven disminuido ni mucho menos violado el disfrute de su derecho a la salud por el simple hecho de que una de esas instituciones no les proporcione más los beneficios de los que venían gozando, en razón de que cualquiera otra de las instancias componentes del sistema tiene la posibilidad de ofrecerle un tratamiento alternativo. De ahí a aseverar que la privación del derecho a recibir asistencia médica en su calidad de derechohabientes del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, de la que sufren los familiares de los militares involucrados, no es conculcatorio de su derecho a la salud, hay un paso.

Frontera delgada, que tristemente la Segunda Sala de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación no duda en traspasar con las palabras siguientes:

...por tanto, el solo hecho de que una persona no sea derechohabiente de las instituciones de seguridad social, no puede dar lugar a estimar que se limita o menoscaba su derecho a la protección de la salud, en tanto puede ejercerlo válida-

¹¹ De todos modos, incluso aceptando la distinción entre perjuicios directos e indirectos, cuestión sumamente complicada pues como se verá carece de sustento constitucional y legal expreso, permanecen alternativas interpretativas para tener por actualizada esa afectación directa en los hechos materia de los juicios que dan pie a la sentencia de contradicción de tesis que se critica.

mente a través de los distintos mecanismos que para tal efecto prevé la Ley General de Salud, habida cuenta que ésta expresamente señala que los servicios de salud que se presten por las instituciones de seguridad social, se regirán por lo establecido en las disposiciones legales que regulan su organización y funcionamiento, lo que de suyo implica que para tener derecho a la asistencia médica y el suministro de medicamentos por conducto de esas instituciones, es menester que se satisfagan los requisitos que para tal efecto se prevén en la ley que los regula.¹²

Pero eso no es todo, pues los argumentos que en su oportunidad se extrañaran al recordar la jurisprudencia citada por el Cuarto Tribunal Colegiado, la Segunda Sala parece haberlos reservado para compartirlos a estas alturas de su resolución. De tal forma que termina su fallo acudiendo a los preceptos de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas,¹³ con la intención de corroborar a partir de ahí, su decisión en el sentido de que falta el perjuicio directo.

En principio, con base en las disposiciones de esa ley secundaria, la Segunda Sala afirma que los familiares de los militares de que se trate, únicamente podrán contar con el derecho a recibir asistencia médica, incluida la provisión de medicinas, a cargo del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, si se ven satisfechos, “entre otros”, tres requisitos, uno, “que los militares los designen para recibir dicho beneficio”; dos, “que dependan económicamente del militar que los designa”, y tres, “que el militar perciba haber o haber de retiro”, para lo cual a su vez es necesario que en los supuestos de retiro por inutilidad adquirida en actos fuera del servicio,¹⁴ el militar cuente por lo menos con veinte años de servicios, pues de lo contrario, sólo se alcanza el derecho a una compensación única, que automáticamente excluye a dicho militar y a sus familiares del “derecho a recibir asistencia médica por parte del referido Instituto”.

Con fundamento en esas observaciones, a la Segunda Sala le parece innegable que los familiares de cualesquiera militares ubicados en tales

¹² El lector sagaz también podrá notar que al final del párrafo se esconde el germen de eventuales restricciones a la obligatoriedad y exigibilidad de los derechos a causa de su *desarrollo* legislativo.

¹³ En el texto publicado de la sentencia, sin mayor aclaración, se hace mención del ordenamiento vigente, y no del que se encontró en vigor hasta el 7 de agosto de 2003, dato que resulta interesante porque ciertamente para el tiempo en que se resuelve la contradicción de tesis, la anterior ley ordinaria había sido abrogada. Si a ello se añade que decisiones de este tipo no afectan las situaciones jurídicas derivadas de los juicios que las motivan, se podrá concluir que la interpretación de la Segunda Sala ha de orientar la aplicación de la normatividad contemporánea.

¹⁴ Recuérdesse que dentro de esa órbita se incluye padecer el virus de inmunodeficiencia humana.

hipótesis, no cuentan con el interés jurídico suficiente para ampararse en contra de una declaratoria de procedencia definitiva de retiro, a pesar de que repercuta en la pérdida de su derecho a recibir asistencia médica, y no obstante su derecho fundamental a la salud, consagrado en el Artículo cuarto de nuestra Constitución.

