





# ÉTICA Y DERECHO

*Discusiones sobre los valores y su postulación  
en lo normativo jurídico*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

Dr. Gilberto Herrera Ruiz  
*Rector*

Dr. Irineo Torres Pacheco  
*Secretario Académico*

Dra. Blanca Gutiérrez Grageda  
*Secretaria particular de Rectoría*

Dra. Ma. Teresa García Besné  
*Directora de Divulgación*

Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez  
*Director de la Facultad de Derecho*

Mtro. Edgar Pérez González  
*Secretario Académico de la Facultad de Derecho*

Tec. Ricardo Saavedra Chávez  
*Director de Publicaciones*

# ÉTICA Y DERECHO

*Discusiones sobre los valores y su postulación  
en lo normativo jurídico*

Juan Ricardo Jiménez Gómez

Ricardo Ugalde Ramírez

*Coordinadores*

Primera edición, noviembre de 2016

Imagen de portada: Luca della Robbia - *La pedagogía*, 1437.

© 2016

Juan Ricardo Jiménez Gómez

Ricardo Ugalde Ramírez

Cuerpo Académico “Constitucionalismo y poder público en México”.

© 2016

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO - CUERPO ACADÉMICO EN  
CONSOLIDACIÓN “CONSTITUCIONALISMO Y PODER PÚBLICO EN MÉXICO”.

Centro Universitario

Col. Las Campanas

C.P. 76000

Querétaro, Qro.

Derechos reservados conforme a la ley

ISBN 978-607-513-082-8

Impreso en México — *Printed in Mexico*

# NOTA INTRODUCORIA





**A**l Derecho siempre se le reclama, incesantemente, su propia autoratificación. La crítica está al orden del día, y proviene desde todos los puntos de vista, una cosa que viene por añadidura cuando al hombre se le ha dado por aspirar a uno de los ideales más nobles: la justicia. Cuando cada país, cada pueblo, cada comunidad, y hasta cada persona sostiene sus propios juicios respecto a lo que es correcto e incorrecto, es menester para los portavoces del Derecho, grandes responsables sobre quienes recae el peso de exponer la justificación misma de su ser, la existencia de esta máquina invisible, una de las invenciones más poderosas creadas por el hombre, empero en igual medida vulnerable: el mecanismo que permite la existencia del entramado social. Esa es su función, que trasciende más allá de sólo mantener el orden; es el instrumento intangible de la convivencia digna, armoniosa. ¿Pero bajo qué premisas se edifica este sistema? ¿Pueden los fines justificar todos los medios? ¿Y dichos fines tienen aplicación universal, sin excepciones? La Historia ha mostrado las fallas de sistemas ideológicamente rígidos, y sistemas idealistas, imprácticos, por igual. ¿Cómo debe entonces rendir cuentas el Derecho? Durante el contenido de esta obra la discusión emplea la Ética como base para sostener diversas fundaciones legales, presentando un posible punto de partida inigualable en sus ventajas, ya que, cuando se toman en cuenta los principios directrices de lo que comúnmente se conoce como el bien, a pesar de que existen disensiones en cuanto al modo o medida, no a la prescripción, hay al menos la esperanza de que se trabaja en la construcción de una moralidad social, esto es que permanece vigente el viejo ideal griego de la vida buena.

Una vieja discusión de las relaciones entre Ética y Derecho conduce ineludiblemente a tratar de los valores que nutren ambos campos normativos del comportamiento social. Dividimos el

libro en dos apartados, aunque reconocemos que no hay una separación tajante entre las cuestiones tratadas en ambos, habida cuenta de que la eticidad funciona como un canal comunicante entre las instituciones del sistema jurídico, inseparable a ellas y presupuesto de todo el ordenamiento legal, como basamento de sus preceptos

Como quiera que sea, hemos querido agrupar las ponencias que abordan el tema de los derechos humanos como una parte independiente, ya que tienen en común el abordaje del concepto que para los mexicanos adquiere una importancia trascendental, desde la reforma constitucional del artículo primero de la Constitución general de la República, pues encierra un cambio metodológico y de paradigma que transforma la nota de hermético que tenía el sistema jurídico nacional al dejar una vía abierta para el ingreso de criterios, tendencias y argumentos o postulaciones que tendrían un *sitio* exógeno al Derecho positivo de no existir tal apertura. De este modo, el segundo apartado de esta obra es: Eticidad y derechos humanos, con una clara identidad y sustento. La primera parte se ha conformado por exclusión, aglutinando todos los capítulos de tema diverso al enunciado.

