

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA CRÍTICA A DECISIONES JUDICIALES A PARTIR DE UNA APROXIMACIÓN BASADA EN LOS RECLAMOS DE NECESIDAD

I. Una breve explicación del capítulo	29
II. Casos estadounidenses	32
1. Casey vs. Planned Parenthood of Pennsylvania, 505 U.S. 833 (1992).	32
2. El asunto del bebé M, 537 A.2d 1227 (1988). . .	38
3. Bowers vs. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986) . . .	44
III. Casos mexicanos	51
1. Nota introductoria.	51
2. El tratamiento elemental de las necesidades en el razonamiento judicial mexicano	54
3. Una reflexión acerca del interés público en Mé- xico	60
4. El interés individual como interés jurídico	69
5. Las necesidades desde un punto de vista mexica- no: necesidades individuales vs. necesidades so- ciales	77

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA CRÍTICA A DECISIONES JUDICIALES A PARTIR DE UNA APROXIMACIÓN BASADA EN LOS RECLAMOS DE NECESIDAD

I. UNA BREVE EXPLICACIÓN DEL CAPÍTULO

En este capítulo haré un análisis sucinto de decisiones judiciales norteamericanas y mexicanas. Primero, presentaré un caso en el cual, en mi opinión, los jueces han tomado una resolución correcta que privilegia necesidades personales e intereses vitales. En este caso el lector debe notar que, a pesar de no estar fraseada de esa manera, la resolución es sostenida por una argumentación que se parece mucho a la propuesta teórica desarrollada en el primer capítulo de este trabajo. Considero evidente que es muy difícil encontrar una enunciación perfecta de los reclamos de necesidad o de los intereses vitales en una resolución judicial.³⁰ Mi

³⁰ En México, el análisis de la forma en la cual se enuncian los reclamos de necesidad en las resoluciones judiciales, se encuadra dentro del estudio general del estilo con el cual los jueces expresan sus decisiones. La academia jurídica mexicana no ha abordado el tema de la escritura del derecho en general o, lo que es lo mismo, el estudio del derecho como un fenómeno escrito, desde una posición crítica. Muchas son las voces dentro y fuera de la profesión jurídica que piden que los documentos escritos por los profesionales del derecho se escriban de otra manera, de una forma en la cual la gente pueda acercarse a ellos. Tiendo a pensar que la forma en la cual se escriben los reclamos de necesidad que justifican sentencias ameritan un estudio exclusivo que intentaré realizar en el futuro. Para una exploración más bien descriptiva acerca de la labor académica pendiente que implica entender al derecho como un fenómeno escrito véase Pérez Vázquez, Carlos, “Derecho y literatura”, en *Cuadernos de Trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 65, mayo de 2005, pp. 6-10.

intención es sólo la de presentar un ejemplo sobre el cual la teoría elaborada en este libro pueda apoyarse.

A partir de lo anterior, intentaré demostrar cómo, en algunos casos, al elaborar una resolución judicial podría ser muy útil apelar a reclamos de necesidad o a intereses vitales. Insisto, al presentar y comentar una decisión judicial real, me interesa enfatizar mi opinión acerca de que con una simple noción de la teoría general de la relación entre necesidades y derechos, los jueces pueden ofrecer a las partes en conflicto mejores explicaciones acerca de sus propias decisiones.

Pretenderé mostrar la forma errónea en la cual, en ocasiones, los jueces han resuelto disputas legales. Por eso, en este capítulo es importante recalcar que en el lenguaje de los jueces no se utilizan frecuentemente los términos “necesidades humanas” o “intereses vitales personales”. En efecto, este trabajo consiste en demostrar que, en ocasiones, una resolución judicial orientada por el reconocimiento de necesidades humanas, hubiera podido producir un resultado más justo que el obtenido por la resolución que no hizo un reconocimiento similar.

Es cierto que los jueces no explican a las partes en un litigio qué es lo que se encuentra *en* sus intereses o, lo que es lo mismo, cuales *son* las necesidades de dichas partes. En realidad, en muchas ocasiones —como podrá verse en los casos que presentaré en este capítulo— los jueces no sólo no han determinado lo que está en el interés de la parte ganadora del litigio o lo que esa persona realmente necesita, sino tampoco han presentado argumentos sólidos en respaldo de la concepción que tienen en relación con las necesidades personales.

No es mi intención establecer un método infalible o incontrovertible para guiar las decisiones judiciales. Por el contrario, me interesa usar la teoría que defiende la relación entre necesidades y derechos para abordar algunas decisiones judiciales que pueden ser criticadas desde un punto de vista estrictamente legal.

De acuerdo con lo anterior, tampoco pretendo sugerir que cualquier decisión que no vea por las necesidades personales,

debe ser considerada errónea de manera automática. No debemos olvidar que, puesto que se consideran razones muy poderosas, las necesidades humanas también pueden concebirse como una herramienta —al igual que los derechos— para llevar a cabo una distribución de bienes, privilegios, cargas y deberes entre las personas.

Por esa razón, quiero dejar claramente asentada mi convicción en el sentido de que, aunque las necesidades son raramente derrotadas al enfrentarse a otro tipo de razones, de cualquier manera no son siempre satisfechas. Esto significa que las necesidades humanas entendidas como razones para crear derechos pueden ser y son frecuentemente insatisfechas, sin importar su razonabilidad o peso específico. En otras palabras, en ocasiones las necesidades son derrotadas.

Así, por ejemplo, un argumento que comúnmente se opone al uso de reclamos de necesidad justificados para obtener un derecho legítimo, se apoya en la existencia evidente de escasez material. Puesto que los recursos materiales son insuficientes para satisfacer cada reclamo en particular, no es difícil pensar que existen límites al uso de dichos reclamos.

Además, desde un punto de vista teórico, hay algunos argumentos que pueden utilizarse para no tomar en consideración los reclamos de necesidad. Por ejemplo, un liberal radical puede argumentar en contra de la satisfacción de necesidades personales, diciendo que el uso de los reclamos mediante los cuales las necesidades se expresan pretendiendo generar deberes legales, constituye, de menos, un robo a la sociedad o un atentado a los derechos de propiedad.³¹

Al mismo tiempo, otro tipo de liberalismo bien podría preferir reconocer en las capacidades humanas y no en las necesidades, el papel fundamental en la creación de derechos. Sin embargo,

³¹ Me refiero a las ideas de Robert Nozick acerca de la protección que debe darse a la propiedad privada. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 170-220.

este no es el lugar adecuado para discutir acerca del marco general de filosofía política dentro del cual se actualiza el enfrentamiento de necesidades. Por el contrario, es tiempo de afrontar el problema desde un punto de vista jurídico.

II. CASOS ESTADOUNIDENSES

1. *Casey vs. Planned Parenthood of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992)

A continuación presentaré una decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en la cual la decisión mayoritaria puede ser apoyada utilizando una crítica derivada del reconocimiento de los reclamos de necesidad. En este caso he encontrado la aplicación más justa dentro del derecho norteamericano que conozco, de una teoría de la relación entre las necesidades y los derechos.³²

En el lenguaje de la mayoría, hay ciertas cosas que se identifican con lo que Wiggins ha denominado “necesidades fundadas”. En particular, la primera parte de la decisión presenta muchos ejemplos.

Al principio de la decisión, y citando el caso *Poe vs. Ullman*, la mayoría declara que la libertad garantizada por la cláusula del debido proceso legal establecida en la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América, “es un proceso

³² Ronald Dworkin ha señalado que en los Estados Unidos “por más de un siglo dos visiones claramente opuestas han estado librando una Guerra de las Rosas constitucional, en la cual ambas partes han alcanzado sucesivamente la posición dominante de manera temporal”. Dworkin identifica la decisión de *Casey* como representante del “bando de la integridad”, mismo que “insiste en que los derechos constitucionales reconocidos a favor de un grupo presupone la existencia de más principios generales que podrían respaldar los derechos constitucionales a favor de otros grupos, mismos que posteriormente deben ser reconocidos también”. Dworkin, Ronald, “Sex, Death, and the Courts”, en *Sovereign Virtue*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, pp. 454 y 455.

continuo que, hablando en términos generales, incluye la libertad de ser sometido arbitrariamente a cualquier imposición o restricción que resulte substancial y que no tenga propósito alguno”. La Corte reconoce que el derecho de una mujer a abortar, se inscribe dentro de los límites establecidos a favor de la libertad mencionada.

La Corte enfatiza que “los asuntos que involucran las decisiones más personales e íntimas que una persona puede tomar durante su vida, decisiones fundamentales para el desarrollo personal y para la autonomía individual, son también fundamentales para los fines que persigue la libertad protegida por la enmienda catorce”. Incluso la Corte considera que entre las decisiones que un individuo puede llevar a cabo sin sufrir una interferencia injustificada por parte del gobierno, se encuentran decisiones “relativas al matrimonio, la procreación, el control natal, las relaciones familiares y la crianza y educación de los hijos”. La Corte señala que el interés de las mujeres en decidir tener o no un hijo, debe reconocerse para evitar la violación de un derecho personal por parte del Estado.

Me gustaría extender un poco la explicación de este caso, con el fin de dejar claras las razones que me llevan a considerar que la opinión de la mayoría protege los intereses vitales de cualquier mujer.

En el primer capítulo de este trabajo, enfatiqué, siguiendo algunas de las ideas de White, el hecho de que a pesar de que una persona puede saber que es lo que está *en* su interés, existe la posibilidad de que esto no siempre sea así. Saber lo que está *en* mi interés no es una regla general. De hecho, muy frecuentemente, la misma persona no puede distinguir si algo está o no *en* su interés. Sin embargo, de aquí no se deriva que sea imposible para una persona saber que está *en* su interés.

Desde mi punto de vista, casi cualquier mujer puede decidir si un aborto está en su interés o no. Además, creo que el interés vital para decidir puede determinarse sin tomar en cuenta el sentido de la decisión final respecto del aborto. Incluso si la mujer no

quiere abortar, su interés vital por tomar la decisión respectiva está protegido.

En *Casey*, la Corte reconoció el interés vital de una mujer para tomar decisiones fundamentales acerca de su vida. En este caso, la necesidad reconocida a favor de las mujeres es exactamente la misma: tener el poder para decidir.

De cualquier manera, no parece muy claro como es posible fundamentar “el derecho a decidir” en el interés vital de una mujer. Incluso es posible preguntarse qué es lo que le da más importancia a este interés que a cualquier otro. ¿Cómo es posible afirmar, por ejemplo, que el derecho del Estado a establecer límites al crecimiento de la población no está *en* los mejores intereses de cualquier mujer?

Antes que nada, me parece que una mujer no está obligada a abortar contra su voluntad. Dentro del marco que encuadra el derecho a decidir, las mujeres están protegidas para tomar decisiones personales. Si en su opinión, abortar es una manera de ayudar a resolver un grave problema público, están en libertad de hacerlo.

El derecho a tomar “decisiones personales” en relación con el embarazo, es el asunto principal de este tema. Sin embargo, si alguien presenta razones convincentes para creer que el establecimiento del deber legal a abortar está en el mejor interés de una mujer, es posible cambiar de opinión. Recordemos que incluso las creencias que parecen más arraigadas pueden modificarse. Esta es una característica del discurso racional.

Es importante recordar que la Suprema Corte de Justicia fue cambiando sus criterios para llegar a *Casey*. Al hacerlo, tendremos un claro ejemplo de la manera en la cual los criterios judiciales y las creencias en las cuales se apoyan pueden cambiar. Al aceptar sujetarnos al discurso racional, debemos estar dispuestos a cambiar de opinión, pues en él todas las creencias están sujetas a debate.

Es posible decir también que *Casey* constituye una de las decisiones judiciales más avanzadas de la Suprema Corte de los

Estados Unidos. Tal vez si la dimensionamos como protegiendo un reclamo de necesidad vital, será más fácil elaborar argumentos en defensa de dicha resolución para protegerla de cualquier reto de corte formalista.³³

La tradición legal en la cual me formé, fue una puramente formalista y aunque la enseñanza del derecho en México, se ha modificado en los últimos diez años, lo cierto es que en mi país sigue existiendo una concepción delimitada de las disciplinas legales. Los límites entre lo que los abogados mexicanos conocen como “las ramas del derecho”, están establecidas con rigidez y los académicos mexicanos se dividen en distintos campos de especialización. De esta manera, hay expertos en derecho constitucional, en derecho civil, en derecho penal, etcétera. Los interesados en los asuntos jus-filosóficos, son ubicados así, por la clasificación, como expertos en filosofía del derecho. Sin embargo, sigue siendo extraño que los abogados discutan los asuntos morales involucrados en el ejercicio del derecho. Por lo regular, los profesionales del derecho en México, consideramos que el tratamiento de problemas morales dentro del derecho en general y dentro de la actividad judicial, en particular, no es un asunto relevante. En otras ocasiones —las menos, por cierto— algunos abogados mexicanos tienden a resaltar el razonamiento moral en perjuicio de los razonamientos legales.

