



**FACULTAD LATINOAMERICANA
DE CIENCIAS SOCIALES
MÉXICO**

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA
TESIS

Título:

**ANÁLISIS DE LA JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO**
EL CASO DE LOS MILITARES CON VIH/SIDA

Presenta:
CÉSAR DAVID GÓMEZ MORENO

septiembre, 2008

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| PRIMER CAPÍTULO | |
| El proceso de democratización y la justicia de los derechos fundamentales en México | 7 |
| 1.1 El sentido de la democracia para la justicia de los derechos fundamentales | 8 |
| 1.2 Los procesos de democratización y los derechos humanos involucrados | 11 |
| 1.3 La transición democrática y los derechos humanos en México | 17 |
| 1.4 La justicia y los derechos sociales en México | 19 |
| SEGUNDO CAPÍTULO | |
| El estudio de la democratización de los derechos humanos en México. Enfoque y propuesta metodológica | 23 |
| 2.1 Las premisas básicas del estudio de la democratización jurídica | 24 |
| 2.2 Precisiones conceptuales sobre los derechos fundamentales sociales | 26 |
| 2.3 Las premisas de la investigación | 30 |
| 2.3.1 La propuesta analítica y metodológica | 31 |
| TERCER CAPÍTULO | |
| La justiciabilidad en los casos de los militares con VIH/Sida | 35 |
| 3.1 El contexto | 35 |
| 3.2 La justiciabilidad de los casos | 37 |
| 3.3 Los elementos del garantismo en la justiciabilidad de los casos | 45 |
| 3.4 El papel de la Corte en la justiciabilidad de los casos | 52 |
| CUARTO CAPÍTULO | |
| La justiciabilidad del derecho a la salud | 57 |
| 4.1 La protección interna del derecho a la salud | 57 |
| 4.2 La protección internacional del derecho a la salud | 61 |
| CONCLUSIONES | 66 |
| BIBLIOGRAFÍA | 68 |

INTRODUCCIÓN

Al reflexionar sobre los derechos humanos surge la necesidad de indagar si los procesos jurídicos establecidos en nuestro país responden a las pretensiones de agregarle aspectos que permitan identificar una mejor democracia, a la construida bajo las reglas procedimentales de a quién elegir y cómo elegirlo; y más aún a la exigencia de utilizar las herramientas jurídicas al alcance del ciudadano para que en caso de existir una violación a éstos, podamos establecer si se protegieron nuestros derechos y fueron resarcidos los daños generados.

En estas cavilaciones nos percatamos que existen diferentes orientaciones y perspectivas sobre el estudio de los poderes jurídicos y de sus decisiones, con relación a los procesos democratizadores que se presentan en cada país. Se habla de que la protección y salvaguarda de los derechos humanos requiere de un “especial” tipo de Estado, régimen político y jurídico, pero en ningún momento se aborda la variable en forma invertida, es decir, qué puede hacer el poder judicial y propiamente las decisiones de la máxima autoridad jurídica a favor de la democratización no sólo política sino institucional y ciudadana.

Así, observamos que la discusión sobre los derechos humanos en México es necesariamente también cuestión de consolidación democrática y del papel que juega la Suprema Corte de Justicia de la Nación a favor de la ampliación o restricción de éstos. La exigibilidad de los derechos humanos implica por ello, buscar incluir elementos democráticos a la democracia; sin soslayar que dentro de esta discusión también es importante tener claro que para el eficaz ejercicio de los derechos humanos se necesitan garantías jurídicas eficaces, para la utilización, defensa y reparación de los derechos que tienen potestados los mexicanos.

La búsqueda para lograr una mejor democracia y aumentar su calidad, también identificado con el denominado proceso de postransición, no sólo implica seguir en el camino de las reglas electorales, de las instituciones políticas y de la competencia partidista, sino también mirar el otro lado de la moneda, el del Estado de derecho y

el de las instituciones jurídicas; saber si éstas permiten incluir otros elementos para fortalecer la institucionalidad democrática.

Es por ello que, al observar cómo se llevó a cabo la institucionalización de los derechos humanos, principalmente los civiles y político electorales, para lograr que México a finales del siglo XX transitara de una autocracia a una democracia procedimental no implica que dejemos de revisar los alcances del proceso de institucionalización de los derechos sociales, económicos y culturales, a partir del fortalecimiento al Estado de derecho y de las atribuciones y facultades de la Corte en el país.

Asimismo, bajo esta perspectiva si bien es cierto que además de instaurar instituciones como el Instituto Federal Electoral y sus homólogos en las entidades federativas, para garantizar el ejercicio de este tipo de derechos humanos, y otras como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para permitir la justiciabilidad de los derechos político electorales, también se crearon instituciones encargadas de promover y vigilar los derechos humanos en un sentido general, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus afines en las entidades, que defienden a los mexicanos en los casos en que los servidores públicos vulneren o violen los derechos humanos, a través de sus decisiones o actuaciones. Además, tenemos un Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, que como su propio nombre lo indica protege el derecho a la información y la transparencia pública.

En este contexto, de ampliación institucional para lograr una democracia, el tema de la exigibilidad de los derechos humanos se vuelve también importante, como elemento que puede favorecer la institucionalidad. Por lo que nos centraremos en el juicio de amparo como mecanismo de justiciabilidad, pero más que seguir la perspectiva de estudio de las implicaciones particulares y los tiempos y recursos que requiere para su efectividad, este trabajo pretende analizar las decisiones de la Corte, y las posibles implicaciones para lograr mejores procesos de postransición o calidad de la democracia mexicana, mediante la perspectiva de investigación del estudio de caso; el relativo a los amparos de los militares de VIH/Sida, atendidos en

los meses de febrero y marzo del año 2007. Asimismo, saber cómo se decide el sentido de la justiciabilidad, en el caso del derecho a la salud.

Entonces se intentará conformar una perspectiva de máximo garantismo democrático para los derechos fundamentales basados en el enfoque del garantismo penal de Luigi Ferrajoli, y observar los alcances democráticos que pretende la Corte o, en otras palabras, si el papel de la Corte al decidir sobre un derecho humano permite encontrar rasgos de un posible abono al fortalecimiento de los derechos humanos de la democracia, a partir de los casos de estudio y del análisis específico de la justiciabilidad del derecho a la salud, ahora que muestra un protagonismo inusual en la vida institucional.

Este trabajo se divide y organiza en cuatro capítulos. En el primer capítulo se asume que la democracia es una realidad política en el país, construida desde la variable político electoral, es decir, se apostó en la transición democrática a partir de las reformas electorales que permitieron conformar un sistema de mecanismos institucionales por medio de los cuales fue posible garantizar una serie de derechos civiles y políticos, principalmente el ejercicio del derecho al sufragio, al voto, en plena libertad, sin violación al mismo y que permitiera tener elecciones legales, legítimas, creíbles y transparentes, a pesar de que aún en el año 2006, se pusieran en duda los resultados y se sostuviera, con razón o no, la posibilidad de un fraude en contra de la Alianza por el Bien de Todos.

En el segundo capítulo se desarrollarán las propuestas analítica y metodológica sobre las que se sustenta este trabajo. La propuesta analítica se construye a partir de dos aspectos: a) las premisas del garantismo penal, según el cual los mecanismos jurídicos permiten que la justiciabilidad de los derechos humanos logre hacerlos efectivos, se gocen y se protejan en caso de ser violentados o tergiversados por los poderes políticos, desde una construcción teórica conceptual de democracia sustancial; y b) una perspectiva sobre el papel o activismo de la Corte constitucional, mediante la cual el papel desarrollado por los jueces a favor de los derechos

humanos permite fortalecer los procesos de democratización que viven las democracias de la tercera ola o como se entiende posdemocracias.

En el tercer capítulo, se dedicará al análisis concreto de las decisiones establecidas en los casos de los militares de VIH/Sida, y el de la justiciabilidad de los derechos humanos, con la perspectiva de que dentro de las mismas es necesario identificar una serie de indicadores de la propuesta analítica o de la construcción democrática del garantismo penal y de elementos que nos permitan saber si el activismo desarrollado por la Corte muestra una proclividad a generar espacios de maximización de los derechos humanos para establecer si existe una correlación entre decisiones judiciales y procesos democratizadores.

En el cuarto capítulo se analizan las valoraciones que se realizan con relación al derecho a la salud, si la discusión logra maximizar su garantía y se generan, no sólo elementos jurídicos sino institucionales que muestren el nivel de protección y salvaguarda de este derecho, con base en valoraciones internas-jurídicas y externas-médicas, sin olvidar la sustentación internacional del derecho a la salud involucrado en los casos. La Corte mexicana en los últimos años ha generado grandes expectativas con su activismo, pero una cosa es ser proclive a decidir asuntos paradigmáticos o difíciles que involucren derechos fundamentales y otra es abonar no sólo en su interpretación jurídica-institucional sino también en presentar alternativas o posibles acciones políticas para mejorar la situación de vulnerabilidad, a pesar de sus limitaciones o efectos particulares.

PRIMER CAPÍTULO

El proceso de democratización y la justicia de los derechos fundamentales en México

Este primer capítulo parte de la idea de que en el proceso de democratización (mexicano) seguimos un enfoque a partir de la construcción e institucionalización de las reglas mínimas (para considerarnos democráticos), del a quién se elige y cómo se elige para representarnos; que el proceso de consolidación democrática enfrenta ciertas dificultades, donde más que un proceso continuo de crecimiento se han generado elementos que permiten considerar que es posible un retroceso o que generamos elementos discontinuos. La sola perspectiva de lo político nos resulta insuficiente para alcanzarla, por lo que tenemos que mirar hacia el otro lado de la moneda, el de la justicia, que también es fundamental para la democracia.

Mirar el lado de la justicia implica dejar la perspectiva democrática desde la cual se impulsaron los derechos humanos civiles y políticos. Así, el derecho a votar sin coacción alguna, a ser votado, de forma libre e igualitaria, sustentados en la libertad de expresión, de prensa y de asociación, son los elementos que se construyeron con este enfoque de una democracia mínima o formal, pero que no formarán parte del aspecto relacional de este capítulo. Por el contrario, serán los derechos que se dejaron a un lado, los derechos sociales, económicos y sociales, los que requieren un papel más activo del otro lado de la moneda. Claro está que separar estos derechos tampoco implica soslayar la interrelación que tienen, pues para la existencia y goce de unos es necesario tener salvaguardados los otros.

Entonces es necesario observar cómo los derechos humanos entran en contacto con la democracia, cuál sería el avance del país en estos dos aspectos para ver si la atención a estos derechos con un papel más central de la justicia en los derechos humanos y en el proceso democratizador mexicano evita que surjan elementos discontinuos de la democracia formal y permitimos consolidarla, es decir, lograr el siguiente estadio democrático.

1.1 El sentido de la democracia para la justicia de los derechos fundamentales

Lejos de exponer y adentrarnos en la discusión sobre la teoría de la democracia, en la cual encontramos diversos enfoques que en cierto modo contraponen la forma democrática antigua de la moderna (Sartori, 1997; Bobbio, 1996), señalando que la primera fue directa y la segunda indirecta, que existen diferencias conceptuales entre una democracia participativa y representativa, contraposiciones estructurales entre una deliberativa o constitucional; pero que dejan en el centro del debate las condiciones, o bases de construcción, las reglas del juego político y los procedimientos para proteger estas interacciones políticas, es necesario identificar los elementos que recorren el debate y saber si hay una relación entre democracia, derechos humanos y justiciabilidad.

Diferencias teóricas que se sustentan en el análisis de los casos de estudio y sus elementos diferenciales, encontramos por ejemplo en Lijphart (1999) el de la democracia por consenso y de Weitzman, en Habermas (1998) la democracia deliberativa y en O'Donnell (2002), la delegativa, sólo por mencionar algunos autores que han elaborado estas caracterizaciones. Se incluye en estos estudios el espacio territorial, que provoca una diferenciación democrática entre Europa, Estados Unidos y el resto de los Estados del orbe, siendo un espacio de estudio América Latina. Se presenta así otro elemento de distinción, el que unas son mejores y otras deficientes; una forma de calificación democrática.

En estas diferencias teóricas y conceptuales recorren tres elementos que nos permiten ubicarlos como importantes. El primero es el realce a las reglas procedimentales para lograr el juego democrático, por el cómo se elige y al quién se elige. El segundo elemento es el de la diferencia a partir de una territorialidad y el de la diferencia valorativa, entre democracias consolidadas y democracias discontinuas, como tercer elemento. En el primer elemento se incluyen precondiciones y condiciones para la existencia de la democracia (Dahl, 1992, 2006), el segundo sirve para considerar que las nuevas democracias tienen que emular los casos de las

democracias consolidadas, y el tercero establece interpretación entre lo que la teoría dice y lo que la realidad práctica permite alcanzar.

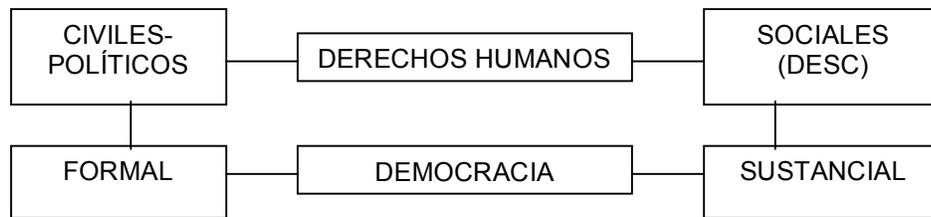
Sin embargo, dentro de estas diferenciaciones teóricas y conceptuales en qué parte entran los derechos humanos, cuál es la relación con las formas de identificar a la democracia. Para ello, utilizaremos una diferenciación conceptual de la democracia, a partir de los autores Bobbio y Ferrajoli. Bobbio (1996) definió a la democracia como las reglas procedimentales para elegir a quién gobierna y el cómo se elige, pero en ésta falta observar el momento en que se incluyen los derechos humanos. Por su parte, Ferrajoli (2006b) señala que la democracia sustancial tiene que ser entendida como el “estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales” (Ferrajoli, 2006b: 864). Dichas garantías tienen la finalidad de proteger al ciudadano en sus derechos fundamentales tanto liberales (civiles y políticos) como sociales, donde el Estado (los poderes públicos) tiene la limitación de hasta dónde puede decidir y qué puede decidir con relación a este tipo de derechos.¹

En la definición de Bobbio, también agrega una serie de condiciones, las cuales son principalmente derechos humanos políticos, tales como el derecho a elegir, y ser elegido, la libertad de expresión, la libertad de prensa, y la libertad de asociación como mínimos para el ejercicio de las reglas, principalmente electorales.² Entonces, podemos considerar que estos derechos son necesarios para hacer posible la democracia en su sentido formal y relacionando la perspectiva de Ferrajoli, la segunda acepción, los derechos sociales son condiciones para el establecimiento de una democracia sustancial, pero también un Estado de derecho y garantías (ver esquema 1).

¹ De acuerdo con Ferrajoli, “el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba” (Ferrajoli, 2006b: 864).

² Dalh (2006) con su teoría democrática de la poliarquía explica más a detalle estas condiciones y precondiciones.

Esquema 1. La relación conceptual de los derechos humanos y la democracia



Este esquema que se elabora a partir de las posiciones de estos dos autores nos permite visualizar, en el plano de lo teórico, la forma en que se incluyen los derechos humanos en la democracia. Los civiles-políticos son consustanciales a la democracia formal o procedimental y los sociales a la sustancial.³ Esto quiere decir que sin la existencia de ellos, la posibilidad del ejercicio democrático sería imposible o en muchos casos tergiversado, con lo que más que hablar de democracia estaríamos conceptualizando una forma autoritaria de régimen. Pero cabe aclarar que de acuerdo con Ferrajoli son necesarias garantías liberales y sociales efectivas, por lo que la garantía parte desde una estructura institucional que permite el acceso y ejercicio de los derechos civiles-políticos y sociales, así como la existencia de garantías jurídicas, para la defensa y protección de estos derechos, en caso de ser violentados.

Entonces tenemos que, sin detallar la forma en que podemos contemplar la relación entre derechos humanos y democracia (Alexy, 2005), es claro que para la existencia de uno se necesita la presencia de lo otro y viceversa, es decir, son interdependientes. Por lo que hablar de derechos humanos, sean políticos o sociales es discurrir sobre la forma democrática. Tenemos así que el goce de un derecho civil-político puede permitir que un social sea efectivo o viceversa, sin los derechos

³ Alexy señala que “existen tres formas de contemplar la relación entre derechos humanos y democracia: una ingenua, una idealista y una realista” (Alexy, 2005: 37). Se aceptan estas visiones, pero corresponden a diferentes planos de análisis, la primera al plano de la ideología, con elementos éticos y morales, la segunda a la teoría y la tercera al de la práctica y ejercicio de los mismos. La “ingenua” parte de entender que la democracia y los derechos fundamentales son dos cosas buenas y existen, se desarrollan mutuamente sin la posibilidad de que se presente una problemática en la cual por alcanzar una, la otra tenga que limitarse. Por lo que se refiere a la “idealista”, se sostiene que hay un conflicto entre las dos concepciones pero que en lo teórico-ideal se resolverá. Por último, bajo el camino de la relación realista, se señala que pueden existir dos alternativas, la primera que son “profundamente democráticos” o “antidemocráticos”, como segunda alternativa (Alexy, 2005: 37-38).

sociales efectivos, como el de educación, puede derivar en ampliar la posibilidad de tergiversar el derecho de elegir y mediante una prevenda ejercer presión política para favorecer el sentido a favor o en contra de a quién elegimos.

