



# UNIVERSOS JURÍDICOS

Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar

## LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

Carlos Alberto Burgoa Toledo\*

175

AÑO 1. NÚMERO 1. NOVIEMBRE - ABRIL 2013

ISSN 2007 - 9125

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICAS / UNIVERSIDAD VERACRUZANA  
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO

©Todos los derechos reservados

\* Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor de la FES Acatlán UNAM, Profesor de la Universidad Panamericana y de la Facultad de Contaduría y Administración de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT, socio del despacho Burgoa, Vera y Asociados, S.C.

[carlos.burgoa@apolo.acatlan.unam.mx](mailto:carlos.burgoa@apolo.acatlan.unam.mx)

Recibido: 29/08/13    Aceptado: 12/09/13



**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Los problemas de aplicación de los derechos humanos 3. Las garantías primarias y las garantías secundarias de los derechos humanos 4. Conclusión 5. Fuentes de consulta.

## RESUMEN

Los derechos humanos son una novedad legislativa en México motivo de la reforma constitucional de junio en 2011, lo que ha propiciado una serie de cambios en las decisiones y actos de todas las autoridades estatales, pues tanto el legislador como las autoridades administrativas y jurisdiccional deben respetar y

satisfacer los derechos individuales y sociales, ante lo cual surgen dos problemas: la interpretación debida de los derechos y la porción económica de los fondos destinados presupuestalmente para su satisfacción, todo lo cual conforma un reto de suma importancia para este nuevo etapa de la vida jurídica del país, cuyas aristas y complicaciones no se tienen del todo contempladas y por ende, producen eventualmente la efectividad e inefectividad de los derechos humanos y sus garantías.

## ABSTRACT

Human rights are a newly normative issue in Mexico due to the constitutional amendment back in June, 2011, which has produced several changes in the decisions and actions for every single government



entity, since the legislator as well as the administrative and judicial authorities must respect and satisfy the individual and social rights, whereby two problems arise: the duly interpretation of such rights and the economical portion of the budget intended to their satisfaction, which becomes an outstanding challenge for this new age of the normative life of the country, for its ages and complications are not entirely considered and therefore, it eventually causes the effectiveness or ineffectiveness of human rights and its legal norms.

#### **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos, derechos individuales y derechos sociales, respeto y satisfacción, garantías primarias y garantías secundarias.

#### **KEYWORDS**

Human rights, individual rights and social rights, respect and satisfaction, primary right rules and secondary right rules.

#### **INTRODUCCIÓN**

A partir del 10 de junio de 2011, México se vio envuelto en una dinámica normativa diferente que, aunque formalmente ya existía, se robusteció con la reforma constitucional que da fuerza a los derechos humanos como esencia de la vida política del país. De esta manera, la nueva dinámica ha obligado a todas las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza (legislativa, administrativa o judicial) a obrar con cuidado dado el respeto y satisfacción



que exigen los derechos individuales y sociales de todas las personas, tanto públicas como privadas, a través de las conductas de "respetar", "proteger", "promover" y "garantizar" a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 1º Constitucional.<sup>1</sup>

La exigencia internacional y los compromisos exteriores han creado en México no sólo una inercia de satisfacción y respeto constante de los derechos humanos, sino más aún, han sido una exigencia que propicia la actualización de leyes y creación de muchas otras, todo ello impulsado por la pertenencia de México a diversos grupos internacionales como lo es principalmente la Organización

para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y su membresía al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), así como su participación en el Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes PISA (*Program for International Student Assessment*), lo que ha dado lugar en los últimos años a la reforma educativa, la reforma laboral, la Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (comúnmente llamada Ley contra el Lavado de Dinero), la nueva Ley de Amparo y la próxima reforma financiera que tocará más de treinta leyes así como dará lugar a la creación de dos más.

Evidentemente, todo ello con tintes a una globalización normativa a la par que un "ponerse al día" en la inercia mundial jurídica. Empero esta obligación y estos esfuerzos eventualmente pueden resultar

---

<sup>1</sup>**Artículo 1º.** Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.



insuficientes pues la ley escrita en sí misma no asegura la efectividad de los derechos humanos. De la letra de la ley a su aplicación práctica existe una gran brecha en la que se advierten las verdaderas posibilidades de cumplir con los derechos humanos, los cuales, es de señalar desde este momento, no son exclusivos de la Constitución ni de alguna rama del Derecho en especial. Los derechos fundamentales son propios de cualquier ordenamiento jurídico (Constitución o ley secundaria), e inmanentes a cualquier área del Derecho, penal, civil, laboral e incluso fiscal, financiero y económico.