En mi opinión, la jerarquía que vincula a la moral —entendida en su dimensión filosófica— y al derecho, debe reconocerse. No me avergüenza reconocer que, desde mi punto de vista, las normas jurídicas deben estar al servicio de fines de tipo moral. Sin embargo, al creer también en el paradigma liberal, me es necesario encontrar una manera que, justificadamente, me permita eludir la contradicción que significa estar de acuerdo con la noción de Estado de derecho, por un lado, y con un sistema judicial orientado por una perspectiva moral, por el otro. Es reflexionan-

³³ Agradezco al profesor Lewis Sargentich de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard el hacerme notar la importancia de esta explicación.

do acerca de este dilema que he formado una opinión: en muchas ocasiones, a los jueces les vendría bien buscar fuera del marco del derecho, referentes que les permitan resolver litigios legales. Esto es así porque el único lugar en el cual pueden encontrarse respuestas justificadas a problemas difíciles de resolver judicialmente, es en el razonamiento moral. Desde mi punto de vista, un juez no puede justificar sus decisiones simplemente diciendo que está siguiendo lo que dice la ley. Al utilizar un argumento semejante, el juez sólo valida una decisión específica, pero no la justifica. La justificación como procedimiento pertenece, en forma casi natural, al razonamiento moral.

Antes de terminar el análisis del caso que venimos tratando, la revisión de los argumentos presentados por la minoría en el voto particular resulta interesante. Para hacerlo, utilizaré un argumento similar al que usé para analizar la opinión de la mayoría. El objetivo es encontrar en la opinión de la minoría, algún interés vital o reclamo de necesidad que pueda oponerse al interés vital de cada mujer embarazada para decidir.

Una parte de minoría en Casey alega que es una violación a las tradiciones norteamericanas el otorgar un derecho a las mujeres a decidir acerca de sus embarazos. De acuerdo con el presidente de la Corte, no tan sólo es imposible encontrar un derecho fundamental a abortar en las tradiciones norteamericanas, sino además es imposible considerar tal derecho como una de las libertades sustantivas que protege la cláusula del debido proceso establecida en la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

A partir de esta visión inflexible, la minoría consideró que la consecuencia más peligrosa derivada de Casey, es que “un nuevo método de análisis, que no tiene raíz alguna en el derecho constitucional, se aplica para decidir la constitucionalidad de las leyes de los estados que regulan el aborto”. La minoría agrega que “ni el *stare decisis*, ni el ideal de legitimidad son beneficiados verdaderamente” con la decisión de la mayoría.

Antes que nada, me parece un error el intento por debilitar la justificación del derecho a decidir de las mujeres argumentando que ese privilegio es algo ajeno a la tradición social. Tal como Ronald Dworkin lo ha explicado, una función central de los derechos es la de impedir que las libertades sean menoscabadas con facilidad por consideraciones de política pública.³⁴ Si partimos de la postura orientada por la necesidad de contar con una justificación, no podemos decir que a alguien no se le puede reconocer algún derecho sólo porque la historia no se lo ha reconocido.

Parece que la minoría en este caso consideró que el respeto a la tradición representa un interés vital que comparte toda la sociedad. Aparentemente la minoría estaba segura acerca de que mostrar un respeto monumental por la tradición legal, es algo que está en el mejor interés de cada norteamericano. En el resto de la opinión minoritaria no he podido encontrar otro “reclamo de necesidad”. De cualquier forma, me parece que los argumentos presentados por la mayoría son mucho más sólidos que los de la minoría. Creo que no es difícil compartir la opinión de que garantizar el derecho de las mujeres a decidir es preferible que rechazar tal derecho con base en un respeto monástico a las costumbres. Así, en ocasiones, a partir de argumentos legales orientados por el razonamiento moral, es posible descubrir prácticas tradicionalistas dañinas que se esconden bajo el manto inmaculado de la tradición.³⁵

³⁴ Véase Dworkin, Ronald, “Taking Rights Seriously”, en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 184-205.

³⁵ Parece contradictorio otorgar un papel central dentro del derecho a la posibilidad de ejercitar el razonamiento moral, por un lado, y respaldar la idea de que los jueces están obligados a respetar la tradición legal, por el otro. Sin embargo, creo que respetar la tradición legal no es una característica fundamental de una sociedad liberal que reconoce el papel rector del debate moral. En una sociedad así, incluso la idea misma de Estado de derecho se sujetaría a revisión permanente: todo sería discutible.

2. *El asunto del bebé M, 537 A.2d 1227 (1988)*

En este caso la Suprema Corte de Nueva Jersey, invalidó un contrato de tutela. La decisión de la Corte fue dividida. Para los propósitos de este trabajo sólo la parte relativa a la custodia del niño será de utilidad.

La decisión judicial que estamos por abordar hace referencia permanentemente a los intereses de las partes en litigio. De hecho, el argumento fundamental que utilizó la Corte para decidir el asunto de la custodia, se fundó en el interés por encontrar lo que estaba *en* el mejor interés del niño.³⁶ A pesar de que los argumentos de la Corte son muy convincentes, me parece que los mismos pueden todavía fortalecerse más si se presentan en términos de intereses vitales.³⁷

La Corte Suprema de Nueva Jersey argumentó que el criterio fundamental para decidir la custodia de un niño es clara: los mejores intereses del menor son los que determinan a quién corresponde la custodia.³⁸ La Corte señala que el meollo del asunto era

³⁶ En énfasis judicial en determinar aquello que está *en* el mejor interés del niño, demuestra claramente la nueva visión que los derechos de los niños tienen en el mundo contemporáneo. Desde un punto de vista jurídico estamos ya muy lejos del origen de este campo del derecho. Emilio García Méndez nos recuerda que sin duda, el origen de la especificad jurídica de la infancia es de naturaleza estrictamente penal". Véase García Méndez, Emilio, *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, Fontamara-Unicef, 2001, p. 17.

³⁷ Al argumentar que es posible sostener la existencia de derechos sin la necesidad de asumir una posición individualista, Joseph Raz ha señalado que "los derechos fundamentan requerimientos para actuar en defensa del interés de otras personas". Véase Raz, Joseph, "The Nature of Rights", en *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford-Clarendon Paperbacks, 2001, p. 180.

³⁸ La idea de anteponer los intereses del niño a cualquier otro no es nueva. El principio segundo de la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 establece: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar le-

“determinar cuál de las vidas futuras es la mejor para el bebé M”, una en la cual la custodia principal se desarrollara en la casa de la madre natural o una en la que la custodia principal se desarrollara en la casa del padre natural.³⁹

La Corte se dio cuenta que “la decisión acerca de la custodia debe fundarse en todas las circunstancias, en todo lo que haya sucedido, en todo lo que es relevante para apoyar lo que está en los mejores intereses del menor”. Además, la Corte se apoyó en el testimonio de once expertos que intentaron determinar qué es lo que debe entenderse como los mejores intereses de un niño, tanto directa como indirectamente.⁴⁰

yes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será al interés superior del niño”. Véase Tamés Peña, Beatriz (comp.), *Los derechos del niño. Un compendio de instrumentos internacionales*, México, CNDH, 1995, p. 10. Esta idea fue refinada en el artículo 3o. párrafo primero de la *Convención de los Niños*, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1989. Esa disposición señala: “En todas las acciones concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, los mejores intereses de los niños serán tomados en cuenta de manera principal”. Véase Gandhi, P.R. (ed.), *Blackstone's International Human Rights Documents*, Londres, Blackstone Press Limited, 2000, p. 119.

³⁹ Este criterio está completamente en concordancia con el proemio de la *Convención de los Derechos de los Niños*, la cual reconoce entre sus fundamentos que “los niños, para el desarrollo completo y armónico de su personalidad, deben crecer en un ambiente familiar, en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión”. Gandhi, *Blackstone's International Human Rights Documents*, p. 119.

⁴⁰ En México la Constitución no habla de los intereses de los niños pero sí de las necesidades de los mismos. El artículo 4o. párrafo sexto de la Constitución, obliga a los padres a “preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades”. Joel Francisco Jiménez García nos recuerda que esta obligación fue incluida en la Constitución en 1980, como consecuencia del cumplimiento del Año Internacional del Niño celebrado en 1979 e instituido por la Organización Internacional de las Naciones Unidas en 1976. Véase Jiménez García, Joel Francisco, *Derechos de los niños*, México, Cámara de Diputados-UNAM, 2000, p. 4. En mi opinión, también necesitamos que nuestros tribunales, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en especial después de la promulgación de la Ley para la Protección de los Dere-

La Corte también tomó en consideración “los testimonios altamente convincentes” que demostraron no sólo las diferencias entre las vidas familiares desarrolladas en las casas de la madre y del padre respectivamente, sino, además, la personalidad y carácter de ambos. A través de un ejercicio fáctico, la Corte señaló las dudas que le generaba la estabilidad de la familia de la madre natural y concluyó, razonablemente, que quedarse con el padre era la decisión que estaba en el mejor interés del menor.⁴¹ Esta conclusión se fundó en considerar al ambiente de la casa del padre como más benéfica y al carácter del mismo padre como una mejor influencia para el menor.

La Corte realizó una comparación exhaustiva con el fin de determinar el tipo de vida que esperaba al bebé con cada uno de sus padres. Al analizar todo, desde la finanzas personales hasta el ambiente familiar, la Corte Suprema de Nueva Jersey realizó un trabajo muy convincente. Cómo hemos podido apreciar en este resumen, la decisión se apoyó en razones muy poderosas. Con el fin de obtener una conclusión justa, el trabajo del órgano jurisdiccional fue ejemplar al allegarse de todo lo que pudiera darle

chos de los Niños, Niñas y Adolescentes a la que me referiré más adelante, llenen de contenido las necesidades a las que se refiere el artículo 4o. de la Constitución federal. ¿Qué es necesario para un niño mexicano a principios del siglo XXI?, ¿alimentarse?, ¿no ser discriminado?, ¿tener acceso a agua potable?, ¿tener acceso a educación de calidad? Si la identificación entre necesidades e intereses que he propuesto funciona, entonces las mismas preguntas pueden hacerse respecto a lo que está en los mejores intereses del menor.

⁴¹ Loretta Ortiz Ahlf acierta al señalar que “el concepto de primacía del interés del niño, si bien es nebuloso, permite sentar un criterio para los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en esta materia. Así en un conflicto de derechos o intereses siempre deben prevalecer los del niño”. Véase Ortiz Ahlf, Loretta, “Los derechos humanos de los niños”, en *Derechos de la niñez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 246. Sin embargo, la maestra Ortiz no lleva el argumento al extremo, lo que para el caso mexicano, como veremos en el siguiente apartado de este capítulo, sería fundamental: si el concepto de interés es nebuloso, el criterio para cumplir obligaciones también lo es.

elementos de convicción. La Corte se sujetó a las reglas del debate que rige la razonabilidad.

Desde mi punto de vista y para los fines que persigue este trabajo, lo más relevante del caso del bebé M es la definición de “los mejores intereses” elaborada por el mismo tribunal.⁴² En esa definición, la Corte pretende no tomar partido por alguna forma de vida idealizada; por el contrario, “los mejores intereses se reducen a un juicio, integrado por diferentes factores, acerca de la felicidad potencial de un ser humano”. Sin embargo, creo que algunas líneas después de ofrecer esta definición, la Corte echa mano de una herramienta menos procedimental al señalar que “la casa del padre promete un hogar seguro y una relación de entendimiento que permitirá el desarrollo conjunto de la adecuada nutrición y el desarrollo independiente del menor”.

⁴² Me parece interesante que el legislador mexicano haya identificado, en línea no sólo con la argumentación desarrollada en este trabajo, sino fundamentalmente con la corriente dominante en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos a favor de los niños, a las necesidades de los menores con los intereses supremos de los mismos. Para constatarlo, vale la pena mencionar algunos de los artículos de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000. En primer lugar, el artículo 1o. de la Ley señala que la misma se funda en el párrafo sexto de artículo 4o. de la Constitución, mismo que, como hemos visto, menciona el derecho de los niños a satisfacer sus necesidades. Asimismo, el artículo 3o. de la Ley señala como primer principio rector del régimen de protección *el del interés superior de la infancia*, cuyo contenido explicita aun más el artículo 4o. “De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niños, niñas y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieran para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social”. Véase Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, <http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/185.pdf>. De la lectura de estas disposiciones legales, se confirma que, a pesar del trabajo legislativo en la materia, el significado de “intereses superiores de los niños” sigue siendo “nebuloso”. Por ello, repito, necesitamos que nuestros tribunales elaboren definiciones más acabadas al respecto.

