

CONCEPTOS ELEMENTALES SOBRE DERECHO Y MORAL. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JUSTICIA

ELEMENTARY CONCEPTS OF LAW AND MORALS. HUMAN RIGHTS AND JUSTICE

FRANCISCO RUBÉN QUIÑÓNEZ HUÍZAR¹

RESUMEN: La moral y el derecho tienen una relación inconmensurable; si bien es cierto, que muchos siglos fue de tolerancia entre un mundo y otro, durante el estado de derecho y los postulados del movimiento de la codificación llegó a visualizarse como una imposibilidad material de vinculación; sin embargo, los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial y la nueva comprensión de la norma positivizada trastocaron esa concepción, para dar paso a la acuñación de un concepto que comparte, en su naturaleza, elementos tanto éticos como jurídicos: los derechos humanos. En ese contexto, vamos a revisar diversos tópicos relacionados con ambos mundos, para arribar, finalmente, al punto en que la justicia aparece, con un doble enfoque: hacia los valores formales, cuyo parámetro de regularidad está constituido por la legalidad, y hacia los valores fundamentales y superiores, cuyo control de actuación está determinado por la constitucionalidad y la convencionalidad, ambos basados en los derechos humanos.

¹ Doctor en Derecho con mención honorífica por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, así como del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM. Catedrático de posgrado en la propia UNAM, así como en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en la Universidad Juárez del Estado de Durango, en la Universidad Autónoma de Sinaloa, en la Universidad Autónoma de Sonora, en el Instituto de Posgrado en Ciencias Penales y Política Criminal de Baja California, en el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal, en el Centro de Estudios de Posgrado y en el Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico. Investigador en temas de filosofía del derecho, cultura jurídica, sistema jurídico, jurisprudencia y control constitucional. ORCID: <<https://orcid.org/0000-00032476-6433>>; Correo: fquinonezh@derecho.unam.mx.

Fecha de recepción: 10 de enero de 2022. Fecha de aprobación: 17 de mayo de 2022.

PALABRAS CLAVE: *Derecho, moral, deontología, teoría del derecho, sistema moral, sistema jurídico, derechos fundamentales, derechos humanos, justicia.*

ABSTRACT: Morality and law have an immeasurable relationship; although it is true that there were many centuries of tolerance between one world and another, during the rule of law and the postulates of the codification movement, it came to be viewed as a material impossibility of linking; however, the events of the Second World War and the new understanding of the positivized norm changed that conception, giving way to the coining of a concept that shares, in its nature, both ethical and legal elements: human rights. In this context, we are going to review various topics related to both worlds to arrive, finally, at the point where justice appears, with a double approach: towards formal values, whose parameter of regularity is constituted by legality, and towards formal values. fundamental and superior, whose action control is determined by constitutionality and conventionality, both based on human rights.

KEYWORDS: *Law, morality, deontology, theory of law, moral system, legal system, fundamental rights, human rights, justice.*

SUMARIO: I. La moral: hábitos y costumbres; II. El derecho: las normas jurídicas y la dogmática; III. Los derechos fundamentales; IV. Los derechos humanos; V. Teoría de la justicia y derechos humanos; VI. Los derechos humanos y la materialización de la justicia; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes consultadas.

I. LA MORAL: HÁBITOS Y COSTUMBRES

Antes de entrar al análisis de la ética debemos analizar la moral y previo a ello a la costumbre. La costumbre ha sido definida como “los hábitos humanos dentro de una comunidad”,² que los griegos referían como la transmisión oral por medio de la *techné* respecto de “los preceptos sobre la moralidad externa y las reglas de prudencia para la vida”,³ pues para ellos lo fundamental era la perfección de las reglas, es decir, el ideal del deber.

El hábito deriva del latín *habitus* que consiste en que una persona repita una misma acción siempre de la misma manera. La costumbre, por su parte, proviene del latín *consuetumen*, se trata de la práctica repetida de una acción que una persona o un grupo de personas lleva a cabo regularmente.⁴ La diferencia estriba en que el hábito es personal y se convierte en costumbre; en cambio la costumbre es colectiva. Es importante entender que los hábitos y las costumbres pueden recibir una calificación o valoración. Los hábitos se vuelven costumbres y éstas se convierten en reglas morales. Es decir, es una especie de cadena de comportamientos, que va de lo individual a lo general.

Así pues, ese ideal que se forja sobre la costumbre es la valoración moral que se presenta cuando uno se ve obligado a someterse a las estrictas exigencias del entorno, surge una concepción, al principio vaga, y luego, claramente delimitada, de que la conducta exigida por la regla tiene que ser seguida por ella misma y que la reacción de la comunidad en contra de los apartamientos es buena en sí misma.⁵ Aparece entonces, una calificación sobre las acciones que se ven materializadas en la regla moral.

² Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía, Tomo I (A-D)*, España, Ariel, 2004, p. 707.

³ Jaeger, Werner *Paideia: los ideales de la Cultura Griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 19.

⁴ Cfr. Moliner, María, *Diccionario del uso del español (a-i)*, España, Gredos, 2007, pp. 830 y 1514, respectivamente.

⁵ Cfr. Geiger, Theodor, *Derecho y moral, “Polémica con Uppsala”*, Tr. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992, p. 53.

1. LAS NORMAS MORALES

Moral proviene del latí *mos*, que significa costumbre.⁶ Existen hábitos y costumbres que nos benefician o nos perjudican en lo individual o en lo social. Es ahí donde encontramos a la moral, pues la costumbre se convierte en una regla que marca un derrotero de comportamiento, pues representa una especie de candado conductual, cuya ontología está determinada por el resultado positivo para la persona o para la comunidad.

Lo anterior nos permite apreciar la aparición de la calificación moral, al señalar que determinada acción es buena, entonces, cuando la valoración es realizada, la costumbre se vuelve moral, y actúa como motivación para el comportamiento, que coincide con la norma de la costumbre, de ahí que, una persona, al seguir una determinada costumbre, está siguiendo una regla de la comunidad.⁷ Si la regla es beneficiosa para la mayoría del grupo será calificada de buena, y si no, será valorada como mala.

Así pues, el contenido de la norma de la costumbre se mantiene, pero se traspone al nivel moral sólo cuando es considerada como buena, y lo es cuando tiene una mayor aceptación dentro de un grupo social, debido a que no afecta los intereses generales; entonces, la costumbre que importa al derecho es la denominada buena costumbre, que no es otra cosa que la moral, de ahí que las buenas costumbres en una sociedad, son la representación de la moral, constituyendo ésta una de las fuentes del derecho.⁸

Si nos referimos a la moral, no podemos dejar de lado el análisis de sus normas, ya que la moral está constituida por un conjunto de pautas, reglas, preceptos, o principios de los cuales se sirve la propia sociedad para regular su conducta; y, esas normas declaran permitido,

⁶ Cfr. Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo III (K-P), *op. cit.* p. 2460.

⁷ Cfr. Balmes, Jaime, *Filosofía Elemental. Lógica-Ética-Metafísica. Historia de la Filosofía*, México, Porrúa, 1998, p. 78.

⁸ Cfr. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1997, p. 93.

correcto, bueno, o justificado, o bien prohibido, incorrecto, malo o injustificado hacer, preferir, elegir, encomiar, etcétera, cierto tipo de actos, acciones, actividades o comportamientos en determinadas circunstancias. En las normas morales se valora lo exterior (comportamiento) a partir de lo interior (consciencia).⁹

Los miembros de la sociedad critican, censuran o reprueban, en situaciones típicas, a aquellos miembros cuyo comportamiento se aparta de lo que las pautas, reglas, preceptos, normas o principios estipulan que se debe hacer; y aprueban, elogian o alaban a quienes adecuan su comportamiento con ellos. De ahí que, para Aristóteles como para Platón, es importante hablar del concepto de moralidad, que no se refiere [como la moral] sólo a un conjunto de bienes sobre normas, sino al sometimiento efectivo de la conducta a dichas normas,¹⁰ pues se trata de un orden interno, porque lo ordenado son las actividades del alma y la finalidad es el perfeccionamiento del ser humano.¹¹

La sociedad cree, admite, o se inclina a pensar que el acatamiento de tales pautas, reglas, preceptos, normas o principios posee un valor en sí mismo o bien que tiene consecuencias importantes y deseables para la vida en sociedad y para su realización individual, en tanto ese acatamiento implica, en general, un predominio de lo bueno (beneficioso) sobre lo malo (perjudicial).