Es por eso que con este trabajo se abordará brevemente un estudio y análisis de los derechos humanos y su desarrollo en los últimos años, a fin de corroborar si en verdad han sido satisfechos en la forma que se

esperaba desde la reforma constitucional, o si falta aún mucho por hacer para arribar a un pleno Estado Constitucional de Derecho.

### **LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La innovación formal de los derechos humanos ha creado en México tres problemas que podríamos agrupar en la porción filosófica, interpretativa y económica de los mismos. Para ello, es importante marcar desde este momento que el Derecho, como elemento normativo de cualquier sociedad en cualquier país, ha sido escrito para aplicarse y no para contemplarse, de tal forma que los problemas jurídicos no se resuelven en sede filosófica, aunque si bien éste ejercicio sirve a la mejor comprensión



e interpretación de los textos normativos, la ley no es un poema que deba contemplarse a la luz de las corrientes filosóficas, pues ello en nada favorece la resolución de problemas reales que en la práctica superan cualquier texto de ley, lo que eventualmente arroja lagunas y nuevas necesidades de trabajo legislativo.

Por cuanto a la porción filosófica del problema de los derechos humanos tenemos, por ejemplo, al aclamado autor Luigi Ferrajoli quien brillantemente ha desarrollado una teoría garantista nunca antes vista con tanto afán y sutileza. Sus postulados y pensamiento rebasan en mucho las ideas que anteriormente había brindado Kelsen, dando lugar a nuevos paradigmas y formas de pensamiento; no obstante, su garantismo se agota en la defensa de

las personas, ciudadanos o capaces de obrar, calidad de personas que él mismo señala, cuando en verdad los problemas actuales no se desarrollan - y por ende no se resuelven- persona a persona o uno a uno conforme a la categoría taxativa referida. Hoy en día, los derechos y las garantías se transgreden al mismo nivel de los problemas. Esto es, desde el año 2000 -si no es que desde antes- hemos visto que la economía internacional se ha colapsado a raíz de acciones de grandes grupos corporativos (Enron, MCI Worldcom, entre otros), así como los grandes problemas de seguridad han sido creados también por grupos (*e.g.* la ETA y Al Qaeda), por lo tanto, la violación de derechos existe igualmente a nivel mundial entre personas y Estados tal y como se criticó el ataque los Estados Unidos de América contra Afganistán, a la par que el combate a los grupos



terroristas ha sido el motivo discursivo para justificar dichos ataques entre países aunque sustancialmente produzcan un ataque a los derechos humanos de otros. Por lo tanto, con la dinámica social actual cabe preguntarnos: la invasión de un país a otro ¿Es sólo un problema de soberanía o también de garantías? En este sentido, la posible violación de garantías y su solución no se da en el uno a uno de personas, ciudadanos o capaces de obrar. Más bien los derechos humanos se ven afectados por actuaciones masivas, globales y de entes numéricamente superiores producto de la decisión de unos cuantos pese a la indisponibilidad activa y pasiva de los derechos fundamentales a que se refiere Luigi Ferrajoli.

Que los derechos fundamentales son indisponibles quiere decir que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al

mercado. En virtud de su *indisponibilidad activa*, no son alienables por el sujeto que es titular: no puede vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún, mi propia autonomía contractual. Debido a su *indisponibilidad pasiva*, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía (Ferrajoli, 2004, p. 47).

Desde luego Ferrajoli no habla de este tipo de problemas ni asevera algo respecto al garantismo -si es que existe- entre países. Las personas morales no son verdaderamente su punto de estudio. Él nunca pugna por un garantismo de personas morales o Estados pues simplemente se acota a la violencia tradicional entre personas físicas y entre éstas y el Estado, cuando lo cierto es que hoy en día la delincuencia se desarrolla más en el



papel y en el escritorio que en las calles con armas de fuego; es decir, la delincuencia de cuello blanco ha rebasado y afecta quizá en igual grado o mayor a la sociedad que la delincuencia común. Es por ello que la sexta recomendación del GAFI expresamente señala “En la medida de lo posible, las empresas mismas, y no sólo sus empleados, deberían estar sujetas a responsabilidad penal”.