Ahora bien, ¿hay algún punto flaco en la decisión de la Corte de Nueva Jersey? En mi opinión, una crítica de consideración puede ensayarse a partir de lo señalado en el párrafo anterior. La Corte no hizo a un lado las implicaciones “ideales” del criterio fundado en “los mejores intereses”. El problema es que, como sabemos, una vez que se ha decidido seguir por la ruta idealista, uno debe aceptar las consecuencias hasta el final. El problema es que, al definir qué es lo que está en los mejores intereses de una persona, es imposible no utilizar argumentos ideales, puesto que nos encontramos en el nivel de justificación, no en un nivel puramente descriptivo.

La decisión es también interesante debido al camino argumental por el cual la Corte alcanzó un resultado justo. Es cierto que los jueces de la Corte de Nueva Jersey basaron su decisión en muchos procedimientos y en reglas legales válidas. Sin embargo, al interpretar la ley, intentaron justificar dicha interpretación.

Desde mi punto de vista, un ejemplo de ese intento puede leerse en las siguientes líneas. La Corte escribió: “No debe pasar desapercibido el hecho de que un estándar de revisión fundado en los “mejores intereses” está diseñado para crear a un individuo bien integrado de quien pueda creerse razonablemente que será feliz en la vida, más que a un nuevo miembro de la inteligencia”.

Podemos estar o no de acuerdo con la concepción de “los mejores intereses”, defendida por la Corte. Sin embargo me parece que, de todas maneras, la Corte debió explicar por qué el ser “una persona bien integrada” puede identificarse con las necesidades vitales del bebé M. Así, por ejemplo, teniendo en cuenta lo anterior, es posible enderezar una crítica alegando que la aproximación justificativa elegida por la Corte es más bien utilitaria. Una crítica semejante, sin embargo, debería presentar una propuesta no utilitaria con el fin de proponer una alternativa acerca de qué es lo que está en los intereses del menor, sea lo que sea. Sin embargo, si varias críticas se presentaran en contra de la aproximación escogida por la Corte, de cualquier manera el de-

bate acerca de los intereses más profundos del bebé M se mantendría en un nivel de justificación. Seguimos fuera del nivel descriptivo.

En mi opinión, el caso del bebé M nos ofrece un ejemplo muy interesante de lo que debe ser un razonamiento judicial convincente. De hecho, la decisión del tribunal es tan sólida, tiene tanta coherencia interna, que sería interesante escuchar los argumentos que podrían presentarse contra ella. Lo más atractivo desde un punto de vista teórico, es que cualquier argumento en contra debe ser lo suficientemente fuerte como para derrotar el razonamiento de la Corte.

El punto es que dentro de un discurso regido por la razonabilidad, cualquier participante tiene la oportunidad de construir un argumento poderoso, presentarlo en contra de los otros y, lo que es aun más importante, presentar razones lo suficientemente fuertes como para imaginar que, en algún escenario, la custodia del menor debería otorgarse, con toda justicia a la madre. Desde mi punto de vista, presentar un argumento distinto pero convincente, es una labor difícil y, en tanto no encuentre algún argumento así, la decisión de la Corte, tal como la conocemos, sigue siendo justa.

Ahora bien, otra característica relevante de este caso es la selección hecha por la Corte para elegir el interés predominante en el litigio. La Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey, descartó otros intereses al considerarlos menos valiosos que el interés que reconoció como predominante.

Es cierto que el interés del padre fue preferido por encima del de la madre. Sin embargo, ninguno de los intereses paternos y maternos en disputa puede considerarse como la clave de la decisión. El interés “ganador” fue precisamente aquél identificado con las necesidades vitales del menor. En mi opinión, este es un ejemplo del grado de justificación que los reclamos de necesidad pueden otorgar a una decisión judicial y, por lo mismo, la importancia que tienen en la legitimación de las mismas.

Antes de iniciar el análisis de otro caso aplicando la perspectiva teórica que me interesa, me gustaría agregar un comentario adicional acerca del caso que he venido discutiendo.

Supongamos que en Nueva Jersey existiera una ley o un precedente que claramente prohibiera a cualquier persona separar a un niño de su madre. En este caso hipotético, la única excepción a la regla se fundaría en la incapacidad de la madre para cuidar al menor por razones de salud o por antecedentes criminales. Si, de todas maneras, la Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey decidiera el caso del bebé M de la forma en la que lo hizo, ¿podría considerarse a tal decisión como legítima?

En mi opinión, la respuesta a esta pregunta, nos puede mostrar la diferencia que existe entre legitimar y justificar algo. Si la Suprema Corte de Justicia de Nueva Jersey, violando una disposición legal o el sentido de los precedentes judiciales, hubiera resuelto de la misma manera en el caso hipotético, de cualquier manera sería muy difícil dejar de considerar como justa a la resolución. La ausencia de una autorización, sea legal o jurisprudencial, no necesariamente reviste de injusticia a una decisión judicial.

3. *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)

Entre los casos norteamericanos que he leído, la decisión de Bowers es, desde el punto de vista de una teoría de la creación de los derechos a partir de reclamos de necesidad, la más errónea de todas.⁴³ Esto es así puesto que, en mi opinión, la decisión de

⁴³ Ronald Dworkin ha señalado que Bowers representa el mejor ejemplo de la filosofía que sostiene la parte contraria a la que representa la mayoría de Casey en la guerra constitucional que se libra en Estados Unidos desde hace más de un siglo. En sus palabras Dworkin señala que, la parte representada por la mayoría de los ministros de Bowers, “ansiosa por restringir el poder de los jueces para resolver asuntos morales, insiste en que las cláusulas del debido proceso legal y de protección igualitaria de las leyes le otorgan protección sólo a una lista limitada de derechos que han sido reconocidos y protegidos a lo lar-

este caso violenta la concepción que he desarrollado acerca de los intereses vitales individuales. Sin embargo, es precisamente por eso, pasar por alto de manera abierta los intereses individuales, por lo que Bowers puede ser de gran utilidad para alcanzar los objetivos de este trabajo.

Por medio de Bowers, la mayoría de los jueces de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, emitieron una decisión realmente dura. De acuerdo con dicha mayoría, los homosexuales no pueden alegar tener un derecho fundamental a establecer relaciones sexuales que puedan clasificarse como sodomitas, aunque lo hayan consentido.⁴⁴ La Corte entiende que todas las prohibiciones dirigidas a nulificar ese tipo de relaciones, tienen una larga tradición en la sociedad norteamericana.

En un pasaje muy famoso, la mayoría estableció su posición acerca del contenido sustantivo de la cláusula del debido proceso legal que establece la Constitución de los Estados Unidos de América:

Tampoco nos inclinamos a expandir nuestra autoridad para descubrir nuevos derechos fundamentales establecidos en la cláusula del debido proceso legal. La Corte es mucho más vulnerable y se

go de la historia posterior a la Guerra Civil. En la decisión del caso *Bowers vs. Hardwick* de 1986, el ministro Byron White estableció esta posición respecto a la cláusula del debido proceso legal en una opinión que se ha vuelto un talismán para el partido constitucional que el representa. El adoptó la posición de que la cláusula sólo protege los derechos que están “profundamente arraigados en historia y tradición de esta nación” [...]; sugerencia de que existe “un derecho a involucrarse en este tipo de relaciones” es [...] facciosa.” Con base en lo anterior, la crítica de Dworkin señala que “desde esta perspectiva para este partido en la guerra constitucional, la lógica y la consistencia juegan un papel menor en la identificación de los derechos constitucionales”. Dworkin, Ronald, “Sex, Death, and the Courts”, *op. cit.*, nota 32, pp. 454 y 455.

⁴⁴ Ronald Dworkin lo pone en mejores términos que yo, pues en su opinión, la decisión de la mayoría escrita por el ministro White declara que los homosexuales no tienen, por principio, un derecho constitucional que debe ser protegido de la legislación estatal que considera sus actividades sexuales un crimen. *Ibidem*, p. 457.

aproxima a la ilegitimidad cuando se propone utilizar derecho constitucional “hecho” por los jueces, mismo que tiene pocas raíces o ninguna raíz en el lenguaje o en el diseño de la Constitución.

En este pasaje, la Corte definió su postura con respecto a un asunto constitucional profundamente controvertido. Al rechazar la sustantividad de la llamada “cláusula del debido proceso legal”, la mayoría de los jueces de la Corte, se opusieron a aplicar una teoría de los derechos fundados en reclamos de necesidad.⁴⁵ En realidad, con esta decisión, la posibilidad de crear derechos legales a partir de materiales meta-legales, así como otorgarles reconocimiento pleno en el sistema legal, queda completamente cancelada.

De acuerdo con la decisión de Bowers, la libertad de los homosexuales para elegir involucrarse con otros en relaciones sexuales de un tipo determinado, es un derecho limitado. Esta prohibición es pasmosa por diferentes razones. Primero, representa una violación clara a la autonomía individual. Teniendo en consideración lo resuelto en *Loving vs. Virginia*, pero en especial después de *Casey*, es claro que la conducta sexual de los individuos deben considerarse como derechos protegidos no tanto por su contribución al bienestar general de la sociedad, sino porque integra la parte central de la vida de cualquier individuo.

El argumento último en el que se apoya la decisión de la mayoría es, de nuevo, de corte utilitario. La Corte considera que la

⁴⁵ Esto es así porque de acuerdo con Dworkin, los jueces contestan dos preguntas para resolver litigios en contra de leyes fundados en argumentos de debido proceso: “Primero, ¿la ley cuestionada compromete o no un “interés de libertad”, es decir, un derecho que en principio la Constitución protege respecto de la acción de los estados? Por otra parte, si se compromete el interés mencionado, ¿los propósitos y las consecuencias de la ley combatida son tan importantes como para justificar el que un estado transgreda el interés de libertad?”. *Idem.* p. 457. En este caso, la Suprema Corte contestó en negativo la primera pregunta, pues consideró que los homosexuales no tienen un interés de libertad. Para los efectos de este trabajo, sin embargo, es interesante la explicación de Dworkin pues identifica a los intereses con los derechos.

sodomía homosexual debe prohibirse porque su existencia puede dañar gravemente las creencias morales compartidas por la sociedad. Al respecto, cabe mencionar que ya he respaldado la idea de que los derechos son importantes porque protegen a las libertades personales de decisiones públicas que pretenden incrementar el bienestar o los beneficios de la sociedad en su conjunto.

De acuerdo con la Corte, lo que está mal no es el acto de sodomía en sí mismo, sino la realización de ese tipo de actos entre hombres homosexuales. De acuerdo con la interpretación hecha por la Suprema Corte, los Estados Unidos de América no toleran la sodomía homosexual. Es curioso que desde el punto de vista de la Corte, ni la sodomía heterosexual, ni la realizada en el seno de una pareja casada, ni la sodomía llevada a cabo entre mujeres lesbianas, existen. La Corte crea así un nuevo tipo de discriminación: sólo la sodomía homosexual entre hombres existe y debe prohibirse.⁴⁶

Lo que realmente asusta de la decisión de la Corte es su naturaleza opresiva y vinculativa: debe obedecerse siempre que un asunto de esa naturaleza se presente judicialmente. Es claro que, desde el punto de vista de Hardwick, intervenir en actividades homosexuales era algo muy importante desde un aspecto vital.⁴⁷

El asunto relevante, me parece, es que existen fuertes razones que respaldan un punto de vista diferente, de acuerdo con el cual los intereses individuales deben protegerse. Incluso si en Bowers el interesado no hubiera expresado su interés personal en la sodomía, parece razonable creer que llevar a cabo ese tipo de conductas esta-

⁴⁶ Si la Corte quiere justificar su decisión en términos morales, antes debe desarrollar toda una teoría moral que enmarque sus pretensiones. Esto es así, porque en realidad, está echando mano de criterios metalegales de corte moral.

⁴⁷ Dworkin apunta que para ciertas personas sólo participar en relaciones homosexuales puede ser la única forma de ejercer su sexualidad. Véase Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 43, p. 454. El argumento puede expandirse y considerarse que para algunas personas involucrarse en actos sexuales como los prohibidos por la mayoría en Bowers, puede ser la única forma en la que esas personas ejercen su sexualidad.

ba en su interés. La actividad sexual de los homosexuales debe considerarse como una parte central de la vida de las personas con esa orientación sexual. En mi opinión, sólo apelando a razones de corte autoritario es posible seguir considerando que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, son distintas a las que lleva a cabo los heterosexuales.

