

Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos.

Jorge RIVERO EVIA*

Resumen.

El paradigma actual de los derechos humanos, como producto positivo de la globalización, vincula una vez más a la ciencia del derecho con la práctica del mismo. Las reflexiones históricas de lo que se entiende por Justicia concluyen lo que ahora se encuentra sintetizado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana: Justicia será todo aquello que se encuentre vinculado con el respeto a los Derechos Humanos, bajo criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Resumido en una frase: la nueva lucha por el Derecho se erige en la figura de la Justicia Universal.

Palabras clave: Derechos Humanos, Justicia, Método de Casos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Constitución.

Abstract.

The current paradigm of human rights as a positive byproduct of globalization links once again the scientific and practical aspects of Law. Historical reflections of what is understood as Justice conclude what is now synthesized in Article 1 of the Mexican Constitution: Justice will be all that is linked with respect for Human Rights, under criteria of universality, interdependence, indivisibility, and progressivity. Summarized in one sentence: the new fight for Law is built on the figure of Universal Justice.

Keywords: Human Rights, Case Method, Justice, American Court of Human Rights, Constitution.

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac-Mayab. Magistrado Cuarto del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

Introducción.

Hoy sabemos que el Derecho no es un elemento autónomo sino dependiente del sistema económico, político y social, que se desarrolla siguiendo el notorio esquema de Bobbio, conforme a la «*variable institucional*» en un sistema «*cerrado o abierto*», de acuerdo con la «*variable social*» en el seno de una «*sociedad estable o cambiante*», y según la «*variable cultural*» con carácter «*autónomo o dependiente*» respecto al sistema social, y da lugar a una ciencia «*vinculada-libre*», «*conservadora-innovadora*» y «*formalista-realista*¹».

Las ciencias, en general, son según García Maynez²: “... *ensayos de explicación parcial de lo existente...*”, o si se alude a la definición gramatical³, la ciencia es “... *el conocimiento cierto de las cosas por sus causas...*”.

De tales asertos, es menester allegarnos a conceptos más cercanos a lo jurídico. Una primera instancia, y por sentido común, nos ubica en la afirmación de que en un concepto genérico de *ciencia jurídica* hemos de hallar cierta dimensión o talla para arribar a un saber metódicamente logrado y, por supuesto, con validez objetiva⁴.

Se ha colocado en tela de duda, el carácter científico del Derecho, al observar sus métodos, su forma de conceptuar un fenómeno particular desde su entidad normativa y básicamente sus fundamentos y sus resultados objetivos y demostrables.

Principalmente, la duda de mérito, acontece en virtud del *dogmatismo*, al cual García Máñez, responsabiliza fundamentalmente como una limitación a las disciplinas jurídicas para su estimación científica⁵:

... las disciplinas cuyo fin consiste en exponer de manera sistemática el contenido de las diversas ramas de los derechos privado y público, o de otras difícilmente incluíbles en esta dicotomía (como el derecho agrario o el del trabajo), tienen, por la índole propia de su objeto, un carácter claramente dogmático. Objeto de tales disciplinas es el conjunto de normas de la rama a que cada una de ellas se refiere y, normalmente al menos, sólo se trata de las que tienen vigencia en tal o cual época...

¹ Vidal Gil, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, página 39.

² García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa Séptima Edición, México, 1956, página 116.

³ Real academia española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, decimonovena edición, 1970, página 299.

⁴ González de la Vega, René, *Ciencia Jurídico Penal*, Inacipe, México, 2003, página 148.

⁵ García Máñez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, Decimoprimera Edición, México, 1999, página 9.

El dogma pues, es la ley, y constituye un dato que se acepta sin discusión, concediéndole un sentido y el valor que los creadores de los precepto le atribuyen; por ende, resultaría muy sencillo afirmar, a partir de lo anterior, que el Derecho no es una ciencia.

Atienza, mediante la distinción entre *normas* y *proposiciones normativas*, intenta establecer, prima facie, una separación entre el Derecho, del saber acerca del Derecho o ciencia jurídica; aunque reconoce⁶:

... el mismo lector advertirá que, después de todo, la distinción no es excesivamente clara o, por lo menos, que no implica que el Derecho y la llamada («ciencia» del Derecho constituyan esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí. Esto es algo que tiene una gran importancia en nuestro campo y puede explicarse con cierta facilidad, pero que el lector no se haga la ilusión de haber llegado ya al final del capítulo. Pensemos, por ejemplo, en que es muy difícil confundir una reacción química con la fórmula de la ciencia química que la describe, el comportamiento de los animales con los libros de etología o los acontecimientos históricos con las descripciones y explicaciones que de los mismos dan los historiadores. Pero esta distinción de niveles no es tan fácil de establecer en otros campos: la reflexión sobre la literatura puede seguir siendo literatura, como saben todos los lectores de Borges, los libros de filosofía consisten muchas veces en comentarios sobre textos filosóficos, y los libros de ciencia jurídica pueden constituir, en algún sentido, Derecho vigente. Para poner un ejemplo famoso de esto último, las «Instituciones» —una de las partes en que se dividía el *Corpus iuris civilis* de Justiniano— era una obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho, pero fue promulgada como ley. Es decir, que al mismo tiempo que ciencia del Derecho, era Derecho vigente....

Por otro lado, se dice que aquella no es la única peculiaridad del saber acerca del Derecho que suele denominarse *ciencia jurídica*, *doctrina jurídica*, *dogmática jurídica*, *jurisprudencia* y de algunas otras formas.

El objeto de estudio del saber jurídico tradicional es un Derecho vigente en un determinado lugar y momento histórico. Y como los límites en los que rige un mismo Derecho positivo tienden a coincidir —al menos, desde la época moderna— con las fronteras de las naciones, la ciencia del Derecho ha sido y es una ciencia acusadamente nacional⁷. Y cierta es la aseveración de Atienza, respecto de que los dogmáticos no escriben libros de Derecho penal, de Derecho laboral o de Derecho administrativo, sino tratados de Derecho penal alemán, de Derecho laboral italiano o de Derecho administrativo español. La ciencia del Derecho no puede dejar de reflejar el carácter plural y diverso de su objeto.

⁶ Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 2007, página 163.

⁷ *Idem*.