Pero, ¿es posible fincar responsabilidad penal a una persona moral cuando se sabe que es una ficción jurídica? Sería interesante conocer la respuesta de Ferrajoli y más aún, si pudiera contarse con una obra de su parte al respecto porque sus textos no resuelven el problema ni hablan de ello. Los delitos financieros y fiscales actuales son mundialmente motivo de una nueva exigencia en la postura normativa que deben tomar

los países. De allí que su garantismo queda corto pues no ofrece soluciones ni teorías respecto a cómo la economía incide en la seguridad nacional si no es bien regulada y qué garantías existen al respecto entre dos personas internacionales (obviamente consideradas personas morales por el Derecho).

Pero el problema no sólo es filosófico o teórico, la práctica también tiene resabios en donde los juzgadores no tienen una idea uniforme y global de lo que implican en verdad los derechos humanos, tenemos aquí un problema superior. Por ejemplo, en diversos lugares del país se sabe que se han negado diversos amparos a personas morales argumentándose que los derechos humanos son exclusivos de personas físicas y no de personas morales, lo que denota la falta de instrucción sobre el tema, pues si bien la Constitución mexicana



habla de "derechos humanos", no se refiere a lo que técnicamente debe entenderse por ellos, sino se refiere a lo que empíricamente se conoce por ellos, esto es, los derechos humanos son en verdad el cúmulo de derechos fundamentales y derechos patrimoniales a que hace referencia Ferrajoli, y toman el nombre de "derechos humanos" para hacer a éste término compatible con el "human rights" usado a nivel internacional. Este es el segundo problema en porción interpretativa de los derechos humanos a que me referí al principio de este punto.

Es claro que los derechos humanos son un tema novedoso, por lo menos en México, y de allí que todos debamos instruirnos más sobre el tema para obrar, desde el ángulo que a cada persona corresponda (el aula, la práctica, los juzgadores, legisladores, etc.), acorde al nuevo

contexto internacional que exige su respeto y satisfacción, dado lo cual es posible afirmar que México se encuentra en una etapa de instrucción sobre el tema. Sin embargo, si aprender qué son los derechos humanos implica el atropello de otros derechos como sucedió con la negación de amparo a personas morales, el aprendizaje cobra un coste que se convierte en un nuevo problema. Esto es, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 supone ser la solución a la violación de derechos, pero si la falta de conocimiento sobre el tema conlleva a que no se tenga claridad sobre ellos y se violen otros derechos, encontramos que la solución no es tal y, por el contrario, se convierte en un nuevo problema como bien lo afirma Horacio Jaramillo Loya: "cuando una solución para resolver un problema no lo logra en los primeros intentos,



ya no es solución y se convierte en parte del problema” (Jaramillo, 1996, p.113).

Si los derechos humanos no son debidamente concebidos por los juzgadores, difícilmente se tendrá una clara interpretación de los mismos y en consecuencia derivará en una crasa aplicación de las normas respetivas. Como lo he comentado ya en mi libro La interpretación de las disposiciones fiscales, la interpretación de una norma conlleva a tres pasos importantes: lectura, interpretación y argumentación (Cf. Burgoa, 2011, p. 81-82) de tal forma que si una ley no es debidamente leída jurídicamente hablando -más allá de los puntos y comas en el sentido de diferenciar connotaciones de denotaciones, disposiciones eidéticas de anankásticas, disposiciones prescriptivas de anhairéticas, etc.- evidentemente será difícil

interpretarla debidamente y por ende, su aplicación conllevará a un nuevo caos que en nada beneficiará la dinámica social y el respeto de los derechos humanos (independientemente de que la interpretación debe ser debidamente argumentada pues si no se da a entender bien lo pensado, nuevamente es un problema que se suma al anterior). Es por ello que el segundo problema en porción interpretativa es importante.

Pero no sólo eso, como tercer problema en porción económica de los derechos humanos tenemos la falta de preparación presupuestaria para hacer frente a los mismos, ya sea haciéndolos respetar (para el caso de derechos individuales) o satisfaciéndolos (para el caso de derechos sociales). Por lo tanto, el Estado teóricamente debe estar preparado económicamente para dar



respuesta a todas las demandas de las personas en aras de hacer respetar y satisfacer los derechos individuales y sociales, respetivamente, pues ello es parte de la actividad estatal en aras del neoconstitucionalismo.