1.2 Los procesos de democratización y los derechos humanos involucrados

Si la discusión de la democracia implica también la de los derechos humanos, es necesario centrarnos en el cómo se genera esa interdependencia. Para ello, es indispensable enfocarnos en las reglas o procedimientos como primer momento de la discusión teórica, se deja la territorialidad, porque se discute en específico el caso mexicano, y se aceptan los enfoques de Dahl y O'Donnell, sobre las particularidades de la democracia latinoamericana; y se concluye con la valorativa, es decir, se pretende agregar un elemento de calificación de la democracia. Asimismo, ubicar estos elementos necesariamente nos lleva a centrarlo en el enfoque de la transición democrática, de la cual partiremos.

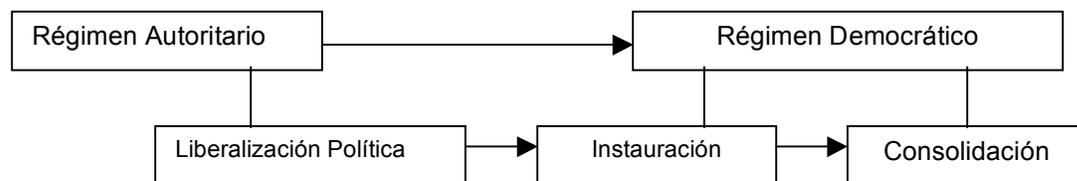
En el estudio de los procesos de transición política el objeto de estudio es explicar cómo un país que tiene un cierto tipo de régimen transita a otro, es decir, de un régimen autoritario al democrático. Cansino (2000), O'Donnell, Schmitter y Whitehead (1994), Dahl (1992 y 2002), Huntington (1994) entre otros, hablan de diferentes características que se tienen que cumplir para iniciar el cambio de un momento político a otro. Se busca explicar cómo se accedió a lo que se define como democracias formales o procedimentales.

En este enfoque del cambio se acepta que hay que superar por lo menos tres momentos. El primero se denomina liberalización política, caracterizado porque el régimen autoritario realiza una serie de reformas institucionales que permiten incluir a la oposición, generar legitimidad y hasta cierto punto una continuidad favorable. El segundo momento es el que se denomina instauración democrática, espacio de

fortalecimiento institucional de las reformas, y como tercer momento el de la consolidación, caracterizado por el funcionamiento estable de la democracia.⁴

Dentro de estos tres momentos, existe una variable que recorre transversalmente y que tiene relación directa con las reglas o procedimientos de la democracia formal. Estas son las reglas electorales del juego político. En el primer momento se generan reglas al sistema electoral y de partidos para que la oposición participe en la disputa del poder político; en el segundo momento, estas reglas se institucionalizan, se respetan y aceptan como válidas por los partidos políticos; los procesos electorales son competitivos, con posibilidades de la alternancia política y los resultados son creíbles, transparentes, legales y legítimos. En esta etapa se institucionaliza la incertidumbre del acceso al poder, del cómo se elige y se respeta el resultado, el a quién elegimos; en palabras de O'Donnell (2002), se institucionalizan las elecciones. Ya en la tercera etapa, estos elementos son una práctica cotidiana, funcionan y las instituciones creadas permiten evitar el acceso al poder político mediante otros medios (ver esquema 2).

Esquema 2. Los aspectos básicos de la teoría de la transición democrática



Sin embargo, para entender la teoría del cambio hacia la democracia, y determinar en qué momento se visualizan derechos humanos en este proceso de transición

⁴ "Un proceso de democratización concluye cuando se instaura el nuevo ordenamiento institucional democrático. La instauración democrática y la consolidación democrática son, con frecuencia, las fases sucesivas a la transición, en un proceso de cambio de un régimen autoritario a uno democrático. Por instauración democrática se entiende, simplemente, el proceso de establecimiento y aprobación de las nuevas reglas del juego y los procedimientos democráticos. Por lo general, esta etapa puede corresponder con la aprobación de una nueva constitución nacional o con la realización de las primeras elecciones libres y garantizadas. La consolidación democrática, por su parte es el proceso mediante el cual gobiernos instalados y regímenes establecidos están en condiciones de funcionar y evitar, o cuando menos sobrepasar, su deterioro; es decir, es un proceso multicausal de firme establecimiento y adaptación de las estructuras de ese régimen, así como de sus normas y relaciones con la sociedad civil, por lo que conquista autonomía y legitimidad" (Cansino, 2000: 74).

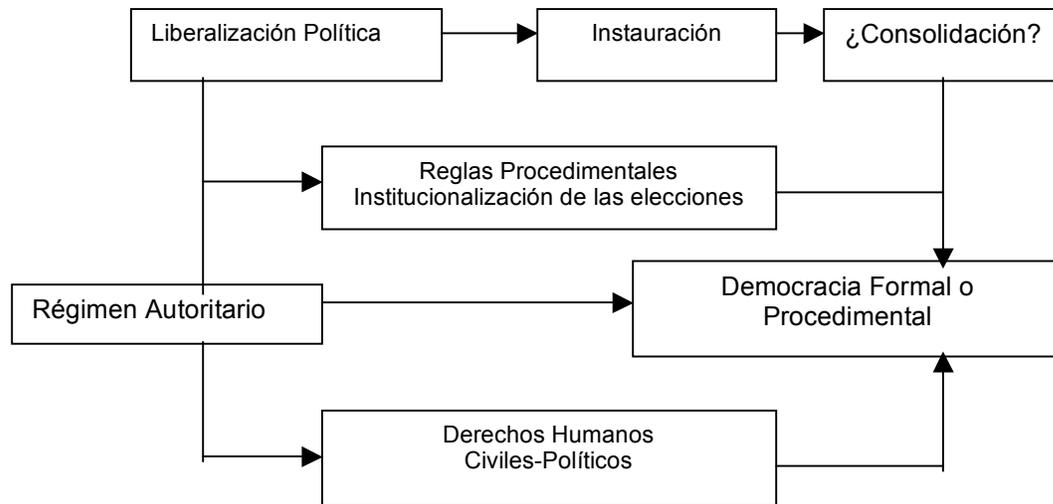
(esquema 2), es necesario entrar a detalle sobre lo que señala Robert A. Dahl, respecto a la poliarquía. “Según la define Dahl, la poliarquía tiene siete atributos: 1) funcionarios electos; 2) elecciones libres y limpias; 3) sufragio universal; 4) derecho a ser candidato; 5) libertad de expresión; 6) información alternativa; y 7) libre asociación” (O’Donnell, 2002: 313).⁵ Es decir, y con base en O’Donnell (2002) hay una clara diferenciación entre las primeras cuatro características, relativas a las elecciones y las tres últimas a libertades políticas, o derechos humanos y libre competencia. Además agrega otros tres elementos: a) la imposibilidad de la destitución arbitraria de los funcionarios electos; b) la existencia de ciertas restricciones a las decisiones de los funcionarios electos: c) la definición territorial de la población votante; y d) la intemporalidad de la vida electoral limpia y sus libertades (O’Donnell, 2002: 313-314).

En consecuencia, vinculando las fases del proceso de transición democrática, en qué momento tienen que incluirse estas características. Se incluyen a partir de la liberalización política, y están presentes en menor o mayor grado, dependiendo de la fase de transición en la que un país se encuentra. Por lo que, la presencia de ciertas libertades, en nuestro lenguaje derechos humanos políticos, son parte esencial de este transitar, sin las cuales habría más dificultades para recorrer estas etapas, a pesar de que las teorías de la transición democrática centran su análisis en la institucionalización de las elecciones (O’Donnell, 2002; Cancino, 2002; Woldenberg, 2002). Dejan, por tanto, de lado la perspectiva de los derechos humanos como parte esencial de la institucionalización de las elecciones y de la transición democrática. El propio Dahl (2002) lo menciona al valorar que una transición política a la democracia-poliarquía, produce consecuencias significativas, sobre todo porque permite “las libertades de corte liberal [...] de participación [...] para oponerse al gobierno, para formar organizaciones políticas, para expresarse libremente, para emitir el voto” (Dahl, 2002: 29). “La democracia no es únicamente un procedimiento de gobierno. Dado que los derechos son elementos necesarios de las instituciones políticas democráticas, la democracia es también intrínsecamente un sistema de derechos.

⁵ En el texto *La democracia, una guía para los ciudadanos*, Dahl señala que son necesarias seis instituciones políticas para una democracia a gran escala: 1. Cargos públicos electos, 2. Elecciones libres, imparciales y frecuentes, 3. Libertad de expresión, 4. Fuentes alternativas de información, 5. Autonomía de las asociaciones, y 6. Ciudadanía inclusiva (Dahl, 2006: 99).

Los derechos se encuentran entre los pilares esenciales de un proceso de gobierno democrático” (Dahl, 2006: 59-60).

Esquema 3. La interrelación de los derechos humanos, los civiles-políticos y los aspectos básicos de la teoría de la transición democrática



De esta manera, la teoría de la transición democrática puede vincularse con los derechos humanos, principalmente los civiles-políticos, que permiten llevar a cabo el procedimiento democrático, sin éstos la democracia sería inviable, es por tanto consustancial a éstos. El tipo de democracia construido de esta manera es el formal, que nos permite observar la interdependencia entre derechos humanos y democracia, a partir de las reglas del juego democrático. Con la transición democrática, llegamos al primer momento de la democracia, el formal, y de los derechos civiles-políticos, que visualizamos en la primera parte del esquema 1, pero cómo logramos el segundo momento, el de los derechos sociales y de la democracia sustancial, qué perspectiva se tiene que abordar o ya con este elemento podemos afirmar que se consolida dicha democracia.

En un primer momento, se tiene que considerar que teóricamente la consolidación puede involucrar algo más, ¿acaso la democracia formal no implica necesariamente

el logro de esta etapa?; no olvidemos que la poliarquía es la definición teórica de Dahl para aquellas democracias que están inconclusas o insuficientemente institucionalizadas (O'Donnell, 2002), como las latinoamericanas –elemento que no está a juicio en el trabajo–, pero que debemos iniciar por una etapa de la teoría del cambio democrático, para lograr establecer el momento de los derechos sociales y la democracia sustancial.

Se asume, por tanto, que la consolidación implica llegar a la democracia formal o procedimental, en la cual hay derechos humanos que forman parte de ella, se respetan o tienen una institucionalidad para ejercerlos y garantizarlos, sea a través de organismos públicos o de mecanismos jurídicos. Ahora, si esto es así, cómo vincular el segundo momento democrático, el sustancial a partir de la teoría de la transición.

En la teoría democrática existe un elemento que puede apoyarnos en este momento. Éste tiene que ver con los factores que permiten ahondar la democracia, una especie de valoración sobre el funcionamiento de la democracia que tiene un país. La inclusión de esta apreciación sobre la calidad de la democracia o el grado de democraticidad, es establecer criterios o indicadores a partir de los cuales podemos cualificar una democracia; ahora ya no son suficientes las reglas o los procedimientos, son necesarios otros aspectos que fortalezcan el ejercicio democrático.⁶

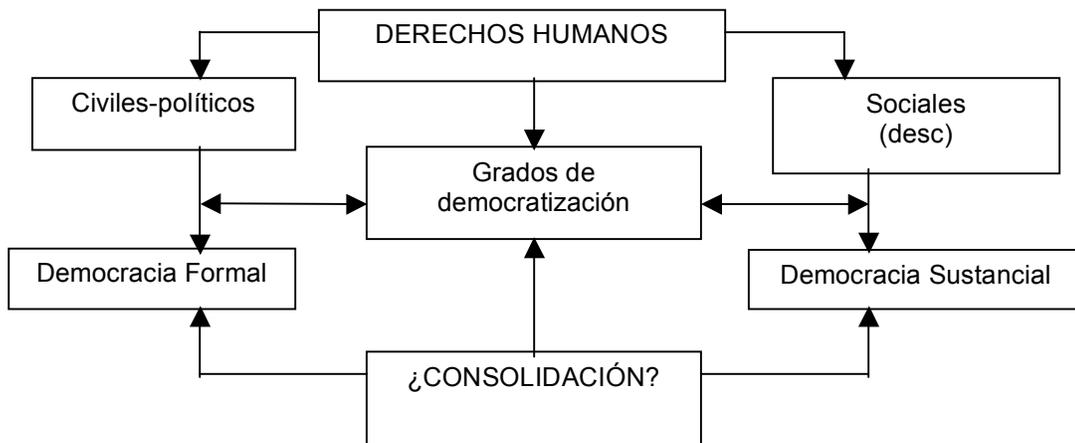
Así, tenemos que una mayor participación social en las decisiones públicas permite sobrentender que una democracia es más democrática que otras (De Sousa, 2004), se señala que la inclusión de otros mecanismos jurídicos para hacer valer los derechos humanos no sólo los civiles-políticos sino también los sociales son relevantes para establecer otro indicador de calidad democrática, o que la inclusión de formas de participación directa para determinar el sentido de las decisiones públicas y políticas

⁶ Sartori señala que “realmente, cuánta democracia significa cuánta democraticidad: predicamos algo de algo. Lo que comporta que el referente se amplía. Las preguntas pueden ser dos: primero, en qué medida una democracia es democrática; segundo, y alternativamente, en qué medida cualquier comunidad política es democrática” (Sartori, 2007: 68). Es decir, que son indicadores que nos permiten comparar y diferenciar qué tantos elementos democráticos tiene una democracia o cuáles tienen permanencia en el tiempo, “se determina en qué medida” se es democrático.

permite otro elemento más de democraticidad, o que la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas sería otro factor.

Entonces el grado de democratización ya no refiere sólo a la institucionalización de las reglas electorales y los derechos civiles-políticos sino que podemos incluir en dicha valoración una serie de factores, como los mencionados en el párrafo anterior. Aquí también en este aspecto podemos agregar a las formas y/o mecanismos que existen en una democracia para garantizar los derechos sociales, es decir, una forma de observar el grado de democratización de la democracia sería analizar el cómo se protegen los derechos sociales mediante los procedimientos jurídicos. Este sería por tanto un ingrediente para identificar el cómo se logra el segundo momento democrático, el de la democracia sustancial (ver esquema 4).

Esquema 4. Los derechos sociales como factor de análisis del grado de democratización



Por lo que, si la protección institucional de los derechos sociales implica, asimismo, que el aspecto jurídico tiene que estar presente en los elementos o indicadores que permiten observar la democratización de la democracia, entonces la forma en que son garantizados jurídicamente es de vital importancia. El lado jurídico sería ver el otro lado de la moneda democrática y pretender que los procedimientos jurídicos para la salvaguarda de los derechos sociales también generan elementos que permiten aumentar la democracia hacia lo sustancial, como lo señala Ferrajoli (2006b). El cuánta democracia desde el lado de la justicia, desde el Estado de

derecho, es revisar el cómo se garantizan los derechos sociales en un país, alcances y consecuencias de la justiciabilidad de los derechos sociales para la democratización de la democracia. Sin olvidar que las garantías de protección de los derechos sociales tienen que ser efectivas, es decir, además de lograr que sean posibles, permitir exigirlos al Estado para que se otorguen o, por el contrario, si son violados generar los elementos que permitan repararlos y sancionar a aquellos actores que los transgredieron.

1.3 La transición democrática y los derechos humanos en México

En México la discusión sobre los procesos de transición democrática se sustentó en la dicotomía autocracia vs democracia. Entonces cómo se presentan las tres fases de la transición democrática.

Se aceptó implícitamente que durante gran parte del siglo XX, estuvimos inmersos en una forma autoritaria de sistema político, y algunos autores (Cancino, 2002; Woldenberg, 2002), señalan como el quiebre del mismo, es decir, el inicio de la liberalización política, a partir de la reforma política y electoral del año 1977, en donde se otorga el reconocimiento a los partidos de izquierda y se abren aún más espacios en la representación legislativa a estos partidos.

Un segundo momento se puede considerar cuando se logra configurar una institucionalidad que permite organizar y preparar procesos electorales; el Instituto Federal Electoral se convierte en la máxima autoridad electoral para otorgarle credibilidad y legitimidad a los resultados electorales. La fase de la instauración democrática se relacionó con esta etapa.

Estos dos elementos permitieron considerar que se tenía una democracia, sin embargo, se seguía señalando que era necesario lograr otro elemento: la alternancia política. A pesar de que en los procesos locales, esta característica democrática tenía una vasta experiencia municipal y estatal, no es hasta la elección presidencial del año

2000 cuando el Partido Acción Nacional obtuvo la Presidencia de la República, y se presenta la alternancia política en el titular del poder ejecutivo nacional, cuando se aceptó que superábamos el segundo momento; que ahora nos dedicaríamos a construir la consolidación de la democracia.

Este recorrer histórico –a grandes rasgos– sobre la transición en México, se identifica con el enfoque de la teoría de la transición democrática, en la cual tenemos las tres fases de la democracia formal o procedimental. A pesar de que aún persistan elementos que indiquen cierta debilidad institucional de las elecciones, ya que en la elección presidencial del año 2006, una fuerza política, el Partido de la Revolución Democrática, no aceptó los resultados electorales, se deslegitimaron los órganos electorales y los jurídicos-electorales fueron puestos en duda.

