

GUSTAVO GONZÁLEZ GALINDO

DOCTOR EN DERECHO PÚBLICO, CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

# LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ESTUDIO DE LAS COLISIONES  
DE DERECHOS DERIVADAS  
DE MANIFESTACIONES PÚBLICAS



EDITORIAL  
P O R R U A  
AV. REPÚBLICA  
ARGENTINA, 15



UNIVERSIDAD  
VERACRUZANA

MÉXICO, 2013

## CAPÍTULO PRIMERO

### ESTUDIO PRELIMINAR DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde tiempos inmemoriales el ser humano se ha ocupado de estudiar y discutir sobre la naturaleza, función, finalidad y alcance de sus derechos, es decir, ha buscado desentrañar el ¿por qué? y ¿para qué? de los mismos, debido principalmente por el hecho de vivir en sociedad y enfrentar los abusos de sus congéneres, toda vez que, al no existir normas jurídicas en los primeros grupos de seres humanos que regularan su conducta, prevalecía la ley de la naturaleza, consistente en la ley del más fuerte sobre el más débil, situación que se daba básicamente por la opresión y dominación de los hombres más fuertes sobre el resto de sus semejantes.

Al respecto, cabe mencionar una clasificación de las tendencias filosóficas sobre la naturaleza humana, que por comodidad se han identificado como las optimistas y las pesimistas, en las primeras se señala que “el hombre es un ser originariamente bueno pero pervertido luego por algún suceso”;<sup>1</sup> en tanto que en las segundas, “el hombre es un ser con un fondo malo, antisocial, egoísta, violento, poco proclive a la solidaridad con los demás miembros de su especie; que si lo dejaran seguir sus instintos, acabaría con toda forma de vida humana”;<sup>2</sup> independientemente de la tendencia que se desee adoptar, ambas sustentan la afirmación inicial de que, los derechos humanos se han estudiado como consecuencia de los abusos y opresiones que se han dado entre los propios hombres, esto es, en las optimistas el hombre se pervierte, ya sea por el dinero o el poder y termina por hacer el mal a sus semejantes, en tanto que, el segundo grupo se apoya fuertemente en los acontecimientos históricos y actuales que desafortunadamente proporcionan un mayor número de ejemplos de estas corrientes.

<sup>1</sup> Cortés, Oscar. *Introducción a la sociología jurídica*. México, D.F., Ed. Porrúa, 2007, p. 32.  
<sup>2</sup> *Ibidem*.

No obstante los miles de años que tiene el hombre estudiando sus derechos, la tarea no ha sido fácil y se encuentra inacabada, incluso hoy día no se ha llegado a un consenso de cuál es la denominación más adecuada para ellos, proponiéndose a lo largo de la historia y de acuerdo a diversas ideologías, una larga serie de denominaciones, tales como derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos morales, libertades públicas, por mencionar las principales. De igual forma y de acuerdo con diversas corrientes filosófico-jurídicas, se presentan otros problemas, tales como la inconclusa discusión sobre el surgimiento, evolución, determinación y limitación de los derechos humanos, teniendo en la actualidad una indefinición sobre su naturaleza o núcleo esencial, como lo han denominado algunos autores, que desafortunadamente desemboca en la falta de efectividad de las normas que en la actualidad los reconocen, propiciando una serie de conflictos, por ejemplo los que han motivado el presente libro, consistente básicamente en las manifestaciones de grupos de personas que haciendo uso de sus libertades de expresión de ideas y de reunión en lugares públicos (que comúnmente están incipientemente reguladas, dando lugar a reglamentaciones e interpretaciones ineficaces), violan las limitaciones jurídicas de tales derechos y por ende transgreden derechos de sus congéneres, surgiendo una colisión de derechos, debiendo determinar cuáles derechos deben prevalecer sobre otros.