### ÉTICA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

El primer capítulo, de Juan Ricardo Jiménez Gómez, gira en torno a los postulados clásicos del sistema jurídico, en el entendido de que todas las ramas del Derecho proceden de una segregación del *Ius civile*, y que sus principios torales, su sistemática y su raíz, permanecen en el campo del Derecho civil, considerado Derecho común, supletorio de las normas especiales. En su texto, el autor sostiene que la tarea del Derecho es justificar la normatividad según las prácticas aceptadas por la población: esto es, lo que se entiende por Moral. Ésta es manifiesta en la práctica jurídica, por ejemplo, cuando las consideraciones éticas del juez se convierten en Derecho según sus resoluciones. El paso del tiempo, y su correspondiente revaloración de representaciones conceptuales han puesto al Derecho en crisis, generando escepticismo respecto a la importancia de las buenas costumbres. No obstante,

actualmente existen nuevos instrumentos normativos con contenido ético, lo que constituye una evidencia del regreso a la preocupación por el contenido de eticidad en la ley.

Raúl Ruiz Canizales plantea que la distinción entre Ética y Moral debe definirse, sobre todo si lo que se desea es partir de principios filosóficos (no sólo de costumbre sin razón) para elaborar el Derecho o la ley. El autor aborda el problema de si a la mayoría le asiste la razón, y si esto es motivo para elaborar el Derecho según sus preferencias, o si el principio de igualdad establecido por la ley protege también a las minorías para que no se violente su voluntad. Borda sobre el problema que significa construir lenguaje jurídico valiéndose de interpretaciones en términos como “justicia” “igualdad” “principio de razón”, etc., ya que son cosas abstractas que no se terminan de comprender.

Gerardo Servín Aguillón explica que el eslabón que une a la Ética con el Derecho es el siguiente: el hecho de que la Ética se preocupa por definir qué es lo bueno, y esto en consecuencia tiene una relación con la felicidad individual y colectiva, pues aquello que es bueno tiene que ser bueno para todos y tiene que ser pensado para generar bienestar a todos. El autor argumenta que la ley no tiene otra finalidad más que hacer felices a los hombres, pero esta felicidad no se logra consumir porque el Derecho se encuentra viciado por aspectos negativos. A partir de ahí, usa argumentos en contra del positivismo, y esgrimiendo el Derecho natural para justificar que el derecho a la vida es de tal importancia que es erróneo autorizar medidas contra de ella, aunque sean volitivas y personales (aborto, eutanasia, etc.).

Ricardo Ugalde García inicia su tema de la Ética en el Derecho social estableciendo algunos esquemas introductorios a las nociones de Derecho y Ética, en conjunto con algunas otras tales como “historia” y “propiedad”, que se entrelazan con las primeras. Estos esbozos, concisos, breves y relacionados entre sí, permiten un acceso diferente a la comprensión de conceptos necesarios para avanzar en la dirección correcta del estudio de las circunstancias determinantes del ambiente jurídico/político actual. Propone interpretaciones, por ejemplo, de cómo nace el Derecho, para invitar a continuar la construcción y evaluación de

los principios que legitiman el uso de expresiones como justicia o igualdad.

Para Carlos Rojano Esquivel, existe un “bien” universal al que no atendemos, basado en principios perennes (libertad, igualdad, justicia, amor, etc.); este bien se llama “paz”, y esta paz hoy día se encarna en la organización de las Naciones Unidas. El Derecho internacional representa una de las labores más completas y más acertadas para tener una guía de cómo debe de elaborarse un Derecho más humano. Se citan acuerdos y pasajes de esta organización y algunas otras semejantes para desautorizar al Derecho positivo y avanzar teóricamente a favor de un Derecho más naturalista. La religión sirve como un fuerte adhesivo para estos argumentos ya que la utiliza el autor para generar una conciencia de especie, escribiendo que la humanidad es una familia entera, y, si permitiéramos la entrada a una nueva luz, debería de iluminarnos para esbozar un Derecho mejor.