La ciencia del Derecho tal y como hoy solemos entenderla, sostiene Atienza⁸ que surge en Europa a comienzos del XIX tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. En cada uno de estos países se desenvuelve —en forma relativamente autónoma— una tendencia de pensamiento jurídico que dejará una huella duradera: en Alemania, la escuela histórica del Derecho: en Francia, la escuela de la exégesis y, en Inglaterra, la jurisprudencia analítica.

No es el lugar para ocuparse del análisis de cada una de aquélla, pero como dato general, podemos decir que se trata de tres escuelas que difieren entre sí en múltiples aspectos, pero que tienen también un punto esencial en común, dado que todas participan del concepto de Derecho positivista.

... El Derecho no es ni más ni menos que el Derecho positivo, esto es, el Derecho puesto, bien sea por el autor de un código, por el soberano o por el («pueblo» en su desenvolvimiento orgánico. La ciencia del Derecho no aparece ya como una ciencia que «construye» su objeto (como era el caso del Derecho natural, sino como una ciencia que reflexiona sobre un objeto ya dado, aunque en ocasiones se reconozca (el caso de la escuela histórica) que los juristas cumplen un papel importante a la hora de poner de manifiesto lo que en el Derecho del pueblo está solamente implícito. Ahora bien, es muy importante aclarar desde el principio que el positivismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, no implica el positivismo en cuanto concepción de la ciencia jurídica. El concepto de ciencia positivista se basa en el rechazo de la metafísica y de los valores y en la defensa del método de la observación y de la inducción. Por eso, una ciencia del Derecho positivista no podría ser otra cosa que una ciencia de hechos, y de ahí que quienes pretendieron trasladar este modelo al campo del Derecho —lo que sólo ocurre a partir de la segunda mitad del XIX— traten de encontrar el objeto de esta ciencia en determinados hechos sociales y/o psicológicos.⁹

Las vías intentadas para resolver si el Derecho es una ciencia, podrían ser las siguientes:

1. Diferenciar en el Derecho entre los aspectos formales (estructurales) y de contenido y, en consecuencia, defender una ciencia del Derecho formalista que no se preocupa del Derecho en cuanto fenómeno histórico y social; y
2. Diferenciar entre el Derecho en cuanto fenómeno normativo y en cuanto fenómeno empírico.

⁸ *Op. cit.*, página 173.

⁹ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 174.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

Ahora bien, el Derecho no solamente representa su aspecto normativo, sino que actúa siempre aliado a la facticidad y a la axiología¹⁰:

"... resulta fundamental en la tarea de desentrañar problemas viejos y novedosos,,"
"... hacer planteamientos con todas sus consecuencias implícitas, que involucren simultáneamente a filósofos, sociólogos y juristas..."

Es por lo anterior, que resulta interesante citar la definición del Derecho de Ponce de León Armenta¹¹:

"... el derecho es la ciencia que se manifiesta como un sistema de doctrina jurídica (principios y valores), legislación, jurisprudencia, resoluciones jurisdiccionales y convenios que rigen las relaciones humanas e institucionales y su entorno natural, en el marco de la justicia y la seguridad jurídica..."

Así, con base en lo anteriormente indicado, podemos colegir, que el Derecho es una ciencia porque:

Es saber que se puede transitar, a través de los casos, por un proceso metódico de comprobación, y porque los fenómenos socio-jurídicos admiten constantes o leyes científicas que se repiten, no de manera idéntica de cómo las de las ciencias de la naturaleza, pero de una manera semejante; de estas constantes, se genera la teoría y así los modelos científicos.

1. La nueva lucha por el Derecho.

Según Ihering, el Derecho es una *idea práctica* que parte de su propia antítesis, es decir, por un lado tiene el objetivo de conseguir la paz social, y por otro es en esencia la lucha contra aquello que la perturba. Así, el Derecho se encargaría de dictar normas que regulasen las relaciones dentro de una sociedad, y a la vez, se encargaría de luchar contra el injusto jurídico. Ihering llegó a afirmar que el Derecho que no luchase contra la injusticia se negaría a sí mismo¹².

Parafraseando a Ihering en la época en la que nos toca vivir, se justifica la reivindicación de la lucha por el Derecho, en el marco de una concepción de la Ciencia del Derecho que sea libre, innovadora y realista, frente a la alternativa tradicional de una ciencia

¹⁰ González de la Vega, René, *Op. cit.*, página 158.

¹¹ Ponce de León Armenta, Luis, *Modelo Trans-universal del Derecho y el Estado*, Porrúa, México, 2001, página 24.

¹² Von Ihering, R. *La lucha por el Derecho*. Porrúa, México, 1989, página 1.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

vinculada (propia de un sistema cerrado), conservadora (como corresponde a una sociedad cerrada) y formalista (donde el Derecho es autosuficiente respecto de la realidad social).

De ahí la atención a las cuestiones relacionadas con la extensión y los límites de la Creación judicial del Derecho, a los problemas derivados de la interpretación y aplicación del Derecho y al examen de las cuestiones de inconstitucionalidad y convencionalidad, cuyo planteamiento muestra que se está produciendo un cambio muy importante en la judicatura nacional. También de ahí proceden los análisis de los casos difíciles y aún de los casos trágicos que los órganos del Poder Judicial de la Federación, y en específico la Suprema Corte de Justicia, con más frecuencia de la que sería deseable debe resolver con el riesgo de constituirse en una «tercera» Cámara, dada la sin duda censurable omisión del Legislativo en afrontar determinados temas, ha de resolver.

1.1. El case method en la enseñanza del Derecho y en la praxis judicial.

La atención al *case law* pretende tender puentes entre la teoría y la praxis y recuperar la vieja y buena tradición medieval de las *disputatio*, que potencie la discusión, y el ejercicio en el arte y la técnica de la argumentación de capital importancia para la formación de un jurista integral, recto y crítico, o lo que es igual, de un "jurisconsulto" que sepa aplicar las leyes erudita y juiciosamente a diferencia de los "leguleyos" o meros repetidores de leyes, de los "jurisperitos" o técnicos en la controversia legal y de los "rábidas" que se quedan en los estudios crudos de la ley.

Estas reflexiones deben servir para el ejercicio de la argumentación y se oponen a la concepción del jurista calculante en el que prima el logicismo interpretativo, para recuperar un jurista racional y prudente, que tiene en cuenta la equidad y no obstante sus diferencias, la razonabilidad, y conjuga la racionalidad con la razonabilidad, cuya legitimidad de ejercicio se asienta sobre la justificación que no la explicación, y la motivación del razonamiento jurídico.