Por otro lado, los derechos de libertad también tienen un coste. La distinción teórica entre garantías negativas (de los derechos de libertad) y garantías positivas (de los derechos sociales) -unas consistentes en límites o prohibiciones de lesión, otras en vínculos u obligaciones de prestación- se refieren únicamente a la estructura típica de las dos clases de derechos (Ferrajoli, 2006, p. 114)

No obstante, la práctica muestra que ello no siempre es así. Por ejemplo, se comenta -como lo he hecho notar ya en otros foros- que en la ciudad de Puebla sucedió que al término de un juicio de arrendamiento, el arrendatario fue condenado a desalojar el lugar y por tanto, se ordenó la diligencia respectiva en la

que el actuario se percató de que allí vivían menores de edad y una persona de la tercera edad, por lo que la petición de los condenados fue enviar a los menores al DIF para su estancia mientras que se pidió que el mayor de edad fuera ubicado en un centro de estancia (asilo); no obstante las buenas intenciones del juzgador, éste se vio impedido para dar fiel cumplimiento a lo solicitado por los vencidos en juicio dado que el DIF que daba el servicio de alojamiento de los menores se encontraba en una ciudad ubicada a hora y media pues en la capital no se contaba aún con un centro para su estancia, y por cuanto a la persona de tercera edad, se advirtió que el centro de estancia sólo daba servicio en las mañanas y tardes para brindar los alimentos respectivos más no para dormir por las noches, lo que hizo imposible cumplir la petición.



De esta manera, se advierte que aun cuando en este caso el juzgador entendió e interpretó debidamente las normas relativas a los derechos humanos, y aun cuando tenía la voluntad de llevarlos a su respeto y satisfacción, no era posible cumplir con lo solicitado porque presupuestariamente no existían o no se podían brindar los servicios solicitados, demostrándose así que el Estado no se encuentra completamente preparado para satisfacer y hacer respetar los derechos humanos ya que falta la porción económica que complete los brocados de ley, con lo cual encontramos que los derechos existen debidamente en papel, pero no en la práctica dado que la parte económica no siempre corre a la par que los textos normativos. Por tanto, las leyes como documento escrito pueden ser fuertes, serias y plausibles pero

inefectivos si no existe una partida presupuestal, una infraestructura adecuada y demás elementos complementarios que conlleven a que los derechos humanos puedan desarrollarse debidamente.

Como lo he dicho en diversos foros, todo tema jurídico lleva un complemento económico, pues es ineficaz pugnar por los pronunciamientos judiciales si no existe el sustento estructural adecuado para llevar a debido cumplimiento los derechos humanos. Dice una canción inglesa "*money is too thight to mention*", la cual denota muy bien lo que en este momento se comenta, pues cualquier referencia normativa es cierta pero sólo en su esencia sintáctica (o dicho en otras palabras, sólo en papel), más no siempre es efectiva en su esencia pragmática, pues el dinero es un



rubro importante a considerar en todos los proyectos normativos, lo que hace clara la diferencia entre ver al Derecho como un simple conjunto de normas o verlo como serie de hechos, lo que da la diferencia entre el *derecho vigente (law in books)*, y el *derecho viviente (law in action)*, a que se refirieron doctrinariamente Herbert Hart y Charles Morris, y que sin duda alguna afectan las garantías primarias y secundarias de los derechos humanos como se verá a continuación.

### **LAS GARANTÍAS PRIMARIAS Y LAS GARANTÍAS SECUNDARIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Retomando un poco todos los puntos anteriores, es de señalar que la partida presupuestal atinente a la satisfacción de cada derecho se

encuentra generalmente establecida en cada ley, correspondiente a cada ramo a fin de "promover" o "garantizar" los derechos humanos de las personas (como lo exige hoy en día el tercer párrafo del artículo 1 Constitucional), para encauzar desde ese momento el importe económico que deberá destinarse a la satisfacción de los derechos sociales, como sucede por ejemplo con el artículo 25 de la Ley General de Educación:

**Artículo 25.-** El Ejecutivo Federal y el gobierno de cada entidad federativa, con sujeción a las disposiciones de ingresos y gasto público correspondientes que resulten aplicables, concurrirán al financiamiento de la educación pública y de los servicios educativos. El monto anual que el Estado -Federación, entidades federativas y municipios-, destine al gasto en educación pública y en los servicios educativos, no podrá ser menor a ocho por ciento del



producto interno bruto del país, destinado de este monto, al menos el 1% del producto interno bruto a la investigación científica y al desarrollo tecnológico en las Instituciones de Educación Superior Públicas. En la asignación del presupuesto a cada uno de los niveles de educación, se deberá dar la continuidad y la concatenación entre los mismos, con el fin de que la población alcance el máximo nivel de estudios posible.