Problemas como los anteriores y otros más, son los que mantienen en constante construcción a la teoría de los derechos humanos, si observamos de manera general los problemas que preocupaban a nuestros antepasados, tales como la determinación y protección de sus derechos, como la vida, libertad, patrimonio y seguridad, podemos concluir que hoy continuamos preocupándonos por problemas similares, guardando las debidas proporciones de la evolución y la modernidad, esto es, hoy nos avocamos a discutir problemas de discriminación, de seguridad jurídica, de rendición de cuentas, de intervencionismo gubernamental, de decisiones políticas, tales como el desarrollo sustentable, el cuidado del medio ambiente, el desarme nuclear, la guerra, la paz, entre otros, que de forma similar siempre han preocupado al hombre, con el objeto de vivir pacíficamente en sociedad, permitiendo al ser humano su desarrollo integral a fin de conseguir su felicidad a través de una vida digna.

Para responder las preguntas ¿por qué? y ¿para qué? de los derechos humanos, es necesario realizar un análisis diacrónico entre las corrientes filosóficas surgidas a lo largo de la historia de la humanidad, introduciéndonos de esta manera en la filosofía de los derechos

y paralelamente también se revisarán los acontecimientos históricos que culminaron en ordenamientos jurídicos; ambos estudios ayudarán a responder los cuestionamientos referidos respectivamente. Gregorio Peces-Barba ha señalado que ninguna de estas dos construcciones se puede considerar aisladamente, por lo que se examinarán los derechos humanos teniendo como hilo conductor su evolución cronológica, en virtud que, así como han cambiado los conceptos, es decir, las ideas de libertad o de igualdad, no significan lo mismo hoy que en los tiempos de Platón, Aristóteles o Santo Tomás; así mismo, se revisarán los sistemas inglés, americano y francés, como primeros modelos de derechos, y paralelamente las aportaciones liberal, democrática y socialista, permitiendo entender en su integralidad a los derechos, evitando reduccionismos.

Cabe advertir que el estudio histórico tiene gran valía para este trabajo, toda vez que, "Los derechos fundamentales como concepto histórico no es una historia de los derechos, sino una formalización de los materiales aportados por la historia, que explican el origen de los derechos en el tiempo, las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que les originan como idea moderna de la dignidad humana, y los ámbitos y circunstancias en que surgen";<sup>3</sup> en este sentido, los hechos verificados en la historia de la humanidad, sentaron las condiciones político-socio-económicas que favorecieron el surgimiento de pensadores, que a su vez, propiciaron otros acontecimientos y así sucesivamente hasta nuestros días, situaciones que en la mayoría de los casos fueron plasmadas en instrumentos preponderantemente jurídicos, por lo que, se considera que al haberse desarrollado paralelamente los hechos, corrientes filosóficas y derecho positivo, interceptándose en varias ocasiones, se fue produciendo información que ha contribuido a la construcción de una amplísima teoría de los derechos humanos de la que surgen diversas ramificaciones.

#### 1.1. *Del estado de naturaleza al estado de derecho*

De manera general se puede señalar que la evolución de la humanidad ha sido similar, esto es, los diversos pueblos del planeta, independientemente de las diferentes épocas y lugares en que hayan existido, tuvieron un desarrollo paulatino y semejante, es decir, cuando el hombre se hallaba en el estado de naturaleza o como lo llama-

<sup>3</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Cinco de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid-Boleín Oficial del Estado, 1999, p. 106.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 185  
OBRAS DE INVESTIGADORES DEL INSTITUTO  
PUBLICADAS POR EDITORIAL PORRÚA