Ahí es donde surge un método de enseñanza del Derecho, más apegado a la realidad (a la práctica); a saber, el *case method*, orientado a formar a abogados, que también han sido a lo largo de su vida buenos jueces, defensores y fiscales. No se trata del caso como un mero ejemplo ilustrador, sino de un elemento configurativo de la forma de pensar.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

Se dice que C.C. Langdell -Profesor de la Harvard Law School- fue de los precursores de esa especie de método, al iniciar en 1870 su curso de contratos interrogando a sus alumnos del modo siguiente:

(...) Señor Fox : ¿le importaría exponer los hechos del caso Payne vs Cave?¹³ (...).

Es sabido que el método del caso guarda relación con un determinado concepto de Derecho, en el que se produce un desplazamiento del centro de gravedad desde la actividad del legislador a la actividad del juez. Si bien es una manera de enseñar a pensar y a argumentar que proviene de los países con tradición jurídica residente en el *common law*, también ha sido utilizado en los sistemas jurídicos cuyas raíces provienen del *civil law*.

Muestra de ello es el libro de Mezger¹⁴, intitulado *Derecho penal parte general (libro de estudio)*, el cual dedica un apartado sumamente sintético, pero de gran utilidad práctica, denominado “*Algunas líneas directrices para el tratamiento de casos prácticos*”, en donde el maestro alemán recomendaba a sus alumnos: 1. Leer con gran atención el caso en su totalidad y concretamente el planteamiento singular de la cuestión. De la lectura no cabe añadir ni suprimir o modificar nada arbitrariamente. 2. Disponer de un soporte material para anotar las disposiciones legales que se perfilen como aplicables (lo importante se olvida con facilidad cuando se profundiza, tras un examen ulterior). 3. Debe tenerse presente que dicho tratamiento jurídico de un caso práctico deberá estar siempre presidido por el inevitable principio de legalidad. 4. Deben ordenarse las cuestiones o problemas que se hayan detectado como consecuencia de un análisis precedente. 5. Una vez que se han individualizado y ordenado dichas cuestiones jurídicas, debe recurrirse a las disposiciones legales que pueden afectar a las mismas, leyéndolas y meditándolas con cuidado y conciencia; tras ello -agregan Cobo del Rosal y Quintanar Díez¹⁵-, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. 6. El estudio de las cuestiones pueden llevar a un alejamiento involuntario del caso concreto, por ello es aconsejable volver siempre al caso, leerlo nuevamente, de modo que, tras el estudio de las cuestiones jurídicas citadas, se podrá captar más profundamente el supuesto en su totalidad y su verdadero sentido. 7. No debe plegarse el alumno a alguna de las opiniones doctrinales o jurisprudenciales estudiadas, de una forma acrítica o poco meditada; debe

¹³ Lavilla Rubira, Juan José. *Sobre el case-method para la enseñanza del Derecho: la experiencia de la Harvard Law School*. Revista de Administración Pública, 1998, núm. 117, página 433.

¹⁴ Citado por Cobo del Rosal, Manuel; Quintanar Díez, Manuel. *Selección de casos prácticos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, página 15.

¹⁵ *Ibidem*, página 17.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

fomentarse una opinión propia en torno a los perfiles que se puedan plantear. 8. Pueden considerarse y proponerse soluciones eventuales para que el supuesto deje abiertas diversas posibilidades.

La enseñanza del Derecho pues, debe de ir a la par de las transformaciones del sistema jurídico y de la complejidad de las relaciones sociales e interestatales.

La tendencia en los últimos 20 años en nuestro país, ha sido la decisión política de iniciar una auténtica *reforma judicial*; las piezas centrales de ese esfuerzo son¹⁶:

- a) *La reforma constitucional federal publicada el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación*, que produjo cuatro consecuencias fundamentales: 1. La creación del Consejo de la Judicatura Federal; 2. La redistribución de las facultades jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tenía la Suprema Corte a otros órganos del Poder Judicial de la Federación y, 3. La competencia en exclusiva del Máximo Tribunal para conocer de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. 4. La integración del Pleno sufrió un importante cambio. El número de Ministros se redujo de 26 a 11; asimismo, los Ministros empezarían a ocupar sus cargos por quince años y serían sustituidos de manera escalonada¹⁷.
- b) *La reforma constitucional federal "en materia de seguridad pública y justicia penal"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, que derivó en la implementación de juicios orales, los jueces de control, el impulso de un nuevo sistema penitenciario, el fortalecimiento de los defensores de oficio y el establecimiento de alternativas a la solución de conflictos.
- c) *La reforma constitucional federal "en materia de amparo"*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011, que removió instituciones básicas del juicio de amparo, como la apertura del parámetro de control (hacia los derechos humanos); la ampliación del interés jurídico hacia el interés legítimo para combatir ciertos actos (y omisiones) de la autoridad; o la excepción que implica a la Fórmula Otero la declaración general de inconstitucionalidad; y

¹⁶ Véase: Coaña Be, Luis David. *Lo que nos dejó 2011 en el mundo del Derecho*. En: El mundo del Abogado, Año 15, número 154, México, Febrero de 2012, páginas 20-22.

¹⁷ La reducción en el número de integrantes implicó, adicionalmente, que las Salas fueran dos, en lugar de cuatro. Anteriormente, la Primera Sala se ocupaba de la materia penal; la Segunda, de la civil; la Tercera de la administrativa y la Cuarta, de la laboral.

d) *La reforma constitucional federal “en materia de derechos humanos”*, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, que eliminó el concepto de “garantías individuales”, sustituyéndolo por el de “derechos humanos”, dirigiéndose hacia una concepción *iusnaturalista* del derecho al referir en el artículo 1º constitucional que esos derechos son “reconocidos” por el Estado mexicano (no “otorgados” como se indicaba en el texto anterior, referido claro, a las garantías individuales) y radicando el eje de la interpretación de las normas, bajo el principio *pro persona*, entre otras novedades.

Con ello, podemos apreciar en nuestro país, una división del poder público más efectiva, (aunque no sea tan eficiente como lo esperábamos) pero es indudable la independencia del legislativo y la actuación restrictiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra la actuación del Ejecutivo Federal con las nuevas vías de control constitucional creadas y hechas efectivas en 1994 (las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad), idea que cobró relevancia en el caso del Estado de Yucatán, puesto que, siguiendo con esa tendencia, la Constitución Estatal se reformó en el mes de abril de 2010, y se dispuso la creación del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado¹⁸, así como la existencia de un Tribunal Constitucional y de medios de control constitucional locales (controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, acción por omisión legislativa y control previo de constitucionalidad). A su vez, la oralidad en materia penal, contemplada en la carta magna federal¹⁹, ha permeado en otras ramas del Derecho, como en la mercantil (Reformas al Código de Comercio de diciembre de 2011) y en la familiar (Nuevos Códigos de Familia y de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán, de abril de 2012).