Ahora bien, la característica más importante de las normas morales es que son acatadas voluntariamente, por temor al rechazo social, de tal manera que, a diferencia de la norma jurídica, carece de coerción,¹² entendiéndose por coerción, el uso legítimo de la fuerza. Por lo tanto, una norma moral, es aquella regla de conducta que la sociedad ha catalogado como buena, en el sentido que se expuso con anterioridad.

⁹ Cfr. Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2ª. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 395.

¹⁰ Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, España, Editorial Gredos, 1985, p. 135.

¹¹ Cfr. García Máñez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, *op. cit.* p. 55.

¹² *Idem.* p. 73.

2. ÉTICA NORMATIVA Y DESCRIPTIVA

La ética, de acuerdo con Rabossi, es la actividad teórica que tiene como objeto la moral.¹³ Ahora bien, la ética puede ser estudiada desde dos perspectivas, ya sea que su objeto de estudio sea prescriptivo, o bien descriptivo.

En el caso de que la ética tenga como fin la prescripción de ciertas conductas morales, se denomina ética normativa, misma que se propone normar, de alguna manera, el comportamiento de los agentes morales; pretende servir de guía para las acciones con contenido moral. La ética normativa también es llamada ética dogmática, por cuanto que los principios que establece no pueden ser cuestionados, ni refutados, tal es el caso de los códigos morales que establecen las religiones, o ciertas disciplinas de la ciencia donde se establece que la conducta de los individuos debe ser acorde con diversos preceptos con contenido moral.¹⁴

Por su parte, la ética dogmática puede ser de dos tipos. O bien es teológica, cuando su máxima suprema es presentada como una revelación divina, o bien, es mundano-metafísica cuando se intenta determinar la máxima suprema a través del conocimiento. En el primer caso, la autoridad moral suprema es Dios, al que se le consideraba como el gran legislador;¹⁵ en el segundo caso, la fuente de legitimidad es la razón, a través de cual se hace la distinción entre el ser humano y el animal.¹⁶

¹³ Cfr. Rabossi, Eduardo, *Estudios Éticos, Cuestiones conceptuales y metodológicas*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979, p. 11 y ss.

¹⁴ Cfr. Nakhnikian, George, *El Derecho y las Teorías Jurídicas Contemporáneas*, México, Distribuciones Fontamara, 1998, pp. 8 y 9.

¹⁵ Cfr. Rattey, Beatrice K. *Los hebreos*, México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios Núm. 111, 2014, p. 15.

¹⁶ Cfr. Miranda, José Porfirio, *Racionalidad y Democracia*, España, Ediciones Sígueme, 1996, p. 34.

Cuando la ética tiene por objeto una descripción de la moral, se dice que se trata de una ética descriptiva. A diferencia de la ética normativa, ésta no establece reglas de comportamiento, sino que lleva a cabo un análisis de las diferentes morales y trata de encuadrarlas dentro de ciertas teorías, mediante la aplicación de la metodología científica.¹⁷

La ética descriptiva no es otra cosa que el estudio que lleva a cabo el filósofo que se dedica al análisis de las diversas normas morales existentes en una sociedad determinada. Podríamos decir que se trata de una teoría de la moral. Ahora bien, tratándose de una revisión de la moral, constituye un metalenguaje, a través del cual se interpretan las conductas que forman parte de la moral como normatividad.

En este orden de ideas, debemos señalar que la diferencia entre moral y ética, tal y como lo señala Tamayo y Salmorán, radica en que la primera, se refiere a los hechos, es decir, a las acciones concretas, mientras que la segunda es la disciplina que se encarga de sistematizar la moral a través de codificaciones, como es el caso de la ética prescriptiva, y de interpretar las acciones que forman parte de la moral, en el caso de la ética descriptiva.¹⁸

3. LA DEONTOLOGÍA

Ahora bien, relacionada con la moral y la ética está la deontología. Etimológicamente, el vocablo equivale a tratado o ciencia del deber. La palabra está constituida por los términos griegos *deontos*, que significa deber y *logos*, equivalente a tratado o estudio. El concepto *deontología* fue utilizado por vez primera por Jeremías Bentham en un libro titulado *Chrestomathia*, en el que se refiere a dicho término como a la exposición de lo que es correcto o lo que debería ser.¹⁹

¹⁷ Cfr. Nakhnikian, George, *El Derecho y las Teorías Jurídicas Contemporáneas*, op. cit. pp. 10 y 11.

¹⁸ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática jurídica y teoría moral”, *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 4, México, ITAM, abril de 1996, pp. 30 y ss.

¹⁹ Cfr. Bentham, Jeremy, “Chrestomathia”, en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, England, Clarendon Press, 1993, p. 19.

Para Bentham, la deontología ha de prescindir de toda apelación a la conciencia y al *deber ser*, pues de lo que se trata es lograr la felicidad para un número mayor de personas. Su propósito es enseñar la manera de dirigir sus emociones de modo que queden subordinadas, en cuanto es posible, a su propio bienestar. La moral del deber es una fantasía de los doctrinarios y de los dogmáticos; la única moralidad es la del interés; por lo tanto, el hombre es el mejor juez de sus propias acciones, ya que lo es de sus intereses.²⁰ Lo correcto significa buscar el interés personal que lleva a la felicidad y el *deber ser* está constituido por la felicidad del mayor número de ciudadanos.

Como se puede observar, la obra de Bentham, en general, contiene una exposición sistemática de los principios del utilitarismo. La tendencia del desarrollo de la naturaleza humana, desde la sensación al hábito, es, según el autor, alcanzar el placer y evitar el dolor.

Ahora bien, es preciso mencionar que, en su origen, el vocablo *deontología* hacía alusión a la teoría de los deberes en general, sin embargo, ha ido reduciendo su alcance, de tal forma que, en la actualidad significa el estudio de los deberes que surgen en el desempeño de ciertas profesiones que se consideran de interés público, requieren un vínculo con el cliente y exigen la posesión de un título para ejercerse, tal es el caso del derecho o de la medicina. En ese orden de ideas, la deontología, es una rama de la ética que se enfoca a las normas sobre deberes en una profesión.

Asimismo, la deontología, al igual que la ética, tiene una doble perspectiva. Cuando la disciplina tiene por objeto una descripción de las reglas, se dice que se trata de una deontología descriptiva. Por su parte, si tiene por finalidad establecer normas, entonces, estamos ante una deontología normativa. En ese sentido, es

²⁰ Cfr. Sorensen, Asger, *Deontology – Born and kept in servitude by utilitarianism*, Danish, Danish Yearbook of Philosophy, Vol. 43, 2008, p. 74

importante señalar que existen dos tipos de códigos: los éticos y los deontológicos; los primeros, establecidos para regular las conductas en un contexto más general sobre el ser humano, y los segundos, enfocados a un ámbito profesional o de servicio público; de ahí que los códigos de las instituciones públicas sean más de naturaleza deontológica que ética.

En este orden de ideas, la deontología se suma, junto con la moral y la ética al conjunto de reglas que conforman el sistema moral.

4. EL SISTEMA MORAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, la palabra “sistema” significa, por un lado, un conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; asimismo, es entendida como un conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas contribuyen a determinado objeto.²¹ Como se puede apreciar la principal característica en la anterior definición es la relación de principios, reglas o cosas, así como el orden entre ellos.