Es así que la construcción democrática mexicana, a pesar de considerarse como una de las más largas y lentas, más de 20 años, tiene dos aspectos que persisten y son base para sostener que tenemos una democracia procedimental o formal como dice Bobbio. El primero de ellos es la institucionalización electoral, las reglas electorales y los organismos electorales; y el segundo son la protección y salvaguarda de los derechos políticos electorales, al existir un mecanismo para garantizar jurídicamente el ejercicio de estos derechos, con su propio órgano judicial decidor, el juicio para la protección de los derechos político electorales. Se tiene así generado el primer momento conceptual de la democracia, el formal, consolidándose a través de su ejercicio.⁷

Sin embargo, este es un lado de la moneda, como lo señalamos en el punto uno, y que nos permite considerar que logramos una transición “jurídica” por lo menos formal, pero que es necesario incluir el grado de democratización para conocer cómo el factor jurídico genera elementos para identificar si -la otra cara de la moneda-, tiene un papel importante en la democratización de la democracia mexicana, siempre con miras a alcanzar la parte sustancial de la democracia.

⁷ Se podrá debatir que la consolidación democrática formal está deteriorada o es discontinua, pero de algún momento teórico se tiene que partir para incluir el otro elemento de la discusión, el del grado de democratización.

1.4 La justicia y los derechos sociales en México

En México se acepta y se ha “sobrevalorado” por mucho tiempo el grado de institucionalización de algunos derechos sociales, tales como el laboral, el derecho a huelga, el derecho agrario, a una seguridad social y médica. Sin embargo, la construcción constitucional e institucional surgida a partir de 1917, durante gran parte del siglo XX careció de sustento práctico y real.⁸

Es cierto que se avanzó en la repartición agraria, en la creación de instituciones que “protegían” lo laboral, la seguridad social y la salud, pero siempre fueron usados políticamente, a favor del sistema y con la finalidad de preservar la forma autoritaria de régimen político. Esto más que impulsar el aspecto de los derechos humanos a favor del ciudadano se tergiversó a favor de quienes detentaron el poder.⁹

La manipulación de estos derechos humanos en nuestro país evitó que los alcances ciudadanos fueran limitados, a pesar de que se tenía el juicio de amparo, como mecanismo para justiciabilizar este tipo de derechos, su eficacia resultó nula, más que por los alcances limitados o “personalísimos”, analizados por Fix-Zamudio (2003),¹⁰ por el desconocimiento de la existencia de este mecanismo y por la falta de aplicabilidad del mismo. Sin soslayar las carencias relativas a la escasa o nula práctica jurídica de la constitucionalidad de las leyes. Así, la justicia de los derechos sociales en México tuvo dificultades no sólo estructurales de los mecanismos existentes para garantizarlos sino también institucionales.

⁸ De acuerdo con José Ramón Cossío cuando se habló de derechos humanos desde lo interno una forma de aludirlos era bajo un vacío normativo, señalando que “habiéndose vaciado a la constitución prácticamente de sentido en aras de la determinación de un ideal revolucionario, las normas constitucionales, y particularmente las de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa y terminaron por constituir, en palabras de casi todos los autores de la época, las decisiones políticas fundamentales del régimen” (Cossío, 2005: 75).

⁹ Cossío al señalar el aspecto ideológico de los derechos sociales, concluye que “la sucesiva introducción de los derechos sociales tenía más un propósito legitimador que un verdadero intento por mejorar las condiciones de los más necesitados a través del otorgamiento de prestaciones sociales” (Cossío, 2005: 97).

¹⁰ Esta limitación se conoce como la “Fórmula Otero”.

Sin embargo, una vez que se inició la liberalización política, y se dieron las primeras reformas para la democratización del país, se aumentó la exigencia de reformar también el sistema jurídico, el Estado de derecho; sobre todo para que existiera una figura institucional que permitiera la salvaguarda de los derechos humanos y se encargara de la constitucionalidad de las leyes.

Al buscar mejorar los asuntos jurídicos, es en 1988 cuando a la Suprema Corte de Justicia de México se le dio la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes, creándose así la corte constitucional. "A partir de entonces sólo tiene competencia para conocer del juicio de amparo cuando se planteen cuestiones de inconstitucionalidad respecto de disposiciones legislativas y reglamentarias, y tratados internacionales" (Fix-Zamudio, 2003),¹¹ que necesariamente tienen que ver con los derechos humanos fundamentalizados en la Constitución.¹² A partir de esta fecha y con esta atribución a la Corte, la pregunta sería ¿sólo tienen la posibilidad de anteponer los derechos fundamentales a cualquier decisión legislativa?, o ¿también ante las acciones de los servidores públicos y particulares? Los principios y valores constitucionales, sobre todo los derechos fundamentales, tienen que prevalecer en las decisiones de los poderes públicos y de particulares.

Con esta reforma podemos sostener que se abrió la etapa de la liberalización jurídica, porque se permitió, como parte sustancial para cualquier Estado de derecho, que se diga moderno y democrático, la revisión de la constitucionalidad de las leyes, sobre todo que se incluyera la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales. Entonces, ésta sería la primera parte de la transición del Estado de derecho autoritario al Estado de derecho democrático, una especie de liberalización jurídica.

Un segundo momento, el relativo a la instauración de la teoría de la transición democrática aplicado al otro lado de la moneda, se puede considerar a las reformas

¹¹ El juicio de amparo tiene dos limitantes sustanciales, siendo los alcances personalísimos o "Fórmula Otero" y que los tiempos de resolución del mismo pueden tardar varios años.

¹² Carbonell señala que los derechos fundamentales son los derechos humanos protegidos y estipulados por la Constitución (Carbonell, 2006b), por lo que a partir de aquí utilizaremos esta conceptualización cuando hablemos de derechos humanos.

realizadas entre 1995 y 1996,¹³ las cuales permitieron fortalecer la constitucionalidad de las leyes y la centralidad de la Corte mexicana en los alcances de la interpretación de los derechos humanos, a pesar de que al juicio de amparo se le siguen manteniendo las limitaciones de sus alcances y la intemporalidad en aplicación. Estas reformas incluyen para la interpretación constitucional en México a las controversias constitucionales, a las acciones de inconstitucionalidad y al recurso de revisión para observar la legalidad; mecanismos jurídicos que también pueden derivar en la justiciabilidad de los derechos fundamentales.

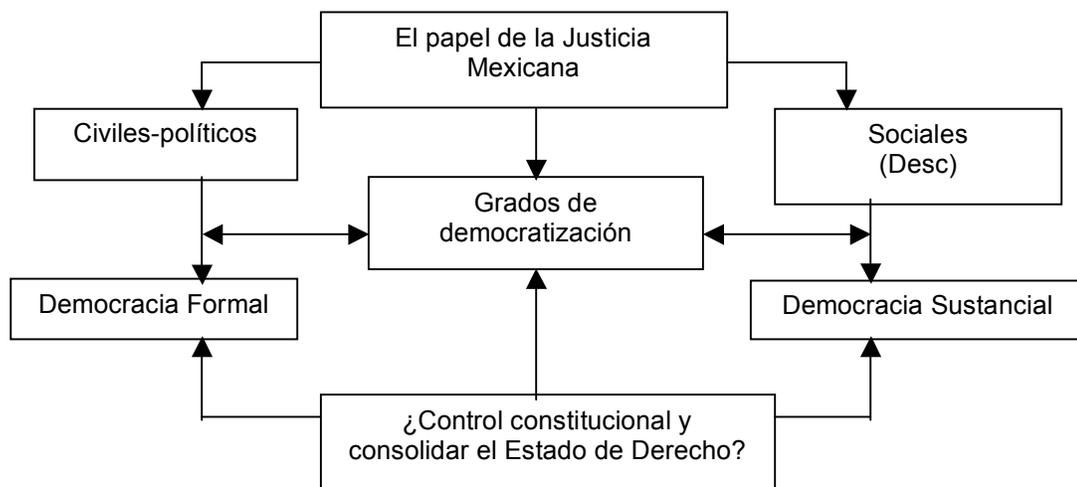
Por su parte, de manera específica para salvaguardar a los derechos fundamentales, se tiene al juicio de amparo, el cual tiene cinco vertientes, a saber “se puede utilizar para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente, para proteger derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria” (Fix-Zamudio, 2003: 18-19), que tienen que ver tanto con la revisión constitucional de los derechos fundamentales como con las leyes y reglamentos. Estas modalidades de juicio de amparo permiten hacer interpretación constitucional.

Entonces, ¿podríamos decir que la aplicación de estos mecanismos permite sostener que en México hay una democracia sustancial, ya que los derechos humanos forman parte de las decisiones judiciales? Tal vez hay que matizar, al igual que se realiza con el logro de la democracia formal y la parte de la consolidación democrática, aquí en el lado jurídico de la democracia tenemos que agregarle un elemento del grado de democratización (ver esquema 5); ya que las mejoras al control de la constitucionalidad implica, la revisión de por lo menos dos aspectos: “a) la legitimación activa y pasiva en los procesos de control de constitucionalidad y b) los

¹³ En la reforma de 1995 “se extendió de manera considerable el ámbito de las llamadas controversias constitucionales, para comprender también a los municipios y al Distrito Federal, y del propio distrito. En la segunda fracción se creó un nuevo instrumento, es decir, una acción abstracta de inconstitucionalidad, que puede ser interpuesta por el 33% de los miembros de los distintos órganos legislativos contra las leyes ya publicadas y aprobadas por la mayoría, y se incluyó también la legitimación del procurador general de la República, y finalmente, en las modificaciones constitucionales de agosto de 1996, se amplió la procedencia de la citada acción de inconstitucionalidad a los ordenamientos electorales, pero los mismos sólo pueden ser impugnados por las dirigencias de los partidos políticos respectivos” (Fix-Zamudio, 2003: 17).

efectos de las sentencias, sobre todo de las dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación” (Carbonell, 2006a: 8). Así, tenemos que una forma de observar los efectos de las sentencias de la Corte es verificar si una técnica o garantía del lado jurídico permite la efectividad en la protección y salvaguarda de los derechos sociales (es decir, la justiciabilidad), como lo es el juicio de amparo, para el caso mexicano.

Esquema 5. El grado de democratización y el papel de la justicia de los derechos sociales en México



Por lo tanto, al incluirle la variable de cuánta democratización al proceso de institucionalización de la constitucionalidad y del fortalecimiento del Estado de derecho en México, permite que las decisiones de la Corte, con relación a los derechos humanos, sean analizadas para conocer los alcances e implicaciones que tienen para la democracia formal y la propia generación de una sustancial; es revisar el papel de la justicia en esta construcción democrática.

SEGUNDO CAPÍTULO

El estudio de la democratización de los derechos humanos en México.

Enfoque y propuesta metodológica

Mirar el otro lado de la moneda, bajo el enfoque de la teoría de la democracia, es considerar que el grado de democratización también puede observarse en los avances y alcances del papel de la justicia, pero sobre todo el de la institucionalidad generada para la salvaguarda de los derechos fundamentales, los efectos que la justicia puede lograr a favor del propio proceso democrático.

Entonces, encontrar elementos que nos permitan analizar el estudio de la democratización, desde la parte jurídica, es el eje central de este capítulo. Para ello, se iniciará con el enfoque de los derechos fundamentales y la relación que tienen en la conceptualización de la democracia sustancial,¹⁴ para pasar a los elementos del enfoque analítico y metodológico que nos permitan ubicar la proclividad de la Corte hacia la democratización de la democracia. Es decir, si el papel que está desarrollando la Corte mexicana en la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales correspondería a un proceso que implique obtener indicadores de alcances democráticos, a partir de la justiciabilidad de los derechos sociales.

En este capítulo se desarrollan las propuestas analítica y metodológica sobre las que se sustentará la investigación. Éstas derivan de las premisas del garantismo jurídico, el cual centra en los derechos humanos su argumentación y propuesta de análisis sobre el Estado de derecho, la democracia sustancial y la constitucionalidad de las leyes, así como del comportamiento de la Corte. Aspectos que intentarán mostrar si existe una relación entre lo jurídico y el proceso de democratización de la democracia en México.

¹⁴ "Los derechos fundamentales [...] corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno" (Ferrajoli, 2006b: 883).

La propuesta metodológica parte del análisis de las decisiones de la Corte, mediante el estudio de casos, los relativos a los juicios de amparo que promovieron militares enfermos de VIH/Sida, atendidos en los meses de febrero y marzo del año 2007, así como del contenido de las decisiones. Las características del sentido de la justiciabilidad, en el derecho a la salud sería un indicador para valorar el grado de democraticidad en las decisiones de la Corte.

2.1 Las premisas básicas del estudio de la democratización jurídica

El desarrollo de la posición central de los derechos humanos en la configuración del Estado de derecho actual implica observar los avances y retrocesos de la salvaguarda de éstos, tanto en la constitucionalidad de las leyes como en los mecanismos que tiene el ciudadano para hacer garantizables sus derechos.

Partir de la institucionalidad generada para la protección jurídica de los derechos sociales conlleva a preguntarnos cuáles son las premisas de la investigación, qué perspectiva o enfoque de estudio utilizaremos, por qué emplear esta metodología y para qué. Limitar la investigación permite ubicar nuestro objeto de estudio, así como los avances y alcances del papel de la justicia mexicana y por ende, la correlación con la democratización de la democracia a partir de la dicotomía democracia formal versus democracia sustancial.¹⁵

Sostener que la justicia también juega un papel preponderante en la construcción democrática es analizar los alcances de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revisar la justiciabilidad de los derechos humanos y en particular del juicio de amparo como mecanismo jurídico normativo que tienen los mexicanos para la protección de los derechos humanos.

¹⁵ De acuerdo con Ferrajoli (2006b) "llamaré democracia sustancial o social al estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al estado político representativo, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad (Ferrajoli, 2006b: 864).

Es por ello que centramos el trabajo en el contenido de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, con el fin de identificar elementos en éstas que permiten la justiciabilidad de los derechos sociales y que se pueden maximizar en casos específicos, tal como es el derecho a la salud.

Por lo que para responder, nuestro objeto de estudio serán los juicios de amparo promovidos por los militares enfermos de VIH/Sida, que la Corte resolvió en los meses de febrero y marzo de 2007. A partir de éstos se analizarán los elementos constitutivos de las decisiones, es decir, qué aspectos consideraron los jueces para determinar a favor o en contra del hecho imputable, qué otros elementos pueden encontrarse o fueron fundamentales para su resolución, si hay divergencias o semejanzas, para, en primer lugar, discurrir los alcances de la justiciabilidad de los derechos humanos, que permiten las facultades y decisiones de la Corte.

En segundo lugar, con la finalidad de analizar los elementos decisorios para observar si el papel de la Corte se caracteriza por la ampliación de los elementos democráticos o por el contrario sus decisiones impiden agregarle indicadores a la democratización de la democracia mexicana, reteniendo y obstaculizando el logro de la democracia sustancial.

Entonces partiremos de que existen aspectos jurídicos normativos establecidos para una posible exigibilidad de los derechos humanos, que podrían favorecer o evitar el ejercicio práctico de la protección y salvaguarda efectiva de los derechos humanos, por sus alcances limitados y atemporales, pero que una forma de solucionar este problema es mediante el establecimiento de la máxima garantía en el ejercicio de las decisiones de las instituciones encargadas de la protección jurídica de los derechos humanos.

En consecuencia, para lograr los objetivos y observar el comportamiento decisorio de la Corte y el posible abono a la construcción de la democracia sustancial, partiremos de la hipótesis siguiente: las decisiones de la Suprema Corte de Justicia tomadas en los casos de los militares con VIH/Sida impiden el desarrollo efectivo de la

justiciabilidad de los derechos impugnados, porque más que aplicar enfoques que amplíen la garantía de éstos, realizan interpretaciones y argumentaciones que limitan el ejercicio pleno y restringen la protección de los derechos fundamentales. La verificación de la hipótesis se hará a partir de 8 casos.

Así, con base en las decisiones de la Corte de este caso concreto, se observará el tratamiento de los derechos fundamentales para conocer los alcances e implicaciones que tienen para la democracia formal y la propia generación de una sustancial; es revisar el papel de la justicia en esta construcción democrática. “En todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y a necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso” (Ferrajoli, 2006b: 916).

2.2 Precisiones conceptuales sobre los derechos fundamentales sociales

En el primer capítulo realizamos el análisis de los tres aspectos que se consideran necesarios para la transición a la democracia, desde un sistema autoritario hacia uno democrático de características formales y posteriormente el de la calidad de la democracia o grado de democratización para configurar un cierto avance entre esta democracia y la democracia sustancial, para sostener que también la justicia, sobre todo el papel que la Corte realiza a través de la interpretación constitucional y de los derechos humanos, permiten tener elementos que apoyan o limitan la democratización de la democracia.¹⁶

Sin embargo, hemos planteado diversos conceptos, que hasta cierto punto se confunden, por lo que necesitan ser esclarecidos y precisados para centrar la discusión del análisis de este trabajo. Así, se habla de derechos humanos y

¹⁶ “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer” (Ferrajoli, 2006a: 24).

fundamentales, confundiéndolos, pero tienen una diferenciación, los primeros son una apreciación teórico-filosófica y los segundos hacen referencia a los derechos que están constitucionalizados, es decir, garantizados por una Constitución.¹⁷ Diferenciación o dicotomía que no será puesta a análisis y debate, por lo que el trabajo hace referencia sólo a los derechos fundamentales que tienen los mexicanos. Tampoco se abordará la discusión de sus características, de indisponibles, inviolables, intransigibles, personalísimos o indivisibles, universales (Ferrajoli, 2006a: 47). Se aceptará por tanto que los derechos fundamentales “son los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar” (Ferrajoli, 2006a: 37).¹⁸

Otra precisión conceptual es la que se refiere a la diferenciación entre derechos políticos o de libertad y derechos sociales o de igualdad, con los primeros hacemos referencia a los civiles-políticos relativos a las libertades positivas y con los segundos a los económicos, sociales y culturales, relacionados con las libertades negativas. Sin embargo, se hablará sólo de los derechos sociales, en su conjunto para no especificar cuáles son los que pertenecen a esta categoría, a pesar de que se analizará la situación en particular de los alcances de la justiciabilidad del derecho a la salud, en el capítulo 4.¹⁹ Entonces dejamos de lado los derechos fundamentales políticos para centrarnos en los derechos fundamentales sociales, que no implica soslayar la relación o interrelación que tienen los primeros con los segundos, o viceversa, pues se sostiene que se necesitan resolver ciertos derechos civiles y políticos como el de la seguridad jurídica o de la protección de la vida para poder ejercer otros derechos,

¹⁷ Luis Enrique Pérez Luño señala que los derechos fundamentales son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo” (Pérez Luño, 1991: 46) y Carbonell (2006b) indica que son los que establecen las constituciones.