Como lo entiende José Martín Hurtado Galves, el concepto de Ética está inacabado y aún es muy oscuro. Las definiciones no son concluyentes, y pensar en un concepto único de Ética no tiene sentido. No existe una Ética para todos, siempre se divide, al menos, en minorías o mayorías. La Ética no puede ser impuesta, sólo propuesta, para elaborarse y consumarse en un momento dado, para un sector particular, usando un diálogo donde participan todas las voces que sean relevantes para llegar a una conclusión que satisfaga a todos, pero, sobre si la Ética trasciende lo personal, lo comunitario, o inclusive lo nacional, hay que determinar lo también.

En su contribución titulada “La Ética en el derecho a la ciudad”, Enrique Rabell García expone que la evolución urbana se ha desarrollado con tal rapidez que ha dejado el desarrollo del sentimiento comunitario atrás, y se cuestiona: ¿con tan sólo pertenecer a un Estado se generan obligaciones no sólo para con él, sino también para con nuestros semejantes? Si así fuere, es menester actualizar la normatividad para garantizar mejores condiciones a todos los integrantes de la ciudad, evitar la segregación, la condensación de poblaciones marginadas, y garantizar las condiciones necesarias para tener una calidad de vida digna. Si se

tiene conciencia de esto, no sólo se obtendrá una mejor legalidad, sino también una mejor convivencia social. Con apoyo teórico, establece que los sectores desfavorecidos de la población tienen derecho a exigir la implementación de medidas que apunten a lo establecido anteriormente. La gente con menos recursos tiene derecho de exigirle al gobierno, para que el gobierno exija al resto de sus gobernados ayudar a los primeros.

Luis Octavio Vado Grajales sostiene que los funcionarios públicos (electorales) deben tener idea de lo que es correcto hacer (lo que es ético) según lineamientos ya antes establecidos (leyes o reglamentos procedimentales), teniendo en cuenta a las personas que representan, porque éstas cuentan con ellos para que realicen su voluntad. Esto es primordial en el proceso electoral, y la calidad de este sólo puede medirse según la capacidad de los funcionarios que se encargan de él.

La fundamentación del Derecho debe ser ética, enfatiza Bernardo García Camino. Pero ese mismo Derecho se usa como fundamentación del Estado para abusar del poder. Hay que superar esa paradoja de la siguiente manera: ¿Quién debe elegir (y cómo debe elegir) qué es lo bueno y que es lo malo? ¿Bajo qué criterios éticos debe formarse el Estado? Esto lo debe decidir la población, pues su gobierno es democrático. Si controlan democráticamente sus principios, son igualmente responsables de sus instituciones y consecuencias jurídicas.

En el texto de Gerardo Ribeiro Toral se discute acerca de si el hombre tiene derecho a utilizar de los recursos naturales y en qué medida. ¿Cómo se debe de regular la protección del medio ambiente? ¿Se puede regular? ¿Se puede proteger? ¿Bajo qué principios? Si se entiende que la naturaleza es un ser vivo, ¿cómo cambiaría esto el paradigma de explotación, de enajenación, de propiedad?

## DERECHOS HUMANOS

En el primer trabajo del segundo bloque del libro, Luis Eusebio Avendaño González parte de la premisa de que cualquier tipo de discusión sobre derechos humanos debe estar basada en la com-

prensión de sus fines como especie, de conceptos como naturaleza humana, dignidad e igualdad. Las costumbres no sólo son repeticiones de conductas o prácticas, sino que, lo acostumbrado va unido a la creencia de que lo normal es al mismo tiempo lo debido. Los derechos humanos sólo pueden ser garantizados a través del Derecho (no sólo “la ley”). Es después de Nüremberg que se distingue entre “Derecho” y “ley”: si los poderes públicos no están basados en el respeto, pierden legitimidad. Una conclusión recae a lo expuesto, la cual adquiere perfiles de provocación para nuevas disquisiciones: la discusión de los derechos humanos debe tener lugar en el discurso moral, y no en el discurso jurídico.