Que los hechos son los que moldean al Derecho y a su interpretación, es algo que poco a poco convence en México. En nuestro país –contrariamente a lo que muchos sostienen-, se han dado pasos importantes al respecto en la *praxis judicial*.

¹⁸ Diario Oficial del Gobierno del Estado de 17 de mayo de 2010.

¹⁹ La oralidad en sí, se basa en tres premisas: a) Predominio de la palabra hablada como medio de expresión; b) La intermediación de la relación entre el tercero que actúa en el proceso y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar; y c) Concentración en la sustanciación de la causa en un periodo único, que se desenvuelva en una audiencia única o en el menor número posible de ellas. Véase: Castillejo Manzanares, Raquel. *La crisis del proceso judicial. La oralidad, principio informador de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: Bravo Peralta, M. Virgilio; Islas Colín, Alfredo (Coordinadores). *Argumentación e Interpretación Jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos*. Porrúa, México, 2010, página 79.

En efecto, la propia jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha evolucionado, de un tribunal frío y calculante, a uno racional y prudente.

Nota de ello, es la antigua concepción (en la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación) de los requisitos que los conceptos de violación debían reunir en el juicio de amparo. Así, la entonces Tercera Sala, sostuvo el siguiente criterio jurisprudencial²⁰:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR. El concepto de violación debe ser la relación razonada que el quejoso ha de establecer entre los actos desplegados por las autoridades responsables y los derechos fundamentales que estime violados, demostrando jurídicamente la contravención de éstos por dichos actos, expresando, en el caso, que la ley impugnada, en los preceptos citados, conculca sus derechos públicos individuales. Por tanto, el concepto de violación debe ser un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor los preceptos constitucionales que se estiman infringidos; la premisa menor, los actos reclamados; y la conclusión la contrariedad entre ambas premisas.

Tal concepción, fue superada años más tarde por la Segunda Sala del Máximo Tribunal de la Nación, al incorporar en la doctrina jurisprudencial, la teoría de la "causa de pedir" como instrumento mínimo de análisis, en la siguiente jurisprudencia²¹:

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR.- Esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abandona el criterio formalista sustentado por la anterior Tercera Sala de este Alto Tribunal, contenido en la tesis de jurisprudencia número 3a./J. 6/94, que en la compilación de 1995, Tomo VI, se localiza en la página 116, bajo el número 172, cuyo rubro es "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. REQUISITOS LÓGICO JURÍDICOS QUE DEBEN REUNIR.", en la que, en lo fundamental, se exigía que el concepto de violación, para ser tal, debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor los actos autoritarios reclamados y la conclusión la contraposición entre aquéllas, demostrando así, jurídicamente, la inconstitucionalidad de los actos reclamados. Las razones de la separación radican en que, por una parte, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales no exige, en sus artículos 116 y 166, como requisito esencial e imprescindible, que la expresión de los conceptos de violación se haga con formalidades tan rígidas y solemnes como las que establecía la aludida jurisprudencia y, por otra, que como la demanda de amparo no debe examinarse por sus partes aisladas, sino considerarse en su conjunto, es razonable que deban tenerse como conceptos de violación todos los razonamientos que, con tal contenido, aparezcan en la demanda, aunque no estén en el capítulo relativo y aunque no guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo, sino que será suficiente que en alguna parte del escrito se exprese con claridad la causa de pedir, señalándose cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada y los motivos que originaron ese agravio, para que el Juez de amparo deba estudiarlo.

²⁰ Octava Época Instancia: Tercera Sala Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo VI, Parte SCJN Tesis: 172 Página: 116

²¹ Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Apéndice 2000 Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN Tesis: 109 Página: 86

Y ha sido ratificada por el Tribunal Pleno, al referirse a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales, como se advierte de las siguientes jurisprudencias:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. PARA QUE SE ESTUDIEN LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE LA CONTRAVENCIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA CON CUALQUIER PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- De la lectura integral de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se desprende que exija como requisito esencial e imprescindible para demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugne, que la expresión de los conceptos de invalidez se haga como un verdadero silogismo. Ello es así porque, conforme al citado precepto, para que se proceda a su estudio será suficiente con que en el escrito de demanda respectivo se exprese con claridad la contravención de la norma combatida con cualquier precepto de la Constitución Federal, sin perjuicio de que hecho el análisis de los conceptos de invalidez expuestos, éstos deban desestimarse.²²

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA QUE SE ESTUDIE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA O ACTO BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA LA CAUSA DE PEDIR. Si bien es cierto que los conceptos de invalidez deben constituir, idealmente, un planteamiento lógico jurídico relativo al fondo del asunto, también lo es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede admitir como tal todo razonamiento que, cuando menos, para demostrar la inconstitucionalidad contenga la expresión clara de la causa de pedir. Por tanto, en el concepto de invalidez deberá expresarse, cuando menos, el agravio que el actor estima le causa el acto o ley impugnada y los motivos que lo originaron, para que este Alto Tribunal pueda estudiarlos, sin que sea necesario que tales conceptos de invalidez guarden un apego estricto a la forma lógica del silogismo.²³

Ahora bien, la situación de que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido en su jurisprudencia que para que procedan tales estudios, basta con que en ellos se exprese la causa de pedir, obedece a la necesidad de precisar que los *planteamientos de hecho* y de derecho no necesariamente deben realizarse a manera de silogismo jurídico, o bien, bajo cierta redacción sacramental, pero ello de manera alguna implica que los quejosos, recurrentes o accionantes se limiten a realizar meras afirmaciones sin sustento o fundamento, pues es obvio que a ellos corresponde (salvo en

²² Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Apéndice 2001 Tomo: I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C. Tesis: 17 Página: 19

²³ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Octubre de 2005 Tesis: P./J. 135/2005 Página: 2062.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

los supuestos legales de suplencia de la queja) exponer razonadamente el por qué estiman inconstitucionales o ilegales los actos que reclaman o recurren. Lo anterior se corrobora con el criterio sustentado por el Alto Tribunal en el sentido de que resultan inoperantes aquellos argumentos que no atacan los fundamentos del acto o resolución que con ellos pretende combatirse²⁴.