¹⁸ Ferrajoli propone también una “definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2006a: 37).

¹⁹ “A diferencia de los derechos de libertad, que son derechos de (o facultades de comportamiento propios) a los que corresponde prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), estos derechos, que podemos llamar sociales o también materiales, son derechos (o expectativas de comportamiento ajenos) a los que deberían corresponder obligaciones (o deberes públicos de hacer)” (Ferrajoli, 2006b: 861).

sean sociales o civiles-políticos, o por el contrario la violación al derecho a la salud implica transgredir el derecho a la vida.

Asimismo, sin enfocarnos en la diferenciación entre garantías para los derechos políticos y para los sociales, una garantía es “la técnica prevista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 2006a: 25), por lo que la garantía que se analizará será el juicio de amparo en los casos de los militares con VIH/Sida, en el entendido de que ésta es una garantía social: “técnicas de coerción y/o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen” (Ferrajoli, 2006a: 25),²⁰ sin soslayar que puedan existir otro tipo de garantías sociales, tales como las institucionales o las internacionales que permiten también maximizar sus alcances y resultados.

De tal manera que, es importante señalar que las garantías no sólo son jurídicas sino también políticas, legislativas o internacionales. Por tanto, los derechos civiles-políticos y sociales tienen una serie de instituciones para garantizarlos antes de utilizar el motor jurídico, como último recurso para lograr su validez, proveer su uso y beneficios. Tampoco hay que dejar de considerar que si un derecho fundamental no tiene una garantía jurídica o un mecanismo para impulsar la justiciabilidad, existe la posibilidad de que se tergiversen, sean violados o se evite otorgarlos.²¹ Entonces, tenemos garantías primarias, que es la garantía a que se obliga el Estado a proporcionar o evitar lesionar a través de sus instituciones, y las garantías jurídicas para accionar el otro lado de la moneda, el de la justicia con la finalidad de sancionar o reparar el daño provocado a una violación de derecho fundamental. En otras palabras, si se violan las garantías primarias se puede utilizar la garantía secundaria o

²⁰ Ferrajoli divide a las garantías, además de las sociales en liberales, que están “dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan” (Ferrajoli, 2006a: 25).

²¹ “Se trata de una tesis hoy ampliamente difundida, que se resuelve en la identificación de los derechos fundamentales con sus garantías y en particular con las que he llamado garantías secundarias, es decir con su accionabilidad en juicio: un derecho formalmente reconocido pero no justiciable –es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos- es tout court, afirma, por ejemplo, Danilo Zolo, un derecho inexistente” (Ferrajoli, 2006a: 44).

jurídica para reparar la violación del derecho fundamental, “es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión” (Ferrajoli, 2006b: 917).²² Por tanto, el análisis de este trabajo es de una garantía jurídica secundaria, el juicio de amparo, como mecanismo de justiciabilidad de los derechos fundamentales, mediante 8 casos de militares con VIH/Sida.²³

Finalmente, aceptar que existen diferentes tipos de garantías –políticas, legislativas o internacionales–, es aceptar también que existen diferentes mecanismos por medio de los cuales el Estado puede lograr la efectividad de un derecho fundamental. Es por ello, que al precisar el análisis, sobre un tipo de garantía jurídica, el juicio de amparo, también se necesita observar si la justiciabilidad, entendida como la posibilidad de llevar a cabo un reclamo de tipo jurídico para denunciar la violación del derecho ante un juez y pretender que se cumpla la obligación de respetar, proteger, garantizar o promoverlo,²⁴ con el objetivo de repararlo e imponer sanciones a aquellos que transgredieron, sean servidores públicos o particulares, logra la efectividad en la protección de los derechos sociales.

En este aspecto considerado como exigibilidad o justiciabilidad de los derechos fundamentales, es importante señalar que refiere a los diferentes tipos de derechos fundamentales, sean civiles-políticos o sociales, la distinción sería en el tipo de garantía que se utiliza como técnica jurídica para reclamar ante la autoridad jurídica la

²² Esta jurisdiccionalidad es un principio garantista que junto con el principio de legalidad, de acuerdo con Ferrajoli (2006b) son parte esencial de su postura teórica, el garantismo.

²³ Para hacer una distinción de este tipo de garantías, Ferrajoli menciona que “para distinguir conceptualmente entre derechos subjetivos, que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes que constituyen las garantías asimismo dictadas por normas jurídicas, ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquéllos, que forman las que en el apartado 2 he llamado garantías primarias, o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras, que forman las que he llamado garantías secundarias” (Ferrajoli, 2006a: 59). En otra parte del texto menciona que “Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias” (Ferrajoli, 2006a: 43).

²⁴ Van Hoof, citado por Abramovich y Courtis señala que hay “cuatro niveles de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien (Abramovich y Courtis, 2004: 28-29).

violación y buscar su reparación y protección. Pero toda garantía tiene que tener un máximo grado de tutela y jerarquía con relación a la protección de los derechos fundamentales.²⁵

De tal forma que la exigibilidad requiere de varios elementos, entre ellos la figura jurídica mediante la cual se puede proceder, que sea el mecanismo jurídico factible, que se impute una falta al respeto, protección, o promoción del derecho, que sea pronta y expedita, que logre la reparación del derecho y que sancione a los que infringieron los derechos de terceros.

2.3 Las premisas de la investigación

Una vez que hemos desarrollado las precisiones conceptuales sobre el estudio de los derechos fundamentales, su garantía y la judicialización, para delimitar el objeto de estudio a los derechos sociales, ahora pasaremos a los elementos que permitirán realizar el análisis descriptivo de las decisiones de la Corte, en los casos de los militares con VIH/Sida, y relacionar el grado de democratización que se observa en su contenido, así como el papel desempeñado por la Corte.

El análisis de los casos se sustenta en un enfoque a partir del garantismo,²⁶ que hace referencia a un tipo de estado de derecho, que tiene relación con la interpretación de la constitucionalidad de las leyes, con la posición del juez para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales, todo ello para lograr un tipo de democracia, la sustancial. Dentro de esta teoría, los derechos fundamentales son la parte esencial y recorre cada parte de los elementos descritos, hasta el de las garantías para hacerlos realidad y en caso contrario tener una garantía jurídica para

²⁵ De acuerdo con Ferrajoli "el segundo principio garantista de carácter general es el de jurisdiccionalidad: para que las lesiones de los derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, sean sancionadas y eliminadas, es necesario que tales derechos sean todos justiciables, es decir, accionables en juicio frente a los sujetos responsables de su violación, sea por comisión o por omisión" (Ferrajoli, 2006b: 917).

²⁶ Ferrajoli es el autor que construyó esta teoría, de la cual propone tres acepciones: la primera "designa un modelo normativo de derecho, de acuerdo a una estricta legalidad y vinculación de los derechos humanos; la segunda como teoría jurídica de validez y efectividad; y la tercera como filosofía política de separación entre derecho y moral, validez y justicia (Ferrajoli, 2006b: 851-853).

accionar la jurisdiccionalidad del Estado de derecho para salvaguardarlos. Entonces, al hacer un estudio del juicio de amparo de 8 casos de militares con VIH/Sida, se hará una revisión de estos elementos, para incluir el grado de democraticidad observado en la democracia mexicana.

2.3.1 La propuesta analítica y metodológica

La propuesta analítica se construye a partir de dos pilares fundamentales: a) las premisas del garantismo jurídico, según el cual los mecanismos jurídicos permiten que la justiciabilidad de los derechos fundamentales logren hacerlos efectivos, se gocen y se protejan en caso de ser violentados o tergiversados por los poderes políticos, y b) una visión del activismo de la corte constitucional, mediante el cual las decisiones desarrolladas por los jueces a favor de los derechos humanos permite fortalecer los procesos de democratización que viven las democracias.

Por lo tanto, se acepta de antemano que sólo tenemos al juicio de amparo para accionar el motor jurídico, pero que los elementos para identificar la justiciabilidad de los derechos fundamentales son en primer lugar la exploración del uso de las facultades que tienen los jueces, el juez constitucional para decidir sobre los derechos. El segundo elemento es el relativo a los tiempos de ejecución de la garantía, así como de la decisión de la Corte. Un tercer elemento es el relativo a los medios o herramientas que utiliza el juez para decidir un caso, qué otros conocimientos acepta para valorar el sentido de su decisión, dentro de ésta pueden incluirse una diversidad de aspectos, desde opiniones de especialistas hasta institucionales. Por último, como cuarto elemento, si dentro de la decisión se toman en cuenta las observaciones y recomendaciones que al respecto han considerado los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos.

Estos elementos permitirán conformar una descripción del garantismo existente en México, al señalar que el logro de una máxima garantía para los derechos fundamentales partirá del uso de la jurisprudencia y las facultades de la Corte, de los

tiempos que eviten prolongar la decisión, así como la inclusión de posiciones argumentativas desde las instituciones o expertos y de las contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos. Todo ello para describir si es un garantismo estable, logrado a partir de incluir estos cuatro elementos en las decisiones de la Corte o por el contrario que lo hecho en los casos por analizar se tenga uno inestable o, peor aún, se decida por un legalismo inestable. El enfoque, por tanto, es la identificación de los elementos jurídicos que tiene la Corte para decidir en los casos donde se involucren derechos fundamentales.

Por su parte, la revisión del activismo o el papel de la Corte constitucional, es la descripción del contenido de las decisiones desarrolladas por los jueces a favor de los derechos fundamentales, sobre todo si amplían su visión de protección y salvaguarda, involucrando instituciones, los derechos protegidos y las implicaciones de las decisiones. Para ello se atenderán las siguientes posibilidades:

1. *Expansión*: característica que tiene relación con el número de derechos que son involucrados en las decisiones y si dentro de éstas se busca ampliar el nivel de protección tanto en el derecho fundamental involucrado como en los implicados.
2. *Delimitación*: elemento que tiene que ver con la decisión de enmarcar los alcances de la protección de los derechos fundamentales. Es decir, establecen los límites.
3. *Contracción*: componente que se identifica con el retroceso en la salvaguarda del derecho, a través de valorar que la norma impugnada no violenta ningún derecho fundamental.
4. *Difusos*: aspecto que más que delimitar o explicar los alcances de la constitucionalidad de los derechos fundamentales confunde y oscurece la situación de protección.
5. *Explicación*: se limita a señalar qué es lo que quiere proteger la constitucionalidad o, en otras palabras, qué tiene relación con la estricta legalidad.

Al referirse a estos elementos se puede caracterizar el papel de la Corte sobre los derechos fundamentales a partir de un activismo fuerte, donde se identifique la presencia en las decisiones de una expansión en la interpretación, en conjunto con la explicación del derecho y la delimitación de los mismos, o en caso contrario cuando sólo se contraigan o se crea confusión, habrá un papel inactivo de la Corte. También tenemos un papel intermedio determinado por la combinación de los aspectos de delimitación, contracción y confusión en la protección de los derechos.²⁷

Así, en conjunto estos elementos permitirán identificar el grado de justiciabilidad que imprime la Corte en sus decisiones, en otras palabras si logra maximizar la protección de los derechos involucrados a pesar de las limitaciones estructurales propias del juicio de amparo. Pero para encontrar un máximo garantismo que pueda ser considerado como un factor para observar el grado de democratización de la democracia en México, es necesario lograr la combinación de los dos pilares o enfoques de investigación. Un tipo de garantismo de los derechos humanos con base en una visión ciudadana de la Corte, donde el contrapeso de los derechos fundamentales sea sustancial para la democracia. Así, la propuesta metodológica se puntualiza como una perspectiva dinámica y relacional del vínculo entre la Corte y la ampliación de los derechos humanos, que se observará en el análisis del derecho a la salud.

Por lo tanto, se intentará conformar un enfoque de máxima garantía democrática de los derechos fundamentales –máximo garantismo–, y observar los alcances democráticos que pretende la Corte o, en otras palabras el papel que juega en la construcción de la democratización de los derechos humanos, a partir de las decisiones establecidas en estos casos y bajar el análisis a un derecho en específico,

²⁷ Gerardo Pisarello desarrolla un modelo que explica las posibles hipótesis de las relaciones entre la intervención legislativa y la intervención jurisdiccional. "Por intervención legislativa se entiende la participación de los órganos legislativos en la regulación de los derechos sociales. De acuerdo al grado de intervención, se admiten dos posibilidades genéricas: desarrollo de los derechos y las políticas sociales constitucionales u omisión legislativa. Con intervención jurisdiccional, a su vez, se hace referencia a la participación de los jueces constitucionales en la regulación (o definición, si se prefiere) de los derechos sociales. Según el tipo de intervención que tenga lugar, se admitirían actitudes activistas o deferentes frente al legislador. Por ambos casos la intervención legislativa y judicial se contemplan dos hipótesis: la maximización de los mismos, en términos de vigencia efectiva o su minimización" (Pisarello, 2004: 116).

el derecho a la salud, para conocer el grado de justiciabilidad mostrado en las decisiones de la Corte, ahora que muestra un protagonismo en la vida institucional.

CUADRO SÍNTESIS DE LA PROPUESTA ANALÍTICA Y METODOLÓGICA

| Objeto de estudio | Enfoques | Indicadores | Posibilidades | Índice | Aspecto Relacional |
|--|--|---|---|--|---|
| Los casos de los militares enfermos con VIH/sida | a) Garantismo necesario para la justiciabilidad | 1. Uso de facultades 2. Tiempos de la decisión 3. Uso de opiniones externas 4. Derecho internacional | 1. Jurisprudencia y atracción 2. Tiempos 3. Instituciones y Expertos 4. Interpretación | 1+2+3+4 = Garantismo estable 1+2+3 = Garantismo inestable 1+2+4 = Legalismo estable 1+2 = Legalismo inestable | Garantismo de los derechos humanos + activismo fuerte de la Corte = Corte ciudadana (contrapeso ciudadano = visión del poder vertical invertida, de abajo hacia arriba) |
| | b) El papel de la Corte con relación a los Derechos Sociales (activismo) | 1. Instituciones involucradas 2. Derechos protegidos 3. Implicaciones de las decisiones | 1. Expansión 2. Delimitación 3. Contracción 4. Difusos 5. Explicación | 1+2+5 = Activismo fuerte 3+4+2 = Activismo débil 3+4 = Inactividad | Justiciabilidad de los derechos humanos + activismo débil de la Corte = Corte institucional (contrapeso institucional = visión del poder horizontal, entre iguales) |

TERCER CAPÍTULO

La justiciabilidad en los casos de los militares con VIH/Sida

En el capítulo anterior se explicaron los elementos que servirán para realizar el análisis siguiente de los 8 casos de estudio, el de los militares enfermos de VIH/Sida. Asimismo, se abordaron las propuestas de análisis y metodología con las cuales se pretende encontrar los elementos y características de la justiciabilidad de los derechos humanos y establecer si hay una correlación con la posible calidad de la democracia o si ésta abona para la misma.

Entonces, en este capítulo se abordarán tres aspectos. El primero de ellos se refiere a la justiciabilidad de los derechos humanos a partir de los casos, es decir, se acepta que el juicio de amparo es una forma de garantía secundaria y se intentará establecer el grado de idoneidad como mecanismo jurídico para la protección y salvaguarda de éstos. El segundo elemento se refiere a los indicadores sobre el garantismo, contruidos como parte analítica en el segundo capítulo. Finalmente, como tercer elemento, se suscribirá el análisis del activismo de la Corte como indicador que muestre su papel en la construcción de la democracia sustancial.

3.1 El contexto

Derivado del clima de inseguridad que se vive en México, el gobierno federal, en el año 2006, optó por incluir al ejército en las tareas de seguridad pública, principalmente con objeto de atacar la delincuencia organizada y el narcotráfico, e inició una serie de acciones en diferentes entidades del país, sobre todo en las del norte. Con esta decisión, a los militares se les sacó de los cuarteles y se les llevó a las calles, para atender una problemática social que las fuerzas de seguridad pública no pudieron disminuir. Las imputaciones por abuso de autoridad y violación de los derechos humanos por parte del ejército no se dejaron de presentar, un caso

emblemático que podemos señalar es el de la señora Ernestina Ascencio Rosario, de 70 años, que murió a consecuencia de lesiones infligidas “supuestamente” por militares.²⁸

Los militares por ello, al ser parte de la agenda de seguridad pública de la nueva administración federal, también se perfilan como un elemento central del debate nacional y de la agenda de los medios de comunicación masiva, por saber si su utilización traería consigo la disminución de la delincuencia relacionada con las drogas. Sin embargo, en lugar de atacar dicha problemática, lo que salió a la luz fueron las posibles violaciones a los derechos humanos, el exceso de la fuerza y el abuso de autoridad con que ejercían su actividad.