Más aun, tal como lo demuestran algunas de las ideas presentadas en el voto minoritario, si la Corte decidió prohibir un tipo de relaciones sexuales, debió haberlas prohibido tanto para las lesbianas como para los heterosexuales estén casados o no. En otras palabras, la Corte no explica las razones en las cuales funda su preocupación exclusiva por la sodomía homosexual.

Tal vez los jueces que formaron la mayoría, consideraron que involucrarse personalmente en actos de sodomía era una necesidad humana despreciable. Sin embargo, si así fuera el caso, la Corte no le da a los homosexuales una alternativa, ni siquiera razones poderosas y convincentes para prohibir los actos privados en los que han decidido involucrarse. Sería interesante saber si, en opinión de la Corte, habría algún reclamo de necesidad homosexual que pudiera considerarse justo y fundado.

Por otra parte, *Bowers vs. Hardwick* es también sumamente interesante debido a que contiene un voto minoritario del juez Stevens fundado en una vigorosa argumentación.

El juez Stevens recuerda que la Corte está obligada a proteger “el derecho de cualquier individuo para tomar ciertas decisiones que son inusualmente importantes, puesto que afectan no sólo su destino, sino incluso el de su familia”. Desde un punto de vista general, el derecho a decidir la forma en la que se practica la vida sexual, es una decisión relevante. Esto es así puesto que, al tomar esa decisión, la integridad emocional y la integridad física están involucradas.

De acuerdo con la concepción igualitaria del juez Stevens:

Los homosexuales y los heterosexuales tienen el mismo *interés* en ejercer la libertad de decidir la forma en la cual se conducirán en

las asociaciones que voluntariamente celebran en forma personal con sus parejas. La intrusión del Estado en la conducta privada de las personas, sean homosexuales o heterosexuales, impondría por esa razón, una carga para los dos tipos de personas.

Este no es el lugar para iniciar una discusión acerca de los efectos generados por la actividad sexual en las personas. Afortunadamente, para defender a la actividad sexual como un interés vital, es sólo necesario considerar a este tipo de actividad humana como central en cualquier vida humana.

El punto no es crear un derecho a proteger la vida sexual de cada persona, sino proteger y fortalecer el derecho personal a decidir al respecto. La premisa se funda en el hecho de que, por lo regular, la actividad sexual que no daña a otros promueve la autorealización personal.

Sé que, para algunas personas, el mantener una notable vida sexual puede ser considerado como un objetivo existencial. Sin embargo, de la misma manera, otras personas bien pueden decidir y tener una vida muy feliz de abstinencia. Por esta razón, por la existencia de tales diferencias, es necesario reconocer el hecho de que decidir acerca de la actividad sexual es un objetivo central en la vida de todos. Un interés vital personal en vivir haciendo el amor, debe otorgarnos al menos alguna razón para crear un derecho a favor de los individuos para relacionarse sexualmente y en forma inofensiva con otros, siempre que así lo decidan.

Lo que realmente importa respecto de las relaciones sexuales para los fines de este trabajo, es que las mismas pueden considerarse como algo que potencialmente ayuda a que una persona “florezca”, se autorealice. A pesar de que en opinión de algunas personas las relaciones sexuales no tienen valor alguno o, incluso, tienen sólo un valor negativo que amerita la elaboración de todas las críticas posibles, esto no significa que las relaciones sexuales tengan que ser automáticamente prohibidas.

Así como me sería imposible no apoyar la prohibición de actos sodomitas realizados en algún sitio público, tampoco encuen-

tro una buena razón para respaldar la prohibición de la realización de actos de esa naturaleza en privado. Los adultos que se involucren por su propia voluntad en relaciones privadas que no dañen a otros, deben ser libres para comportarse de la forma que mejor les parezca. En mi opinión, los derechos existen precisamente para proteger ese tipo de relaciones: relaciones entre adultos, consentidas, privadas e inofensivas.

Es claro que las relaciones sexuales deben sujetarse a las reglas generales que se aplican a todo tipo de relación humana. Así, las relaciones sexuales no debe ser usadas para oprimir ni para lastimar a otras personas, deben ser equitativas, llevarse a cabo entre iguales y sólo bajo el estricto consentimiento de las partes. Para ponerlo en términos kantianos, puede decirse que las relaciones sexuales no deben ser herramientas para usar a otros individuos como medios y no como fines en sí mismos.

¿Qué es lo realmente importante en la decisión de Bowers? ¿Qué es lo que desde mi punto de vista, otorga a esta decisión tanta relevancia? En mi opinión, en la decisión de este caso es posible encontrar un claro ejemplo de violación de intereses individuales importantes. En Bowers es posible analizar algunas de las peores características que privilegian políticas poco razonables inspiradas en la idea de “interés público”, que se aplican en perjuicio de intereses individuales sólidamente justificados o, en otras palabras, que interfieren en la vida privada de las personas.⁴⁸ En mi opinión, Bowers es un buen ejemplo de lo que las decisiones judiciales no deben ser.

⁴⁸ El debate acerca de la interferencia del gobierno en la vida privada en los Estados Unidos sigue vivo. Recientemente se discutió el caso de Terri Schiavo, quien se encontraba en coma desde hace quince años. Después de un largo pleito judicial entre su marido y sus padres, una Corte de primera instancia determinó dejar de alimentarla. A esta decisión siguieron varias apelaciones ante autoridades federales. En la última de ellas, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, determinó no intervenir y rechazó así la petición de volver a conectar a la mujer al tubo de alimentación. Antes, la Corte del 11vo. Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos declaró que era “necesario to-

III. CASOS MEXICANOS

1. *Nota introductoria*

En esta parte del capítulo presentaré algunos casos que contienen la forma en la cual el Poder Judicial de la Federación ha tratado las necesidades humanas y los intereses vitales. Sin embargo, antes de eso, es necesario hacer algunos comentarios preliminares acerca de este asunto.

Incluso para aquellas personas que no están familiarizados con el sistema jurídico mexicano, la dificultad que se presenta al tratar de encontrar declaraciones acerca de las necesidades en las decisiones judiciales del país, tiene sentido. Cuando los jueces mexicanos han escrito o debatido acerca del concepto de necesidad y el concepto de interés tal como lo he venido desarrollando en este trabajo, las necesidades e intereses públicos han tenido una relevancia notoria. En realidad, en el sistema de derecho mexicano el concepto de interés personal, de interés individual, ha sido tradicionalmente suprimido al confrontarse con reclamos de necesidad social y con la defensa de intereses colectivos. Como consecuencia de la revolución que sacudió a la nación en 1910, el sistema de derecho mexicano fue integrado con un llamado “contenido social”. En mi opinión, en este hecho histórico puede fundarse la razón por la cual es difícil encontrar el uso de argumentos basados en reclamos de necesidad individual, en el reconocimiento de derechos por la vía judicial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que las necesidades sociales están incluso por encima de los dere-

mar una decisión colectiva, objetiva al respecto”. Parecería que la Corte de Apelaciones consideró que la intervención en la terminación de la vida de la mujer, se puede fundar en razones que pueden identificarse con el interés de todos. Me parece que esa misma conclusión podría haberse tomado apelando sólo a los intereses de la mujer. Véase nota periodística en *CNN International*, noticias por Internet del 23 de marzo de 2005, <http://www.cnn.com>.

chos individuales, tal como queda claro en la siguiente tesis relativa a una expropiación de terrenos:

...los derechos y necesidades de índole social se encuentran por encima del derecho subjetivo meramente individual del afectado por el acto expropiatorio, de ser compensado por la privación o limitación que tal acto implica. La exigencia constitucional consiste, por ende, en cubrir la indemnización en un plazo razonable, tomando en cuenta el tiempo necesario para determinar su monto y entregarlo al afectado, a fin de que la compensación que para éste representa no se torne ilusoria e irreal, con la salvedad de que cuando el Estado expropie para llenar una función social de urgente realización y sus condiciones económicas no permitan el pago de la indemnización en las condiciones mencionadas, pueda ordenarse tal pago dentro de las posibilidades del erario, pues de nueva cuenta, en este supuesto, la satisfacción de la necesidad social se encuentra por encima del derecho del afectado a ser resarcido del perjuicio que le ocasiona el acto expropiatorio.⁴⁹

Esta afirmación me parece grave a partir de la importancia que he asignado a lo que he denominado intereses y necesidades vitales. Establecida así la diferencia, la Corte no señala las razones por las cuales jamás un derecho individual fundado en una necesidad vital, podrá derrotar a derechos y necesidades sociales.⁵⁰ De cualquier modo, antes que otra cosa, es necesario reali-

⁴⁹ Tesis aislada P. CXXII/97 en materia Administrativa y Constitucional, México, 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, julio de 1997, p. 8.

⁵⁰ En este sentido, puede decirse que la decisión de nuestros tribunales por privilegiar los intereses y necesidades sociales, colectivos o el interés general, por encima de los intereses y necesidades individuales sin demasiada motivación, constituye el aspecto interno de una regla social en los términos de H.L.A. Hart. Él señala que los jugadores en cualquier juego —y los jueces son jugadores de un tipo de juego sujeto a normas— expresan el aspecto interno de las reglas con las que juegan al entenderlas como el estándar que deben seguir todos aquellos que juegan el juego. Privilegiar intereses colectivos por encima de los intereses individuales refleja el aspecto interno de las reglas aplicables a

zar un análisis lingüístico de algunos materiales que nos ofrecen los tribunales federales.⁵¹

Debe recordarse que en México las decisiones legales tomadas por algunos tribunales federales, pueden constituir una fuente de derecho a través de la jurisprudencia. De acuerdo con el consenso doctrinal, siempre que exista ambigüedad o vaguedad en la legislación, los jueces deben interpretar la ley y, al hacerlo, lo que harán será crear nuevas reglas que se incorporan al sistema.

No obstante lo anterior, por mucho tiempo en México no tuvimos decisiones judiciales famosas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (como *Casey* en el caso norteamericano, por ejemplo), que fueran enseñadas en forma uniforme en las escuelas de derecho del país. En realidad, los profesores de dere-

este tema por nuestros jueces. El libro que el lector tiene en las manos intenta cuestionar esta convención. Véase Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 55-57. Para consultar un excelente estudio acerca del “aspecto interno” de las normas en Hart, así como una poderosa defensa de la teoría de las reglas del mismo jurista inglés, véase Tamayo Valenzuela, José Alberto, “La teoría del derecho de H.L.A. Hart”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, t. LII, núm. 237, 2001, pp. 219-233. Tamayo Valenzuela es, sin duda alguna, el mayor conocedor y el mejor defensor de la teoría de Hart en México.

⁵¹ Intentaré analizar la forma en la que las expresiones como “derechos y necesidades de índole social” han sido usadas por nuestros jueces. Mi impresión es que en la mayoría de los casos, ese tipo de expresiones se utilizan sólo por el poder persuasivo que las mismas tienen. Esto no es menor y puede llegar a ser relevante si se comparte la opinión de Álex Grijelmo, en el sentido de que “lo que comienza por un lenguaje manipulado, acaba por conducir a la asunción del totalitarismo”. Véase Grijelmo, Alex, *La seducción de las palabras. Un recorrido por las manipulaciones del pensamiento*, Madrid, Santillana/Punto de Lectura, 2002, p.146. No postulo, por supuesto, un totalitarismo de la judicatura mexicana basado en las palabras que los jueces utilizan. Lo que digo es que si no entendemos bien las palabras que los jueces usan o si no sometemos esas mismas palabras a un escrutinio serio, la ruta hacia un tipo de totalitarismo judicialista está, en mi opinión, abierta. Para una reflexión muy interesante acerca de la forma en la cual un análisis del estilo en el cual se escriben las sentencias puede nutrir una crítica a las mismas, véase Chemerinsky, Erwin, “The Rhetoric of Constitutional Law”, en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, vol. 100, 2002, pp. 2008-2035.

cho siguen utilizando muy poco el trabajo judicial para enseñar a los futuros abogados y jueces lo que *es* el derecho en México.⁵² Un poco a contracorriente de esta tradición académica, algunos casos y decisiones tomadas por los tribunales federales, serán analizados en las siguientes páginas.

2. El tratamiento elemental de las necesidades en el razonamiento judicial mexicano

Como pudimos comprobar en la tesis aislada antes citada, por lo regular las necesidades humanas han aparecido bajo la forma de necesidades colectivas y de interés público en el trabajo de nuestros tribunales. De acuerdo con la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le otorga al Congreso federal la autoridad para elaborar todas las leyes requeridas para satisfacer las necesidades públicas.