Para Ferrater Mora “un sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento es función de algún otro, no habiendo ningún elemento aislado. El término ‘elemento’ es neutral y puede entenderse por él una entidad, una cosa, un proceso, [una norma], etc.”²²

Desde luego que, en todo grupo social existe un sistema moral, o se manifiesta cierto tipo de fenómeno que se denomina moralidad. Es más, hablar de grupo social implica aceptar la existencia de un sistema moral o del fenómeno de la moralidad, como condición necesaria para que el grupo social pueda ser tal.²³

²¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima primera edición, España, Espasa Calpe, 1992, p. 1888.

²² Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía*, Tomo IV, (Q-Z), España, Editorial Ariel, 2004, p. 3305.

²³ Cfr. Fairchild, Henry, *Diccionario de Sociología*, Tomo II, México, Fondo de

Siguiendo a Bernard Gert, el sistema moral significa lo mismo que moralidad. Lo que resulta claro es que dentro de cualquier tipo de sociedad existe un conjunto de reglas o principios que se encuentran vinculados y que contribuyen al mismo objeto que es el establecimiento de la moral.²⁴

Lo que debemos tener claro es que un sistema determinado, establece sus propios mecanismos, a través de los cuales se desarrolla y evoluciona. Además, para que un sistema sea tal, los elementos que lo integran deben tener cierta afinidad, y deben poseer características comunes, y su finalidad debe ser la misma;²⁵ por ello, todas aquellas conductas que sean aceptadas y valoradas como buenas, dentro de una comunidad, pueden ser encuadradas dentro del sistema moral.

Es así como, el sistema moral está conformado tanto por el conjunto de normas de carácter moral, es decir la ética prescriptiva, así como por la interpretación de la moral, llevada a cabo por la ética descriptiva. Además de lo anterior, tenemos a la *filosofía moral* como una disciplina encargada del estudio de la ética, a fin de mejorar los paradigmas y postulados de la ciencia del comportamiento para mejorar sus interpretaciones en torno al sistema moral.²⁶

Para un mejor entendimiento del mundo de la moral, recurriremos al cuadro de los niveles del lenguaje de Rolando Tamayo;²⁷ así como al modelo de T.W. Moore, del edificio de varios niveles.²⁸

Cultura Económica, 1971, p. 75.

²⁴ Cfr. Gert, Bernard, *Morality, Its nature and justification*, England, Oxford University Press, 1998, p. 34.

²⁵ Cfr. Luhmann, Niklas, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*, México, Universidad Iberoamericana-Alianza Editorial, 1991, p. 30.

²⁶ Cfr. Rengifo Gardeazábal, Mauricio, *Filosofía Moral. Una investigación sobre los conceptos éticos fundamentales*, Colombia, Universidad de los Andes, 2013, pp. 1 a 10.

²⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho, "Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica"*, Themis, México, 1996, p. 295.

²⁸ Cfr. Moore, T.W., *Introducción a la teoría de la educación*, España, Alianza Editorial,

Nivel 3. Meta-meta- lenguaje	Filosofía moral	Análisis y comprobación de los conceptos y métodos de la ética.
Nivel 2. Meta-lenguaje	Ética descriptiva	La descripción y explicación de las normas morales. Generación de la teoría moral.
Nivel 1. Lenguaje	Moral y ética prescriptiva	La moral como un sistema normativo.

En razón de lo anterior, lo moral abarca tres dimensiones: la normativa, la descriptiva científica y la filosófica. El primer nivel corresponde a las reglas; esto es, el objeto de estudio integrado por el conjunto de pautas de comportamiento, cuya categoría principal es el bien o lo bueno; el segundo nivel, se refiere a los postulados de la ciencia; es decir, al conjunto de conocimientos sistematizados sobre la explicación de las reglas morales; y el tercer nivel, comprende al análisis de los postulados científicos, desde una visión crítica, a fin de producir reflexiones en torno al modelo de la ciencia. En este orden de ideas, la teoría moral es el resultado de la aplicación del método científico, de parte de la Ética descriptiva; constituye el resultado al que se arriba desde una investigación doctrinal de lo moral, representada por los postulados explicativos y descriptivos de la regla.

II. EL DERECHO: LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA DOGMÁTICA

Determinar lo qué es el derecho no ha recibido respuesta unívoca en la dogmática jurídica, ni en la teoría jurídica. Se ha sostenido que la característica que define al derecho es la coerción. Es importante reflexionar que, otro elemento que no podemos soslayar es la vinculación que las normas del estado tienen y que las hace mantener una unidad, de tal forma que todas y cada una de las disposiciones de un orden jurídico se configuran como una unidad.

La coerción es una característica del sistema jurídico como un todo, no de cada norma. Por lo tanto, el derecho, es un sistema de normas jurídicas vinculadas y relacionadas entre sí.²⁹

Ahora bien, se suele confundir el derecho como normatividad con el derecho como ciencia. Lo cierto es que se trata de un concepto con una doble connotación. Por ello, es preferible denominar a uno derecho y al otro, ciencia del derecho.

Tamayo y Salmorán señala que existen cuando menos, dos sistemas de representación jurídica: el sistema de las normas jurídicas que proporciona la significación jurídica prescriptiva y el sistema de los enunciados jurídicos que proporciona la significación jurídico-cognoscitiva.³⁰

El derecho como normatividad comprende el conjunto de disposiciones obligatorias *per se*, con posibilidad de coerción ante su incumplimiento, producidas por los órganos del estado.³¹ La ciencia del derecho, por su parte, es un conjunto de conocimientos acerca del derecho, que describen, analizan y sistematizan, mediante metodología científica el mundo de las normas jurídicas, a fin de dar respuestas a la problemática que se presenta en su creación, interpretación y argumentación.³²

Las normas son los elementos primarios del derecho, que se diferencian de otros tipos de normas por las propiedades que les son atribuidas (bilateralidad, heteronomía, exterioridad y coerción) debido a su pertenencia a un sistema jurídico.

²⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, p. 113.

³⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM-III, México, 1976, p. 38.

³¹ En el caso mexicano, sean estos federales, estatales o municipales, así como pertenecientes al poder legislativo, judicial y ejecutivo, e incluso, los órganos constitucionales autónomos.

³² Para un análisis sobre la dogmática jurídica y el derecho *Vid.* Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Distribuciones Fontamara, 2007, p. 40.

Es posible distinguir las normas jurídicas de las normas morales por diversas vías, una es mediante el análisis estructural, ya sea utilizando los criterios de Fritz Schreier o bien de Henrik von Wright, analizando las relaciones entre las normas e identificar los elementos característicos de las proposiciones. O bien, en virtud de su forma o modo de creación, más que por referencia al contenido regulado.³³

Las normas no califican al sistema como jurídico, aun cuando poseen una estructura propia que las distingue de otros sistemas normativos, en función de la consecuencia jurídica que se imputa inexorablemente al materializarse el supuesto de hecho. Por el contrario, esta estructura propia de la norma jurídica deriva de la pertenencia de la norma a un sistema jurídico.³⁴

Por lo tanto, la juridicidad de la norma depende de su pertenencia al sistema jurídico, es decir, el análisis estructural de la norma no basta para determinar su carácter jurídico, ya que la coercibilidad y la bilateralidad de esta, derivan del sistema, no de la conducta regulada, dado que no hay conductas que por sí mismas sean jurídicas. Así, por ejemplo, no robar puede ser el contenido de un enunciado moral o jurídico.

La jurisprudencia dogmática proporciona una descripción lingüística en la que el derecho se formula, así como los criterios que permiten determinar sus efectos y consecuencias.³⁵ La dogmática jurídica o ciencia del derecho se ubica en el ámbito de la reflexión práctica. Sus definiciones y principios permiten determinar que hacer jurídicamente; la jurisprudencia da respuestas deónticas; constituye el arsenal de reglas para determinar qué conducta es obligada, prohibida o permitida. La dogmática informa sobre el contenido del derecho positivo.³⁶

³³ Cfr. Huerta Ochoa, Carla, “Constitución, Transición y Ruptura”, *Transiciones y Diseños Institucionales*, México, UNAM-IIJ, 1999, p. 51.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática Jurídica y Teoría Moral”, *op.cit.*, p. 30.