Ello, sobre todo en razón de que “los beneficios económicos y en especie que comprende la seguridad social de las Fuerzas Armadas Mexicanas, son personales del militar y sólo surten efectos hacia terceros en los casos y condiciones que fija la ley respectiva y, por ende, la referida declaratoria de procedencia de retiro, en todo caso, ocasiona un perjuicio indirecto a los familiares del militar de que se trate”. A riesgo de ser reiterativo, importa cerrar esta sección dejando constancia de una última transcripción de las ideas de la Segunda Sala:

Dicho en otras palabras, *la titularidad del derecho a la protección de la salud, no es motivo suficiente para tener por demostrado el interés jurídico* para impugnar en amparo la declaratoria de procedencia definitiva de retiro de los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada de México, *aunque ésta conlleve la pérdida del derecho a recibir atención médica* por parte del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, *en tanto es menester que la afectación a la esfera jurídica de quien promueve el amparo sea directa, lo que no acontece tratándose de los familiares de los militares, dado que los beneficios de la seguridad social son inherentes a éstos, habida cuenta que el derecho a la protección de la salud, se puede hacer efectivo a través de diversos mecanismos*, como lo son los institutos de salud pública y el Sistema de Protección Social en Salud, previstos para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, mismos que se rigen por criterios de universalidad y gratuidad.

SOBRE DIVERSAS ARGUMENTACIONES

Son varios y de muy diversa índole los comentarios críticos que es posible hacer a esta sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así que el orden de su exposición, debido es advertir, no repercuta en su jerarquía. Dicho lo cual, una primera sugerencia puede esbozarse en un plano más bien de orden no exclusivamente jurídico, en el sentido de que en la decisión que se analiza no ha tenido cabida en ningún instante la más mínima consideración por la protección del principio de *autonomía* de las personas. De haberse cuidado este aspecto, no sería tan sencillo incorporar

puntos de vista que favorecen situaciones de dependencia por parte de los familiares involucrados hacia los militares de que se trata. En ella, esfuerzos por confinar la *no dominación* están ausentes del todo.

Un ulterior cuestionamiento concierne a la forma en que la Segunda Sala construye el planteamiento del problema que dilucida, dado que su lectura del articulado de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, sobre los requisitos mínimos para que los familiares de los militares implicados disfruten del derecho a recibir asistencia médica, es desacertada.

Se olvida que esos familiares también poseen ese derecho tratándose de militares en activo, razón por la que considerar como requerimiento para contar con el mismo, “que el militar perciba haber o haber de retiro”, coloca a la Segunda Sala en un escenario en el que su conclusión esta predeterminada por ese descuido. En efecto, si los familiares sólo ven actualizado su derecho a la asistencia médica hasta después de que el militar del que se les hace depender obtiene ese haber de retiro, resulta imposible que puedan impugnar vía amparo cualquier acto vinculado con la declaratoria conducente, pues su derecho nace con posterioridad.

No obstante, ese no es el caso. Así, de la mano de este problema se entra de lleno en uno de los puntos fundamentales en la crítica de esta resolución de la Segunda Sala, toda vez que en su decisión acerca de la no afectación directa del derecho a la salud de los familiares, confunde por una parte los elementos que dan origen o que permiten el surgimiento de ese derecho, los cuales, en virtud de los preceptos de la ley secundaria referida, sí establecen como fuente de tal derecho, y de su calidad de derechohabientes del Instituto aludido, una trayectoria indirecta, pues es indispensable la participación y anuencia del militar implicado, con otra cosa muy distinta, la manera en que una vez incorporado el derecho a su acervo jurídico, puede causárseles un perjuicio inmediato al provocar su pérdida.

Al percatarse de lo anterior, es viable concluir que una vez que los familiares del militar en activo del que dependen económicamente, son designados por él para recibir los beneficios que reputan los servicios del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, empiezan a gozar de tal derecho de modo autónomo, por lo que a partir de ahí es de su interés lo que suceda con ese militar.