En una decisión verdaderamente interesante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció de manera enérgica su opinión acerca del choque entre el interés público y los intereses personales. La Corte ha determinado que, siempre que ambos tipos de interés se confronten en un asunto que involucre el trabajo de los extranjeros en el país, los intereses personales no tienen peso legal y mucho menos pueden ser un obstáculo para la satisfacción de intereses públicos. De esta manera, siempre que el Congreso se encuentre en la necesidad de evaluar los dos tipos de interés en el ejercicio de sus funciones, el interés público siempre se privilegiará frente al privado. Así de simple:

⁵² En realidad es increíble que en ninguna de las clases de derecho que tuve durante la licenciatura, haya tenido contacto con una ejecutoria de la Suprema Corte. Hasta donde sé y sólo excluyendo algunas excepciones, esa sigue siendo la práctica docente en nuestras escuelas de derecho: los estudiantes no tienen acceso al razonamiento judicial.

POBLACIÓN, LEY GENERAL DE. SU ARTÍCULO 67 NO LIMITA EL LIBRE EJERCICIO DE LAS PROFESIONES, NI IMPONE LABORES SUJETAS A REMUNERACIÓN.

Examinado el artículo 67 de la Ley General de Población se advierte que esta norma establece un régimen de derecho que de manera natural conviene a las atribuciones que el Estado tiene para regular la condición jurídica de los extranjeros, de acuerdo con el supremo interés público consagrado en la fracción XVI del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso de la Unión para dictar las disposiciones legales necesarias que ordenen esa condición, y frente al cual el interés particular no llega a adquirir categoría jurídica para obstruir la satisfacción de ese interés público.⁵³

El tratamiento judicial que se ha dado a las necesidades humanas en México ha sido, en mi opinión, cuestionable. Dentro del marco general establecido por el interés público, respecto del cual no se ha elaborado una clara filosofía constitucional,⁵⁴ nuestros

⁵³ Tesis aislada, México, *Semanario Judicial de la Federación*; Pleno, 7a. época, vol. 85, p. 33. Es curioso que la Suprema Corte de Justicia haya establecido un interés completamente ajeno al que protege el texto constitucional. La Constitución nunca distingue el interés público del interés privado. Sin embargo, la Corte, que en muchos otros casos que se le presentaron antes de 1994, prefirió ser estrictamente formalista, en esta ocasión establece un “supremo interés público” sin fundamento constitucional.

⁵⁴ La expresión “filosofía constitucional” es también ajena a nuestro sistema judicial. En un artículo reciente escrito con motivo de la designación de John Roberts como el nuevo *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Ronald Dworkin exigía que, en sus declaraciones ante el Comité Judicial, el nominado hiciera público si tenía o no “una filosofía constitucional, una visión de la democracia que le permitiera deshacerse de sus compromisos partidistas y de sus preferencias políticas al decidir lo que la Constitución requiere”. Como un ejemplo de lo que es una “filosofía constitucional” Dworkin hace un breve comentario respecto de la postura sostenida por Stephen Bryer, otro de los jueces de la Corte Suprema. De acuerdo con Dworkin, Bryer “argumenta que la libertad protegida por una adecuada concepción de la democracia, abarca no sólo la libertad de los ciudadanos respecto de interferencias gubernamentales indebidas, sino también una libertad más activa para participar en el auto-

tribunales tampoco han explicado lo que debemos entender por necesidades humanas; de hecho, no sabemos si en opinión de la Corte existe una diferencia entre las necesidades vitales y las necesidades públicas.⁵⁵

Me parece que, sin embargo, existen elementos para considerar que históricamente los tribunales han relacionado (tal vez sin saberlo del todo) a las necesidades humanas con aquellas que pueden identificarse con el concepto de interés público. Si esto es así, de cualquier manera sería deseable contar con una explicación acerca de lo que los jueces entienden por “necesidad”. Esto debido a que muchas de sus resoluciones han sido fundadas en ese concepto en específico.

¿A qué se refieren los jueces al mencionar una necesidad específica en sus argumentos? Me parece que son ellos los responsables de explicar jurídicamente cuales son las diferencias entre la cantidad de droga que no excede la permitida para satisfacer

gobierno como igual a los otros” y por ello Breyer “se dedica a demostrar que entender a la Constitución como dirigida a promover esa forma de libertad, puede guiar las decisiones judiciales en diversas materias, como la libertad de expresión, el federalismo y la constitucionalidad de la acción afirmativa”. En mi opinión, a México no le haría daño que cualquier juez o cualquiera que aspire a serlo, con independencia de la posición que ocupe o que quiera ocupar en la judicatura, explicara a la nación su “filosofía constitucional”. Véase Dworkin Ronald, “Judge Roberts on Trial”, en *New York Review of Books*, vol. 52, núm. 16, 20 de octubre de 2005.

⁵⁵ De acuerdo con Luigi Ferrajoli “el fundamento de la legitimación del Poder Judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”. Véase Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 27. Desde una perspectiva garantista se le puede exigir a la Corte que defina con mayor claridad cual es la diferencia que en su opinión existe entre las necesidades individuales y las necesidades colectivas, con el fin de que pueda justificar la vinculación de las decisiones fundadas en necesidades colectivas con “los poderes de la mayoría”.

“la necesidad inmediata”⁵⁶ de un drogadicto y las “necesidades ordinarias”⁵⁷ de un padre de familia que debe satisfacer el salario mínimo. En mi opinión, la Corte debe fundar su explicación en un análisis lingüístico.

Esta distinción es algo que los jueces deben hacer con el fin de, si el argumento que he venido desarrollando es correcto, dotar de un mejor fundamento a sus decisiones futuras. Tal como he afirmado en este trabajo, los reclamos de necesidad pueden ser utilizados como razones en respaldo a la formación de un derecho. De esta manera, el uso de los reclamos de necesidad por los tribunales en general y por la Corte en particular, con el fin de reconocer o denegar derechos, puede tener efectos muy relevantes.

El problema, en mi opinión, es que nuestros tribunales no han reparado del todo en las diferencias mínimas que existen entre decir “*x* es necesario por tal y cual” y decir “*y* necesita *x*” en forma categórica. Parece, por ejemplo, que no han reflexionado detenidamente acerca de la diferencia entre decir que “algo es necesario con el fin de conocer los fundamentos legales de una controversia agraria”, en un caso, y decir, en otro, que “algo es necesario para una compañía en quiebra”.⁵⁸

⁵⁶ Tesis aislada, 8a. época, tribunales colegiados de circuito, México, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, p. 195.

⁵⁷ El artículo 123, fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el salario mínimo debe satisfacer las necesidades normales de una jefe de familia. Los tribunales federales han tratado este tema sin definir cuál es ese tipo de necesidades. Por ejemplo, véase Tesis aislada, 8a. época, tribunales colegiados de circuito, México, *Semanario Judicial de la Federación*; t. VII, 1991, p. 289.

⁵⁸ En este sentido, parece que nuestros tribunales siguen la misma tendencia retórica que nuestros políticos y legisladores. La mera enunciación de la palabra “necesidad” tiene una importante carga retórica que parece, en ocasiones, estar completamente vacía de contenido. Lo grave, más que el uso de términos vacíos son los resultados de estas prácticas. Como bien nos recuerda Carlos Pereda, es necesario contar con una ética de la argumentación que nos permita limitar cualquier exceso cometido en el afán de alcanzar eficacia retórica. Véase

Es posible que los jueces en México no hayan estado preparados para hacer un trabajo de diferenciación de las diversas acepciones de la palabra “necesidad”. Sin embargo, una explicación en ese sentido sigue siendo fundamental. Por supuesto, es cierto que, tal como lo he señalado en este trabajo, me parece que una teoría acerca de la creación de derechos a partir de reclamos de necesidad humana, no es la única vía para justificar la existencia de los derechos. Sin embargo, tal como también he señalado, me parece que la aplicación de la teoría que propongo puede darnos buenos resultados. Lo que sostengo es que si los jueces tuvieran un conocimiento más claro acerca de lo que son los reclamos de necesidad individual, muchas de las decisiones que toman y con las cuales reconocen o niegan derechos, serían mejores.

De hecho, la confusión retórica acerca del uso de las palabras “necesidad” y “necesario” dentro del discurso judicial mexicano es muy extendida y produce una aplicación un tanto confusa de conceptos como interés público, utilidad pública y necesidad pública, los cuales son normalmente usados como sinónimos. Por eso es sorprendente que no se sepa con claridad lo que debe entenderse en cada caso.

Tal como vimos en la primera parte de este trabajo, los reclamos de necesidad en los Estados Unidos son fácilmente identificables en casos en los que el respeto a libertades fundamentales (como decidir o no abortar), por ejemplo, está en juego.

No obstante, en México, de acuerdo con el criterio de la Corte acerca de la preeminencia que el interés público tiene sobre el privado en muchas materias, puede decirse que en realidad no tiene ningún sentido identificar necesidades vitales con libertades fundamentales. En México parece que el interés público es siempre lo suficientemente poderoso como para derrotar a las libertades fundamentales.

Este es uno de los aspectos centrales de este trabajo. Quizás al reconocer el poco valor que los intereses vitales tienen en el sistema jurídico mexicano, será posible no sólo hacer una crítica seria al mismo, sino también, lo que es más importante, elaborar una propuesta constructiva.

Antes de analizar el interés público, entendido como el único interés que ha sido reconocido por la Corte en materia de derecho público, me gustaría agregar algo que me parece interesante. El Poder Judicial de la Federación en México sólo ha definido en una ocasión lo que debe entenderse por “necesidad individual”. El caso se ha presentado en controversias que involucran a la Ley del Servicio Público. De acuerdo con la interpretación hecha por la Corte en la siguiente tesis jurisprudencial dirigida a determinar lo que debe entenderse por servicio público, la diferencia entre una necesidad pública y una necesidad individual es que mientras aquella es invariable, continua y unitaria, la segunda es variable, discontinua y diversa:

VIAS GENERALES DE COMUNICACION, LEY DE SERVICIO PUBLICO.

...y estas operaciones están confirmadas por la noción del servicio público, que consistiendo éste en la actividad que se desarrolla para satisfacer una necesidad colectiva de carácter económico o cultural, mediante prestaciones que por virtud de norma especial del poder público, deben ser regulares, continuas y uniformes, no hay satisfacción de necesidad individual de una persona física o jurídica, ni en este caso precisa que la actividad sea regular, continua y uniforme, estando sujeta a las necesidades del individuo que pueden ser irregulares, discontinuas y diversas.⁵⁹

Por lo menos, la Corte reconoció la posibilidad de que existan diferentes necesidades entre diferentes seres humanos. Sin embargo, parece que debido a la naturaleza diversa que les confiere,

⁵⁹ Tesis de jurisprudencia 1093 en materia administrativa, Segunda Sala, México, apéndice 1995, t. III, parte HO, p. 857.

la Corte entiende que las necesidades humanas son forzosamente subjetivas. En el primer capítulo de este trabajo he tratado de presentar una tesis convincente acerca de por qué las necesidades, en especial las vitales, no deben identificarse con los deseos y preferencias de los individuos. Me parece que con base en ella, el entendimiento judicial de las necesidades antes expuesto, puede criticarse. Para hacerlo, además, es necesario hacer algunos comentarios acerca de dos connotaciones que tradicionalmente se han atribuido al concepto de interés en el derecho mexicano: el interés público y el interés jurídico.

3. *Una reflexión acerca del interés público en México*

En mi opinión, es necesario contar con un estudio más completo acerca de lo que el interés público significa en México, así como las diferencias y similitudes de ese concepto respecto de otros como “utilidad pública” e, incluso, “orden público”, mismos que apelan, de una u otra manera, a necesidades que se consideran muy importantes para la colectividad.⁶⁰ Esto es así porque en nuestro país, muchas son las disposiciones legales y los actos jurídicos que se apoyan en esas expresiones para crear, suprimir, reconocer o denegar derechos. Debido a los alcances que he establecido para este trabajo, no es posible hacer un recuento exhaustivo de la manera en la cual el concepto de interés público ha sido tratado tradicionalmente por la doctrina mexicana.⁶¹ Sin

⁶⁰ Mike Feintuck ha escrito un importante libro acerca de la reglamentación del interés público. El argumento de Feintuck es interesante porque intenta conciliar una postura liberal de los derechos individuales con una postura democrática. Su argumento, en este sentido, va en contra corriente de la opinión dominante en los países anglosajones, en donde la intervención del Estado en los derechos privados es vista con desconfianza. Véase Feintuck Mike, *The Public Interest in Regulation*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

⁶¹ Un recuento en esa dirección es fundamental. Feintuck nos recuerda que “la construcción del interés público sobre la base de imperativos democráticos puede ayudarnos a legitimar la regulación del poder derivado de la propiedad

embargo, creo que es pertinente hacer algunos comentarios al respecto, para lo cual algunas ideas que han sido presentadas en materia procesal pueden ser de utilidad.