La recuperación de la *práctica* como una metodología necesaria e insustituible, para la enseñanza del Derecho y el acercamiento a la cultura del *case method*, es un proceso cuyas raíces y causas están perfecta y plenamente identificadas, cuando se advierte que la primacía del Derecho natural racionalista sobre el Derecho romano favoreció la concepción del Derecho como conjunto de normas generales y abstractas.

El caso es pues, *la imagen sensible para acceder a lo que se escapa y huye de ser aprehendido* y cobra relevancia no solamente en la argumentación académica o constitucional, sino también, en el nuevo sistema penal acusatorio, en el cual, a través del principio de contradicción, se pretende garantizar la igualdad procesal de las partes, en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador.

Así, tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, deben exponer al juzgador su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a fin de lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como "teoría del caso"²⁵, que ha sido definida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como

(...) la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de

²⁴ Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice 2002 Tomo: Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN Tesis: 8 Página: 12. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS. AUN CUANDO PARA LA PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO BASTA CON EXPRESAR LA CAUSA DE PEDIR, ELLO NO IMPLICA QUE LOS QUEJOSOS O RECURRENTES SE LIMITEN A REALIZAR MERAS AFIRMACIONES SIN FUNDAMENTO.

²⁵ Sobre este tema, Véase: Benavente Chorrres, Hésbert. *La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2011.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración (...) ²⁶.

En otras palabras, la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho y que a éste le corresponde una consecuencia jurídica. Es un método general para la determinación del Derecho que va mucho más allá de la ilusoria operación de interpretación de la letra de la ley para “dejarla caer” sobre los hechos.

La relevancia del caso en la docencia y en la aplicación del Derecho es pues, indudable. Y lo es por razones didácticas, pero sobre todo, metodológicas.

Más allá de consideraciones metodológicas generalizadas, el papel de los casos se muestra cada vez más relevante. No estamos ante el mero plantear hechos nuevos a la consideración del juez, ni tampoco ante la ejemplificación de supuestos arquetípicos de conceptos abstractos. El trabajo con casos pone a prueba la capacidad de la dogmática para idear conceptos idóneos en el marco de sistemas, que por ser tales han de gozar de completitud y universalidad ²⁷.

Una concepción del Derecho que parte desde la experiencia jurídica y tendente a captar su sentido en la plenitud de sus manifestaciones, debe orientar su enseñanza no sólo a la consideración de las formas normativas y de las construcciones teóricas sino a las estructuras de la *praxis social* en las que éstas surgieron y sobre las que se proyectaron. Por este motivo, es prioritario revitalizar, sin caer en ningún tipo de reduccionismo, la enseñanza práctica de la Filosofía del Derecho mediante el recurso al *case method* cuya razón de ser no está como a menudo se afirma apresuradamente en la existencia de un precedente en sí, sino en cuanto éste contiene «buenas y justificadas» razones para resolver un caso, sin caer en el exceso ni en la simplificación de reducir el Derecho al *black letter law*, mediante el abuso de la informática jurisprudencial.

1.2. La moral jurídica. Teorías de la Justicia.

Dworkin es quien abundó en estos problemas desde antaño, al señalar el brete en el que se encontraría un juzgador cuando el litigante le planteara un caso sobre el cual no

²⁶10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1; Pág. 291.

²⁷ Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (Coordinador). *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. La Ley, Madrid, 2011, páginas 58-59.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

existiese un acuerdo general²⁸ sobre la forma de proceder: (...) Un ejemplo es el problema ético que se plantea cuando un abogado no pregunta si una ley determinada está en vigor, sino si es justa (...) ²⁹.

No es la intención del sustentante abordar el ríspido e inacabado tema de lo *que es la Justicia*, puesto que ello excede con mucho los objetivos planteados en el presente trabajo, sin embargo, a fin de plasmar cómo el Derecho se conecta con el valor Justicia y desprender de ahí, los tópicos morales necesarios para la argumentación judicial, se describirán algunas de las teorías principales al respecto, sin que ello implique de ninguna manera un análisis profundo.

El derecho persigue fines enlazados entre sí, como son la justicia, el orden, la seguridad, la libertad y la paz³⁰, que, finalmente se concretan en servir al perfeccionamiento y realización del ser humano en toda su plenitud.

Así, se ha dicho que la Justicia³¹ es el valor dominante entre los que aspira el derecho a realizar; por ello, los romanos, definían a la ciencia del derecho o jurisprudencia, como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, de lo justo y lo injusto³². La *Justitia* es la Justicia, cualidad del hombre justo. Ulpiano la define como “la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo”³³.

Para los fines pretendidos en esta investigación, podemos tomar el ejemplo de la definición de Ulpiano (una de las más socorridas), que puede ser *suficientemente aleccionadora*³⁴, empero, no queda exenta de polémica.

El problema radica, según Campillo Sáinz³⁵ en la precisión de lo que le es suyo a cada individuo:

(...) Y yo me pregunto ¿qué es lo suyo? ¿Es solamente la contraprestación debida para guardar igualdad en los cambios? Evidentemente que eso es lo suyo, cuando se

²⁸ Partiendo de la Teoría de la Verdad como consenso, la cual sostiene, a muy grandes rasgos, que una proposición es verdadera si acerca de ella hay acuerdo o consenso en todo el grupo de sujetos con los cuales, actual o potencialmente, se establece un diálogo al respecto. El máximo representante de esta postura es Jürgen Habermas.

²⁹ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 5ª reimpresión, 2002, página 43.

³⁰ Nótese que, en buena medida, esos valores coinciden con los derechos humanos de primera generación; por ende, se puede afirmar sin cortapisa alguna, que los derechos humanos tienden a la realización de la Justicia.

³¹ García Máynez distingue como los valores a que el derecho debe atenderse, los siguientes: a) valores jurídicos fundamentales; b) valores jurídicos consecutivos; y c) valores jurídicos instrumentales. Tienen el rango de fundamentales la Justicia, la Seguridad Jurídica y el bien común; esa denominación de fundamentales se les asigna porque de ellos depende la existencia de todo orden jurídico genuino. García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho...Op. cit.*, página 439.

³² Campillo Sáinz, José. *Dignidad del Abogado*. Porrúa, México, 1995, página 8.

³³ Petite, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1966, página 19.