Asimismo, también salieron a relucir las deficiencias armamentistas y operativas con las que contaba el ejército mexicano, sin soslayar la incidencia de la baja de militares que son cooptados por las organizaciones del narcotráfico y sin demeritar que la “gente” se interesó más por la vida interna del mismo, su régimen de excepción y las instituciones que tienen para resolverla.

Dentro de este contexto político-institucional, caracterizado por mostrar a la luz pública la estructura, organización y problemática que presenta el ejército mexicano, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación se presentan una serie de juicios de amparo en revisión donde está involucrado el ejército y los procedimientos internos vigentes que imputan ciertas violaciones a derechos fundamentales de sus integrantes. Por ello, el análisis se llevará a cabo de 8 casos, siendo los siguientes:²⁹

²⁸ En el Informe Anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, de 2006, se señala que 182 quejas fueron en contra de la Secretaría de la Defensa Nacional y para el de 2007 se incrementaron a 367, con la presentación de 6 recomendaciones para ésta.

²⁹ También se revisó el Juicio de Amparo 936/2006, que corresponde a la misma queja, es decir, violación de las garantías individuales de igualdad, no discriminación y protección a la salud, provocada por el procedimiento de inhabilitación por actos fuera del servicio, sin embargo, el motivo no fue por enfermedad del VIH/Sida, sino por traumatismo craneoencefálico. Cabe señalar que la argumentación y estructuración de este juicio es muy semejante a los establecidos en los casos de VIH/Sida que se analizaron.

Cuadro 3.1. Los casos analizados (Juicios de Amparo en Revisión) son:³⁰

| Casos | Número |
|--------|------------------------|
| Caso 1 | 1015/2005 |
| Caso 2 | 510/2004 |
| Caso 3 | 259/2005 |
| Caso 4 | 1185/2004 |
| Caso 5 | 1666/2005 |
| Caso 6 | 1200/2006 |
| Caso 7 | 2146/2005 |
| Caso 8 | 810/2006 ³¹ |

3.2 La justiciabilidad de los casos

Al parecer la justiciabilidad como mecanismo jurídico para la protección de los derechos fundamentales requiere abordar los elementos que permiten su constitucionalización o revisar la forma en que se realiza el control constitucional en

³⁰ Se analizó también el juicio de amparo 196/2005, que atiende las mismas garantías violadas, con relación a la enfermedad de un militar de VIH/Sida que murió, sin embargo, al analizar el caso, la Corte consideró improcedente el alegato y estableció sobreseerlo, ya que la condición de muerte no implicaba alguna violación constitucional, y los derechos respecto a la protección social y médica de los familiares fueron otorgados, por lo que no existió ninguna inconstitucionalidad de la ley y del procedimiento de inhabilitación por actos fuera del servicio.

³¹ El expediente 1015/2005 impugna la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas de la República Mexicana, en particular, la fracción 117 de la primera categoría de las tablas anexas, así como el artículo 197, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1976, se presentó ante el 5 Juzgado de Distrito en el Estado de México, (J.A. 648/2001-II-1) y el tema fue determinar si el artículo 197 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas viola la garantía de audiencia y debido proceso y si el artículo 22, fracción IV, en relación con la fracción 117 de la primera categoría de las tablas anexas son violatorias a la garantía a la salud (artículo 4º Constitucional) y si violan el apartado B del artículo 123 y artículo 107 fracción VII constitucionales; el expediente 510/2004, impugna la Ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículo 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, se presentó ante el 9 Juzgado de Distrito en el Distrito Federal (1191/2002-III) y el tema fue el Retiro Forzoso por inutilidad contraída fuera de actos de servicio; el expediente 259/2005 impugna la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículos 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de junio de 1976, se presentó ante el 4 Juzgado de Distrito en el Distrito Federal (J.A. 443/2003) y el tema fue el Retiro por Quedar inutilizado en actos fuera de servicio; el expediente 1185/2004 impugna la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículo 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de junio de 1976, y el tema son los artículos 19, 20, 22, 33, 34, 152 y 155, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas; el expediente 1666/2005 impugna Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículo 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de junio de 1976 y se presenta ante el 6 Juzgado de Distrito en el Distrito Federal (1117/2003-III); el expediente 1200/2006, impugna Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículo 19, 20, fracción I, 22, fracción IV, 33, 34, 152 y 155, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de junio de 1976 y se presenta ante el 10 Juzgado del Distrito en el Distrito General (J.A. 1199/2003-II); el expediente 2146/2005 impugna la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, artículos 21, 22, fracción I, 24, fracción IV, 35, 36, 142, 145 y 226, Segunda categoría, punto 45, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 09 de julio de 2003 y se presentó ante el 4 Juzgado de Distrito en el Distrito Federal (J.A. 473/2004); y el expediente 810/2006 impugna la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas artículo 226, Segunda Categoría, inciso 45, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 09 de julio de 2003 y se presentó ante el 12 Juzgado de Distrito en el Distrito Federal (J.A. 1023/2005).

un Estado. Siguiendo la argumentación de Guastini (2005), se tienen que cumplir siete características: a) una Constitución rígida, es decir, que para llevar a cabo un proceso de reforma tiene que realizarse bajo el cumplimiento legal y estricto que establece la misma para ello; b) la garantía constitucional –que abordaremos en el caso concreto–, el control de la constitucionalidad de las leyes, sobre todo los tiempos en los cuales puede aplicarse; c) la fuerza vinculante, indica la existencia o difusión de que en toda interpretación jurídica existen principios y disposiciones constitucionales a las cuales se respeta, pero sobre todo que son utilizadas para elaborar las normas secundarias; d) la interpretación constitucional, la cual tiene que abarcar toda decisión judicial, es decir, uso excesivo de la aplicación del control y fuerza vinculante de la constitución; e) la aplicación directa de las normas constitucionales; f) la interpretación conforme a las leyes, que cuando se interpreten las leyes sea con relación a lo estipulado por la Constitución; y g) la influencia constitucional en las relaciones políticas, que se refiere a la relación que tienen los encargados de la interpretación constitucional (tribunal constitucional y jueces) con las decisiones políticas, el uso de la argumentación jurídica por los actores (Guastini, 2005: 49-73).³²

Entonces, para ir desagregando los elementos del constitucionalismo observado en los casos de los militares de VIH/Sida se parte de la existencia de una Constitución rígida, como la nuestra, y de que hay tiempos procesales y órganos de interposición que tiene que cumplir el quejoso cuando activa el motor jurídico, y se busca la justiciabilidad de un derecho fundamental. La parte procesal jurídica establecida para el juicio de amparo tiene que recorrer todos los pasos y caminos institucionales, es decir, que cuando un quejoso interpone juicio de amparo lo realiza ante los Juzgados de Distrito, pasa al Tribunal Colegiado y posteriormente que éstos indiquen que en el caso existen elementos que permitan justificar la constitucionalidad de alguna ley, se somete a consideración de la Corte (ver cuadro 3.2).

³² Esta caracterización del constitucionalismo se ha denominado como neoconstitucionalismo, ver Carbonell, Miguel (2005a).

Cuadro 3.2. Fechas de interposición y de resolución de los casos analizados

| Casos | Interposición | Resolución |
|--------------|----------------------|-------------------|
| Caso 1 | 3-julio-2001 | 27-feb.-2007 |
| Caso 2 | 4-sep.-2002 | 6-marzo-2007 |
| Caso 3 | 10-marzo-2003 | 6-marzo-2007 |
| Caso 4 | 10-abril-2003 | 6-marzo-2007 |
| Caso 5 | 27-junio-2003 | 6-marzo-2007 |
| Caso 6 | 17-julio-2003 | 6-marzo-2007 |
| Caso 7 | 30-abril-2004 | 27-feb.-2007 |
| Caso 8 | 29-agosto-2005 | 27-feb.-2007 |

Una vez que se hizo del conocimiento de la Corte, la interpretación constitucional se realizó a partir de dos elementos, el que se refiere a la legalidad de los actos de los servidores públicos y a la constitucionalidad de las leyes. Por un lado tenemos la estricta legalidad y por el otro el contenido de la ley, como cuarto elemento.

La constitucionalidad de las leyes observada en los casos se basa en dos principios (como tercer elemento), el de racionalidad y el de proporcionalidad, donde un derecho fundamental no puede estar por encima de otro, en caso de colisión de los mismos. Se tienen que señalar las justificaciones necesarias para motivar el por qué tiene que imperar cierta finalidad objetiva de un derecho, como el de la eficacia de las fuerzas armadas ante la protección de la salud de los ciudadanos y por lo tanto de los militares. Veamos cómo lo señalan los casos:

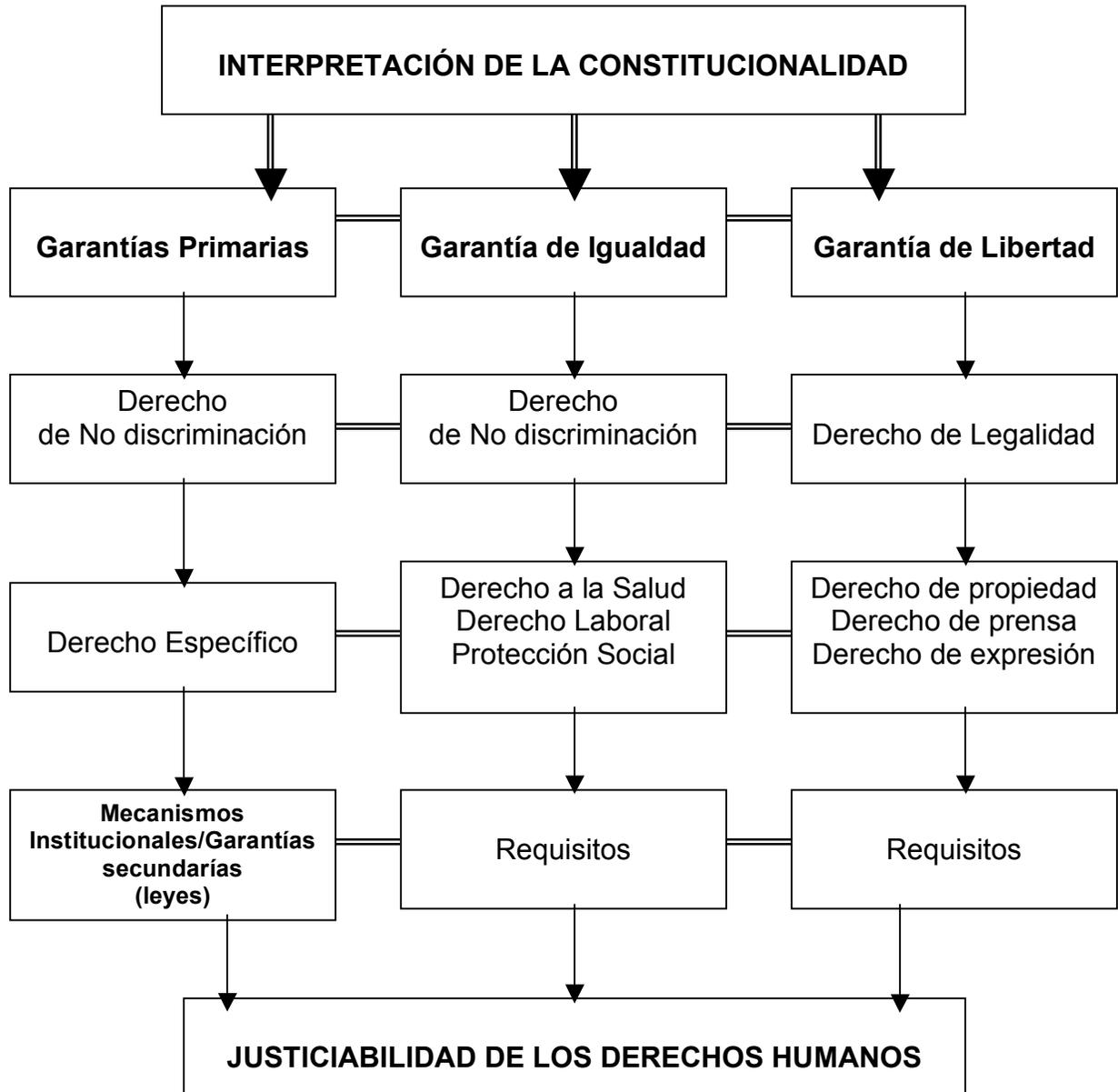
“[...] se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual,

mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención” (Caso 6, 2007: 68-69).

Es así como la Corte interpreta la colisión entre los principios de protección a la salud y el de la eficacia de las fuerzas armadas, en los artículos impugnados por el quejoso y las leyes respectivas. Este aspecto relacional entre principios constitucionales, la ley y la legalidad de las normas tiene una aplicación directa, es lo que impera en estos asuntos, ya que la Corte precisó, en los casos analizados, que la garantía de igualdad, que alega el quejoso le ha sido violada, se analizará con relación a la garantía de no discriminación y el derecho a la protección de la salud. Además señaló que la igualdad se otorga ante la ley y ante el contenido de la ley, por lo que la Corte para observar dicho principio tuvo que identificar el sentido y alcance de la no discriminación, es decir, que la base de interpretación constitucional de la igualdad se sustenta en el criterio de la no discriminación y a partir de ahí se determinará si la ley impugnada viola el derecho de salud y su protección (quinto y sexto elementos).

En este sentido, la base (cómo se realiza ésta) de interpretación constitucional observada en los casos es la siguiente:

Cuadro 3.3. La constitucionalidad observada en los casos



Dentro de los elementos quinto y sexto, podemos agregar que la Corte estipuló que al interpretar se observará que el legislador “no” introduzca “tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas” (Caso 6, 2007: 43).

Por lo que hace al séptimo elemento, al revisar los casos de los militares con VIH/Sida, la Corte se “enfrenta” a un régimen, como ésta lo señala, de excepción, en el cual se establecen relaciones de sujeción especial, ya que tienen sus propias leyes y órganos jurídicos para la regulación de las relaciones y servicios castrenses.

Por ese motivo, cuando se incluyen las premisas³³ base de la interpretación de la constitucionalidad, se estudió bajo el entendido de que hay una contraposición entre dos principios, el de la eficacia de las fuerzas armadas y el de la protección a la salud, los cuales tienen que ser logrados por el Estado. Alcanzar el objetivo militar tampoco puede suponer que el derivado del derecho a la salud sea “superior”, al objetivo de las fuerzas armadas. Se otorga la justiciabilidad de la salud, pero no transgrediendo los principios militares.

Además, la interpretación que la Corte realizó en los 8 casos, parte de considerar que el legislador es el primer actor que puede llevar a cabo esta tarea y que como segundo momento, existe ésta, para posiblemente “enmendarle la plana” cuando se equivoque. La revisión de la Corte parte, por tanto, de que estos dos principios generan diferencias sustanciales, que tienen que mantenerse y derivan en una diferente protección constitucional. De tal forma que en este conflicto de principios, la Corte al ponderarlos aceptó que los dos principios tienen el mismo rango jerárquico constitucional, pero que al incluirle la valoración de cuál es el que debería prevalecer, decidió a favor de la eficacia de las fuerzas armadas.³⁴ Se consideró que

³³ Las premisas de interpretación son: 1. Suficiencia del planteamiento de inconstitucionalidad para abordar el estudio de fondo del asunto (causa de pedir); 2. Reconocimiento constitucional de un régimen de excepción en las fuerzas armadas; 3. Aplicabilidad de las garantías individuales de igualdad y de no discriminación por razón de salud para el legislador en materia castrense; 4. Tratamiento del asunto como colisión entre principios constitucionales (eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros en relación con las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud); 5. Criterios para la solución de conflictos entre principios constitucionales: aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

³⁴ De acuerdo con José Juan Moreso, “la ponderación presenta las tres siguientes características: a) [...] se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, se suponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial [...] no vale *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico: principios constitucionales; no vale *lex posterior derogat priori*, se trata de principios expresados en un mismo documento normativo, de principios coetáneos; no vale tampoco *lex specialist derogat generali*, dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios, b) la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor. Un principio desplaza al otro y resulta aplicable, y c) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en su aplicación al caso concreto, denominada una jerarquía móvil” (Moreso, 2005: 102-103).

este principio persigue la seguridad pública, del Estado y la vida de los ciudadanos, por lo que se estableció que tiene un valor “mayor” en la interpretación constitucional en estos casos.

Pretendió señalar que los militares tienen que estar en las mejores condiciones físicas y mentales para alcanzar este fin constitucional, por lo que si se presentan militares no aptos para lograrlo, el ejército puede llevar a cabo las acciones que considere prudentes para obtenerlo (como segundo elemento de interpretación del legislador). Al realizar la separación de los militares, pretendió una discriminación funcional, que les permite alcanzar dicho objetivo (como tercer elemento de interpretación), pero que el retiro por inutilidad en el servicio, derivado de la enfermedad de los militares, resultó ser desmedida e injustificada, pues perseguir el fin de las fuerzas armadas, no implica violar sus derechos, incluyendo el de protección a la salud y la seguridad social de él y sus familiares, es decir, separarlos del ejército no implicaba también quitarles los derechos fundamentales a que tienen derecho. Por lo que, tal vez, la Corte tuvo una “duda razonable”, si separar a estos militares influía o no en la búsqueda del fin de la seguridad del Estado y de los ciudadanos, señalando que esta separación en ningún aspecto evitaba perseguir la eficacia de las fuerzas armadas, de tal forma que no se justificaban las consecuencias del procedimiento de inhabilitación (como cuarto elemento de interpretación).