En particular, me parece muy útil lo escrito por José Ovalle Favela, quien nos recuerda la clasificación de los procesos de acuerdo con los intereses que los rigen:

1. *Proceso de interés individual o privado*, en el cual predomina el *principio dispositivo*, con iniciativa de parte y disponibilidad del objeto del proceso.
2. *Proceso de interés social*, en el cual rige el *principio de igualdad por compensación*, con iniciativa de parte pero indisponibilidad del objeto del proceso.
3. *Proceso de interés público*, en el cual impera el *principio publicístico*, con intervención normalmente de dos órganos del Estado con funciones de juez y parte y una relativa indisponibilidad del objeto del proceso, que admite modalidades y salvedades.⁶²

De acuerdo con la opinión de José Ovalle, el principio dispositivo

privada. Esto en la medida en la que la actividad corporativa y otros ejercicios de derechos a la propiedad privada cortan de tajo la expectativa fundamentalmente democrática de igualdad ciudadana, por lo que la legitimidad de ejercicio de ese poder se vuelve muy cuestionable y la necesidad de una intervención regulatoria en la materia se justifica". *Ibidem.*, p. 17. La regulación del interés público es fundamental en materias como las telecomunicaciones (en nuestro caso casos como la relación entre las campañas electorales y los medios masivos de comunicación demuestra su urgencia o como las reformas a la Ley de Radio y Televisión y la necesidad de desconcentración económica en la radiodifusión que se discuten en estos días), en materia de transporte o la producción y tráfico de alimentos, por mencionar sólo algunos. Sin embargo, entre nosotros todavía no se encuentra la justificación de los límites al los intereses privados a partir de argumentos fundados en la democracia. En mi opinión, la veta que puede explorarse en esta dirección es amplísima.

⁶² Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford University Press, 2001, p. 53.

ha venido evolucionando para moderar sus excesos individualistas y para transformar el papel del juzgador de mero receptor pasivo de las instancias de las partes en un verdadero director del proceso... De este modo, el impulso del proceso y la obtención del material probatorio ya no corresponde de manera exclusiva a las partes, sino también al juzgador.⁶³

Además, continúa el jurista mexicano, “dentro del derecho procesal dispositivo se suele ubicar a dos disciplinas procesales especiales: el derecho procesal civil y el derecho procesal mercantil”.⁶⁴

Por su parte, el derecho procesal social:

surge como consecuencia de las desigualdades que se dan entre personas que pertenecen a diferentes clases o grupos sociales... Para el derecho social no existen las personas en abstracto, los individuos, sino las personas en sus relaciones sociales concretas: trabajadores y patrones; propietarios privados agrícolas o agricultores y campesinos...

Las normas procesales destinadas a la aplicación del derecho social, para ser eficaces, deben estar inspiradas en el mismo principio de igualdad por compensación..., para tratar de otorgarles (a las partes) una verdadera igualdad de oportunidades en el proceso, atribuyendo la carga de la prueba... a la parte de que esté en mejores condiciones reales de aportar los medios de prueba...⁶⁵

Como características del proceso de interés público, Ovalle Favela propone considerar, entre otras, el hecho de que “se otorgan al juzgador mayores facultades para el impulso y la dirección del proceso, así como para fijar el objeto del mismo”.⁶⁶

⁶³ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 69. Cabe mencionar que en este libro el maestro Ovalle no propone alguna definición de interés público.

Tomando en cuenta todo lo anterior, debo recordar que el objetivo de este apartado es cuestionar el significado que tradicionalmente se ha adscrito a la expresión “interés público” en el derecho mexicano. Tal como veremos en el capítulo que sigue al analizar el famoso caso *Lochner* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos a principios del siglo XX, es claro que la relación de trabajo entre un trabajador y un patrón no es igualitaria. Sin embargo, derivar de ahí que, por esa razón, el derecho laboral no considera los intereses de los individuos en abstracto, sino los intereses colectivos de los individuos que integran una clase, me parece un error.

Tal como nos explicó Hans Kelsen en su crítica a la división entre interés privado e interés público:

Desde el momento en que una norma de derecho protege un interés individual, esa protección constituye un interés colectivo. Cuando el orden jurídico contiene normas reguladoras del préstamo —normas jurídicas “privadas” indudablemente—, pónese de manifiesto que existe un interés colectivo en la existencia de tales normas. Y, de modo análogo, en cada norma de derecho administrativo o penal —derecho “público” uno y otro a no dudarlo— puede determinarse el hombre al cual se reconoce un interés en tal norma, la cual se convierte en protectora de ese interés.

...El interés protegido, es decir, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la protección del interés, es decir, el derecho objetivo, es siempre el interés colectivo.

...La antítesis de interés individual e interés colectivo es la misma contraposición de dos puntos de vista metajurídicos, cada uno de los cuales puede afirmarse como válido frente a toda norma de derecho. Por esta razón conviene rechazar tal distinción como metajurídica... La mayor consideración del interés público no suele traducirse sino negativamente, en la menor estimación del interés privado.⁶⁷

⁶⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1957, pp. 107 y 108.

Así, de acuerdo con Kelsen, no existen razones para implantar en el sistema jurídico una separación entre el interés privado y el interés público: la protección de los intereses privados es una cuestión de interés público. Sin embargo, esta lección kelseniana no parece haber sido bien digerida por nosotros, los abogados mexicanos. Como veremos en lo que sigue, la idea de que los intereses privados y los intereses colectivos son necesariamente opuestos, ha derivado en algo previsto por el genio de Kelsen: la supresión de los intereses individuales a favor de los intereses públicos.⁶⁸

La cita de Kelsen nos recuerda lo importante que es poner a debate las instituciones teóricas con las que se explica un sistema jurídico.⁶⁹ Esto es importante debido a la forma en la cual los intereses individuales han sido menospreciados en México al enfrentarse al concepto de interés público.⁷⁰ Este menosprecio será

⁶⁸ Es interesante hacer una aclaración al rechazo de Kelsen a la diferencia establecida entre interés privado e interés público. Kelsen acierta al considerar a esa distinción como una distinción de elementos metajurídicos. En este sentido y tomando en cuenta su propuesta teórica acerca de la forma en la que debe estudiarse el sistema jurídico, su rechazo es perfectamente coherente. Sin embargo es posible, a partir de la caracterización de los dos tipos de intereses hecha por el jurista austriaco, sostener el rechazo a la misma aun cuando no se comparta la visión pura del derecho kelseniana. En otras palabras, los argumentos que usa Kelsen para explicar a los intereses privados como protegidos por el interés público, puede sostenerse aun cuando los mismos existan fuera del sistema de derecho. Así, parecería que el rechazo al establecimiento de una separación entre los dos tipos de intereses, misma que tiene un arranque formalista en las ideas de Kelsen, bien puede tener una continuación de tipo moral que viene a cuento para la noción de “necesidades vitales” que interesa a este trabajo.

⁶⁹ No en balde Kelsen agrega lo siguiente: “El punto de vista del interés no puede ser válido sino dentro de un sistema emancipado de la tradicional división del derecho en público y privado”. *Ibidem*.

⁷⁰ El beneficio histórico que el interés público ha tenido en México frente a los intereses individuales puede generar muchas discusiones interesantes, menciono una. En mi opinión existe una relación directa entre el abuso del interés público como argumento de justificación por parte de los órganos del Estado y la violación constante del presidente de la República a lo que he lla-

analizado las siguientes páginas. Ahora bien, me parece que un estudio similar adquiere una relevancia mayor al identificar ciertos intereses con los intereses y necesidades vitales. El razonamiento, entonces, iría más o menos así: el considerar como antagónicos a los dos tipos de intereses, es decir, a los intereses públicos y a los intereses individuales, ha perjudicado a éstos últimos, lo cual puede considerarse incluso más grave cuando pueden identificarse con intereses vitales.

Tradicionalmente, la simple mención al interés público ha servido, sin mayor aclaración, para denegar derechos que tienen su origen en necesidades vitales de los individuos. Sin embargo, la práctica de campos del derecho inexplorados antes en nuestro país, han permitido que una nueva realidad se venga imponiendo, misma que, en mi opinión, empieza a presionar la concepción de intereses contrapuestos respaldada por la tradición.

En efecto, el campo del derecho procesal electoral ha venido a revolucionar la idea del interés individual, dándole la razón, en mi opinión, a la acertada visión de Hans Kelsen.

A través del llamado Juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano, el Poder Judicial de la Fede-

mado el *principio de exhaustividad reglamentaria*. En mi lectura del artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el presidente de la República está obligado a reglamentar las leyes del Congreso de la Unión en forma integral. El no hacerlo puede considerarse como una violación a lo dispuesto por los artículos 14 y 16 de la misma ley fundamental y, por lo mismo, una afectación a los intereses de los protegidos por la Constitución. Sin embargo, existen muchos ejemplos en los cuales el presidente ha reglamentado las leyes federales en forma insuficiente, sin explicar o dar razones por las cuales reglamenta partes de una ley y deja de reglamentar otras. Uno de ellos se presenta en materia de telecomunicaciones en donde, a pesar que desde la mitad de los años noventa existe una ley federal, el Ejecutivo Federal no ha emitido un reglamento integral de la misma y administra esa materia en base a circulares, reglas y acuerdos fundados en razones poco desarrolladas de interés público. Para un ejemplo reciente de una disputa judicial derivada de esto, puede revisarse la demanda de amparo del expediente 1112/2005 en trámite ante el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal.

ración, a través del Tribunal Electoral, ha empezado a proteger intereses fundamentales de las personas en contra de los intereses de los partidos políticos, los cuales son considerados por el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como “entidades de interés público”.

El artículo 79, párrafo primero de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, establece que:

Artículo 79. El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer las presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.⁷¹

Aplicando esta disposición, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió una resolución que contiene el siguiente razonamiento acerca de por qué la falta de transparencia de un partido político, afecta los derechos de los ciudadanos:

La transparencia y publicidad de los procedimientos electivos es consustancial a la democracia.

Los partidos políticos no son sujetos directamente obligados de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 3o. fracción XIV, y 11 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, es inconcuso que el pleno ejercicio del derecho fundamental constitucional político-electoral de afiliación, en sus diversas vertientes, en particular, la libre participación en procedimientos democráticos internos, supone que el titular del derecho tenga acceso a determinada información que tiene el partido

⁷¹ Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (versión de Internet), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

político, como es la relativa al padrón de miembros, toda vez que la misma no tiene el carácter de reservada o confidencial sino que debe ser compartida por el partido político entre sus afiliados o miembros, pues de otra manera no podrían garantizarse elecciones internas libres y auténticas, habida cuenta que los afiliados o miembros no estarían en posibilidad de tomar una decisión suficientemente informada acerca de quiénes pueden participar en los procesos internos, lo que iría en detrimento de los fines de los partidos políticos asignados constitucionalmente y de su *estatus* de entidades de interés público.⁷²

Me parece que detrás de este razonamiento, como de otros que pueden encontrarse en la misma sentencia, se empieza a vislumbrar una identificación de los intereses individuales, en este caso los de un militante de un partido político, con el interés público.⁷³

El concepto de interés público ha comenzado a cambiar en beneficio del interés individual. No debe extrañarnos que en los próximos años, veamos cómo una nueva aproximación al tema desde la arena judicial, se vuelve más y más común. Es en este marco en el cual inscribo el proceso benigno que, en mi opinión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha comenzado a tran-

⁷² SUP-JDC-021/2002, Incidente de inejecución de sentencia y su acumulado SUP-JDC-028/2004 (versión en Internet), <http://www.trife.org.mx>, 2005, pp. 252 y 253.