De tal forma que la educación, como derecho humano y fundamental, es inicialmente garantizada en tanto las partidas presupuestales sean utilizadas verdaderamente para los fines a que son destinadas. Desde luego, la porción económica de los derechos humanos es importante y se desarrolla sólo en la práctica en donde la rendición de cuentas supone ser el instrumento adecuado para corroborar su efectiva satisfacción.

La porción económica por tanto es, sin duda, el elemento toral sobre el cual es posible la satisfacción de los derechos. Posturas actuales como buscar que el internet sea un derecho de todas las personas y se garantice el acceso a él en parques públicos y demás lugares comunes implica pensar asimismo en el margen económica que implicará y el presupuesto correspondiente que debe tener asignado, lo que sucede igualmente con la creación de nuevas instituciones a favor de los derechos que requieren dinero para sufragar su operación, tal como sucedió con la relativamente reciente creación de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, lo que en definitiva demuestra la necesidad económica de tener previsto este punto para derechos humanos. No obstante, regresaré a la porción normativa que es la que importa propiamente para el



estudio jurídico a fin de hacer algunas anotaciones al respecto.

Por cuanto a la porción semántica de los derechos humanos es claro que éstos descansan y son efectivos sólo bajo un debido respeto y satisfacción, lo que implica conductas del Estado de "no hacer" y de "hacer" para los derechos individuales y sociales, respectivamente. De otra forma, si no existe el respeto de los derechos individuales y la satisfacción de los derechos sociales no puede hablarse verdaderamente de un Estado de Derecho ni de una democracia legítima bajo las concepciones actuales de ellos y las exigencias internacionales sobre el tema.

En todos los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados

debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit en su *legitimidad de ejercicio* (Carbonell, 2005, p. 11)

Pero estas conductas de "no hacer" y de "hacer" que implican las garantías contemporáneas de los derechos individuales y sociales, respectivamente, representan sólo la estructura deóntica de los comportamientos estatales deben ser alcanzadas por sentidos de invalidez o responsabilidad que produzcan una clara satisfacción de derecho, como se ha comentado anteriormente. De allí es que surge la idea de las garantías primarias y de las garantías secundarias a que me referiré en este punto, pues no basta con tener un derecho si no existe una norma que sancione la violación que pudiera causarse a ésta, a la par que no sirve



tener una prohibición expresa si no existe sanción ante la actuación vetada que transgreda el orden normativo.

Esta dualidad es la que teóricamente se conoció por Aristóteles de forma gradiente entre *justicia distributiva* y *justicia correctiva*, esto es, lo que a cada quien se asigna y lo que debe suceder para regresar las cosas al orden dado inicialmente cuando éste es transgredido o transformado por la dinámica social. Esta noción es retomada por Ferrajoli y reconstruida en forma un tanto diversa, arribando al concepto de *garantías primarias* y *garantías secundarias*, para lo cual señala lo siguiente:

Lamaré *garantías primarias* o *sustanciales* a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponde a los derechos subjetivos garantizados. Lamaré *garantías secundarias* o *jurisdiccionales* a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de asociar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos

ilícitos y, en el segundo caso, actos no válidos que violen los derechos subjetivos...(Ferrajoli, 2008, p. 64)

De donde se obtienen que ambos tipos de garantías produzcan resultados favorables atinentes a robustecer el respeto y satisfacción de los derechos en todos sus extremos. Lo cual, en inicio, y acorde a la teoría de Ferrajoli podría mostrarse de la siguiente manera:

<b>Garantías primarias</b>	<b>Garantías secundarias</b>
Obligaciones (de prestación)	Responsabilidad
Prohibiciones (de no lesión)	Invalidez