³⁴ Atienza, Manuel. *Op. cit.*, página 84.

³⁵ *Ibidem*, páginas 8-9.

ha dado una prestación y se espera una contraprestación proporcional. Pero, ¿no es también lo suyo, lo de cada persona, el derecho a la existencia? ¿no es lo suyo el derecho a la vida digna y libre? ¿no es un derecho, también, que esa vida una vida digna y libre se sustente en un mínimo de bienestar que haga posible el ejercicio real de la libertad y que preserve la dignidad de los hombres? ¿no es lo suyo participar en la vida de la comunidad; de informarse, de integrarse, de ejecutar un trabajo, de realizar una actividad que permita el desenvolvimiento de su capacidad creativa y realizarse plenamente como hombre?(...).

Dicha problemática (de determinar lo que a cada quien corresponde), se resuelve estableciendo los principales parámetros constituidos por los méritos, las obras, los esfuerzos, la conducta, las necesidades; esos parámetros nos permiten aplicar la justicia a casos concretos porque los méritos pueden determinarse, las obras pueden valorarse y precisarse, los esfuerzos son manifestaciones objetivas, la conducta puede evaluarse y las necesidades son manifestaciones concretas que pueden considerarse³⁶.

De forma que la historia de la humanidad, ha sido la de una continua marcha hacia su elevación y de un ascenso hacia formas más elevadas de dignidad y justicia; por ende, la fórmula de Ulpiano se enriquece con el tiempo y adquiere cada vez mayor significado.

En este tópico se destaca Aristóteles, quien distinguió entre Justicia universal (*iustitia universalis*) y Justicia particular (*iustitia particularis*). La conducta de quien realiza todas las virtudes, es llamada por Aristóteles *virtud total*; cuando ésta se manifiesta en el comportamiento del hombre con los demás, recibe el nombre de Justicia universal; a la que contrapone el concepto de Justicia particular, reducida a la conducta del observante de la igualdad³⁷.

De esta Justicia Particular, se desprenden, según el filósofo griego, la *Justicia distributiva*, que atiende al principio de que los iguales deben ser objeto de un trato igual y los desiguales, de un trato diferente, pero proporcionado a su desigualdad, y la *Justicia rectificadora*, que alude a la restauración de un daño causado por otro, mediante una sanción pecuniaria, aplicado criterios aritméticos³⁸.

A continuación, se esbozarán algunas ideas básicas de los que se ha dicho respecto de la Justicia, atendiendo a las concepciones *iusnaturalista*, *kantiana*, *utilitarista*, *historicista*, *analítica* y *rawlsiana*³⁹.

³⁶ Ponce de León Armenta, Luis. *Op. cit.*, página 33.

³⁷ García Máynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho...*, *Op. Cit.*, página 440.

³⁸ *Ibidem*, páginas 442-443.

³⁹ Hablar de todas las concepciones de la Justicia, sería interminable. Por eso, se sigue como criterio genérico rector, el que plantea Manuel Atienza, en *Op. cit.*, páginas 108-143.

1.2.1. La concepción iusnaturalista de la Justicia.

El *iusnaturalismo* ofrece la posibilidad de no considerar como valores últimos o únicos los recogidos por el Derecho positivo; suministra una vía para criticar a éste y justificar la desobediencia de los mandatos de autoridad que se alejen del Derecho natural.

Esta concepción se remonta a las obras de Homero y Hesíodo, y llega hasta nuestros días, según Atienza⁴⁰:

(...) el haber pervivido durante un lapso tan dilatado hace que su caracterización presente no pocas dificultades. A primera vista, no parece muy claro lo que pueden tener en común concepciones de la justicia tan dispares entre sí, como las de los sofistas, Platón, Aristóteles, los estoicos, san Agustín, santo Tomás, los voluntaristas medievales, la escuela racionalista de Derecho natural, la escuela española de Derecho natural y de gentes, Locke, Rousseau, Hobbes(...).

Los puntos de conexión entre esas variantes tan disímbricas (que han tenido un desarrollo de prácticamente veinticinco siglos), serían:

- a) Lo justo se identifica con una serie de principios, que derivan de la naturaleza, y que son cognoscibles por el hombre.
- b) Estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza.
- c) Al menos alguno de estos principios tiene el carácter de inmutable y universal.

1.2.2. La concepción kantiana de la Justicia.

El pensamiento de Emmanuel Kant constituye una síntesis del racionalismo continental, el empirismo anglosajón y la filosofía política de Rousseau; según Atienza, Kant sigue siendo, en muchos aspectos, un autor *iusnaturalista* que formula una teoría del contrato social y de los derechos innatos (reducidos a uno: el derecho a la libertad); empero, su trabajo presenta elementos originales que integran por sí mismos un paradigma de la Justicia⁴¹.

Lo anterior, cuando Kant establece el fundamento de la moralidad, el cual gira en torno de tres ejes: el deber, el imperativo categórico y los postulados⁴². Lo que da un carácter moral a un acto humano se encuentra en el interior de dicho sujeto y es su razón

⁴⁰ *Ibidem*, página 108.

⁴¹ *Ibidem*, página 112.

⁴² Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Historia de las doctrinas filosóficas*. Esfinge, México, 2000, página 149.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

práctica o buena voluntad, la cual ha de dirigirse al deber, por el deber mismo. No es tanto lo que ejecuta, sino cómo lo ejecuta; actuar el deber no es suficiente, hay que realizarlo por sí mismo; así, cuando una persona cumple con sus deberes, con eso ya se encuentra en un nivel legal; y si además cumple con el deber porque su intención reside en el respeto de aquél, entonces asciende a un plano o nivel moral.

La fórmula suprema del imperativo categórico es: *actúa de tal manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal*⁴³. En definitiva, el imperativo categórico recoge tanto el principio de universalidad, como el de dignidad de la persona humana y el de autonomía o libertad de la voluntad⁴⁴.

Cuando ese imperativo categórico se aplica al campo de las acciones externas del hombre, según el autor, nos encontramos ante el Derecho, entendido como "... *el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según la ley general de libertad...*", concepto que se identifica con lo que debería ser el Derecho, es decir, *el Derecho justo*⁴⁵.

1.2.3. La concepción utilitarista de la Justicia.

La formulación clásica de la justicia utilitarista se encuentra en las tesis de Bentham.