- Arbitraje comercial internacional*, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN y Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, 2007.
- Causales de nulidad electoral. Doctrina jurisprudencial. Estudio de las pruebas*, Ma. Marcaría ELIZONDO GASPERÍN, 2007.
- Colección de escritos jurídicos*, Demófilo de BUEN, 2008.
- Derecho administrativo chileno*, Rolando PANTOJA BAUZÁ (coord.), 2007.
- Derecho administrativo del estado de Baja California*, Jorge FERRÁNDEZ RUIZ y Daniel MARQUEZ GÓMEZ, 2007.
- Derecho administrativo del estado de Campeche*, Jorge FERRÁNDEZ RUIZ y Manuel JIMÉNEZ DORANTES, 2007.
- Derecho administrativo del estado de Hidalgo*, Jorge FERRÁNDEZ RUIZ y Miguel A. LÓPEZ OLVERA, 2007.
- Derecho administrativo del estado de Puebla*, Jorge FERRÁNDEZ RUIZ y Filiberto OTERO SALAS, 2007.
- Derecho constitucional*, 5a. ed., Jorge CARPISO y Miguel CARBONELL, 2008.
- Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, 2007.
- Derecho municipal*, 2a. ed., Salvador VALENCIA CARMONA, 2007.
- Derecho penal*, 3a. ed., Sergio GARCÍA RAMÍREZ, 2007.
- Diccionario de derecho fiscal y financiero*, 21s., Gabriela RÍOS GRANADOS (coord.), 2007.
- Didáctica aplicada al derecho*, Ma. del Pilar HERNÁNDEZ, 2008.
- El derecho de familia en un mundo globalizado*, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN y Andrés RODRÍGUEZ BANOT (coords.), 2007.
- El control del poder*, 3a. ed., Diego VALADÉS, 2006.
- Enciclopedia jurídica latinoamericana*, 10 ts., 2006.
- Estudios sobre la interpretación jurídica*, 7a. ed., Ricardo GUASTINI, 2007.
- Historia constitucional de las entidades federativas mexicanas*, David CIENFUEGOS SALGADO (coord.), 2007.
- Historia de la jurisdicción mercantil en México*, Oscar CRUZ BARNEY, 2007.
- Lecciones de derecho internacional privado mexicano. Parte general*, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, 2007.
- Lo claro oscuro de la representación política. Una visión jurídica-politológica contemporánea*, Amador RODRÍGUEZ LOZANO, 2007.
- Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., Rodolfo LARA PONTE, 2007.
- Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 14a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO, 2007.
- Multiculturalismo e instituciones político-constitucionales*, Francisco IBARRA PALAFOX, 2007.
- Panorama del derecho constitucional mexicano*, Diego VALADÉS y Miguel CARBONELL (coords.), 2006.
- Principio de igualdad. Alcances y perspectivas*, 2a. ed., Karla PÉREZ PORTILLA, 2007.
- Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2a. ed., Oscar CRUZ BARNEY, 2007.
- Una introducción a la Unión Europea*, Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, 2007.

MIGUEL CARBONELL

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

TERCERA EDICIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICAS



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
AUTÓNOMA  
DE MÉXICO



EDITORIAL  
PORRÚA  
AV. REPÚBLICA  
ARGENTINA, 15  
MÉXICO, 2009



COMISIÓN  
NACIONAL DE  
LOS DERECHOS  
HUMANOS  
MÉXICO

En consecuencia, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se sustanciarán los procedimientos penales.

Como puede verse, el nuevo sistema penal entrará en vigor progresivamente según lo determinen la Federación y las entidades federativas. Mientras eso sucede (en un plazo máximo de hasta ocho años), se siguen aplicando las reglas anteriores a la entrada en vigor del nuevo régimen penal.

Agradezco nuevamente a los profesores y alumnos que han tenido la deferencia de utilizar este libro para el estudio de los derechos fundamentales en México. Igualmente, agradezco el apoyo recibido de mis auxiliares en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cristina Anta Carrillo, Luis Ángel Salgado Rodríguez y Dayra Vergara Vargas, quienes con su entrega y profesionalismo han contribuido a la materialización de este libro y de los demás productos académicos que se han publicado en los años recientes.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917: INTRODUCCIÓN GENERAL

El estudio de los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico concreto debe tomar como punto de partida una serie de conceptos de carácter general que nos permitan avanzar en el análisis de la forma más rigurosa y precisa que sea posible. Por ello, en este primer capítulo se abordarán algunas de esas cuestiones generales, que no deben limitarse a aspectos estrictamente jurídicos, sino que a éstos hay que agregar consideraciones de carácter sociológico a fin de poner el estudio de los derechos fundamentales en un contexto más amplio.