³⁶ *Ibidem*, p. 31.

La ciencia jurídica constituye un metalenguaje a través del cual el jurisperito, proporciona los elementos necesarios que ayuden en la solución de un caso práctico, es decir, la dogmática se refiere, única y exclusivamente, al derecho positivo, es decir, sólo interpreta las normas que se encuentran establecidas previamente en el sistema, por lo tanto, no puede referirse a las normas morales, ya que se convertiría en ética normativa, la cual, como ya lo vimos forma parte del sistema moral.

Ahora bien, existe otra disciplina vinculada con el derecho y la ciencia del derecho: la filosofía jurídica. Esta disciplina tiene por objeto de estudio a la dogmática jurídica. En otros términos, el examen de los dogmas y presupuestos que subyacen detrás de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica, así como de sus implicaciones. La filosofía del derecho deviene en una reflexión de segundo orden, constituyendo un análisis conceptual como epistemología crítica.³⁷

1. LA TEORÍA DEL DERECHO

La teoría del derecho, por el contrario, no es una disciplina que se ubique en el ámbito de la reflexión práctica; no responde a la pregunta “¿qué hacer?”. La teoría del derecho no es la semántica que guía la lectura del derecho; más bien se ocupa por determinar qué es el objeto llamado derecho. Para ello propone un criterio de identidad ¿qué cosa es el derecho? Asimismo, determina cuándo surge el derecho, cuándo y cómo deja de existir; da cuenta de su funcionamiento y de su estructura, así como de su interpretación.³⁸

Por lo tanto, a través de la teoría del derecho, el jurista, no sólo analiza el contenido del derecho positivo, sino que además propone soluciones a los casos tanto particulares como generales del derecho, es

³⁷ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, op. cit. p. 294.

³⁸ *Ibidem*, p. 32.

decir, puede formular definiciones teóricas, y al igual que la dogmática jurídica constituye un metalenguaje del derecho, pues dentro de sus elementos lingüísticos se encuentran todos los conceptos jurídicos fundamentales, que son la base de la ciencia del derecho.³⁹

Por lo anterior, podemos decir, que, si bien, tanto la dogmática jurídica como la teoría del derecho constituyen la base de la ciencia jurídica, ambas disciplinas son distintas, pues la primera es el todo donde se construye el derecho, mientras que la teoría del derecho es el resultado de la aplicación del método científico. Es decir, la ciencia jurídica trabaja aplicando una metodología universal cuyos elementos son: la observación, el planteamiento del problema, la formulación de hipótesis, la comprobación o, en ciertas disciplinas, la experimentación,⁴⁰ y finalmente, la teoría, que constituye el resultado de la aplicación del método científico.

En el caso del derecho, la teoría jurídica constituye el elemento final de la aplicación del método científico, donde se producen las diversas posturas interpretativas sobre la normatividad jurídica, *v. gr.* teoría de la constitución, teoría del acto jurídico, teoría del delito, teoría de los derechos humanos, teoría de la argumentación jurídica, entre otras. La ciencia del derecho es un todo y la teoría del derecho constituye una parte; esto es, el resultado al que se llega con base en el proceso científico.

2. EL SISTEMA JURÍDICO

Nadie puede negar que la noción de sistema se encuentra en la base de toda ciencia y toda filosofía. Ahora bien, como ya lo señalamos, cuando varios elementos tienen un origen común, así como una conexión entre sí basta para determinar un sistema.

³⁹ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, España, Ariel, 1994, pp. 25 a 28.

⁴⁰ Cfr. Carrillo Mayorga, José, *Metodología de la investigación jurídica*, México, Editorial Flores, 2018, p. 49 y ss.

Todos los sistemas tienen en común el hecho de que sus elementos constituyentes son compatibles y de que todos los elementos están determinados entre sí.⁴¹

Sin embargo, un sistema normativo solamente es jurídico si incluye normas que prescriben actos coactivos, producidas por una autoridad, aunque no todas sus normas tienen que hacerlo. La ausencia de coactividad de un sistema de aplicación de la norma y de ejecución de la sanción, así como del establecimiento de un monopolio de la fuerza, eliminaría la eficacia del derecho, ya que refuerzan el carácter obligatorio del mismo, de lo contrario, al perder la obligatoriedad, asumiríamos que las conductas deseadas se realizarían voluntariamente, y entonces, o bien presuponemos una “sociedad de ángeles”⁴² o carecería de sentido regular conductas, si las normas son cumplidas voluntariamente.

Hart llega a la conclusión de que la distinción entre derecho y otros sistemas normativos, radica en que el derecho no solamente prescribe conductas (normas primarias), sino que contiene una serie de normas que se refieren a esas normas y a los órganos de creación y aplicación (normas secundarias).⁴³

En suma, el sistema jurídico se puede caracterizar por diversos elementos, como son: las condiciones reguladas del uso de la fuerza; los órganos centralizados que aplican normas a casos individuales, porque una norma así lo prescribe; y por la ejecución de medidas coactivas; pero como todos los órganos recurren al mismo aparato coercitivo, existe un monopolio de la fuerza estatal.

De lo anterior, podemos concluir, que un sistema jurídico es un conjunto de normas jurídicas vinculadas entre sí, por una fuente común⁴⁴ que es la que da origen al propio sistema, y permite

⁴¹ Cfr. Quiñónez Huizar, Francisco Rubén, *Génesis de la cultura jurídica y del sistema jurídico en México. Un modelo para su estudio*, México, Editorial Flores, 2021, pp. 10 y ss.

⁴² Cfr. Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Argentina, Abeledo Perrot, 1990, p. 242.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Llámese Constitución, Norma Fundamental, Regla de Reconocimiento o cualquier

introducir cambios en el mismo, (expansión o contracción).⁴⁵

Recurriendo una vez más al cuadro de los niveles cognitivos o del lenguaje de Tamayo y Moore, el mundo jurídico se puede esquematizar de la siguiente forma:

Nivel 3 Meta-meta-lenguaje	Filosofía jurídica	Análisis y comprobación de los conceptos y métodos de la <u>dogmática jurídica</u> .
Nivel 2 Meta-lenguaje	Dogmática jurídica	La descripción y explicación de las normas jurídicas. Producción <u>de la teoría del derecho</u> .
Nivel 1 Lenguaje	Normas jurídicas	El derecho como un sistema <u>normativo</u> .

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existe una propensión doctrinaria y normativa a reservar el término derechos fundamentales para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.⁴⁶

Ahora bien, al hablar de derechos fundamentales, entendemos que ciertos derechos poseen unas implicaciones jurídicas especiales en el ordenamiento. Decir que, existen derechos fundamentales significa que, a ciertas situaciones, reconocidas por el orden jurídico como valiosas, la constitución les asigna nivel reforzado de protección.

otra fuente del sistema jurídico que haya sido propuesta en la filosofía del derecho.

⁴⁵ Cfr. Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 476 y 477.

⁴⁶ Cfr. Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, México, Técnos, 1988, p. 44, citado por Chinchilla Herrera, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Colombia, Temis, 1999, p. 58.

La consagración de los derechos fundamentales tiene lugar en las dos gradas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico: el derecho internacional (tratados, convenios, convenciones, protocolos, etcétera) y la Constitución. Los instrumentos internacionales y las constituciones amén de las cláusulas generales, enuncian de manera casuista numerosos derechos fundamentales, e incluso intentan una cierta sistematización de estos. En el caso de las constituciones, dicha sistematización puede suscitar dudas sobre si todos los derechos allí consagrados son fundamentales, o sólo algunos de ellos.