En estas coordenadas, mientras que el militar de que se trate no les revoque esos beneficios, suponiendo que ello fuera posible, aunque obviamente no es lo óptimo, ninguna autoridad podrá intentarlo sin que su

actuación, de no resultar por lo menos debidamente motivada y fundada, atente contra el derecho del que vienen disfrutando. El hecho de que dichos actos de autoridad se encaucen hacia la persona del militar, obedece a una inadecuada interpretación que continúa sólo reparando en la fuente de aquel derecho, pero que ignora a sus actuales titulares.

De nueva cuenta, si de por sí es censurable que se propicien relaciones de dominación entre el militar y sus familiares a la hora de originarse el derecho a la asistencia médica, lo que resulta por completo inapropiado es que las mismas se pretendan trasladar inclusive ante acontecimientos que pueden terminar en la pérdida de ese derecho, retirándole la oportunidad, pero sobre todo el derecho a esos familiares de defenderse ante las instancias jurisdiccionales sin necesidad de contar con el aval de un tercero, por más que su voluntad fuera requerida al inicio.

Francamente, es inquietante que con demasiada facilidad se pierda de vista que el Juicio de Amparo en no pocas ocasiones funciona como *la* garantía específica del derecho a la tutela jurisdiccional, y como ese recurso efectivo, sencillo y rápido para la protección de cualquier derecho humano, que es obligación de todo estado instituir en su legislación doméstica, en virtud de sus compromisos internacionales.

Interpretar nuestro juicio de garantías y las figuras técnicas que lo componen, con una orientación tal que desvirtúe su finalidad como instrumento de salvaguarda de los derechos fundamentales, es un retroceso en el desarrollo de las posibilidades de exigibilidad de todos esos derechos, extraño y contrapuesto totalmente con un estado constitucional de derecho que se precie. Si tan sólo se hubieran invocado estos argumentos, la balanza tendría que haberse inclinado en el sentido de considerar la presencia de un perjuicio o afectación directa en esta contradicción.

Más allá de estas carencias en los argumentos de la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte, es debido subrayar que probablemente ni siquiera deviene necesario debatir sobre la conveniencia de su incorporación y su respeto, pues el asunto que nos ocupa igualmente se resolvería a favor de los familiares con la simple lectura de los artículos invocados para configurar al interés jurídico.

Si uno acude a la fracción primera del Artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a los Artículos cuarto y 73, fracción quinta, de la Ley de Amparo, no tardará en darse cuenta que el término *directo* sencillamente no aparece en sus textos, luego de lo cual

cabría preguntarse si no se está ante una invención jurisprudencial que distorsiona la norma a interpretar.

En fin, nótese que hasta esta etapa de nuestra argumentación alternativa, ninguna referencia se había hecho sobre la concurrencia en el caso del derecho humano a la salud. Pues bien, ha llegado la ocasión de agregar razones de esta índole. Se apuntó previamente que en el marco que se busca delimitar para el contenido de ese derecho fundamental, la Segunda Sala dio prioridad a las obligaciones *positivas* que son consecuentes con la instauración de los servicios de salud, pero que nada dijo, ni siquiera someramente, de las obligaciones *negativas* correlativas.

Sin detenerse en primigenias actuaciones estatales de no intervención respecto del derecho a la salud, que proscriben afrentas como el contagio de enfermedades o la contaminación, lo cierto es que por mandato del principio *pro homine* o del principio de *progresividad* o, en todo caso, del de *no regresividad*, una vez asumidas obligaciones de prestación encaminadas a satisfacerlo, cualquier despliegue de las autoridades, incluso omisiones, que persiga eliminarlas, derogarlas, anularlas, recortarlas, menoscabarlas o impedirles en la forma que fuere, asume el carácter de actos de interferencia en detrimento y violación de aquel derecho a la salud. Por ello, en tal calidad deben observarse los intentos de privar del derecho a la asistencia médica a los familiares correspondientes, y en consecuencia, el incumplimiento resultante apreciarse como un atentado directo.

Todavía más, nunca en la contradicción de tesis 119/2004-SS se pone en entredicho la universalidad del derecho a la salud, lo que precisamente se traduce en que todas las personas, incluidos los familiares de los militares implicados, por el sólo hecho de serlo, disfrutan de ese derecho humano. Aceptado este detalle, no puede marginarse que como parte del contenido de tal derecho entran, junto con el respeto a la salud de los particulares, las medidas necesarias para fomentar e incrementar los niveles de salud individuales, entre ellas, los servicios de salud.