Para esta concepción los actos e instituciones son justos en la medida en que sus consecuencias contribuyan positivamente a expandir el bien intrínseco. Este es generalmente identificado con la felicidad general, pero es interpretado de muy diversas maneras. Hay una interpretación hedonista, como la de Jeremy Bentham, que asociaba a la felicidad con el placer⁴⁶.

Tomando como punto de referencia central la obra de Bentham, la concepción utilitarista puede basarse en los dos siguientes presupuestos:

a) La concepción empirista y determinista de la psicología, que niega la existencia de normas innatas. Concibe a la razón como una facultad que opera a partir de los sentidos; así, el Derecho –la legislación– es un medio adecuado para promover la reforma social.

⁴³ *Ibidem*, página 150.

⁴⁴ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 114.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Nino, Carlos Santiago. *Justicia*. En: *Doxa*, No. 14, 1993, página 67. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search="concepcion utilitarista justicia bentham"&page=7](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search=). Recuperado el 30 de noviembre de 2011.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

b) La identificación de lo bueno con el placer, con la felicidad. Indica que lo único que hay de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos, de inclinaciones a la felicidad, que es preciso armonizar según el principio de utilidad.

1.2.4. La concepción historicista de la Justicia.

Las principales corrientes *historicistas* surgidas en el siglo XIX y que han ejercido una influencia profunda en el pensamiento jurídico hasta la actual fecha, son la escuela histórica del Derecho (con Von Savigny), la filosofía *hegeliana* y el *marxismo*⁴⁷.

Defender una concepción historicista de la Justicia, significa considerar que ésta no es dada *a priori*, sino algo que se realiza en el devenir de la historia. Un agente actúa justamente, un orden jurídico o un acto será justo si cae dentro de una determinada ley de evolución de la historia, que es lo que le sentido y justificación.

1.2.5. La concepción analítica de la Justicia.

Bajo el rótulo común de *filosofía analítica* se suele distinguir a un conjunto bastante amplio de autores, entre los cuales pueden establecerse notables diferencias; empero, asimismo se denotan puntos de conexión, como son:

- a) La tendencia a ver una relación entre filosofía y lenguaje;
- b) La adopción de una posición cautelosa frente a la metafísica;
- c) La actitud positiva frente al saber científico; y
- d) El reconocimiento de que el análisis constituye una condición básica para filosofar.

Se destacan como los autores más influyentes al respecto, en materia jurídica a Kelsen, Ross y Hart.

Kelsen⁴⁸ concluye que no puede afirmar lo que es la Justicia, una Justicia "... absoluta que la humanidad ansía alcanzar...", pero explica, de modo particular, Su Justicia: "... la Justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia...".

Ross afirma que las palabras "justa" e "injusta", tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión de un juez, o por cualquier otra persona que tiene que aplicar

⁴⁷ Atienza, Manuel, *Op. cit.* página 123.

⁴⁸ Kelsen, Hans. *¿Qué es Justicia?* Ariel, Séptima Edición. Barcelona, 2008, página 63.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

un conjunto de reglas; decir que una decisión es justa, significaría que fue adoptada de manera regular, esto es, de conformidad con la regla vigente⁴⁹.

Hart, por su parte, indica que pueden establecerse racionalmente unos mínimos contenidos de Justicia (*contenido mínimo de Derecho natural*), como son⁵⁰:

- a. La vulnerabilidad humana; que establece la necesidad de establecer normas que restrinjan la violencia;
- b. La igualdad aproximada de los hombres (abstenciones y concesiones mutuas);
- c. El altruismo limitado (como los hombres no son ni demonios ni ángeles, es menester la existencia de reglas que disponen ciertas abstenciones);
- d. Los recursos limitados (alguna forma de propiedad);
- e. La comprensión y fuerza de voluntad limitadas (establecimiento de sanciones, pues no todos tienen facultad de comprensión para acatar las normas o fuerza de voluntad para ello).

1.2.6. La concepción rawlsiana de la Justicia.

El debate en los últimos años de lo que es Justicia, se ha dado en relación con la obra de John Rawls⁵¹.

En concreto, recoge la teoría del contrato social y la eleva a un grado de abstracción que pretende establecer, por consenso, los principios de la Justicia; los cuales serían los siguientes:

- + Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.
- + Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia), y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

1.2.7. Balance de las concepciones de Justicia: los derechos humanos.

⁴⁹ Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 140.

⁵⁰ *Ibidem*, página 142.

⁵¹ Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1997.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

Parece ser que todas las concepciones hasta aquí expuestas, coinciden en un punto total: en la idea de que los *derechos humanos* constituyen un mínimo –o un máximo, apunta Atienza⁵²- de Justicia.

Los derechos humanos se erigen pues, como *el producto del desarrollo de las vivencias de Justicia*⁵³ del conglomerado y así, es lógico comprender que las teorías anotadas, partan de esa experiencia humana.

Por ende, resulta necesaria la revisión constante y permanente del orden jurídico, a fin de que no se desvíe de lo que según la *communis opinio* es lo justo; a saber: los derechos humanos.

Dicha tendencia es la que aparentemente sigue el Estado mexicano, que es ahora más que nunca resulta imperativa para todos los jueces en nuestro país, con la reciente *constitucionalización* de los derechos humanos.

En efecto, México, como se ha dicho, ha experimentado un cambio trascendental en su ordenamiento constitucional con la reforma de junio de 2011: “(...) La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tendrá un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos fundamentales. Las modificaciones que aporta al constitucionalismo mexicano no son solamente de forma, sino que afectan al núcleo central de comprensión de lo que son los derechos (...)”⁵⁴.

En efecto, se sustituye en el lenguaje constitucional el concepto de “garantías individuales”, por el de “derechos humanos”, al modificarse la denominación del Capítulo I del Título Primero del ordenamiento constitucional.

El artículo 1 de la Carta Magna, es ahora del siguiente tenor:

“(...) Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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.

⁵² Atienza, Manuel, *Op. cit.*, página 149.

⁵³ Villoro Toranzo, Miguel. *La Justicia como vivencia*. Porrúa, México, 2004.

⁵⁴ Carbonell, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana*. Documento electrónico. Página 63.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (...)”.

Resulta especialmente trascendente el tercer párrafo del indicado artículo, ya que ahí se inserta la filosofía de toda la reforma, al ordenar que todas las autoridades (incluidas las administrativas no solamente jurisdiccionales y las legislativas), respeten íntegramente los Derechos Humanos con base al nuevo Sistema Constitucional ya en vigor.