La remisión a las constituciones y a los instrumentos internacionales, si bien proporciona los datos básicos sobre lo que son los derechos fundamentales y el lugar que ocupan dentro del sistema jurídico, a primera vista sólo responde a la cuestión de cuáles son tales derechos, indicando el lugar en que se encuentran positivados. Un simple ejercicio de carácter exegético es, pues, insuficiente para esclarecer cuáles son los derechos fundamentales.⁴⁷ Si se sigue algún punto de vista material, los derechos fundamentales son, en general, aquellas prerrogativas de las personas, que se consideran de la mayor importancia en la conciencia y cultura jurídica de determinada sociedad.⁴⁸

La fundamentación material radica en que a través de los derechos fundamentales se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad. Es decir, un derecho es fundamental, desde un punto de vista material, si su vigencia tiene el grado de necesidad, que sin él no podría desarrollarse determinada concepción del Estado y de la sociedad.

En el caso mexicano, los derechos fundamentales se encuentran protegidos en dos ordenamientos jurídicos; esto es, el sistema internacional y el sistema jurídico nacional. No obstante, es por todos conocido que nuestra Constitución no contiene únicamente derechos fundamentales; lo que obliga a los operadores jurídicos a tener que

⁴⁷ Ibidem, p. 11.

⁴⁸ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, “Derechos fundamentales y legislación”, en *Estudios en Homenaje a Ignacio de Otto*, España, Universidad de Oviedo, 1993, p. 413.

efectuar una interpretación sobre los principios y valores contenidos en la Constitución; aunado a que dicho ejercicio hermenéutico debe efectuarse en armonía con los derechos humanos de los instrumentos internacionales, lo que hace complicada la tarea de los jueces.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico posee categorías formales que permiten responder, desde la propia ciencia jurídica, a la cuestión de cuáles son los derechos fundamentales vigentes. Se trata de un análisis que se desentiende de los elementos ideológicos y que centra su punto de atención exclusivamente en los elementos formales del sistema jurídico. De manera que lo que distingue a los derechos fundamentales y los hace diferentes a la amplia gama de los consagrados en un ordenamiento, al punto de justificar su denominación en fundamentales, se encuentra en su característica de vincular a todos los poderes públicos constituidos, lo cual se logra a través de su positivación en un instrumento supralegal.⁴⁹ En consecuencia, son aquellos positivados en normas jurídicas superiores, con lo cual se tiene que la Constitución y los tratados internacionales vigentes son el recipiente de los derechos fundamentales.

Para Hart el tema de los derechos fundamentales se encuentra en las reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias imponen obligaciones y exigen realizar o abstenerse de efectuar determinadas acciones. Las reglas secundarias confieren potestades (normas que facultan a los jueces a dirimir controversias, al Congreso a promulgar leyes, o a crear, modificar o eliminar reglas primarias). Lo que distingue a los sistemas jurídicos evolucionados no es la sola existencia de reglas primarias, sino su articulación con las reglas secundarias.⁵⁰ Hart habla de una regla de reconocimiento como criterio supremo o fundamental del sistema que les permite a los operadores jurídicos determinar cuáles son las normas válidas.

⁴⁹ Cfr. Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, España, Editorial Trota, p. 29.

⁵⁰ Cfr. Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 242.

Ronald Dworkin, por su parte, sostiene una visión clara de los derechos humanos como derechos fundamentales de los ciudadanos, como triunfos políticos ante cualquier decisión arbitraria o abusiva del poder público. La teoría de Dworkin evidencia la enorme vinculación que existe entre Derecho y moral, señalando que en todo sistema jurídico existen principios inmanentes que de alguna manera fundan la interrelación entre ambos. Estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica.⁵¹

Desde su visión, Dworkin señala que las disposiciones constitucionales, y sobre todo aquellas que anuncian los derechos fundamentales, contienen para cada controversia jurídica una única solución correcta. Según este autor, es bastante dudoso que la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales sea una emanación de las deliberaciones democráticas, pues los participantes en ellas actúan movidos por intereses. Por lo tanto, estima que los derechos fundamentales no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos.

En este orden de ideas, para Luigi Ferrajoli son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del *estatus* de personas, o de ciudadanos o de personas capaces de actuar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad a ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los que constituyen su ejercicio. Este autor sostiene que la forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela en otras palabras como la garantía de tutela de lo que en el pacto constitucional viene considerado como *fundamental*; o sea, aquellas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y razón y causa del artificio que es el Estado.⁵²

⁵¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Planeta-Agostini, 1993, p. 276 y ss.

⁵² Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más*

Es importante señalar que no todos los derechos subjetivos del sistema jurídico son ni pueden ser derechos fundamentales. Uno de los problemas más arduos con que se enfrenta el intérprete de los derechos fundamentales consiste, sin duda, en la compleja estructura de las normas constitucionales que los consagran. La densidad regulativa de sus disposiciones es escasa, sus supuestos de hecho parecen en ocasiones indescifrables, y con frecuencia tampoco existe claridad sobre sus consecuencias jurídicas. Esta dificultad deriva, en buena parte, de la doble estructura regla/principio, característica de las disposiciones de derechos fundamentales.⁵³

Alexy señala que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas. Que son un todo integrado por tres tipos de entidades: una disposición jurídica, una norma jurídica o varias normas jurídicas, y una posición jurídica o varias posiciones jurídicas.⁵⁴ Un derecho fundamental es un conjunto de normas y posiciones de derecho fundamental.

Es importante señalar que las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales están redactadas en forma de principios. Los principios suelen diferenciarse del modelo de normas jurídicas llamadas “reglas”, en las cuales están perfectamente definidos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica. En el caso de los principios tal determinación no existe, o al menos no con el grado de precisión y detalle que tienen las reglas.⁵⁵

Una norma jurídica es una regla cuando al supuesto de hecho que postula, por amplio que sea, le corresponde una consecuencia jurídica concreta que la propia norma establece. En virtud de su estructura cerrada, cuando se está frente a una regla, ha de hacerse exactamente lo que ella exige. De ahí que una regla puede ser

débil, España, Trotta, 1999, p. 37.

⁵³ Cfr. Alexy Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81-172.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales y su interpretación*, México, UNAM-IJ, p. 45.

cumplida o incumplida.⁵⁶

En cambio, una norma jurídica es un principio cuando ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. También un principio contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, pero esta última no viene completamente determinada, admite graduación en su cumplimiento y variedad de formas para realizarla.⁵⁷

Un principio consiste en tal orden de ideas, en un mandato de optimización.⁵⁸ Un principio no agota su proyección normativa cuando se le da cumplimiento en una situación concreta. La variación de circunstancias fácticas abre nuevas posibilidades de acción, que deben acometerse en virtud de lo exigido por el principio. La aplicación de un principio es consecuencia de una ponderación en virtud de la cual se ha establecido, en el caso concreto, su procedencia respecto de principios y/o reglas opuestas. Tanto reglas como principios son normas jurídicas.

En materia de derechos fundamentales, las reglas ofrecen un nivel satisfactorio de certeza jurídica, y se interpretan de acuerdo con los parámetros jurídicos comúnmente conocidos y aceptados. En cambio, no se presenta tal claridad con los principios. Estos pueden cumplirse de diversas maneras, en su extensión hay una referencia permanente a elementos externos al mundo jurídico, para su aplicación es necesaria siempre una ponderación, con otros principios y reglas, y las decisiones concretas que se toman con base en principios, siempre son decisiones parciales, que lo desarrollan en determinado sentido, pero que no lo agotan. La distinción entre principios y reglas es una distinción cualitativa.

⁵⁶ Cfr. Osuna Patiño, Néstor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, *op. cit.* p. 29.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Cfr. Alexy Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.* p. 86.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS

Después de la Segunda Guerra Mundial y la acuñación del concepto de *derechos humanos*, terminaron siglos de conflictos entre la moral y el derecho, pues la naturaleza del término es dual, abarcando tanto lo ético como lo jurídico. Asimismo, se conformó una nueva dimensión en cuanto a la actuación de la autoridad, agregándose a los ya existentes de legalidad y constitucionalidad. Bajo el paradigma normativo de los derechos humanos ya no es viable un sistema jurídico del Estado de derecho basado únicamente en la norma jurídica.⁵⁹ De tal suerte que, la convencionalidad se convirtió en el nuevo paradigma dentro de las actuaciones de las autoridades.