Se presenta lo que Moreso (2005) señala “cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón por lo que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez” (Moreso, 2005: 113-114).

La Corte al decidir de esta forma, parte de llevar a cabo ponderación entre principios constitucionales, el de las fuerzas armadas y el de la protección a la salud, con base en la posible discriminación o no, de los actos de los militares, sustentados en una ley

que les permite realizar este procedimiento. Pero tener esta facultad no implica, como lo sostuvo la Corte, que se transgredan otros derechos, por discriminación por motivos de salud.³⁵ Se presenta así una forma particular de tomar decisiones por el juez constitucional, en la cual en un caso distinto la Corte puede decidir a través de otros valores y propiedades, generando una falta de constancia de criterios y de constitucionalidad de los derechos humanos que pretenda favorecer en cada caso la protección de éstos, es decir, en otros casos la Corte puede decidir que no se ha violado un derecho humano y que la ley es constitucional, dependiendo de las valoraciones particulares de los principios en conflicto.

Así, la posición de este constitucionalismo con relación a los derechos fundamentales, la podemos explicar a partir de que la Constitución le otorga la fuerza positiva a los derechos humanos y da estructura a las instituciones democráticas, donde se incluyen las militares, siempre buscando el logro de los objetivos y finalidades de cada una. Por lo que para aceptar tal argumento es necesario identificar el sentido del constitucionalismo de una forma más detallada, sobre todo en el entendido de que esta elaboración constitucional puede corresponder a un Estado de derecho constitucional en el cual los derechos fundamentales son el elemento sustancial o de contenido, donde el control constitucional de la legalidad y del contenido de los preceptos, como primera garantía de éstos, son elementos de proclividad hacia la democratización de la democracia, o por el contrario operan a favor del impedimento del avance de la misma. Implica, por tanto, en el sentido garantista de Ferrajoli, ser una interpretación más allá de la legalista, que subordina el ejercicio de los poderes –ideológico, económico y político– a la observancia de las leyes, a favorecer los rasgos democráticos al sistema político, a partir de obligarse a respetar, promover y proteger los derechos fundamentales, (Ferrajoli, 2006b: 851-903). Todo ello para fortalecer el Estado de derecho, el constitucionalismo y el régimen democrático, en su sentido sustancial.

³⁵ Carbonell señala que “la intervención judicial para declarar la invalidez o inaplicabilidad de las leyes que contengan discriminaciones es deseable e incluso indispensable, pero ello no exime la obligación de los legisladores de velar porque la supremacía constitucional sea protegida, también, a través de la adecuación legislativa que sea necesaria a la vista de nuevos contenidos constitucionales” (Carbonell, 2005b: 134). Además agregaría que atendiendo la supremacía a la protección constitucional de los derechos fundamentales.

3.3 Los elementos del garantismo en la justiciabilidad de los casos

Como pudimos observar en el apartado anterior, la forma de la interpretación constitucional en los casos de los militares con VIH/Sida parte del artículo primero de la Carta Magna que establece el derecho de los mexicanos a los derechos fundamentales, y a partir de allí se desprenden dos principios sustanciales: el de la igualdad y el de libertad, que forman parte de la constitucionalidad en el sentido del contenido de la ley, pero que también incluye la observancia de la legalidad.

Por tanto, para establecer si en los casos existen los elementos considerados como parte del garantismo, revisaremos los cuatro aspectos que incluimos en la propuesta analítica y metodológica, a saber: a) el uso de las facultades que tiene el juez constitucional para decidir sobre los derechos involucrados; b) el relativo a los tiempos de ejecución de la garantía, es decir, si los tiempos se consideran óptimos para generar una protección; c) los medios o herramientas que utiliza el juez para decidir (qué otros conocimientos acepta para valorarla) si los casos conforman inconstitucionalidad; y d) si en la decisión se toman en cuenta las opiniones, jurisprudencia y decisiones de órganos internacionales para la protección de los derechos humanos.

En un primer acercamiento al estudio de los casos podemos considerar que estadísticamente tres variables son observadas por todos los casos, como se muestra en el cuadro siguiente:

3.4. El garantismo observado en los casos

| Casos | Uso de Facultades | Otras Opiniones | Derecho Internacional |
|--------|-------------------|-----------------|-----------------------|
| Caso 1 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 2 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 3 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 4 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 5 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 6 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 7 | ✓ | ✓ | ✓ |
| Caso 8 | ✓ | ✓ | ✓ |

Sin embargo, cada una debe ser analizada de forma sustancial, al contenido y la forma de interpretación de la Corte. Por tanto, en el rubro de "Uso de Facultades", hay dos aspectos que se tienen que considerar, el primero es que en estos casos, los tiempos procesales (más adelante estimados), llevan a utilizar todos los organismos jurisdiccionales establecidos para el estudio jurídico del mecanismo de juicio de amparo, por lo que se interponen ante el órgano distrital o Juzgados de Distrito en Materia Administrativa, luego se revisan en el órgano regional o Tribunales Colegiados en Materia Administrativa y finalmente en la Corte; bajo la determinación jurídica del Tribunal de que en los casos existen elementos que permiten someter a consideración de la inconstitucionalidad la ley impugnada y que ésta no es materia de dicho tribunal, por lo que son enviados a la Suprema Corte para que analice los casos, estableciendo que sí tiene competencia para revisarlos. En este sentido, el uso de facultades corresponde a los procedimientos jurídicos normales, en ningún caso hay atracción de la Corte, como segundo aspecto de esta posibilidad analítica.

Por lo que hace a los tiempos procesales, tenemos lo siguiente:

3.5. La eficiencia en los tiempos de los casos estudiados

| Casos | Interposición | Resolución | Meses | Años |
|--------|----------------|--------------|----------|-----------|
| Caso 1 | 3-julio-2001 | 27-feb.-2007 | 68 meses | 5.66 años |
| Caso 2 | 4-sep.-2002 | 6-marzo-2007 | 55 meses | 4.58 años |
| Caso 3 | 10-marzo-2003 | 6-marzo-2007 | 49 meses | 4.08 años |
| Caso 4 | 10-abril-2003 | 6-marzo-2007 | 48 meses | 4.00 años |
| Caso 5 | 27-junio-2003 | 6-marzo-2007 | 46 meses | 3.83 años |
| Caso 6 | 17-julio-2003 | 6-marzo-2007 | 45 meses | 3.75 años |
| Caso 7 | 30-abril-2004 | 27-feb.-2007 | 35 meses | 2.91 años |
| Caso 8 | 29-agosto-2005 | 27-feb.-2007 | 19 meses | 1.58 años |

De tal forma que, en los 8 casos, los tiempos para lograr una eficacia de la garantía del juicio de amparo, resultan ser largos y onerosos. Onerosos porque tienen que hacer varios procedimientos a través de los órganos jurisdiccionales, y largos porque la justicia mexicana se tardó 30.39 años en resolver todos los casos similares abordados; lo que da como resultado que se inviertan recursos (humanos, financieros, procesales, institucionales) por alrededor de 3.80 años para cada caso.

Al parecer esto es bastante tiempo si lo vinculamos con la enfermedad que tenían los quejosos, pues en muchos casos, los enfermos de VIH/Sida pueden morir pronto, por lo que la tardanza en la decisión jurisdiccional puede derivar en falta de protección de los derechos fundamentales o como sucede en el Caso 7, la muerte del militar durante el procedimiento provocó que sus derechos no fueran protegidos y se interpretara a favor de los familiares, en los derechos derivados del derecho a la protección de la salud del militar; o peor aún que se considere el sobreseimiento del juicio por muerte del quejoso y no se proteja o salvaguarde ningún derecho fundamental.

Asimismo, en la clasificación de opiniones, encontramos que se refiere a las realizadas en cuatro rubros: opiniones doctrinales, académicas, de la ciencia médica y, principalmente, de la jurisprudencia. La jurisprudencia es utilizada como base de interpretación, tanto para precisar algunos conceptos como los sentidos jurídicos de

los derechos, sin embargo, las doctrinales en ningún momento forman parte de las conclusiones a que llega la Corte, o que puedan favorecer o desestimar los elementos del juicio de amparo.

Por otro lado, el aspecto médico es importante porque les permite debatir que la condición de contagio de VIH no necesariamente provoca SIDA –susceptibilidad a infecciones recurrentes, con algún síndrome asociado a la deficiencia de inmunidad celular–, aspecto que se convierte en el principal argumento de constitucionalidad en contra de los oficios por medio de los cuales se declara la inhabilitación por actos fuera del servicio y no de las leyes.³⁶

En consecuencia, el aspecto médico es la parte central que permite establecer la ilegalidad de los actos de inhabilitación, se considera así que hay indicios de que no sólo es la norma lo que permite sustentar una decisión en la Corte, sino que también se allegan de otros elementos distintos para validarlas y declararlas inconstitucionales.

Ahora, por lo que hace al derecho internacional, encontramos dos vías de inclusión de este elemento. La primera es la relativa al hecho de que sólo se hace referencia (citas textuales) a algunos tratados internacionales de los derechos humanos, específicamente de la Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 29 y el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La segunda vía es la inclusión de los tratados en el cuerpo de la sentencia, bajo esta modalidad se agregan los dos tratados mencionados y la Declaración de Derechos y Humanidades sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y la Declaración de Compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, así como los Convenios 159 y 161 de la OIT, para la protección laboral.

³⁶ En los resolutivos de los juicios de amparo analizados, la Corte determina lo siguiente o algo muy semejante: "La Justicia de la Unión ampara y protege al quejoso en contra del oficio (se incluye el número de oficio respectivo y fecha de expedición), por lo que se declaró la procedencia definitiva de su retiro de las Fuerzas Armadas Mexicanas, para los efectos precisados en la parte final del último considerando de la presente resolución" (Caso 6, 2007: 112).

Sin embargo, al valorar las directrices de las Declaraciones –mencionadas en el párrafo anterior– sobre el VIH/Sida, la Corte señala que “si bien no constituye un parámetro autónomo para calificar la validez de las actuaciones del derecho nacional, sí son capaces de informar el contenido adecuado del ordenamiento jurídico, a fin de justificar objetivamente las decisiones referentes [...] a la aplicación indebida de un precepto que no resulta aplicable al caso y, por ende, al cumplimiento de la garantía constitucional de motivación adecuada de las sentencias constitucionales” (Caso 6, 2007: 99). Se da así un valor jurídico nulo, sólo informativo, muy parecido a los tratados internacionales de derechos humanos, ya que a pesar de que los refieren como citas o los incluyen como parte del cuerpo de la sentencia, en ningún párrafo se realiza una valoración, dando como resultado que se dude sobre la pertinencia de mencionarlos si no tienen correlación jurídica o por lo menos interpretativa para las decisiones; su mención resulta insignificante y hasta cierto punto se pueden señalar como elementos que enarbolan a los jueces por incluirlas, pero que no se nota implicación jurídica interna.

Al observar que en los casos analizados es inexistente una interpretación constitucional que se apoye también del derecho internacional de los derechos humanos y propiamente del latinoamericano, la Corte, desde mi punto de vista, contraviene una interpretación integral de la Constitución, pues el artículo 133, establece que es ley suprema sobre los tratados y en éstos se incluyen también todos aquellos tratados de derechos humanos celebrados y que celebre el titular del ejecutivo y fueron o sean aprobados por el Senado.³⁷ Interpretación que difiere de lo que señala Carbonell que “no hay duda de que la Constitución es, [...], la norma suprema y que, en consecuencia, se impone frente a los tratados internacionales y a las leyes del Congreso de la Unión que emanan del texto constitucional” (Carbonell, 2006b: 71) y que el criterio de que los tratados también son ley suprema ha generado

³⁷ El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2008) señala que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

mucha polémica. Cualquier falta de aplicabilidad de este principio constitucional deriva igualmente en una falta de fortalecimiento al Estado de derecho.³⁸

Además, la perspectiva interpretativa mínima o nula de las obligaciones y consideraciones que establecen los tratados internacionales de derechos humanos tal vez derive de que en nuestro país, el derecho internacional de los derechos humanos se continúe equiparando a las leyes y se considera por debajo de la Constitución, lo que provoque la mínima inclusión del derecho internacional de los derechos humanos en la interpretación constitucional y la justiciabilidad de éstos.³⁹

En este sentido, al analizar las sentencias de los casos de los militares con VIH/Sida, a partir de los elementos posibles para un garantismo existente en México, observamos que el logro de una máxima garantía es inexistente en estos casos, ya que a pesar de utilizar jurisprudencia para determinar el sentido de las decisiones de la Corte, las facultades atienden a lo estrictamente legal, lo que provoca que los tiempos se alarguen para la espera de la protección de un derecho social, ya que la variación temporal regularmente genera que los procedimientos sean tediosos y onerosos, a pesar de que se logre la justiciabilidad de los derechos fundamentales invocados. La búsqueda de la protección pronta y expedita es difícil, por matizar una valoración de irreal, ya que el amparo se concede en los casos analizados para los siguientes efectos:

"[...] para el efecto de que, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las autoridades responsables: a) dejen insubsistente el procedimiento de retiro instaurado al quejoso y, en consecuencia, b) se estime que en todo momento ha estado incorporado al servicio activo de la Secretaría de la Defensa Nacional, sin estar en situación de retiro, c) se le cubran los haberes caídos, con descuento, en su

³⁸ Cabe señalar que el Estado de derecho, coincidiendo con Rodolfo Vázquez, parte de cuatro condiciones básicas: 1) primacía de la ley; 2) responsabilidad de los funcionarios; 3) control judicial de constitucionalidad; 4) respeto y promoción de los derechos fundamentales (Vázquez, 2002: 111).

³⁹ Atendiendo al estudio de Henderson, sobre cómo los países americanos han incorporado este sistema, a través de los tratados, dice que hay "cuatro diferentes maneras, a saber: derecho internacional de los derechos humanos que puede modificar la Constitución (supraconstitucional); derecho internacional de los derechos humanos, equiparado a la Constitución (constitucional); derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y derecho internacional de los derechos humanos, equiparado a las leyes nacionales (legal)" (Henderson, 2005: 42).

caso, de la cantidad que haya recibido por concepto de “Compensación de servicios” y d) se le siga proporcionando asistencia médica; sin perjuicio de que la autoridad correspondiente instrumente un nuevo procedimiento de retiro, en el que mediante peritación médica se determine si el quejoso está o no inutilizado materialmente en los términos de ley para continuar al servicio activo” (Caso 6, 2007: 111).⁴⁰

Así también, la inclusión de argumentos doctrinales, de expertos y de las contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, no necesariamente implica maximizar la protección jurídica de un derecho fundamental, mencionarlos o incluirlos en una sentencia. Entonces, más que un garantismo estable, que incluya estas cuatro posibilidades y lograr una máxima protección de los derechos fundamentales en nuestro país –a pesar de los alcances personalísimos del juicio de amparo–, se tiene por tanto, la existencia de un garantismo inestable que recae más en una estricta interpretación legal de los procedimientos, más apegada a la inestabilidad en la justiciabilidad de los derechos fundamentales, pues aunque los efectos del amparo tienen implicaciones laborales, no existe una interpretación constitucional de esta garantía.

Cabe señalar que existe una diferenciación entre los resultados del juicio de amparo, respecto a la posibilidad de lograr a través de las decisiones de la Corte una máxima garantía de los derechos sociales, pues el primero, dada su estructura y procedimiento jurídico puede llevar a proteger un derecho, sin implicaciones o interrelación de protección para con otros derechos sociales que tienen relación con el derecho protegido, esto por tanto no necesariamente implica que esta protección sea bajo una máxima garantía. Este enfoque además de la eficacia en la protección incluye la integración de varios elementos tales como la interpretación doctrinal, la conforme al derecho internacional y el papel de la Corte en la justiciabilidad con relación a la propuesta o solicitud de elaborar un programa específico o establecer una política pública encaminada a ampliar los mecanismos de protección.

⁴⁰ En el caso 4 existe una diferencia en el inciso b) de los efectos del amparo, que señala: b) se le reincorpore con todas las consecuencias legales en el activo de la Secretaría de Marina, pero que en esencia tiene el mismo propósito.

Los casos revisados tienen aspectos que permiten sostener que la Corte no interpreta constitucionalmente desde el enfoque de máxima garantía, por el contrario reduce, limita y provoca contracción, generando que los derechos fundamentales, sobre todo los sociales, se muestren difusos y complicados de ejercer, desde lo jurídico.⁴¹

3.4 El papel de la Corte en la justiciabilidad de los casos

El papel de la Corte lo estructuramos a partir de encontrar elementos que permitan favorecer los derechos fundamentales, sobre todo si en su interpretación buscan ampliar la visión de la protección y salvaguarda de los derechos involucrados en las sentencias analizadas. Para ello se conformaron cinco posibilidades de interpretación de este activismo, a decir, expansión, delimitación, contracción, difusos y explicación, y se correlacionaron para encontrar un activismo fuerte o débil, o como tercer momento una inestabilidad de la actividad de la Corte para maximizar los derechos fundamentales involucrados en los casos de estudio.