⁷³ Me permito una pequeña digresión. En mi opinión, por vía del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, en México se empieza a otorgar un poder político a los ciudadanos (y por lo mismo, a sus necesidades, intereses y derechos), que no tiene precedentes. Con la apertura democrática que vive el país, existe el temor fundado de caer en una partidocracia, un régimen en el cual los partidos ejerzan un monopolio político en perjuicio del propio juego democrático. Creo que el instrumento judicial al que me he referido, puede servir como el verdadero contrapeso al poder de los partidos que también parecen entender, erróneamente, al interés individual y al interés público como necesariamente opuestos. Así, puede decirse que, por medio de una innovadora actividad judicial que reconoce intereses individuales como la razón de ser del interés público, los ciudadanos pueden empezar a reclamar poder político de verdad con mayor efectividad.

sitar. En efecto, creo que la Corte ha iniciado también un proceso de cambio acerca de la noción de interés público que, tradicionalmente, ha sostenido. Hace unos cuantos años, el máximo tribunal del país, emitió una tesis muy relevante:

LIBERTAD DE COMERCIO. ALCANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido sobre el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que, por un lado, la garantía de libre comercio no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que requiere que la actividad que realice el gobernado sea lícita, es decir, que esté permitida por la ley; y, por el otro, que el propio precepto establece que su ejercicio sólo puede limitarse en dos supuestos: por determinación judicial, cuando se lesionen los derechos de tercero, o bien, por resolución gubernativa en los casos específicos que marque la ley, siempre y cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Lo anterior implica que la garantía en cuestión será exigible en aquellos casos en que la actividad, aunque lícita, no afecte el interés público, entendido éste como el imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual que se traduce en la convivencia y bienestar social. En ese sentido, cuando a través de una resolución gubernativa se limite el ejercicio de la citada garantía, se requiere, necesariamente, que el ordenamiento que la restringe contenga un principio de razón legítima que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos.⁷⁴

Esta es una novedad en la forma tradicional de tratar el tema del interés público en México porque exige que, cada vez que el mismo sea usado por la autoridad administrativa, esté plenamente motivado. Es, en otras palabras, un intento loable por eliminar la forma arbitraria en que ese concepto jurídico ha sido usado en nuestro sistema de derecho. Me parece que una consecuencia

⁷⁴ Tesis aislada P. LXXXVIII/2000 en materia constitucional, Pleno, México, *Semanario Judicial* y su *Gaceta*, t. XI, junio 2000, p. 28.

que puede derivarse de este criterio, es la de que los intereses individuales tengan más garantías cuando se enfrenten al interés público.

Celebro este criterio de la Corte porque lo considero un avance. Sin embargo, el uso arbitrario de los conceptos que involucran a las necesidades colectivas sigue siendo muy frecuente por parte de los jueces mexicanos. Por eso, todavía es necesario reflexionar acerca de las inconveniencias de tener un sistema jurídico en el que los intereses individuales están condenados a ser menospreciados cuando se enfrenten a los de la sociedad.⁷⁵

4. *El interés individual como interés jurídico*

De acuerdo con la tradición jurídica mexicana, los intereses individuales sólo podían ser parte de un litigio cuando los mismos se identificaban con el llamado “interés jurídico”. Este ha sido, por ejemplo, el requerimiento procesal mínimo exigido por el sistema para poder participar en una controversia judicial de carácter civil en las cortes federales: “Artículo 1o. Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario”.⁷⁶

⁷⁵ Suscribo la preocupación de Miguel Carbonell y Pedro Salazar en el sentido de que “la confusión de intereses, privados y públicos, legítimos e ilegítimos, amenaza con romper el presupuesto mismo del Estado liberal/representativo, pues desfonda la distinción entre soberanía y propiedad”. Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, “La división de poderes: orígenes y perspectivas actuales”, en *Documentos de Trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 70, junio de 2005, p. 32. Me parece, sin embargo, que el fundamento de preocupación debe ser la poca claridad que ha existido en México respecto a la caracterización que cada uno de los intereses ha recibido. El problema en México no es tanto la amenaza de que los intereses privados parezcan volverse dominantes, sino el no haber sabido bien a bien que debemos entender por intereses sociales o colectivos.

⁷⁶ Código Federal de Procedimientos Civiles.

La Corte ha sostenido que, con el fin de probar el interés jurídico, cualquier persona involucrada en una controversia judicial debe probar que ha cumplido con todos los requerimientos legales. Por ejemplo, si el gobierno clausura un restaurante debido a alguna falta administrativa, el interés jurídico del propietario no es simple y llanamente probado por la existencia de un título de propiedad sobre el inmueble afectado, ni siquiera con la licencia comercial que ampara un giro que no es diametralmente opuesto al que empresario dice dedicarse. En este caso, el dueño del local debe probar que tiene una licencia que ampare “un restaurante con cantina de primera y cabaret” y no sólo “un restaurante con venta de vinos y licores con alimentos”.⁷⁷

En muchas ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aplicando estrictamente la ley, ha negado a algunas partes la protección de la justicia federal en contra de actos administrativos sólo por no probar el interés jurídico. En México la carga de la prueba respecto a la existencia del interés jurídico, ha correspondido, tradicionalmente, al individuo. Así, de no probar que la presentación judicial de un reclamo está en el interés propio, básicamente mediante la utilización de los procedimientos probatorios tradicionales, en mi opinión no tiene sentido acudir a los tribunales.

Recientemente, en un cambio de actitud notable y al resolver una contradicción de tesis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abrió la puerta a la existencia de un nuevo tipo de interés: el interés legítimo. En la tesis jurisprudencial correspondiente, se puede leer lo siguiente:

INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL.

De acuerdo con los artículos 34 y 72, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal,

⁷⁷ Tesis aislada, Primera Sala, México, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, p. 252.

para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea, o no, titular del respectivo derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a acreditar su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; así, lo que se plantea en dichos preceptos es una cuestión de legitimación para ejercer la acción, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la ley analizada, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar aquél de mayores alcances que éste.⁷⁸

La ejecutoria de la Suprema Corte de la que deriva la tesis transcrita, utiliza ideas muy atractivas de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea que me parecen importantes. En opinión de este académico, en virtud del interés legítimo:

se abre la puerta para la defensa de afectaciones a la esfera jurídica de los gobernados que no violentan un derecho subjetivo pero

⁷⁸ Tesis de Jurisprudencia en materia administrativa 2a./J. 142/2002, 9a. época, Segunda Sala, México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, diciembre de 2002, p. 242.

que tampoco se trata de intereses difusos o colectivos, lo que constituye una ventaja frente a la previsión exclusiva de procedencia en contra de la afectación de intereses difusos. En este sentido, la legitimación a través del interés legítimo es más amplia que la que se lograría con la sola defensa de los intereses difusos y colectivos.⁷⁹

Recordemos que Hans Kelsen repudiaba el concepto de “derecho jurídicamente protegido”. En su opinión:

Por eso significa, en el fondo, una reducción del derecho subjetivo al objetivo, una eliminación de aquél y un triunfo de éste, el hecho de que la teoría del interés, frente a la relevancia del interés individual concreto respecto de la norma jurídica objetiva, declare que el derecho subjetivo no consiste en el interés individual concreto, protegido por la norma objetiva, sino en el “interés medio” jurídicamente protegido. Como realidad psíquica, no hay más que intereses individuales. ...es decir, aquí ya no se pregunta por el derecho subjetivo, por el derecho de ciertos sujetos concre-

⁷⁹ Lelo de Larrea, Arturo Zaldívar, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 62. La ejecutoria de la Corte de la cual se deriva la tesis jurisprudencial citada, agrega otras ideas del académico Zaldívar al señalar que “el propio doctrinario apunta que los elementos del interés legítimo son (idénticos a los señalados en la ejecutoria del Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito): a) No es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad, requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico en favor del accionante; b) está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro; c) debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica; d) dos titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento, cuando con motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio; e) se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial e hipotético; en suma, es un interés jurídicamente relevante; f) la anulación produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado. *Ibidem*, p. 63)”.

tos (pues éstos no poseen “intereses medios” sino intereses individuales concretos, o carecen de todo interés), sino por el derecho objetivo y su fin.⁸⁰

En mi opinión, es también de celebrar esta decisión de la Corte, puesto que la misma va en el sentido de abrir aun más el acceso a la justicia de los individuos. Sin embargo me parece que el problema sigue existiendo, porque la aceptación del interés legítimo está limitada a su reconocimiento en la ley. Considero que, los intereses legítimos están muy cerca de lo que he denominado intereses vitales y por eso me preocupa que sigan existiendo filtros para reconocerlos y para diferenciarlos del interés jurídico.

El problema se acentúa por el hecho de que, tal como hemos visto, en muchas ocasiones el individuo no sabe que algo está *en su* interés y esto es relevante porque un interés vital puede identificarse con un derecho. Así, bien puede ser el caso que la Corte imponga la carga de la prueba respecto a la existencia o no de un interés jurídico en un individuo que no sólo es absolutamente ignorante respecto de sus intereses, sino que además tiene derechos derivados de algunos de ellos.⁸¹

En muchas de las decisiones tomadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de su historia, podemos encontrar una manera fácil de rechazar los intereses personales de individuos que han sido incapaces de probar su interés jurídico. Por lo regular, la Corte ha requerido a los participantes en un juicio de garantías, que le presenten elementos por escrito para probar su interés jurídico. Obviamente, son muchas las ocasiones en las

⁸⁰ *Op. cit.*, nota 67, p. 73. Es necesario resaltar que en la opinión de Kelsen, los intereses, entendidos como objetivos, es decir, como realidades concretas, no sólo como creaciones mentales, no existen.

⁸¹ De nuevo las ideas de Hans Kelsen son de particular importancia. En el libro que hemos utilizado, Kelsen también ataca la división entre derecho subjetivo y derecho objetivo y escribe: “Se posee un derecho subjetivo aún cuando no se tenga un interés concreto en él”. *Ibidem*.

cuales una persona afectada indirectamente por una controversia legal, no puede presentar dichos elementos de convicción. Al respecto, es importante tomar en consideración el criterio jurisprudencial siguiente:

INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. NO TIENE QUE ESTAR PROBADAMENTE PLENAMENTE AL PRESENTARSE LA DEMANDA.

Es incorrecto que el juez de distrito deseche una demanda de amparo cuando no se tenga la plena certeza que los actos reclamados no afectan los intereses jurídicos del amparista, pues no es verdad que al presentarse la demanda de garantías debe estar demostrado en forma plena y directa la afectación en el interés jurídico, pues si hubiese duda al respecto de la existencia de ésta, debe admitirse la demanda propuesta, ya que la improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución General de la República, puede configurarse con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, puesto que el quejoso, desde el momento que la interpone hasta antes de finalizar la audiencia constitucional, está facultado para presentar pruebas con el objeto de demostrar que el acto combatido afecta sus intereses jurídicos y si en tal periodo no se encuentra comprobada dicha circunstancia, debe sobreseerse en el juicio al operar la causal referida.⁸²

Me parece que la tesis antes transcrita va en el sentido de flexibilizar el acceso al juicio de garantías de las personas. Sin embargo, el problema sigue estando en donde lo dejamos. En México, al menos para efectos del amparo, el tener un interés legalmente reconocido es un asunto que se puede resumir así: si se tienen evidencias que respalden el reclamo que se presenta ante un tribunal, relativo a la violación de garantías, se puede decir también que se tiene un interés jurídico o, en otras palabras, un interés válido.

⁸² Tesis jurisprudencial VI.2o.C. J/230 en materia civil, 9a. época, tribunales colegiados de circuito, México, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XX, 2004, p. 1221.

De acuerdo con el Poder Judicial, un escrito que contenga una queja no prueba por sí mismo el interés jurídico. Los tribunales han reconocido que el comprobar el interés jurídico es uno de los prerequisites establecidos por la ley para participar en el procedimiento de defensa establecido por medio del juicio de amparo y, por ello mismo, si la persona interesada no puede probarlo, nada puede protegerla en contra de una violación a sus derechos fundamentales.⁸³

Con absoluta coherencia, la Corte ha sostenido que siempre que una persona reclama la protección de la justicia federal en contra de un acto que considera violatorio de sus garantías individuales, esa persona no es liberada de la obligación de probar su interés, ni siquiera si la autoridad señalada como responsable reconoce haber cometido los actos combatidos. Así, la Corte consideró que la protección que otorga la Constitución, no puede ser esgrimida por cualquiera: sólo aquellos que demuestran legalmente su interés pueden luchar por la protección constitucional:

INTERÉS JURÍDICO. NO LO DEMUESTRA LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA DE LOS ACTOS RECLAMADOS.

La omisión de las autoridades responsables de rendir sus informes justificados sólo acarrea la presunción, *juris tantum*, de ser ciertos los actos reclamados, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 149 de la Ley de Amparo, pero ello no significa que esa presunción exima al quejoso de la obligación que tiene de acreditar su interés jurídico para promover el juicio de garantías.⁸⁴

⁸³ Vale la pena tener claro el concepto de interés jurídico para efectos del amparo que estableció la tesis jurisprudencial 852. El que ha recibido un perjuicio puede presentarse al amparo. Lo que la misma tesis no aclara es que es el propio afectado el que tiene que probar ese perjuicio. Véase Tesis jurisprudencial 852 en materia común, 8a. época, tribunales colegiados de circuito, México, apéndice de 1995, p. 581.

⁸⁴ Tesis jurisprudencial 2a./J. 3/1993 en materia común, Segunda Sala, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. 68, 1993, p. 10.