La expresión *derechos humanos* es en sí misma redundante, ya que los derechos no pueden ser más que del ser humano. No obstante, el término tiene la intención de despejar toda la parte subjetiva o metafísica, para concentrarse en el ser humano y su dignidad.⁶⁰ Lo que llamamos derechos humanos ha sido designado en la historia con otros vocablos cuyo significado no siempre es coincidente, por ejemplo: derecho divino, derecho natural, derechos del hombre, entre otros. Lo cierto es que fue hasta el siglo XVIII que fueron establecidos en documentos del Estado, como derechos positivizados.

Los aspectos conductuales, más allá de lo jurídico, nos guste o no, constituyen la característica más importante de la naturaleza de los derechos humanos; ya que si bien es cierto, el concepto se acuña después de la segunda posguerra, marcando una separación con el término de derecho natural para evitar la ambigüedad que éste genera, también lo es que, se construye con toda la intención

⁵⁹ Cfr. Flores Saldaña, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2014, p. 9.

⁶⁰ La dignidad es la principal referencia de los derechos humanos, entendiéndose por ésta como una cualidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones, faltas de consideración o de respeto. Cfr. Moliner, María, *Diccionario del uso del español*, tomo a-i, España, Editorial Gredos, 2007, p. 1042.

de reivindicar las categorías de lo bueno y de lo malo⁶¹ en la toma de decisiones, más allá de lo que la norma jurídica pueda establecer como legal o ilegal, marcando una fuerte relación con la moral; relación que había sido eliminada como consecuencia del desprestigio que la corriente positivista llevó a cabo durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, al considerar a los juicios morales como anticientíficos y reducirlos al “placer y el dolor”.⁶²

Si bien la redacción de esos derechos quedó plasmada desde la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América*, del 4 de julio de 1776, en donde se dispuso: “Sostenemos como evidente por sí mismas dichas verdades que todos los hombres creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”, así como en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, en la cual Francia señaló en su artículo 1º: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, la positivización de esos derechos no fue suficiente para contener su violación, aún en un contexto de legalidad y constitucionalidad.

La “deformación del derecho durante la época Nazi”⁶³ permitió que algunas personas, justificándose en las reglas del sistema realizaran actos en donde era evidente la “ausencia del pensamiento”⁶⁴ y su mayor ejemplo no los proporciona Hannah Arendt al dar seguimiento al juicio que se siguió en Jerusalén al teniente coronel de las SS, Adolf Eichmann, quien asimismo se describe, durante el proceso, como un

⁶¹ La facultad de distinguir lo bueno de lo malo, lo que está bien o está mal ¿depende de nuestra facultad de pensar? Es decir, el ser un villano ¿es producto de una resolución tomada? o más bien se trata de un resultado al que se llega, no por estupidez, sino por la incapacidad para pensar. *Cfr.* Arendt, Hannah, *La vida del espíritu*, España, Paidós, 2002, pp. 30 y 31.

⁶² Reale Giovanni y Antiseri Darío, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico III. Del Renacimiento hasta hoy*, España, Herder, 1995, p. 287.

⁶³ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, España, Trotta, 1998, p.548.

⁶⁴ Arendt, Hannah, *La vida del espíritu*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 40.

ciudadano cumplidor de la ley, al responder al interrogatorio diciendo que “solamente realizó actos que él consideraba como exigencias de su deber de ciudadano cumplidor de leyes, y, por otra actuó, siempre en cumplimiento de órdenes”.⁶⁵

Es decir, la regulación en las diversas constituciones nacionales de esos derechos, no evitó que se realizaran actos atroces (racismo, deportaciones, campos de concentración, asesinatos masivos) que encontraron su justificación, incluso por los mismos tribunales constitucionales nacionales que justificaron sus argumentos en la misma legislación interna de los países, en la que se refugiaron los operadores del derecho, bajo el argumento de que no podían desobedecer una ley, pues ello atentaría a la seguridad jurídica; olvidando que el “único peligro que puede amenazar a un sistema es la indignación de las masas contra la evidente injusticia”.⁶⁶

Entonces, frente al formalismo jurídico se apeló al “derecho correcto”⁶⁷ o como Habermas lo denomina “legitimidad de la legalidad”⁶⁸ jugando un papel central el razonamiento moral y la manera en la cual los operadores jurídicos interpretan el derecho, haciendo de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos las normas operativas como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Derecho Internacional Penal, y por

⁶⁵ Arendt, Hannah, *Eichman, en Jerusalén. Un estudio sobre la Banalidad del Mal*, México, Lumen, 1999, p. 83.

⁶⁶ Miranda, José Porfirio, *Apelo a la Razón. Teoría de la Ciencia y Crítica del Positivismo*, España, Ediciones Sígueme, 1998, p. 9.

⁶⁷ Al respecto Kant distingue la rectitud moral y el valor moral precisando que “lo único que importa es convertir el juicio según las leyes morales en ocupación natural que acompañe todas nuestras acciones libres lo mismo que la observación de los demás, haciendo de él, por decir así, una costumbre y robustecerlo y preguntando ante todo, si la acción es conforme objetivamente a la ley moral, y a cuál; con ello la atención a aquella ley que sólo ofrece un motivo para sentirse obligado, se distingue de aquella que es realmente obligatoria (leges obligandi a legibus obligantibus)”. Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, Argentina. Losada, 1993, p.167.

⁶⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, España, Trotta, 1998, p.547.

ende, las interpretaciones realizada por los tribunales internacionales; con lo cual se pasa del derecho constitucional al derecho convencional, del control constitucional al control convencional, ponderando la norma que mejor regule al derecho humano.⁶⁹

Los derechos humanos son, ante todo, derechos morales, es decir, son entendidos como exigencias éticas superiores que se proyectan sobre el mundo del derecho y sirven como justificación de reclamos vehementes de algo frente a alguien. La concepción de los derechos morales ha sido desarrollada por la filosofía más reciente, sobre todo en el mundo anglosajón, a partir de las teorías de John Rawls⁷⁰ Sin embargo, también autores latinoamericanos como Carlos Santiago Nino han adoptado esta postura.⁷¹ Los derechos humanos son, desde esta perspectiva, elementos esenciales de una moralidad racionalmente construida, deducidos a partir de principios básicos, y que se vuelcan sobre la juridicidad para darle legitimidad y sentido.

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una protección reforzada.⁷²

Los derechos humanos abarcan aquellas exigencias que, debiendo ser objeto de positivación a veces no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto,

⁶⁹ Cfr. Flores Saldaña, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, op. cit. p. 50.

⁷⁰ Cfr. Rawls, John; *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 319.

⁷¹ Cfr. Nino, Carlos S, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. España, Ariel, 1989, p. 14 y ss.

⁷² *Ibidem*, p. 59.

ya que sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata siempre de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde al carácter básico que fundamenta el sistema jurídico político del Estado de derecho.

Los derechos humanos son aquellos de importancia primordial que poseen todos los seres humanos, sin excepción, por razón de su sola pertenencia al género humano. Estos derechos se hallan sustentados en valores éticos cuyos principios se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en tanto parámetros de justicia y legitimidad política.⁷³

V. TEORÍA DE LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Con independencia de las teorías de la justicia que se analicen (positivista, naturalista, social, liberal, utilitarista, etc.) que pueden dar lugar a puntos de vista no coincidentes, la forma en que actualmente pueden ser atendidos los principios de justicia, es a través del reconocimiento legal, constitucional e internacional de los derechos humanos, lo que constituye un reflejo de que los postulados de justicia pueden ser objetivos, más allá de un debate teórico, que se traducen en normas jurídicas para su protección y defensa.

La reivindicación de los derechos humanos siempre ha procedido desde una convicción: la de que son derechos justos o más justos que los demás derechos que presentan las normas jurídicas. Hablar, por tanto, de derechos humanos hace referencia directa a la justicia fundamental de cualquier ordenamiento.