En los casos de los militares enfermos de VIH/Sida se considera que fueron violados cuatro derechos fundamentales: el artículo 1, primer párrafo y tercero, el artículo 4, el artículo 14, párrafo segundo y el artículo 16 constitucionales. Las garantías consideradas vulneradas son el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la protección a la salud y garantía de audiencia. Asimismo, se hace referencia al artículo 5, de libertad de trabajo, y al artículo 123, que establece las protecciones sociales a que tienen derecho los trabajadores.

En los juicios de amparo se impugna el procedimiento administrativo militar de retiro por inutilidad en actos fuera del servicio, que tiene como consecuencias: a) se deja

⁴¹ En Gerardo Pisarello, encontramos que derivado de la interrelación entre legislativo y judicial, hay cuatro hipótesis cooperativas para con los derechos fundamentales, a decir: a) Desarrollo legislativo que minimiza más deferencia jurisdiccional que también los minimiza, b) desarrollo legislativo que maximiza más deferencia jurisdiccional que también maximiza, c) Omisión legislativa que minimiza más deferencia jurisdiccional que también minimiza y d) omisión legislativa que maximiza más deferencia jurisdiccional que también maximiza (Pisarello, 2004: 131-136).

de proporcionar el tratamiento médico y los medicamentos para el tratamiento de VIH/Sida; b) se dejan de proporcionar servicios médicos, tratamiento médico y medicamentos necesarios para la protección a la salud de los familiares; c) se deja de proporcionar la compensación por retiro forzoso y/o los haberes y/o pensión vitalicia; y otros que deriven. Estas consecuencias son porque al tener entre cinco y menos de veinte años en el servicio militar se dejan de gozar estos derechos de protección a la salud, porque así lo establece la ley militar.

El análisis de las cinco características identificadas como activismo o papel de la Corte en la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales estipulados como violentados, es el siguiente:

3.6. Los aspectos del activismo de la Corte

| Casos | Expansión | Delimitación | Explicación | Contracción | Difusos |
|--------|-----------|--------------|-------------|-------------|---------|
| Caso 1 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 2 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 3 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 4 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 5 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 6 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 7 | | ✓ | | ✓ | ✓ |
| Caso 8 | | ✓ | | ✓ | ✓ |

En este sentido, tenemos que el activismo de la Corte en su primera posibilidad, la de la expansión, es inobservable en los casos, ya que a pesar de que se involucran más de tres derechos fundamentales, la Corte decide con relación a los derechos: el derecho de igualdad, el de no discriminación y el de protección a la salud; existe referencia al derecho al trabajo, a la seguridad jurídica, al derecho de audiencia y al derecho a la protección laboral, pero no conforman la posibilidad de “expansión” en la salvaguarda jurisdiccional. Por el contrario, se declara que no hay violación al derecho de audiencia, porque la ley militar estipula tiempos para inconformarse de inicio o como resultado del procedimiento de inhabilitación.

El derecho al trabajo y la protección laboral establecida en el artículo 123, son tomados en cuenta para sostener que lo militar es un régimen de excepción y por lo tanto la ley militar contempla estos derechos, que no es necesario abordar su interpretación constitucional, pues se apega a los principios y directrices de la Constitución.

Entonces los casos son centrados en la revisión no de la inconstitucionalidad de las leyes, sino de la legalidad del procedimiento mediante el cual se inhabilitó a los militares y provocó que dejaran de gozar los derechos de protección a la salud y los laborales. No hay por tanto una expansión en la interpretación del derecho a la salud, ya que revisa los artículos donde la ley militar estipula los alcances de la protección y hasta incluye la interpretación de la Ley General de Salud para considerar que la ley militar contempla todos los mecanismos y alcances médicos para la protección de la salud.⁴² La implicación de otros derechos, como el derecho a la dignidad, a la protección familiar, o a una mayor protección del derecho laboral, y su seguridad social, son inexistentes en las sentencias; o al de la vida, pues con el VIH/Sida este derecho entra en juego, ya que por el momento la ciencia médica no tiene una cura y las posibilidades de mantener la vida depende del grado de avance de la enfermedad.

Por el contrario, al centrar los juicios de amparo al derecho a la protección de la salud delimita la interpretación de los derechos fundamentales y más aún, al revisar sólo la legalidad de los oficios de inhabilitación y señalar que violan los derechos de discriminación e igualdad, confunde la relación que puede tener una violación al derecho al trabajo en los mecanismos de protección a la salud o de otro tipo de implicaciones en otros derechos. Lo que interpretan es la correlación del derecho a la no discriminación por motivos de salud.

⁴² La Corte estableció en los casos lo siguiente: "De las consideraciones que anteceden, se desprende que los artículos impugnados no transgreden el artículo 4° de la Constitución Federal, puesto que, lejos de hacerlo, protegen la salud de los militares. De ahí que se considere, como ya se dijo, que no se transgrede el derecho a la protección de la salud que constitucionalmente le asiste al quejoso" (Caso 6, 2007: 91).

Señalan que dichos oficios provocan violación a la protección a la salud, por motivos de discriminación de condición de enfermedad para llevar a cabo el servicio militar. Es más el principio de eficacia de las fuerzas armadas es interpretado como “superior” al derecho a la protección a la salud, pues la finalidad de los militares es la protección del Estado y para ello se necesitan hombres aptos para desarrollar dicha actividad; la justificación resulta ser la seguridad del Estado y de las personas, para sobreponerlo al principio de la protección a la salud.

Dejan así abierta la posibilidad de iniciar otro procedimiento de baja por inutilización en el servicio, aún cuando se considere que existen alternativas de transferencia en el servicio para que los que estén enfermos de VIH/Sida realicen otras actividades, en función de su condición de salud, para casos de este tipo y otros similares que provoquen no aptitud en el servicio. La protección a la salud es tanto para el militar como para los familiares, a pesar de que la finalidad de las fuerzas armadas sea el de la eficacia de sus integrantes.

Lo que se realiza en la sentencia de los casos analizados, más que explicar los derechos involucrados, expandir la interpretación de los mismos, como hacia el derecho laboral, derecho a la protección familiar, es transcribir los artículos y leyes que tienen que ver con el tema, así como la jurisprudencia relacionada, pero al tomar una decisión reducen la interpretación a la legalidad. Se identifica más que un activismo fuerte en pro de los derechos fundamentales, uno caracterizado débil, que centra en un solo derecho la protección. Pero que si le agregamos la perspectiva de que el control constitucional implica la revisión de los contenidos de las leyes y no sólo la estricta legalidad de los actos de los servidores públicos, podríamos considerar una inactividad de la Corte en este tipo de derecho, los sociales, pues también señala en los casos, que la ley militar, la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas contiene los mecanismos para la protección y salvaguarda del derecho a la salud y sus consecuencias protectoras, por lo que no hay violación constitucional al derecho de protección a la salud. El derecho a la salud es protegido por implicación a la justiciabilidad de los amparos, con relación al retiro

por inutilidad por actos fuera del servicio, que infiere más un derecho laboral que de salud.

Entonces lo que observamos en el enfoque de garantismo para una maximización de la justiciabilidad, es que por el momento, y derivado de estos casos, la Corte se declina por resolver mediante el legalismo estable en las interpretaciones de la inconstitucionalidad, construyendo una interpretación restrictiva sobre los derechos sociales, a pesar de que comienza a incluir elementos no jurídicos, como las valoraciones médicas, para resolver la protección de un derecho social, como es el derecho a la salud –éste sería otro aspecto positivo que se deduce de los casos, el apoyo de los expertos en la materia de discusión para resolver un asunto jurídico.

Ahora si le agregamos la caracterización del papel de la Corte en sus decisiones, se observa que minimiza los derechos, tanto al declarar la inconstitucionalidad relativa del contenido de la ley impugnada (en este caso de algunos artículos de la ley militar) como al omitir ir más allá de la interpretación legal y buscando maximizar la justiciabilidad de los derechos sociales imputados en los casos analizados. El papel se limita a establecer la conformación constitucional de una norma con relación a los derechos fundamentales, sin establecer alguna otra característica de la justiciabilidad como lo serían el elemento de la promoción, el de establecer mecanismos o declaraciones a favor del respeto o ampliación de la protección a otros militares y/o enfermos de VIH/Sida.

Mucho menos que se estableciera un responsable o servidor público militar al cual se le aplique una sanción por permitir que se transgredieran ciertos derechos, incluido el de salud, y el de no discriminación a los militares de los casos analizados. No olvidemos que la justiciabilidad de los derechos fundamentales implica sancionar a los servidores públicos o particulares y no sólo establecer que una parte de una ley es inconstitucional porque puede permitir y justificar la violación de derechos.

CUARTO CAPÍTULO

La justiciabilidad del derecho a la salud

Una vez que se analizaron los casos de los militares enfermos de VIH/Sida, bajo la propuesta analítica y metodológica de la máxima garantía y del papel o activismo de la Corte a favor de los derechos fundamentales, se consideró prudente revisar en específico el derecho a la salud, pues es la parte central de la interpretación de la constitucionalidad de los aspectos considerados violentados. Dicha revisión se realizará en dos sentidos, el primero con relación al cómo la Corte sustentó la inconstitucionalidad de los casos sobre el derecho a la salud y el segundo en perspectiva internacional, sobre las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos en cuanto a este tema.

Es así que en este capítulo se presentarán los elementos que utilizó la Corte para establecer la posible inconstitucionalidad de la ley militar, con relación al derecho a la salud. Entonces observaremos si además de los elementos jurídicos analizados en el capítulo anterior, encontramos institucionales y posibles implicaciones de promoción y de políticas públicas que puedan indicarnos que la protección y salvaguarda de este derecho tiene una interpretación de máxima garantía y de activismo fuerte de la Corte, en casos donde se involucran derechos sociales.

4.1 La protección interna del derecho a la salud

La Corte al revisar los juicios de amparo de los militares enfermos de VIH/Sida se sustentó en una correlación del derecho a la igualdad, con base en la no discriminación y si estos dos elementos producían violación al derecho a la salud, determinando que el procedimiento que violentaba este derecho eran los oficios mediante los cuales se declaraba la inhabilitación del militar por actos fuera del servicio; pero qué elementos utilizó en específico para dicha interpretación.

Al diseminar los preceptos legales impugnados, artículos 19, 20, 22, 33, 34, 152 y 155,⁴³ de los cuales, la Corte sustenta que los “únicos que irrogan perjuicio al recurrente [...] son los artículos 22, fracción IV, 33, 34, fracción II, 152, párrafos primero y segundo y 155 todos de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, vigente hasta el siete de agosto de dos mil tres” (Caso 6, 2007: 25). Dentro de éstos, los articulados que refieren a aspectos médicos son el 152 y 153, estableciendo las características de la protección a la salud de los militares, en el sentido de que establece que la finalidad del sistema es conservar la salud y dicha protección implica asistencia hospitalaria, farmacéutica necesaria, la obstétrica, prótesis y ortopedia, además de la rehabilitación de incapacitados y de medicina preventiva, social y educación higiénica.

Por lo que, la Corte consideró improcedente el juicio en este aspecto, porque señaló que dicha ley impugnada amparaba el derecho a la protección de la salud, que incluía los elementos necesarios para su ejercicio. Entonces su argumento es que no violentaba este derecho al militar, sino por el contrario lo protegía.

Asimismo, realizó una extensión de la interpretación constitucional, que derivó en el estudio del contenido y sentido no sólo del artículo 4º, sino también de la Ley General de Salud, como parte de los mecanismos que tiene México para la salvaguarda de este derecho social.

En consecuencia, la interpretación constitucional del derecho a la salud produjo los siguientes argumentos, que se consideran sustanciales para determinar la caracterización de la protección de un derecho social, como el que se comenta.

- Que la ley militar tiene una serie de articulados que permiten establecer que la protección del derecho a la salud está salvaguardado jurídicamente.
- Que es vinculante para todos los poderes públicos.

⁴³ El articulado impugnado tiene una variabilidad resultado de que en algunos casos se impugna una ley que tiene vigencia hasta el 7 de agosto de 2003 y otros lo realizan a la actual ley militar, sin embargo, los contenidos normativos no tienen variación alguna, son los mismos.

- Que el Sistema Nacional de Salud contempla sectores social y privado para otorgar la protección de este derecho, además de las facilidades para que los ciudadanos puedan ejercerlo.
- Que la protección social es un mecanismo del Estado para hacer efectivo, oportuno, de calidad, la satisfacción de las necesidades de salud de todos los mexicanos.
- Que la protección de la salud es tanto para el trabajador como para los familiares.
- Que existe una institucionalidad para proporcionar los servicios médicos.
- Que los servicios de salud son tres: atención médica, de salud pública y de asistencia social.

Con todos estos elementos, la Corte consideró que “el derecho a la protección de la salud, se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud” (Caso 6, 2007: 84) y que la exigencia de la prestación de dichos servicios no depende de la constitucionalidad sino de las leyes reglamentarias que permiten el ejercicio del derecho. Se concluye así que este derecho no se transgrede por la ley militar sino por el oficio de procedimiento de retiro por inhabilitación por actos fuera del servicio.

Así, podemos señalar que el derecho a la salud y su protección tienen en México los mecanismos institucionales para ejercerlos y gozarlos, que la posibilidad de ejercer la justiciabilidad en caso de ser violados derivará no de la constitucionalidad de la ley, sino de la legalidad de los procedimientos administrativos estipulados en los diferentes órganos públicos, que pueden limitar el acceso de los mismos o evitan su ejercicio, involucrando como responsables de esta garantía a los poderes públicos. Todo ello, implica considerar que tenemos los mecanismos suficientes para que este derecho sea inalterable, por lo que todo ejercicio de justiciabilidad para subsanar y resarcir el derecho tendrá necesariamente que ver con la legalidad de los hechos y no de la constitucionalidad.

Además, estas consideraciones pueden servir como argumentos interpretativos para resolver otros casos similares; tal como sucede con el caso que se revisó, del juicio de amparo 936/2006, en el cual el quejoso sostuvo la misma violación jurídica, pero no por estar enfermo de VIH/Sida, sino por muerte provocada por craneoencefalía, resolviendo amparar y proteger al quejoso, y así lograr la protección familiar en el derecho de la salud.

Se podría decir también que el amparo permite la justiciabilidad del derecho a la salud, pues éste protege a los quejosos de las consecuencias de la inhabilitación, sobre todo de las negativas de seguir proporcionando los servicios médicos necesarios para el tratamiento del VIH/Sida. Sin embargo, considero que la protección es limitativa, pues el procedimiento es largo y oneroso, además que la reparación del daño que se realiza implicó dejarlo como si tuviera todas las prerrogativas por ser militar, sin evitar que se procediera a usar otro procedimiento de baja por inutilidad por actos fuera del servicio. Además, al regresar la condición laboral, por lógica se resarcen los derechos a que tuvieron potestad él y su familia, sobre todo los relativos a la protección de la salud.

Es por ello, que podríamos concluir que más que una revisión de la constitucionalidad del derecho a la salud, derivado de la no discriminación y de igualdad, era prudente revisar el sentido inconstitucional a partir del derecho laboral, pues se aplica un mecanismo para dejar de prestar sus servicios, homologado como prestación de trabajo, al servicio militar. Si esto se trató de derecho laboral, el mismo artículo 123 estipula que los trabajadores militares tendrán un régimen de protección social, en el cual se incluye la protección de la salud. Entonces, al proteger el derecho laboral, automáticamente por deducción jurídica se salvaguardaban los derechos a la salud de los quejosos y sus familiares. Esto, desde mi punto de vista, era más factible y de procedencia interpretativa.

También, si la Corte llevó a cabo una correlación del derecho a la igualdad, de discriminación y de salud, por qué no realizó la posible correlación del derecho a la vida, porque al tardar tanto en resolver, durante este tiempo se le dejaron de

proporcionar los medicamentos y servicios de salud al quejoso, atentando contra su propia vida. Otros derechos que se observan incluidos son el derecho a la dignidad humana, pues dicho procedimiento vulneraba la sensibilidad moral y ética de una persona, además de la familiar y el derecho a la seguridad jurídica, sobre todo porque tuvo que hacer una extensión interpretativa de este derecho con relación a la protección de la salud y buscar una alternativa jurídica para que durante el tiempo que durara el juicio se le proporcionaran los servicios médicos necesarios para el tratamiento de este padecimiento, pero ya bajo una decisión jurídica.

Finalmente, en la procedencia de los juicios de amparo, se deja de buscar una forma jurídica para que a pesar de resarcir el daño a los tiempos en que se encontraba dentro del servicio militar, se agregara algún tipo de "castigo", una especie de costos y castas o recomendación en Derechos Humanos, para aquellos que realizaron este procedimiento, vulnerando el derecho a la salud. Este "castigo", tampoco reduciría el fin militar de la eficacia de sus fuerzas, por el contrario, bajo su misma argumentación, la búsqueda de este fin no implica que se viole el derecho a la salud de los militares.