Para lograr lo anterior, se abordan problemas conceptuales y metodológicos; en la parte conceptual se intenta dar respuesta, entre otras, a las preguntas de qué son los derechos fundamentales, por qué se llaman de ese modo, cómo podemos saber que estamos en México frente a un derecho fundamental y quiénes son los titulares de los derechos fundamentales; en los apartados metodológicos se abordarán, entre otras, las cuestiones referidas a la clasificación de los derechos o a la forma en que deben ser interpretados. También haremos referencia al importante tema, en alguna medida novedoso en México, de cómo se pueden aplicar los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares.

A partir del capítulo segundo comenzaremos a estudiar cada uno de los concretos derechos fundamentales que establecen la Constitución y los tratados internacionales.

#### I. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

El objetivo de este apartado es suministrar una serie de pautas para que el lector tenga elementos de carácter conceptual sobre los derechos fundamentales. Intentaremos contestar a las siguientes preguntas: ¿por qué hay algunos derechos que se llaman fundamentales? ¿qué son esos derechos? ¿cuáles son las diferencias que existen entre los derechos fundamentales y los demás tipos de

derechos? ¿cómo se puede saber si se está frente a un derecho fundamental o frente a un derecho de otra especie? Vamos por partes.

### 1. *Enfoques para estudiar los derechos fundamentales*

Junto a la explicación de su concepto, una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas sobre el tema de los derechos fundamentales tiene que ver con su fundamento, con su razón de ser. Las preguntas esenciales en este punto serían: ¿por qué necesitamos tener derechos fundamentales? ¿cuáles podrían ser los criterios para considerar que ciertos derechos son o deben ser fundamentales y otros no? ¿por qué asignamos a ciertas prerrogativas o pretensiones una protección reforzada, al considerarlos fundamentales, frente a otros derechos?¹

Las preguntas anteriores pueden ser contestadas desde varios puntos de vista. El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado —sostendría esta visión— tales derechos son fundamentales.

Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los derechos están allí por alguna razón; razón (o mejor, razones) que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos. Reducir los derechos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos que, tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales, los han reconocido y protegido.

El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes.²

1 No desarrollaremos este punto con la extensión que el tema merece, debido a que el objetivo principal del libro es el estudio de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana; para profundizar en la cuestión de los fundamentos, ver Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

2 Sigo la exposición de Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en la obra colectiva del mismo nombre, *cit.*, pp. 289-291.

a) Uno, que se acaba de mencionar, es el que corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es la de ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán la libertad de expresión del artículo 60. de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma carta magna. Éste será el objeto de estudio del capítulo segundo y siguientes de este libro, en los que iremos abordando el análisis de todos los derechos que están explícitamente recogidos en el texto constitucional mexicano o que forman parte del sistema jurídico nacional por estar incorporados en un instrumento de derecho internacional que México ha firmado y ratificado.

b) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a esta cuestión se deben ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución.

c) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría del derecho; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender qué son los derechos fundamentales. La pregunta que se intenta resolver en este nivel de análisis: ¿qué son los derechos fundamentales? Para dar contestación a esta pregunta se debe aportar una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales; en cuanto tal, no será verdadera ni falsa, sino más o menos adecuada en virtud del rendimiento explicativo que tenga para entender lo que son los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, con independencia de cuáles sean los derechos que en ese ordenamiento se prevían.

d) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos

han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli, debemos aportar

respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las Constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio.<sup>3</sup>

## 2. Los fundamentos de los derechos

Hecha la anterior distinción entre los diversos niveles de análisis desde los que se puede emprender el estudio de los derechos, conviene hacer referencia a los conceptos y valores que justifican que tales derechos sean considerados fundamentales.

En este punto pueden emplearse los distintos niveles de análisis que acabamos de mencionar; así por ejemplo, desde un punto de vista de la dogmática constitucional, la justificación para calificar a un derecho como fundamental se encuentra en su fundamento jurídico; es decir, en el reconocimiento que hace un texto constitucional de ese derecho; desde un punto de vista de teoría de la justicia, el fundamento de un derecho se encontraría en las razones o en la justificación racional que puede existir para ese derecho; desde un punto de vista de teoría del derecho, un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezca de los derechos; finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico, un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica, es decir, siempre que no haya sido una pura entelequia o la mera adquisición de algún pensador, sin ninguna repercusión práctica.