De tal forma que el Estado tiene la obligación de prestar servicios, crear infraestructura, promover el empleo, etc., a la par que la prohibición de realizar arrestos arbitrarios, obstaculizar las acciones propias de la libertad civil o desdeñar el libre



ejercicio del comercio (por poner un ejemplo). Si el Estado no obra en la forma positiva (como toda obligación es de “hacer”), tendrá en consecuencia la responsabilidad de hacerlo en la forma prevista por la Constitución, a la par que si tiene la prohibición de no molestar al particular, la acción positiva (contraria al deber negativo de “no hacer”, como toda prohibición es), será nula a fin de regresar las cosas al estado en que deben ser, independientemente de la indemnización que –en forma secundaria o paralela- puede producir para el particular bajo los supuestos taxativos que eventualmente señalen las leyes (como sucede con las tres fracciones del artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>ARTÍCULO 60.-...

Dicho lo anterior, es fácil advertir que la garantía primaria de “obligación” de prestación generalmente se relaciona con la garantía secundaria de “responsabilidad” (se debe condenar al Estado o terceros para obrar en la forma que están obligados a “hacer”), mientras que la garantía primaria de “prohibición” generalmente se relaciona con la garantía secundaria de “invalidéz” (se debe anular una actuación que está prohibida).

---

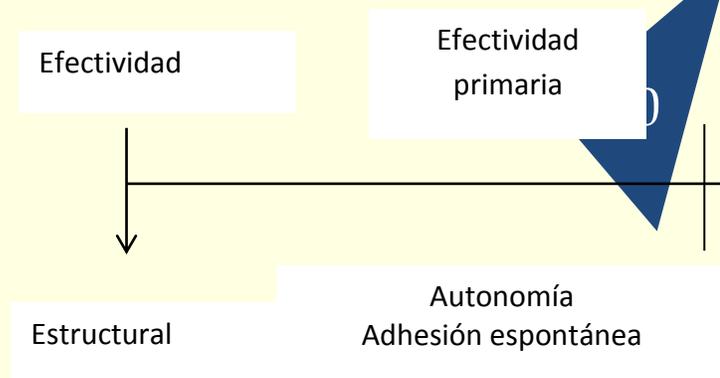
La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando:

- I.** Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.
- II.** Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave.
- III.** Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley.



Por tanto, las garantías primarias son *téticas* (puesto que <<son>>), mientras que las garantías secundarias son *hipotéticas* (puesto que <<pueden ser>>) ya que surgen sólo ante la violación de las primeras. Asimismo, las garantías primarias son *sustanciales*, porque se refieren al fondo de todo asunto, y las garantías secundarias son *formales*, porque se refieren sólo al procedimiento o proceso que da lugar a un fallo, resolución, laudo o sentencia atinente a respetar el contenido y sustancia de las garantías primarias. De tal suerte que si un ordenamiento legal es observado debidamente por sus destinatarios, ya sea por convicción propia, código moral interno, o por cualquier otra razón propia del destinatario de la ley, tenemos una alta efectividad de las garantías primarias que se produce por *adhesión espontánea*, y por tanto, hablamos

también de una *efectividad primaria* del Derecho (lo que denota la *autonomía* de las personas y autoridades). Pero si las garantías primarias no son observadas ni cumplidas de forma espontánea, es necesaria la intervención de las garantías



secundarias a fin de restituir el orden normativo de las cosas, y por tanto, se produce una alta efectividad de las garantías secundarias que se produce por *adhesión coactiva* de la ley, ya no



por convencimiento propio sino por fuerza del Estado, y por tanto, hablamos también de una *efectividad secundaria* del Derecho (lo que denota la *heteronomía* de las personas por coacción del Estado), lo cual se puede mostrar de la siguiente forma:

En tal sentido, si las garantías primarias son altamente efectivas, es claro que las garantías secundarias son altamente inefectivas porque

simplemente no se requiere hacer uso de ellas, y por el contrario, si las garantías primarias son altamente inefectivas es claro –y es de suponer– que las garantías secundarias son altamente efectivas. Desde luego, el sueño dorado de todo país es que las garantías primarias sean las altamente efectivas pues ello refleja una sociedad consciente de los deberes con que cuenta y de los derechos que las personas tienen.