Si los familiares de los militares de mérito, en su calidad de seres humanos, poseen en lo individual el derecho a la salud, sin depender de nadie más, y dentro del contenido de tal derecho fundamental se encuentra la prestación de servicios de asistencia médica, es inconcuso que la pretensión de despojarlos de dichos servicios les perjudica, les afecta, les interesa y les concierne en lo particular.¹⁵

¹⁵ Aunque no debe olvidarse que eso del perjuicio directo es algo sin sustento positivo sólido, como la discusión bien podría buscar trasladarse a la simple existencia de una afectación

En lugar de reconocer esta simpleza, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación opta por un camino más complicado, diferenciar entre las varias instancias que cubren dichos servicios de salud, y ello porque parece pensar que una vez demostrado que esta parte del contenido esencial del derecho a la salud puede cumplirse por distintas vías, le será posible sugerir que frente a la privación de los servicios provenientes del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, como quedan subsistentes rutas alternativas, no podrá actualizarse violación alguna a ese derecho, que sí se goza individualmente.

Suponer que todas las instituciones del sistema de salud ofrecen igual garantía a tal derecho humano, que lo protegen en forma idéntica, es decir, que con sus servicios se respeta el principio de igualdad, es en extremo aventurado. A fin de probarlo, además de un análisis fáctico, debe conducirse un juicio de ponderación.

En la decisión dictada por la Segunda Sala de nuestra Suprema Corte no hay indicio alguno que enseñe que se lleva a cabo lo uno ni lo otro. Es más, de lo que sí se informa en ese fallo es de la existencia de diferencias entre las diversas instancias del sistema de salud, que irremediablemente quebrantan el principio de igualdad, toda vez que el acceso a algunas de esas instituciones demanda un costo económico mucho mayor. Insinuar que no representa una afectación al derecho a la salud dejar de gozar de los servicios de una institución pública de seguridad social, porque se pueden contratar servicios privados, es irrisorio.

Asimismo, resulta impresentable negar que en este país la realidad nos da noticia suficiente de que la cobertura en unas y otras instituciones participantes en el sistema de salud, también varía drásticamente. En definitiva, de no mostrarse esa igualdad que se predica y se presume en torno a la prestación de los servicios de salud, no es posible rehusar la consiguiente actualización de un daño directo al mencionado derecho humano cada vez que a los familiares del militar que sea, se les cortan los beneficios en el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, obligándolos a contentarse con servicios públicos de menor calidad, o bien, a pagar mucho más por sus equivalentes en el mercado privado.

No se argumente más, seamos condescendientes, supongamos que los servicios de salud son los mismos sin importar las instituciones que los pro-

sin más, y negarla para los familiares, los últimos argumentos se comparten porque funcionan a la perfección para mostrar la presencia de un agravio o un agravio directo, en cualesquiera de esos escenarios.

vean. Aún así, la Segunda Sala debió asegurarse de que no se introduce una molestia innecesaria para los familiares aludidos, al *invitarlos* a abandonar los servicios del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, para que inicien una búsqueda errante entre la variedad de institutos que integran el sistema de salud.

Un ejercicio argumentativo bajo el método de ponderación puede ayudar a resolver esta interrogante, a saber, si en estos casos concretos pesa más *conservar* al interés jurídico en el amparo tal como lo entiende la Segunda Sala, que respetar al principio de igualdad en la forma de proteger el derecho a la salud.

En este juego interpretativo, el planteamiento sería más o menos el siguiente: de permitirse a los familiares acudir al juicio de garantías por sí mismos, se estaría desvirtuando por extensión la figura del interés jurídico, porque en ella tendrían cabida tanto afectaciones directas como perjuicios indirectos, por lo que, para evitar tal deterioro técnico, es necesario dejar de lado el principio de igualdad en la manera en que se salvaguarda el derecho a la salud de dichos familiares en su vertiente consistente en el derecho a recibir asistencia médica, condenando a esas personas a intentar su satisfacción por sus propios medios económicos, o de menos, de forma descentralizada entre los diversos institutos del sistema de salud, en comparación con el militar implicado, que sí puede defender un servicio único.