4.2 La protección internacional del derecho a la salud

Un Estado al ser parte de un tratado de derechos humanos, le genera obligaciones⁴⁴ que tiene implicaciones jurídicas, tanto para la adecuación de sus normas internas como para la atención, cuando se presenten casos concretos, de la sanción y

⁴⁴ Para Rodríguez existen dos obligaciones básicas. La primera es la de "respetar y hacer respetar las normas internacionales de derechos humanos contenidas en los tratados en los que sea parte, recogidas en el derecho internacional consuetudinario o las incorporadas en su derecho interno". Esta obligación, de acuerdo con este autor, incluye: "a) adoptar medidas jurídicas y administrativas apropiadas para prevenir las violaciones; b) investigar las violaciones, y cuando proceda, adoptar medidas contra los violadores de conformidad con el derecho interno e internacional; c) dar a las víctimas acceso imparcial y efectivo a la justicia con independencia de quien sea en definitiva el responsable de la violación; d) poner recursos apropiados a disposición de las víctimas; y proporcionar o facilitar reparación a las víctimas" (Rodríguez, 2005: 68-69). La segunda obligación es "garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos (y) se puede subdividir en las siguientes obligaciones: a) prevenir las violaciones a los derechos humanos; b) investigar las violaciones ocurridas; c) sancionar a los responsables; y e) reparar las consecuencias a la violación" (Rodríguez, 2005: 72-73).

reparación del daño de las violaciones que el Estado infrinja a sus pobladores.⁴⁵ En este sentido, se tiene que proporcionar a los seres humanos un mecanismo efectivo de protección de los derechos humanos, para lograr el goce y ejercicio pleno. Para este logro se debe tener un mecanismo que permita la justiciabilidad, mediante la cual se pueda respetar, proteger, garantizar o promover, con el objeto de reparar y/o sancionar la transgresión.

Otra de las posibles implicaciones jurídicas es que un Estado al asumir las obligaciones, también aprueba la creación de órganos que se encargarán de supervisar la aplicación de los contenidos, objetivo y fin del tratado, por lo que permiten que un órgano internacional, le realice observaciones y recomendaciones, con relación al cumplimiento del tratado.⁴⁶

Por lo que hace a nuestro caso de estudio, el derecho a la salud se ha establecido que “está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida, a la no-discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud” (Sandoval, 2001: 50).

Este derecho por tanto implica el respeto y la protección de otros derechos, en los casos analizados la Corte se enfocó tan sólo al derecho a la no-discriminación, sin

⁴⁵ El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de respetar los derechos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, y el artículo 2 obliga a los Estados a adoptar “las disposiciones de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 2 que “los Estados Parte [...] se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en su artículo 1, que los Estados parte se obligan también a adoptar medidas –artículo muy semejante al del Pacto.

⁴⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 33 establece como órganos para conocer del cumplimiento de la protección de los derechos humanos a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las obligaciones del Pacto son revisadas por la estructura de la Organización de las Naciones Unidas. En el Caso del Protocolo adicional a la Convención se deja a la Organización de los Estados Americanos la supervisión del cumplimiento.

presentar una relación con el derecho al trabajo, a la vida, a una vida privada; pues implica ciertas libertades, dentro de las que ubicamos a la libertad sexual y genésica. Se reduce entonces la interpretación del derecho a la salud, en lugar de maximizarlo, vinculándolo con los otros derechos señalados.

Esto no implica soslayar que también los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad tienen que ser cumplidos al proteger este derecho. La disponibilidad implicaría que los militares enfermos de VIH/Sida debieron tener las facilidades institucionales para allegarse de los medicamentos necesarios para el tratamiento, no se les podría evitar por ningún motivo, ni siquiera el principio de la eficacia de las fuerzas armadas, ya que implicaría discriminación, como elemento de la accesibilidad. Dos elementos que se protegen al favorecer en los juicios de amparo a los quejosos, a pesar de ser procesos jurídicos largos que evitan una eficacia pronta. Aunado a que era viable que se presentara la aceptabilidad dentro de la comunidad militar, que no se logra, sin una supervisión o conocimiento de su eficacia, al igual que el aspecto de la calidad, que sólo pueden valorarse a través de revisión constante. Además de que cuando se dicte la justiciabilidad a favor de un derecho implicaría sanción a quienes los transgredieron, sin importar si éstos son militares u otros servidores públicos.

Es por ello, que cada vez que un Estado forma parte del derecho internacional de los derechos humanos la primera obligación es la de adecuar su ordenamiento interno, que parte de la Constitución y la demás normatividad, continúa con las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Esta última obligación se logra al facilitar, proporcionar y promover. Si observamos estas obligaciones, con relación al caso de estudio podemos sostener que con la justiciabilidad a favor de los militares enfermos de VIH/Sida permite resarcir y por tanto respetar su derecho, protegerlo y obligar al aparato militar a proporcionarlo. Además, con la tesis jurisprudencial que se crea a partir de estos casos, se obliga al legislativo a eliminar la parte de la ley militar que permitía la violación del derecho a la salud por discriminación.

“La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud” (Sandoval, 2001: 54).⁴⁷

Finalmente, sobre el análisis del caso en particular haría dos consideraciones, la primera tiene que ver con el aspecto de la promoción del derecho a la salud, recordemos hasta el máximo de las posibilidades técnicas y económicas del Estado, y la segunda al aspecto de impedimento de regresividad, con base en el contenido de los tratados internacionales de los derechos humanos. La promoción busca que el Estado genere los mecanismos y procedimientos institucionales que permitan atender la protección y salvaguarda del derecho a la salud, es decir, que tiene que generar las garantías institucionales, de políticas públicas, y jurisdiccionales.⁴⁸

Por lo que se refiere a la regresividad, con relación al derecho a la salud, como a los demás derechos sociales, económicos y culturales, los dos documentos referidos, a decir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 5 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 4 establecen que los Estados parte no podrán restringir el derecho a la salud.⁴⁹

⁴⁷ El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que “2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho (derechos a la salud), figuran las necesarias para: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento de todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁴⁸ El aspecto de la promoción o progresividad lo establece la Convención Americana en el artículo 26 (adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos), en el Pacto se establece en el artículo 2, antes referido y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 1.

⁴⁹ Courtis proporciona dos conceptos de regresividad. El primero atiende a que “es posible aplicar la noción de regresividad a los resultados de una política pública (regresividad de resultados). En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro” y en segundo, “se refiere a la extensión de

Entonces, el derecho internacional de los derechos humanos revisado obliga al Estado a realizar para la protección del derecho a adoptar las medidas necesarias para su protección, garantizarla a través de mecanismos institucionales, sean de políticas públicas como jurídicos, teniendo como obligación evitar la regresividad o la obstaculización del goce efectivo del derecho a la salud. En las sentencias de los juicios de amparo de los militares al proteger el derecho a la salud de éstos y establecer la inconstitucionalidad del artículo de la ley militar, permite que un mecanismo para la protección sea efectivo, a pesar de que la interpretación de la Corte no amplíe, establezca u obligue al legislativo a revisar la ley militar integralmente para indagar si hay otro artículo que pueda dar la posibilidad de violar éste u otro derecho fundamental, que determine la necesidad de adoptar políticas públicas o que en dicha interpretación se dispongan estas exigencias para el derecho a la salud, derivadas del derecho internacional de los derechos humanos.

los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa). En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior” (Courtis, 2006b: 3-4).

CONCLUSIONES

El análisis de los casos de los militares enfermos de VIH/Sida, más que pretender la diferenciación médica de estos dos estados de salud, o ahondar en las limitaciones de las consecuencias jurídicas personales o individuales del juicio de amparo, o en lo tardado que es como mecanismo de justiciabilidad para ser efectiva la justicia mexicana, se procuró encontrar elementos que nos permitieran sostener que la Corte, a través de sus decisiones, tiene la posibilidad de ampliar los mecanismos institucionales que abonaran al proceso democratizador en nuestro país. Esta posibilidad, sin embargo, es inexistente en los 8 casos analizados, dando como resultado una tendencia contraria a agregar elementos de la máxima garantía a favor de los derechos fundamentales a partir de las decisiones de la Corte, que ampliara las esferas de la protección.

Por lo que si bien es cierto que en estos ocho asuntos, que pueden creerse aislados y con un tema específico, –tal como el derecho a la salud por discriminación en las fuerzas armadas en contra de militares enfermos de VIH/Sida, que no constituyen una muestra estadísticamente representativa del universo de casos conocidos por la Corte y que por tanto no podrían justificar una conclusión general, sobre todo si se atiende que al decidir los diferentes asuntos puestos a consideración, la Corte realiza un balance de principios, atendiendo muchas veces las particularidades de cada uno– dejan ver una tendencia singular en la interpretación constitucional.

De esta forma, este tipo de tendencia en la interpretación constitucional se caracteriza por una construcción plural de patrones y significados que dependen de la particularidad de cada caso, provocando que la Corte no tenga una constante o continua línea de interpretación constitucional, con relación a los derechos fundamentales. Crea por tanto soluciones particulares, para cada caso, que pueden limitar la protección y salvaguarda de los derechos.

La justiciabilidad de los derechos humanos, sobre todo los sociales es tan solo una parte de la ecuación que necesita construirse, regularmente para que el derecho social pueda gozarse, hacerse efectivo, requiere de un vínculo entre garantías institucionales, de políticas públicas y jurisdiccionales. El juicio de amparo, como única garantía jurídica, que logra proteger eficazmente el derecho a la salud de los militares enfermos de VIH/Sida, en los ocho casos revisados, tiene que ser fortalecida con la generación de otros mecanismos para hacer posible la protección y salvaguarda de éste y otros derechos sociales, o como lo observamos en el trabajo que la Corte tenga una interpretación de máxima garantía y un papel a favor de la ampliación de los elementos de protección de los derechos fundamentales.

Lo que se observa en los 8 casos de análisis, con el enfoque del garantismo para una maximización de la justiciabilidad, es que la Corte se declina por resolver aplicando un legalismo estable, en las interpretaciones de la inconstitucionalidad, con base en las particularidades del caso. Lo rescatable sería entonces que incluye elementos externos de la esfera jurídica y normativa, como son las interpretaciones científicas y médicas, para resolver la protección de un derecho social, como es el derecho a la salud.

Finalmente, cabe señalar que tal vez los casos no permitan encontrar una tendencia positiva a favor de la democracia desde la justicia y los derechos fundamentales, pero sí nos permite prestar atención a la necesidad que tiene la democracia de allegarse de este tipo de elementos y que la Corte se puede convertir en un actor fundamental para la propia democratización de la democracia. Seguir confiando en los alcances de nuestro juicio de amparo –como única garantía de justiciabilidad–, tal cual se encuentra establecido, implicaría continuar en las dificultades normativas que tenemos para el respeto, protección y promoción de los derechos sociales. Hay que ir más allá de la interpretación interna y apoyarnos en la internacional –derecho internacional de los derechos humanos–, o si no se quiere, innovar y crear otro tipo de mecanismos jurisdiccionales para la justiciabilidad, que sean más cortos en tiempo, menos onerosos, que tengan alcances generales o provoquen la generación de políticas públicas para lograr objetivos en materia de derechos fundamentales sobre todo los sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2004), "Tiene algún sentido mantener la categoría de derechos sociales", en Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Alexy, Robert (2005), "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Carbonell, Miguel (2005a), *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- Ansolabehere, Karina (2007), *La política desde la justicia, cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, Fontamara.
- Bobbio, Norberto (2003), *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta.
- _____ (1996), *El futuro de la democracia*, México, FCE.
- _____ (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- _____ (1989), *El tercero ausente*, España, Cátedra.
- Cansino, César (2000), *La transición mexicana, 1977-2000*, México, CEPCOM.
- Carbonell, Miguel (2006a), "Calidad de la democracia y Estado de derecho", en *Reflexiones de Política Democrática*, No. 2, Estado de México, IEEM.
- _____ (2006b), *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM/Porrúa/CNDH.
- _____ (2005a), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta.
- _____ (2005b), *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa/UNAM.
- _____ (comp.) (2005c), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, México, Porrúa/UNAM.
- _____ et al. (coords.) (2002), *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México. UNAM/ITAM/Siglo XXI.
- _____ Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.) (2004), *Derecho sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM.
- Córdova Vianello, Lorenzo y Pedro Salazar Ugarte (coords.) (2005), *Política y derecho. Repensar a Bobbio*, México, IJ-UNAM-siglo XXI.
- Cossío, José Ramón (2005), *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, México, Fontamara.

- _____ (2004), *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara.
- _____ (2002), "Concepciones de la democracia y justicia electoral", en *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, No. 22, México, IFE.
- _____ y Luis M. Pérez de Acha (comps.) (2003), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara.
- Courtis, Christian (2007), *Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales, ideas para una construcción garantista*, documento, México, PNUD.
- _____ (comp.) (2006a), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, España.
- _____ (comp.) (2006b), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Argentina, CEDAL-CELS.
- Dahl, Robert A. (2006), *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, México, Taurus.
- _____ (2002), *La poliarquía, participación y oposición*, Madrid, Tecnos.
- _____ (1998), *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika.
- _____ (1992), *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós.
- De Sousa Santos, Boaventura (2004), *Democratizar la democracia*, México, FCE.
- Díaz, Elías (2002), "Estado de derecho y legitimidad democrática", en Carbonell, et al. (coords.) (2002), *Estado de derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México. UNAM/ITAM/Siglo XXI, pp. 61-95.
- Ferrajoli, Luigi (2007), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- _____ (2006a), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- _____ (2006b), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- _____ (2006c), *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México, Fontamara.
- _____ (2002), "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, et al., (coords.) (2002), *Estado de derecho, concepto, fundamentos y*

democratización en América Latina, México. UNAM/ITAM/Siglo XXI, pp. 187-204.

- Fix-Zamudio, Héctor (2003), *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM.
- González Ruiz, Samuel (2004), *Código semiótico y teorías del derecho*, México, Fontamara.
- Garzón Váldez, Ernesto (1989), "Representación y Democracia", en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6, España, Universidad de Alicante, pp. 143-164.
- Guastini, Riccardo (2005), "Sobre el concepto de constitución", en Carbonell, (2005c), *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, México, Porrúa/UNAM, pp. 93-107.
- Huntington, Samuel (1994), *La tercera ola*, Barcelona, Paidós.
- Habermas, Jürgen, (1998), *Facticidad y Validez; sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, España, Trotta.
- Henderson, Humberto, *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del Principio Prohomine*, Memoria del Seminario "La armonía de los tratados Internacionales de Derechos Humanos en México", pp. 37-66.
- Laporta, Francisco (1987) "Sobre el concepto de Derechos Humanos, en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 4, España, Universidad de Alicante, pp. 23-46.
- Lijphart, Arend (1999), *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, Ariel Ciencia Política.
- Moreso, José Juan (2005), "Conflictos entre principios constitucionales", en Carbonell (2005a), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, pp. 99-121.
- O'Donnell, Guillermo, Philippe C. Schmitter y Laurence Whitehead (1994), *Transiciones desde un gobierno autoritario, América Latina*, tomo II España, Paidós.
- _____ y Philippe C. Schmitter (1994), *Transiciones desde un gobierno autoritario, conclusiones tentativas sobre democracias inciertas*, tomo IV, España, Paidós.

- _____ (2002), Ilusiones sobre la consolidación, en *Nueva Sociedad*, No. 180 y 181, jul-ago/sep-oct, Venezuela, pp. 311-332 (www.nuevasoc.org.ve).
- Pérez Carrillo, Agustín (2007), *La justicia constitucional de la Suprema Corte 1995-2004*, México, Fontamara.
- Pérez Luño, Luis Enrique (1991), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- _____ (1987), "Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 4, España, Universidad de Alicante, pp. 47-66.
- Pisarello, Gerardo (2004), "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho", en Carbonell (2005b), *La Constitución en serio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa/UNAM, pp. 113-137.
- Prieto Sanchis, Luis (2004), "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel et al. (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa/UNAM, pp. 17-67.
- Rodríguez H., Gabriela, (2004) "Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados", en: Martín, Claudia y Diego Rodríguez-Pinzon, (comp.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara-Universidad Iberoamericana, pp. 49-77.
- Sandoval Terán, Areli (2001), *Los derechos económicos, sociales y culturales. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, México, Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción-Instituto Nacional de Solidaridad.
- Santillán, Fernando (1996), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE.
- Sartori, Giovanni (1997), *Teoría de la democracia*, tomo I y II, España, Alianza Editorial.
- _____ (2007), *Elementos de teoría política*, México, Alianza editorial.
- Vázquez, Rodolfo (comp.) (2007), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara.
- _____ (2006), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara.

- _____ (2002) "El Estado de derecho: Una justificación", en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México, Siglo XXI.
- Woldenberg, José (2002), *La construcción de la democracia*, México, Plaza y Janés.
- _____ (2006), *Después de la transición: gobernabilidad, espacio público y derechos*, México, Cal y arena.

Documentos revisados

- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2006), *Informe Anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 2006*, en www.cndh.org.mx, consultado en agosto de 2008.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2007), *Informe Anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 2007*, en www.cndh.org.mx, consultado en agosto de 2008.
- Cámara de Diputados Federal (2008), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2008*, en www.cddhu.gob.mx, consultada en agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) 1969*, en www.corteidh.or.cr/, consultada en agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1988*, en www.corteidh.or.cr/, consultado en agosto de 2008.
- Organización de las Naciones Unidas (2008), *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966*, en www.un.org/spanish/, consultado en agosto de 2008.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión 1015/2005*, México.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 510/2004, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 259/2005, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 1185/2004, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 1666/2005, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 1200/2006, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 2146/2005, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 810/2006, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 936/2006, México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2007), *Amparo en Revisión* 196/2005, México.