Sin embargo, todo lo antes dicho a la luz de las ideas de Ferrajoli me parece un tanto corto, pues la actividad del Estado no sólo se determina por sus propias actividades en sentido de sanción o negativos (invalidez y responsabilidad) ya que esa es la tendencia exclusiva del control social basada en sanciones negativas, cuando lo cierto es que México ya vive la inercia de la dirección social basada en sentido positivo. Por tanto,



un Estado de Derecho actual no se desenvuelve sólo por actividades negativas, sino también en sentido de aseguramiento de los derechos a través del reconocimiento que sobre los mismos se hacen, ya sea después de un procedimiento administrativo o a colación de sentencia en un juicio, de tal forma que al Estado no sólo le compete la función represiva sino también la función alentadora en la creación o reconocimiento de derechos, tal y como lo prevé, por ejemplo, el inciso a) de la fracción V del artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

ARTÍCULO 52.- La sentencia definitiva podrá:

I. ...

V. Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:

a) Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al

cumplimiento de la obligación correlativa.

En donde no se da solamente la nulidad (como es el nombre común que arroja el juicio contencioso-administrativo: juicio de nulidad), sino también el reconocimiento de derechos, por lo que la porción de invalidez no es la única temática sobre la cual versa el juicio respectivo ni sobre la cual se basan las garantías secundarias. Asimismo, por cuanto a la responsabilidad, como segunda garantía secundaria de Ferrajoli, es de observar que ésta no es la única, pues puede surgir también una absolución, que en esencia es la parte importante del primer párrafo del artículo 23 Constitucional al decir:

Artículo 23. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el



juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

Pues tanto la condena como la absolución -sentido negativo y sentido positivo de la sentencia- son la sustancia por la cual una persona no puede ser juzgada dos veces por

<b>Garantías primarias</b>	<b>Garantías secundarias</b>
Permiso a	Reconocimiento de derechos
Permiso a no	Absolución de acusaciones
Obligación	Responsabilidad
Prohibición	Invalidez

una misma acción, lo cual sustantiviza en la Constitución el *non bis in idem*. Así las cosas, la responsabilidad no es la única opción de las garantías secundarias sino también la absolución a favor de los derechos de las personas (físicas o morales).

Por tanto, si las garantías secundarias se amplían en virtud de proteger los derechos de las personas -al grado de reconocerlos o ser motivo de absolución- es claro que los derechos son la esencia actual y, por tanto, deben tener también cabida en las garantías primarias, tal y como lo he expuesto ya en mi libro "La interpretación de las disposiciones fiscales", de tal forma que el cuadro de garantías quedaría de la siguiente manera:

En donde la garantía primaria del "permiso a" generalmente está ligada con la garantía secundaria de "reconocimiento de derechos", y el "permiso a no" generalmente está ligada con la garantía secundaria de "absolución de acusaciones". Por ejemplo, si una persona tiene derecho a una devolución de contribuciones y el Estado se niega al pago, después



del juicio respectivo se reconocerá el derecho que tiene el contribuyente a ella y, en consecuencia, se condenará a la autoridad fiscal al pago del monto solicitado. Asimismo, si una persona física tiene el derecho a inscribir voluntariamente a sus colaboradores en el Seguro Social y no lo lleva a cabo por no estar dentro de las hipótesis del régimen obligatorio del artículo 12 de la Ley del Seguro Social, cualquier acusación del Instituto que haga al respecto sobre el argumento de incorporación obligatoria, la persona física será absuelta después de un juicio respectivo corroborándose su ubicación en la fracción IV del artículo 13 de la misma ley y, en consecuencia, las sanciones posteriores a la acusación caerán. Desde luego ambas garantías secundarias son consecuentes con las garantías primarias, sin que exista

o se cree un par forzoso entre ellas, de allí que haya dicho antes que “generalmente” se identifican unas con otras, más no siempre es así por ser el Derecho inmanente a las ciencias sociales y no a las ciencias exactas.

Dentro de las garantías primarias, evidentemente se encuentran las cuatro modalidades deónticas que toda norma jurídica (Constitución, tratado, ley, reglamento, etc.), prevé para la conformación de las conductas adecuadas de las personas en aras de una sana armonía y consecución de los fines buscados por las políticas públicas del Estado, en donde las garantías secundarias, ahora se forman por cuatro consecuencias: dos de índole positivas favorables para los derechos de las personas y dos de índole negativas, igualmente favorables para los derechos de las personas.