Desde mi punto de vista lo más sorprendente de todo es que incluso un reconocimiento de la autoridad respecto de los actos reclamados, no prueba en sí mismo el interés jurídico:

INTERÉS JURÍDICO, COMPROBACIÓN DEL.

La carga procesal que señalan los artículos 107, fracción I, de la Constitución Federal y 4o. de la Ley de Amparo, consistente en que el promovente del juicio de garantías debe demostrar su interés jurídico, no puede estimarse liberada por el hecho de que la autoridad responsable reconozca, en forma genérica y no atributiva, la existencia del acto, en virtud de que una cosa es la existencia del acto en sí mismo, y otra cosa el perjuicio que éste puede deparar a una persona en concreto.⁸⁵

A partir de lo anterior, mi crítica acerca de la forma en la cual los reclamos de necesidad han sido tratados en México, puede reconocerse con facilidad. En México, todas las personas que puedan probar que tienen un interés legal pueden participar en algunas controversias federales. Sin embargo, aquellos que no pueden probar su interés jurídico, incluso si han sido afectados por actos violatorios de garantías, no tienen protección alguna. Lo más sorprendente de todo es que de esta manera existe una discriminación legal en el acceso a la justicia que ha sido respaldada desde un punto de vista judicial. Tal vez por esta razón, los mexicanos tienen poca confianza en el sistema de impartición de justicia. Tal vez es por esta razón, que los mexicanos no creen que el sistema legal funcione para combatir los actos de las autoridades que violan derechos fundamentales.

Una vez que nos hemos familiarizado con el tratamiento que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en particular, y el Poder Judicial de la Federación, en general, han dado a los intere-

⁸⁵ Tesis aislada en materia común, Segunda Sala, México, *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. III, primera parte, enero a junio de 1993, p. 279. Parecería que, en nuestro país, la procuración de la defensa de los derechos básicos corre más a cargo del individuo que de las autoridades.

ses individuales, es más inexplicable que en algunos casos la Corte requiera elementos probatorios menos rígidos a alguna de las partes en litigio o, incluso, que reconozca intereses de un individuo en forma automática.

Por ejemplo, si la Corte mantiene que sólo el interés probado por medio de mecanismos tradicionales es el único que puede reconocerse desde un punto de vista legal, no es posible encontrar razón alguna que respalde la decisión del mismo órgano en el sentido de permitir la defensa constitucional de los individuos afectados por la aplicación del Índice Nacional de Precios al Consumidor como instrumento para determinar cargas fiscales. En ese caso, la Corte da de antemano una protección constitucional muy amplia a los individuos, al establecer que, para los casos futuros, dicho Índice puede considerarse como perjudicial.⁸⁶

Me parece que una forma razonable de justificar cambios en nuestra concepción de interés jurídico es, tal como lo he señalado previamente, echando mano de un tipo de interferencia judicial de tipo paternalista que vea por la satisfacción de los intereses vitales de los individuos. Esto es así porque, como veremos, de otra manera una interferencia en la vida de cualquier persona debe ser rechazada. En el próximo capítulo, exploraré las posibilidades de un paternalismo judicial en una sociedad liberal. Por lo pronto, y para terminar este capítulo, avanzaré un poco más en el recuento acerca de cómo se ha desarrollado el tratamiento de los reclamos de necesidad por parte de los tribunales mexicanos.

5. Las necesidades desde un punto de vista mexicano: necesidades individuales vs. necesidades sociales

En la sección anterior, analicé algunos casos en los cuales los tribunales federales han lidiado con los intereses personales. En

⁸⁶ Tesis aislada P. LIX/92, Pleno, México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, núm. 55, julio de 1992, p. 21.

esta sección, mi análisis se enfocará en cómo el máximo tribunal del país ha resuelto asuntos que involucran el concepto de necesidades humanas.⁸⁷

Tal como ha quedado anotado, la Corte ha interpretado el significado de la “necesidad individual” con el fin de explicar lo que debe entenderse como servicio público.⁸⁸ De acuerdo con la Corte, “servicio público” significa una actividad pública dirigida a satisfacer una necesidad pública. Por eso, las actividades dirigidas a satisfacer alguna necesidad individual no deben considerarse como servicios públicos. La diferencia entre los dos tipos de necesidades desde el punto de vista de la Corte, radica en el hecho de que las necesidades individuales son variables y diversas.

Cómo hemos visto, en México, además, la referencia a necesidades colectivas está muy arraigada. Cada administración presidencial, por ejemplo, ha justificado en la idea de “necesidades públicas” la toma de decisiones políticas. La importancia de fundar acciones políticas en necesidades públicas es tan evidente, que es no es difícil encontrar casos en los cuales este discurso, el discurso de las necesidades, ha sido utilizado como último recurso de legitimidad para alcanzar el mismo objetivo por actores políticos que parecerían antagónicos.⁸⁹ En otras palabras, mu-

⁸⁷ Creo que todavía queda mucho por hacer, pues utilizando algunas ideas de Habermas, puede afirmarse que nuestros tribunales no han sido demasiado claros al “ordenar ámbitos jurídicos dispares y homogéneos”. Véase Habermas, Jürgen, “Paradigmas del derecho”, en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 480.

⁸⁸ En este sentido, los tribunales mexicanos van en la ruta correcta. El espacio jurídico en el que los intereses públicos se manifiestan con mayor claridad es el de los servicios públicos. Véase Feintuck, *op. cit.*, nota 60, capítulo siete.

⁸⁹ Las campañas de los dos últimos presidentes de la República, insinuaron la “necesidad de bienestar para tu familia” por un lado y la “necesidad de sacar al PRI de Los Pinos”, por el otro. Ambos ganaron utilizando la misma arma: apelar a las necesidades de los individuos. El problema es que ninguno de los dos dejó muy claro por qué sus argumentos encarnaban una necesidad.

chas veces objetivos políticos contrarios han sido alcanzados apelando a la misma necesidad.⁹⁰

Por lo regular, dentro del sistema legal mexicano, muchísimas invocaciones puramente retóricas al concepto de “necesidades públicas” pueden encontrarse. El trabajo judicial no ha sido una excepción. Por ejemplo, en el caso del servicio público que ha sido comentado, la Corte ha considerado que el servicio público es una actividad que se ha desarrollado con el fin de satisfacer una necesidad colectiva de naturaleza económica o cultural.

Lo que en mi opinión es al menos discutible es que, sin saber exactamente qué debe entenderse por una “necesidad cultural”, no es posible explicar qué debe entenderse por un servicio público: ¿permite la expresión “necesidad cultural” un significado tan amplio que englobe lo mismo la construcción de campos de fútbol que la construcción de museos de arte conceptual? La Corte ni siquiera delegó en alguna otra institución dependiente del poder federal la responsabilidad de explicar el contenido del concepto. Desde mi punto de vista, esto es delicado.

El argumento más convincente para explicar la forma en la cual los tribunales han tratado a las necesidades personales, es que nuestros jueces no han tenido una idea clara de las mismas. Quizá, los beneficios potenciales que la justificación de los derechos a partir de reclamos de necesidad personal trae consigo, no ha sido muy clara para jueces y ministros mexicanos. Esto merece una reflexión sobre todo por la frecuencia con la que los argumentos acerca de las necesidades humanas han sido usados. Tal vez los jueces han pensado que todos compartimos una definición común de la palabra “necesidad”. Sin embargo, tal como

⁹⁰ Desde mi punto de vista, si la identificación sostenida a lo largo de este trabajo entre necesidades e intereses es válida, existe un vínculo curioso entre la prioridad que las necesidades colectivas tienen en el discurso político y algunos postulados de Marx quien afirmó que “es sólo en nombre de los intereses generales que una clase particular puede invocar supremacía general”. Véase, Bottomore, T.B. y Rubel, Maximilien (eds.), *Marx Karl on Selected Writings in Sociology and Social Philosophy*, Londres, Penguin, 1975, p. 187.

hemos visto, esta sería una concepción más bien simplista de un término lingüístico complejo.

Al tratarse de necesidades humanas, los casos sencillos son más bien una excepción. En ocasiones la Corte ha reconocido a las necesidades personales como una fuente de derecho. El asunto importante aquí es que tal reconocimiento se ha generado fundamentalmente en casos de derecho social. En otras palabras, la Corte ha tenido una concepción clara de las necesidades humanas en casos que involucran disputas laborales, educativas, sanitarias o agrarias.

Así, por ejemplo, la Corte ha respaldado la justificación establecida por la Ley Federal del Trabajo con el fin de crear el derecho social a las vacaciones pagadas, incluyendo días inhábiles dentro del periodo vacacional, que se deriva de la necesidad física de descansar que tiene el trabajador.⁹¹ Aunque esta aproximación legal parece diferente a la que he venido sosteniendo en este trabajo, me parece que la idea que inspira la creación de derechos a partir de las necesidades humanas se encuentra más claramente en las materias de derecho social como las antes mencionadas. La diferencia descansa en el contenido de los reclamos de necesidad. En realidad, si derechos tales como el derecho a las vacaciones, a recibir un salario a cambio del trabajo desempeñado, a recibir educación o a contar con un sistema de salud han pasado exitosamente la revisión judicial, es porque los mismos se han presentado como derechos sociales.

Aquí podemos presentar una conclusión final que me parece interesante. Al desarrollarla, también intentaré comenzar una introducción para el último capítulo de este trabajo.

En mi opinión, en México existe una aproximación judicial al tema de la creación de los derechos a partir de las necesidades humanas. Dicha aproximación intenta justificar derechos a partir de necesidades y se ha presentado en casos que involucran a una

⁹¹ Véase Tesis de jurisprudencia 2a./J. 53/2004, Segunda Sala, México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIX, mayo de 2004, p. 569.

rama particular del derecho mexicano. Así, en este país tenemos un sistema judicial especial para tratar temas relacionados con educación básica, relaciones laborales, salud pública y asuntos agrarios.

Este subsistema es un producto de la revolución armada de 1910 y funcionó durante muchos años como un soporte fundamental del sistema político mexicano. Así, la gente se acostumbró a reconocer, por ejemplo, a la educación básica o a los procedimientos para resolver disputas laborales o agrarias, como derechos constitucionales otorgados por el Estado en respuesta a necesidades colectivas.

La importancia de los asuntos sociales en el sistema jurídico mexicano, ha sido evidente. Por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal, mismo que ha servido de modelo para el resto de país, establece que cualquier acto privado ejecutado en perjuicio del interés público, será nulo de pleno de derecho: “Artículo 8o. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.⁹²

La importancia del interés de la colectividad en el sistema de derecho mexicano, mismo que se refleja en las normas que rigen las relaciones privadas es también evidente en el artículo 16 del mismo Código: “Artículo 16. Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas”.

Dentro del régimen de derecho social mexicano, la identificación entre las necesidades y el interés público ha sido un fenómeno recurrente. Es precisamente en esta afirmación en la cual encuentro una fuerte inspiración para este trabajo. En México, por lo menos en asuntos relacionados con educación, salud, relaciones laborales y problemas agrarios, muchos derechos han sido

⁹² Código Civil para el Distrito Federal (versión para Internet), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

creados y luego reconocidos judicialmente haciendo referencia a las necesidades humanas colectivas. Sin embargo, creo que en algunos casos la perspectiva elegida debe de ser criticada con el fin de ayudar a reencontrar su origen liberal.

Quiero decir que todo reclamo de necesidad debe usarse como una defensa en contra de las decisiones públicas que se toman en nombre del bienestar general o del interés público. Desde mi punto de vista, es preferible entender la existencia de la obligación de mandar a los hijos a la escuela como la manera de satisfacer un interés vital personal, más que como la manera de satisfacer una necesidad social a la educación.

No hay dudas de que el acceso a una educación liberal durante la infancia, garantiza de mejor manera la posibilidad de escoger en la vida adulta uno de entre varios estilos de vida. Prefiero imaginar un mundo igualitario en el cual el gobierno se dedica a satisfacer reclamos personales de necesidad, que uno en el cual el trabajo del gobierno se dedica a satisfacer necesidades comunitarias. Sin embargo, es claro que en México los intereses privados no han tenido tanta importancia y por lo mismo debe hacerse la siguiente pregunta: ¿cómo puede limitarse el sacrificio de deseos personales en nombre del interés público nacional?

En el próximo capítulo, mi objetivo será el de defender la intervención paternalista del Estado, con el fin de satisfacer lo que puede entenderse como las necesidades vitales de una persona. Estoy convencido de que las medidas paternalistas pueden ayudar a los individuos para que estos alcancen su realización personal. Sin embargo, presentaré una propuesta que no está fundada en necesidades colectivas sino en intereses individuales mismos que, en mi opinión, deben ser protegidos y alentados por el Estado.