Para una primera aproximación puede ser interesante situarse en el segundo de los niveles de análisis ya mencionados, es decir, el que tiene que ver con la teoría de la justicia o con la filosofía política. Los filósofos de la justicia y los teóricos políticos discrepan en varios puntos cuando se trata de justificar los

valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.<sup>4</sup>

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.<sup>5</sup>

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumar o no fumar es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar a donde quiera, o puede ser torturado o mutilado.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir, como se va a explicar más adelante, que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales intenta responder a las siguientes preguntas: ¿por qué debemos proteger cierto bien como un derecho fundamental? ¿qué es lo que debemos tomar en cuenta para decidir qué bienes deben tener el

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 314 y ss.

<sup>5</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 531; ver también, sobre el mismo tema, las reflexiones de Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, pp. 21 y ss.

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", *cit.*, p. 291.

rango de derechos fundamentales y cuáles deben ser considerados derechos secundarios, derechos que pueden pactar entre sí los particulares o simples aspiraciones sociales o morales no respaldadas por la fuerza del sistema jurídico?

### 3. *Derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos*

Otra cuestión de orden conceptual tiene que ver con la denominación misma de "derechos fundamentales" que se ha elegido para el título de este libro y para el resto de su contenido. Creo que es importante justificar la elección del término, así como explicar por qué no se optó por otro más clásico como el de "garantías individuales y sociales" o uno más extendido y conocido como el de "derechos humanos".

Los conceptos de "derechos fundamentales", "garantías individuales y sociales" y "derechos humanos" no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Desde luego, es la Constitución la que utiliza, en el encabezado de su primera parte, el término "garantías individuales", al que se apega la mayor parte de la doctrina mexicana.<sup>6</sup>

Sin embargo, no lo consideramos el más adecuado, porque como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix-Zamudio, el concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli señala que "garantía es una expresión del léxico jurídico

<sup>6</sup> Hay en la doctrina nacional algunas confusiones conceptuales cuando se intenta distinguir entre los términos citados; me parece que es lo que sucede con la exposición que se hace en la obra de Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 177 y ss. Este autor afirma lo siguiente al intentar distinguir entre los derechos del hombre y las garantías individuales: "Los derechos del hombre se traducen sustancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad: son elementos propios y consustanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-política en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la *consagración jurídico-positiva* de esos elementos, en el sentido de invencibles de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el *contenido parcial* de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados, por un lado y Estado y autoridades, por el otro" (p. 187).

<sup>7</sup> Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 273 y 283, entre otras.

con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo".<sup>8</sup>

Si quisieramos utilizar un símil de derecho privado, podríamos decir que no es lo mismo el contenido de una obligación (por ejemplo la obligación de entregar un bien objeto de un contrato de compra-venta) que la garantía mediante la cual las partes acuerdan hacer efectiva esa obligación en caso de incumplimiento. De hecho, en el derecho privado existen diversos tipos de garantías que se establecen para asegurar el cumplimiento de una obligación; hay garantías reales (prenda, hipoteca) y garantías personales (fiianza, aval);<sup>9</sup> cuando llamamos garantías individuales a los derechos fundamentales es como si en el derecho privado se confundiera la obligación surgida del contrato con la hipoteca que se constituye para garantizar su cumplimiento.

Ha sido precisamente Luigi Ferrajoli quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de "garantía", partiendo de la idea de que no es lo mismo que un derecho fundamental.

Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*: las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las "garantías primarias o sustanciales", que son distintas de las "garantías secundarias o jurisdiccionales".

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constatan, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.<sup>10</sup>

La confusión entre los derechos fundamentales y las garantías individuales ha alcanzado también a la jurisprudencia, como puede verse en la siguiente tesis, bien expresiva de la falta de coherencia terminológica con la que se suele abordar la cuestión:

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi, "Garantías", *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 40.