Las pretensiones de justicia vienen desde lejos en la historia del derecho,⁷⁴ pero la novedad de los derechos humanos es haber

⁷³ Cfr. Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al Derecho*, México, Mac Graw Hill, 2010, p. 339.

⁷⁴ Para un análisis detallado sobre la evolución histórica de las doctrinas sobre la justicia, *Vid.* Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al Derecho*, México, Mac Graw Hill,

logrado sintetizar en unos principios esa justicia fundamental que condiciona la justicia de cualquier ordenamiento jurídico concreto. Entonces, la pregunta acerca del contenido de la justicia encontró finalmente una respuesta satisfactoria en la proclamación de los derechos imprescriptibles que correspondían al hombre por su propia naturaleza, de tal modo que esos derechos comenzaron a actuar como criterios de medida del ejercicio del poder.⁷⁵

La proclamación y defensa de los derechos humanos ha consolidado su papel de criterios o valores fundamentales del derecho y de la organización política. Sin embargo, el modo de dar satisfacción a esa convicción, tal como lo plasman las distintas teorías de la justicia es diverso.

En este punto, no podemos dejar de lado la teoría de Rawls, quien considera que los principios de justicia que son objeto de un acuerdo entre personas racionales, libres e iguales, en una situación contractual justa, pueden contar con una validez universal e incondicional. Él mismo denominó a su teoría de justicia como *imparcialidad*, apoyado en la idea de que solamente a partir de condiciones imparciales se pueden obtener resultados favorables. Para Rawls es especialmente importante mostrar la superioridad de su teoría de justicia frente al utilitarismo; construye una teoría alternativa, y a la vez critica la falsedad detrás de los conceptos utilitaristas que no necesariamente resultan éticamente correctos y que mientras apelan al principio de mayorías, dejan fuera a muchos miembros de la sociedad (las minorías, por ejemplo) lo cual es contraintuitivo en las democracias liberales modernas caracterizadas por el pluralismo.⁷⁶

2010, p. 344 y ss.

⁷⁵ Cfr. Castro Cid, Benito de, *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, España, Editorial Universitas, 1994, p. 185 y ss.

⁷⁶ Cfr. Rawls, John; *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 26 y ss.

En un enfoque reduccionista, las diversas teorías de la justicia pueden ser divididas en dos grupos: las que no aceptan la vinculación entre moral y derecho, y las que proponen la vinculación entre ambos mundos. Para las primeras, no existe otro camino para resaltar los llamados derechos humanos que calificarlos de derechos fundamentales, entendiendo con ello, que están formulados en normas jurídicas de rango superior al resto de los derechos, por lo cual condicionan la validez legal de las leyes inferiores.⁷⁷ Para las del segundo grupo, los derechos humanos deban ser un derecho de rango legal superior. Pero esa superioridad no les viene dada por la fuente legal, sino que en sí mismos representan contenidos de justicia para ordenar una sociedad. Sin embargo, hay que aceptar que, desde ambas posturas, se acepta como caracterización ineludible de los derechos humanos su condición de derechos fundamentales.

Históricamente, se puede probar que los derechos humanos han estado presentes, de una u otra forma, en toda legislación y, por otra parte, las declaraciones de derechos humanos no se han contentado con formulaciones ideales humanísticas, sino que han impulsado el cambio en los ordenamientos legales, como ha sucedido con los Pactos promovidos por las Naciones Unidas para dar vigencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁷⁸

Un hecho innegable es que todas las teorías de la justicia parecen haber llegado a coincidir en un punto básico: que los derechos humanos constituyen un mínimo y un máximo de justicia indiscutible.⁷⁹ Los derechos humanos son normas y principios éticos integrados a un sistema jurídico. En este contexto, la justicia tiene un doble enfoque: hacia los valores formales, cuyo parámetro de

⁷⁷ Cfr. Fernández Largo, Osuna Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, España, Editorial San Esteban, 2001, p. 24.

⁷⁸ Cfr. Fernández Liesa, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, *op. cit.* pp. 177 y ss.

⁷⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Planeta-Agostini, 1993, p. 276.

regularidad está constituido por la legalidad, y hacia los valores fundamentales y superiores, cuyo control de actuación está determinado por la constitucionalidad y la convencionalidad. Es importante resaltar el papel de los derechos humanos como parte del razonamiento que se lleva a cabo por los operadores del derecho.

VI. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Los derechos humanos, más allá de representar un concepto de naturaleza dual: moral y jurídica; trajeron consigo la construcción de un sistema universal, regional y nacional que ha permitido materializar la defensa de la dignidad de las personas ante la violación de las propias autoridades, en cada uno de los países, la que ha sido denominada *justicia transicional*,⁸⁰ es decir, la creación de mecanismos destinados a impartir justicia en asociación con un proceso de cambio político.⁸¹

De acuerdo con un criterio formal, toda disposición que confiere un derecho humano, y se encuentra positivada en un instrumento jurídico por el legislador (constitución o tratado internacional), es una disposición de derecho fundamental. Desde una perspectiva procesal, se centra la atención en la protección y efectividad de los derechos, lo que suele incluirse como un segundo elemento definitorio de los derechos fundamentales. Así, la noción estaría demarcada por dos flancos: de un lado, positivación supralegal, del otro, la existencia de una garantía judicial específica.⁸²

⁸⁰ Se identifica con la justicia transicional la adopción de medidas políticas y jurídicas, precisamente en periodos de emergencia en derechos humanos y transición, que suelen tener como resultado la reorganización de las instituciones de un Estado o procesos de cambio de régimen, ya de sistemas políticos, ya de conflictos armados a procesos que persiguen instaurar la paz. *Vid.* Álvarez Ledesma, Mario I. *Justicia transicional. Acercamiento crítico*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2021, p. 2.

⁸¹ Fernández Liesa, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, *op. cit.* p. 390

⁸² *Cfr.* Osuna Patiño, Néstor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*,

Por ejemplo, Alexy propone como derechos fundamentales, en el ordenamiento alemán, los enunciados en las disposiciones de la Ley Fundamental (tanto en el título denominado “derechos fundamentales” como en otros lugares de esta).⁸³ Ciertamente, los privilegios jurisdiccionales de que gozan los derechos humanos han ocasionado confusión en cuanto al catálogo y contenido de ellos, pero no debe perderse de vista que la vía procesal a través de la cual puede hacerse valer un derecho no puede ser nunca definitiva del mismo.

Lo que realmente sucede es que, dado que determinados derechos son fundamentales, se diseñan para ellos garantías especiales, es decir, acciones judiciales específicas,⁸⁴ pero no lo contrario, esto es, que la existencia de una determinada forma de garantía sea lo que determine la fundamentación de un derecho.

Es posible que no todos los derechos fundamentales tengan el mismo sistema de garantías (por ejemplo, en el ordenamiento mexicano, no todos los derechos de la parte dogmática tienen protección mediante el Juicio de Amparo)⁸⁵ lo cual no afecta su fundamentación. Incluso cabe plantear que para determinados derechos haya deficiencias en su sistema de garantías, lo cual conduce a la necesidad de una revisión de tales procesos, y no a la descalificación del derecho.⁸⁶

op. cit. p. 26.

⁸³ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.* p. 62.

⁸⁴ Tal es el caso del juicio de amparo en México, el cual representa un medio de control de la legalidad, pero sobre todo de la constitucionalidad, y a partir de la reforma de 2011, también de la convencionalidad.

⁸⁵ Piénsese en los llamados derechos difusos, que han tenido una complicada materialización, por ejemplo: derecho a la educación, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la propiedad de la tierra, entre otros.

⁸⁶ En el sistema jurídico mexicano a los derechos fundamentales se le conocía anacrónicamente como garantías individuales y a partir de la reforma de 2011 como derechos humanos. Para un análisis sobre el concepto de garantía como condición de protección de los derechos fundamentales, *Vid.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, España, Editorial Trotta, 2000, pp. 851 y ss.