No menos importante resulta el nuevo contenido del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal⁵⁵, que es del siguiente tenor:

(...) Artículo 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...).

Así, se advierte que el parámetro de control judicial, tanto en la instancia común, como en el juicio de amparo, lo será el de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales signados por el Estado mexicano.

De tal manera, si partimos del reconocimiento de la Constitución como fuente del derecho, e incluso admitimos que ella es la fuente de las fuentes del derecho, tal aseveración significará que el derecho *se carga de moral a través de valores, principios o fines*⁵⁶.

Dicha reforma, conecta con las recientes condenas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha impuesto a México, jurisdicción supranacional que en su jurisprudencia desarrolló el concepto de “*control de convencionalidad*” el cual implica que los jueces de un país que ha firmado la Convención Americana de Derechos Humanos y

⁵⁵ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.

⁵⁶ Vigo, Rodolfo Luis. *¿Control judicial de las decisiones éticas?*. Raíz y Conciencia, Número 21, Octubre de 2008, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 7.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

reconocido la competencia contenciosa de aquella Corte, si bien se encuentran sometidos al imperio de su ley interna (cuenta habida el principio de legalidad), en sus funciones deberán velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En efecto, en el Caso Almonacid Arellano contra Chile, la Corte Interamericana resolvió:

(...) 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (...).”

Y en el Caso Radilla contra México, expresamente se indicó:

(...) 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...)

En forma similar se pronunció la Corte Interamericana al resolver los asuntos Fernández Ortega (párrafo 236), Rosendo Cantú (párrafo 219) y Cabrera García y Montiel Flores (párrafo 225).

Entonces, cuenta habida de lo anterior, en el Estado Mexicano aparecen *nuevos jueces constitucionales* (además de los que efectivamente ejercen control jurisdiccional en materia de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales) con

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

el poder de desaplicar las leyes por razones sustanciales, es decir, que por ser incompatibles con los derechos humanos, acorde con el principio *pro persona* (contenido en el artículo 1 Constitucional) y en acatamiento a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, resultando así una altísima carga ética en las futuras decisiones de los tribunales del fuero común.

De ahí la atención no sólo a los problemas genéricos que suscita la interpretación del ordenamiento «de» y «desde» la Constitución, sino también a la interpretación constitucional, donde cobra especial relieve la trascendencia que en el contexto del régimen democrático y constitucional adquiere la motivación como una exigencia no sólo ética sino como un deber jurídico de justificar, que no sólo de explicar, las decisiones judiciales, con especial cuidado en examinar el contenido de los Votos particulares, y la atención prestada a delimitar las líneas de diferenciación entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, esta última como se sabe taxativamente prohibida en la Constitución.

1.3. Conclusión

No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta, que en estos tiempos se prestará mucha más atención a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho (o de los Derechos Humanos) que al proceso de creación de las normas, hasta tal punto que el análisis de la función y límites de la aplicación judicial del Derecho disminuirá en modo significativo la atención a la figura del Legislador, y se erigirá al Juez en el nuevo «*señor del Derecho*» y el trabajo en el corto plazo. Entre las razones que justifican este cambio de orientación se encuentran sin duda alguna la necesidad de dar respuesta a hechos tan heterogéneos y diversos, como la crisis del modelo formalista y de la dogmática iusprivatista, la descodificación y la hiperinflación normativa, el tránsito del Estado liberal al social y su crisis, la tensión entre el Estado de derecho y el Estado constitucional, la crisis la soberanía nacional, la irrupción del pluralismo jurídico y del multiculturalismo, o la inflación normativa y el «*desbordamiento de las fuentes del Derecho*».

Así, podemos concluir, tal y como expresó en su momento Dworkin⁵⁷, que nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada *teoría moral*, a saber, que las personas tienen derechos morales contra el Estado; es decir, un cúmulo de *valores*

⁵⁷ Dworkin, Ronald. *Op. cit.*, página 230.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

básicos⁵⁸ contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales firmados por México, que por perseguir un fin en el mismo espacio, están llamados a colaborar entre sí.

Fuentes de Información.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México, 2007.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2011.

BRAVO PERALTA, M. Virgilio; Islas Colín, Alfredo (Coordinadores). *Argumentación e Interpretación Jurídica para juicios orales y la protección de derechos humanos*. Porrúa, México, 2010.

CAMPILLO SÁINZ, José. *Dignidad del Abogado*. Porrúa, México, 1995.

CARBONELL, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana*. Documento electrónico

COAÑA BE, Luis David. *Lo que nos dejó 2011 en el mundo del Derecho*. En: *El mundo del Abogado*, Año 15, número 154, México, Febrero de 2012.

COBO DEL ROSAL, Manuel; Quintanar Díez, Manuel. *Selección de casos prácticos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Pamplona 2008.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 5ª reimpresión, 2002.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa Séptima Edición, México, 1956.

_____ Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, Decimaprimera Edición, México, 1999

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Ciencia Jurídico Penal*, Inacipe, México, 2003.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *Historia de las doctrinas filosóficas*. Esfinge, México, 2000.

KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Ariel, Barcelona, 2008.

LAVILLA RUBIRA, Juan José. *Sobre el case-method para la enseñanza del Derecho: la experiencia de la Harvard Law School*. *Revista de Administración Pública*, 1998, núm. 117.

⁵⁸ Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Aranzadi, Pamplona, 2008, página 40.

RIVERO EVIA, Jorge. Producción y aplicación del Derecho en el Siglo XXI. Balance y perspectiva desde los derechos humanos. *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online]. 2012, año 1, núm. 1, ISSN: en trámite. Pp. 14-38.

NINO, Carlos Santiago. Justicia. En: *Doxa*, No. 14, 1993, página 67.

[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search="concepcion utilitarista justicia bentham"&page=7](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_05.pdf#search=). Recuperado el 30 de noviembre de 2010

PETITE, Eugène. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1966.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Modelo Trans-universal del Derecho y el Estado*, Porrúa, México, 2001.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1997.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, decimonovena edición, 1970.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (Coordinador). *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. La Ley, Madrid, 2011.

VIDAL GIL, Ernesto J. *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

VIGO, Rodolfo Luis. ¿Control judicial de las decisiones éticas?. *Raíz y Conciencia*, Número 21, Octubre de 2008, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VILLORO TORANZO, Miguel. *La Justicia como vivencia*. Porrúa, México, 2004.

VON IHERING, R. *La lucha por el Derecho*. Porrúa, México, 1989.