Aquí, ajustando lo razonado en otro ensayo, hay que introducir una exigencia preliminar, pues tratándose de situaciones en las que está envuelta la igualdad, los problemas no se esfuman con la mera aplicación del método de ponderación. Las principales complicaciones se encuentran en un estadio previo y vienen dadas tanto por la identificación de las diferencias relevantes, como por la del contexto en el que resultan pertinentes, apropiadas u oportunas esas diferencias y no otras, o por el contrario, aptas, adecuadas, acertadas o convenientes ciertas similitudes.

Entonces, es válido preguntar en qué difieren el militar y sus familiares, a lo que velozmente se puede contestar que el primero adquirió la titularidad de su derecho a los servicios médicos del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, por sí mismo, mientras que los segundos lo hicieron de modo derivado o indirecto. Sin embargo, posterior a ese origen diverso, ya no es tan fácil aseverar que las diferencias continúan, pues ambos han de disfrutar por igual de ese derecho, que es parte del contenido del derecho universal a la salud. A partir de ese instante, las fuentes distintas de las que emana aquel derecho se vuelven irrelevantes, por lo que no trascienden

al contexto que deviene pertinente en los casos indagados, y que no es otro que la posibilidad de hacer justiciable la totalidad del derecho fundamental a la salud a través del juicio de garantías.

Con lo cual, queda plenamente corroborada la presencia de una afrenta al principio de igualdad cada vez que se niega interés jurídico para promover un amparo a los familiares del militar de que se trate. En ese entendido, ahora sí puede aplicarse el método de ponderación a la sentencia que se critica. Así, en torno a la igualdad, lo primero a considerar es que tanto las diferenciaciones como las equiparaciones que se estiman enfrentadas con su protección, normalmente se buscan justificar porque aseguran el respeto a otros fines legítimos, que no será posible desechar *a priori*, en el caso, mantener intacta la figura del interés jurídico.

Sin embargo, para que una medida como esas sea jurídicamente viable, es requisito que la manera en que se confeccione sea idónea para proteger el fin legítimo que intenta garantizar, pues si no resulta adecuada para lograr su defensa, no se explica el eventual descuido del ideal de igualdad. Esta etapa no conlleva dificultad alguna en nuestro supuesto, pues la operación de rehusar ver un perjuicio directo para los familiares, es una vía compatible con el objetivo de conservar el enfoque tradicional sobre el interés jurídico en el Juicio de Amparo.¹⁶

Además, pudiera requerirse una evaluación de las actuaciones enfrentadas con el principio de igualdad bajo el prisma del parámetro de necesidad, lo que demanda en este supuesto específico que la acción consistente en diferenciar entre militares y sus familiares, a pesar de que ambos grupos posean la titularidad del derecho a recibir asistencia médica como parte de su derecho humano a la salud, por la cual se pretenda asegurar como finalidad la preservación del interés jurídico, sea la menos gravosa posible, toda vez que sólo es aceptable adoptar la prevención menos restrictiva con la igualdad. Ello invita a reflexionar sobre alguna alternativa no tan incisiva, y en ese tenor, la caracterización de la afrenta a los familiares bien podría verse como un perjuicio directo coincidente con el habitual interés jurídico.

Esta forma de construir una argumentación convincente no terminaría ahí, pues como último paso se exige conducir un juicio de proporcionalidad, el cual obliga a decidir el caso concreto siguiendo una sencilla regla, a saber,

¹⁶ Ciertamente, es excesivo conceder que las maniobras para disminuir el alcance protector del juicio de garantías, excluyendo de su ámbito al mayor número de promoventes, constituyan una finalidad legítima, pero para efectos de esta argumentación, olvidémonos de esta obviedad, así como de que la verdad es que escapa a nuestra imaginación alguna meta legítima en todo esto.

que entre más se afecte a uno de los fines legítimos en conflicto, en igual proporción, mayor tendrá que ser la protección lograda al objetivo que se le contraponga. Con esto, debiera ser evidente que una conclusión obtenida de antemano no es posible, sino que en cada supuesto particular tendrán que hacerse las evaluaciones pertinentes.¹⁷

En lo tocante a la contradicción de tesis 119/2004-SS, la regla de estricta proporcionalidad tendría que haberse seguido entre el principio de igualdad, escoltado del derecho a la salud en su carácter de principio, y con la misma calidad, del derecho a la tutela judicial, frente al principio de conservación del interés jurídico acorde a la tradición del juicio de garantías. Así, en cada ocasión que se niega a los familiares de que se viene hablando la posibilidad de promover un amparo, se impide su acceso a la justicia, se recorta su derecho a la salud y se menoscaba su derecho a la igualdad, y todo ello en aras de mantener que sólo poseen interés jurídico en ese juicio las personas que sufren un perjuicio directo. Como idéntico nivel de protección a ese segundo principio resultaría de admitirse la violación contra los familiares como un daño directo, la conclusión es elemental.