Esa protección viene dada por la nueva forma de actuación de las autoridades en los Estados, esto es, sujetarse a las disposiciones de nivel internacional dispuestas en los tratados, pactos, acuerdos y, por supuesto, en las sentencias de órganos jurisdiccionales (control concentrado de convencionalidad), así como la revisión de los actos y las normas para verificar que se ajustan a aquellos, en cuyo caso, de no ser así, los órganos jurisdiccionales, de cada país, pueden inaplicar la normatividad o bien dejar sin efecto los actos de otras autoridades (control difuso de convencionalidad)⁸⁷ y a cierta materialización de la justicia.

En el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional de 2011, todos los órganos jurisdiccionales están obligados a llevar a cabo un control ex officio de la convencionalidad dentro de un modelo de control difuso de la constitucionalidad, según lo dispuesto en el expediente *Varios 912/2010* de nuestro máximo tribunal, así como los criterios jurisprudenciales que se han ido acumulando desde entonces; lo que significa que necesariamente los operadores del derecho deben recurrir a un modelo en el que se debe interpretar los hechos y actos a la luz de disposiciones basadas en los derechos humanos, sea que estén contenidos en la constitución mexicana o bien en las disposiciones internacionales; llámese tratados, convenciones, pactos, sentencias o jurisprudencia.

En fin, la acuñación del concepto de derechos humanos de doble naturaleza (moral y jurídica) a partir de la Segunda Guerra Mundial, y el reconocimiento en los ordenamientos de mayor jerarquía de los diversos sistemas jurídicos de los estados, así como el establecimiento de medios de protección tanto nacionales, regionales como universales, constituyen mecanismos que pretenden alcanzar de manera objetiva el tan anhelado fin de la justicia.

⁸⁷ Cfr. Quiñónez Huizar, Francisco Rubén, *Jurisprudencia y control constitucional. op. cit.* p. 193.

VII. CONCLUSIONES.

Primera. Después de la Segunda Guerra Mundial y la acuñación del concepto de derechos humanos, terminaron siglos de conflictos entre la moral y el derecho, toda vez que la naturaleza del término es dual, abarcando tanto lo ético como lo jurídico. Asimismo, se conformó una nueva dimensión en cuanto a la actuación de la autoridad, agregándose a los ya existentes de legalidad y constitucionalidad la denominada convencionalidad. En ese contexto, bajo el paradigma normativo de los derechos humanos ya no es viable un sistema jurídico que fundamente su actuación sólo en las reglas internas; pues necesariamente se tendrá que razonar con base en principios fundamentales que velen por el respeto a la dignidad de las personas.

Segunda. No existe otro camino para resaltar los llamados derechos humanos que calificarlos de derechos fundamentales, entendiendo con ello, que están formulados en normas jurídicas de rango superior al resto de los derechos, por lo cual condicionan la validez legal de las leyes inferiores. Los derechos humanos deban ser un derecho de rango legal superior. Pero esa superioridad no les viene dada por la fuente legal, sino que en sí mismos representan contenidos de justicia para ordenar una sociedad. Es imposible tratar de quitar a los derechos humanos su condición de derechos fundamentales.

Tercera. Las teorías de la justicia coinciden en que los derechos constitucionales constituyen un mínimo y un máximo de justicia indiscutible. Los derechos fundamentales son normas y principios éticos integrados a un sistema jurídico. En ese contexto, la justicia tiene un doble enfoque: por una parte, la legalidad y su control, lo que implica que los jueces deben revisar que los actos se ajusten a la ley; así como la constitucionalidad y la convencionalidad, por otra; lo que se traduce en una actividad judicial basada en valores fundamentales y superiores, cuyo control de actuación está determinado, en ambos casos, por los propios derechos humanos.

IX. FUENTES CONSULTADAS

- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Introducción al Derecho*, México, Mac Graw Hill, 2010.
- ARENDT, Hannah, *Eichman, en Jerusalén. Un estudio sobre la Banalidad del Mal*, México, Lumen, 1999.
- ARENDT, Hannah, *La vida del espíritu*, España, Paidós, 2002.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, España, Editorial Gredos, 1985.
- BALMES, Jaime, *Filosofía Elemental. Lógica-Ética-Metafísica. Historia de la Filosofía*, México, Porrúa, 1998.
- BENTHAM, Jeremy, “Chrestomathia”, en *The Collected Works of Jeremy Bentham*, England, Claredon Press, 1993.
- CASTRO CID, Benito de, *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, España, Editorial Universitas, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Derechos fundamentales y legislación”, en *Estudios en Homenaje a Ignacio de Otto*, España, Universidad de Oviedo, 1993.
- CARRILLO MAYORGA, José, *Metodología de la investigación jurídica*, México, Editorial Flores, 2018.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Colombia, Temis, 1999.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, España, Planeta-Agostini, 1993.

- FERNÁNDEZ LARGO, Osuna Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, España, Editorial San Esteban, 2001.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, México, Porrúa, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, España, Editorial Trota, 2000.
- _____, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España, Trota, 1999.
- FERRATER MORA, José “Costumbres” *Diccionario de Filosofía*, 4 tomos, España, Ariel, 2004.
- FLORES SALDAÑA, Antonio, *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2014.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1997.
- GEIGER, Theodor, *Derecho y moral, “Polémica con Uppsala”*, Tr. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.
- GERT, Bernard, *Morality, Its nature and justification*, England, Oxford University Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, España, Trota, 1998.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Argentina, Abeledo Perrot, 1990.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Constitución, Transición y Ruptura”, *Transiciones y Diseños Institucionales*, México, UNAM-IIIJ, 1999.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la Cultura Griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, España, Editorial Trota, 1999.

- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Argentina, Editorial Losada, 1993.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2^a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, España, Ariel, 1994.
- LARIGUET, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*, México, Universidad Iberoamericana-Alianza Editorial, 1991.
- MIRANDA, José Porfirio, *Racionalidad y Democracia*, España, Ediciones Sígueme, 1996.
- _____, *Apelo a la Razón. Teoría de la Ciencia y Crítica del Positivismo*, España, Ediciones Sígueme, 1998.
- MOLINER, María, *Diccionario del uso del español*, España, Gredos, 2007
- MOORE, T.W, *Introducción a la teoría de la educación*, España, Alianza Editorial, 1980.
- NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las Teorías Jurídicas Contemporáneas*, México, Distribuciones Fontamara, 1998.
- NINO, Carlos S, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. España, Ariel, 1989.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván, *Apuntes sobre el Concepto de Derechos Fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- PEINADOR, Antonio, *Moral profesional*, España, Biblioteca de Autores Cristianos, 1962.

- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, México, Tecnos, 1988.
- QUIÑÓNEZ HUÍZAR, Francisco Rubén, *Génesis de la cultura jurídica y del sistema jurídico en México. Un modelo para su estudio*, México, Editorial Flores, 2021.
- QUIÑÓNEZ HUÍZAR, Francisco Rubén, *Jurisprudencia y control constitucional. Elementos necesarios para su comprensión y aplicación*, México, Editorial Flores, 2021.
- RABOSI, Eduardo, *Estudios Éticos, Cuestiones conceptuales y metodológicas*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.
- RATTEY, Beatrice K. *Los hebreos*, México, Fondo de Cultura Económica, Breviarios Núm. 111, 2014.
- RAWLS, John; *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima primera edición, España, Espasa Calpe, 1992.
- REALE GIOVANNI y Antiseri Darío, *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico III. Del Renacimiento hasta hoy*, España, Herder, 1995.
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio, *Filosofía Moral. Una investigación sobre los conceptos éticos fundamentales*, Colombia, Universidad de los Andes, 2013.
- ROBLES, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, México, UNAM-IIJ, 1988.
- SORENSEN, Asger, *Deontology – Born and kept in servitude by utilitarianism*, Danish, Danish Yearbook of Philosophy, Vol. 43, 2008.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM-IIJ, México, 1976.

_____, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, “Introducción al estudio de la Ciencia Jurídica”, Themis, México, 1996.

_____, “Dogmática jurídica y teoría moral”, *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 4, México, ITAM, abril de 1996.