Como podemos ver, los permisos positivos y negativos (“permiso a” y “permiso a no”) están íntimamente ligados con las garantías secundarias de reconocimiento y absolución. Si se reconoce un derecho es una resolución favorable dado que el particular obtiene un derecho no existente jurídicamente hasta entonces bajo la óptica de las autoridades o incluso del Derecho mismo, a diferencia de cuando se anula una actuación de autoridad es porque el derecho ya está reconocido por el Derecho mismo y por tanto, es una obligación satisfacerlo, dado lo cual, la omisión de la conducta positiva de “hacer”, da lugar a la responsabilidad del Estado de obrar en la forma que legalmente le es encomendado. Esto es, respecto a los derechos humanos, su reconocimiento es una medida *abstracta* que legitima y confirma la

titularidad del mismo, mientras que con la nulidad no se legitima ni se confirma la titularidad del derecho, pues la nulidad surge precisamente porque éste ya se tiene arrogado a persona alguna.

Si el texto de ley resulta exitoso, tenemos cubierta hasta este punto la medida abstracta o escrita de los derechos humanos, restando cubrir la medida concreta o económica, de lo cual he hablado ya al principio de este punto pues los recursos económicos son fundamentales para la debida consecución del respeto y satisfacción de los derechos.

### CONCLUSIONES

Como podemos observar, los derechos humanos tienen una dualidad de problemas que son motivo de mayores esfuerzos en toda la sociedad mexicana (tanto por particulares como por autoridades).



En un primer extremo, constituyen un motivo de estudio a fondo para hacerlos valer adecuadamente y con ello, cumplir los brocardos de legalidad que establece la Constitución, pues recordemos que los derechos existen para todas las personas, físicas y morales, nacionales y extranjeros, menores y mayores de edad. Por lo tanto, es tarea de cada persona (particulares y autoridades), llevar a cabo su debida conceptualización a fin de arribar a conclusiones correctas respecto de lo que se puede y no se debe hacer, sin confundir la fase normativa de la fase ética de los derechos. Por ejemplo, se dice recurrente e indebidamente en diversos foros que el voto es una obligación, cuando lo cierto es que es obligación cívica, más no normativa, pues si las personas no acuden a hacer efectivo su voto no sobreviene una multa ni sanción algún, lo que sí

sucede ante la falta del pago de contribuciones en donde las multas y demás consecuencias negativas sobrevienen. De tal suerte que los derechos tienen una acepción deóntica y una acepción empírica que no siempre se diferencia en la dinámica diaria. Los derechos discurren en dos grandes clasificaciones (derechos fundamentales y derechos patrimoniales) y por tanto, corresponde a cada persona y a cada juzgador tener una noción completa de ellos para llevar adecuadamente la tarea que a cada uno corresponde.

Asimismo, por cuanto a la parte ético-política, es importante que el contenido de las normas que versan sobre derechos humanos se encuentre lo más apegada a los principios y criterios internacionales y, desde luego, a la dignidad de las personas para dar lugar a un verdadero



esquema de Derecho en respeto total de las potestades y libertades de las personas. Es por ello, que a la par de ello, la porción económica debe cubrir en todos sus extremos -o por lo menos, en lo más posible- las expectativas que tienen los gobernados respecto de la buena administración de sus recursos que implica el destino y asignación presupuestaria respectiva.

Todo ello sin duda, es una labor interminable, motivo por el cual, lejos de pensar que la labor estatal en México ha quedado culminada con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, por el contrario, es apenas el principio de una nueva época (tal como lo ha reconocido la Corte con la apertura de la décima época para sus criterios y jurisprudencias), que

implica un nuevo esfuerzo, nuevos retos en aras de un mejoramiento del país, que si bien es cierto en México significa apenas "ponerse al corriente" con la dinámica internacional, es plausible su inclusión para seguir robusteciendo el Estado de Derecho.

#### FUENTES DE CONSULTA

- Burgoa Toledo, C. A. (2011) *La interpretación de las disposiciones fiscales*. México: Dofiscal.
- Carbonell, M. (2005) *La Constitución en serio*. México: Porrúa.
- Ferrajoli, L. (2004) *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006) *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008) *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Jaramillo Loya, H. (1996) *Los consejos del búho*, México: Diana.