En resumidas cuentas, sin ánimo de ser exhaustivo, no hay sustento positivo para introducir el término *directo* en relación con el interés jurídico para presentar un amparo; aún suponiendo que fuera necesario, los familiares de los militares involucrados, al verse privados de un derecho fundamental, experimentan esa afectación directa; adicionalmente, no hay finalidad legítima congruente con un estado constitucional de derecho, capaz de justificar restricciones excluyentes en la procedencia del juicio de garantías, y en todo caso, si se encontrara, ella no prevalecería a la luz de un juicio de ponderación, como pacientemente se mostró.

DISCUSIONES PENDIENTES

Para aquellos que creemos que siempre se puede seguir conversando, el derecho a la salud indudablemente ofrece la oportunidad de proseguir con el diálogo más allá de esta sentencia de la Segunda Sala de nuestra Suprema

¹⁷ Existen infinidad de trabajos en torno al método de ponderación, pero para los autores de este ensayo, en más de una ocasión, han probado ser indispensables las obras de Alexy (1986) y Prieto Sanchís (2003). Evidentemente, los desaciertos que aquí pudieran aparecer, son sólo nuestros.

Corte de Justicia, sin embargo, de momento, esas eventuales discusiones tendrán que aguardar.¹⁸

Una última recapitulación en cuanto a las diferencias entre perjuicio, interés jurídico y titularidad de un derecho, es no obstante bienvenida. Ello porque debe tenerse en mente que en lo que concierne a nuestro Juicio de Amparo, la afectación directa o sin más a una persona, es producto de un acto de autoridad, y que esa lesión fáctica trasciende a la realidad jurídica cada vez que pone en entredicho el disfrute de un derecho fundamental del que se es titular, porque se presupone que los individuos tienen interés jurídico en combatir ese tipo de actos.

Tampoco parece excesivo especular en torno a ciertos argumentos adicionales que a la Segunda Sala le hubiera convenido explorar, pues más allá del tema de la igualdad, que como se ha observado es básico para orientar toda interpretación, mayor reflexión merecen en juicios como los que dan cuerpo a la contradicción de tesis 119/2004-SS, los derechos plasmados en el mandato a la protección de la familia y, sobre todo, los derecho de los menores, los cuales no sólo se reconocen en el Artículo cuarto constitucional, sino que se reafirman en el plano internacional.

Finalmente, ha de acordarse que una visión garantista es más propensa a meditar en todo ello. Así, una buena prueba del grado de compromiso con ese enfoque la proporciona la interpretación del inciso d), de la fracción XI, del apartado B del Artículo 123 constitucional, precepto que para nosotros, ni duda cabe, es suficiente para adoptar la postura de los familiares de los militares. Pero eso es otra historia.

FUENTES CONSULTADAS

- ABRAMOVICH, V. y C. Courtis, (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta.
- ALEX, R. (1986), *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- CARBONELL, M. (2004), *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005.

¹⁸ Lo que no impide adelantar la lectura de obras que con toda seguridad serán de utilidad para mejorar lo aquí dicho, tales como las de González (2003, 143-180) y de Carbonell (2004, 813-870).

- FERRAJOLI, L. (1997), "Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho", *Doxa*, número 20, Alicante, 1997, pp. 235-278.
- (2000), "Garantías", *Jueces para la democracia*, número 38, Madrid, julio de 2000, pp. 39-46.
- GONZÁLEZ, E. (2003), "El derecho a la salud", en *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Trotta.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003), *Las garantías de igualdad*, México, Poder Judicial de la Federación.
- (2004), *Las garantías sociales*, México, Poder Judicial de la Federación.
- ZALDÍVAR, A. (2002), *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.