José Alfredo Rentería Estrada escribe que siendo los fundamentos ideales del Derecho tan excelentes como son la libertad, la justicia, la igualdad, resulta ridículo comparar toda esta generación de postulados con la realidad, donde no se requiere un esceptico para descubrir que no funcionan estas maravillosas teorías. Si ésta es la verdadera representación de las cosas (el fallo, el caos, la desigualdad, la tiránica explotación por medio de la fuerza - sea física o intelectualmente represiva-), es imperativo, para no seguir intentando construir sobre barro, regresar al origen. El origen de cómo percibimos la posibilidad de cambio, la generación del lenguaje jurídico o filosófico, y cómo nuestras ideas pueden estar o no dentro del campo de lo posible/realizable. Sólo así podemos, si no crear algo que funcione verdaderamente, al menos entender, cómo es que fallamos o qué es lo que falla.

Teresita Arroyo Córdova considera que las leyes deben contener descripciones humanas (no sólo hipotéticas). Para postular una idea como universal, se necesita hablar de lo que es común como especie, y entender cuál es nuestro objetivo. Después de la Segunda Guerra Mundial, se agotó la idea de que lo jurídico es la última palabra. El Derecho debe contener ciertos principios mínimos, imposibles de cambiar o ignorar. La meta no es traer nuevas simples referencias jurídicas, sino un nuevo posicionamiento ético.

La educación es el aspecto más importante cuando se trata de generar conciencia en lo que se refiere a la Ética, pues establece la cultura al educando, la cultura de su país, la cultura de

su comunidad y de su ambiente. Éste es un posicionamiento del trabajo de Pedro Morales Zavala, quien también argumenta que con la educación se desarrollan los valores necesarios para ser parte (positiva) activa en la sociedad. Se requiere impulsar la pedagogía en función de los requerimientos actuales; un mejor apercibimiento de lo que significa ser humano en México. La ley interviene regulando planes de estudios, programas educativos de alcance mayor al actual, y garantizando la accesibilidad de dicha educación.

El último capítulo que integra le obra es de Javier Rascado Pérez. Una reflexión suya denota todo el texto: se ha vuelto insostenible la justificación del positivismo al ponderar sobre las consecuencias que ha acarreado su cabal aplicación. La ciencia jurídica debe actualizarse según las necesidades. Si no existiera realmente una verdad que explicara todas las cosas, como el positivismo pretendía, se tiene que tomar una postura más relativa, una postura desde la Ética y la Moral, que fueron anteriormente excluidas, generando la crisis actual. El Estado de Derecho no puede ser construido con una rigidez puramente científica. Una nueva ponderación exige reposicionamientos de distinta naturaleza, no sólo de ley, sino también de la Ética (no sólo pensar lo que es correcto según una norma establecida, sino interpretar por qué la norma se hizo así en primer lugar).

\*\*\*

Los ensayos de la obra *Ética y Derecho. Discusiones sobre los valores y su postulación en lo normativo jurídico* constituyen una propuesta de discusión acerca del cambio de paradigmas: ofrecen perspectivas distintas a las actuales, contrastando ideas o integrándolas a veces, enriqueciendo la construcción de una representación de la realidad distinta, más acorde al pensamiento humanista, proveyendo críticamente nuevas herramientas intelectuales para superar una herencia plagada de positivismo, relativismo y utilitarismo.

Creemos que una conclusión general de todos los que participan en esta obra colectiva es que los viejos conceptos y métodos

de análisis de lo jurídico, incluso lo axiológico normativo, no son ya aptos para la discusión contemporánea de la eticidad jurídica. Las características intrínsecas de la norma (heteronomía, exterioridad, coercibilidad, bilateralidad) no son idóneas como criterios diferenciadores de la norma ética y la norma jurídica, al menos en el ámbito de la eticidad jurídica, esto es de los contenidos éticos del Derecho. El Derecho positivo acoge en sus preceptos y postulaciones estándares provenientes de la Ética, y pasan a ser normas jurídicas. Los contenidos del Derecho pueden ser de diversa índole: étnicos, económicos, culturales, políticos, *i. a.* la eticidad. Entonces ¿para qué discutir la diferencia entre los dos ámbitos normativos? La tendencia actual de la legislación mexicana, desde luego inspirada en el ámbito internacional, es promover la incorporación de valores éticos en los ordenamientos jurídicos, desde la Ley fundamental del Estado, hasta los códigos de conducta ética sancionados por las autoridades.

Con este libro construido colectivamente por profesores de la Universidad Autónoma de Querétaro se cumple el objetivo de difundir su trabajo académico, enmarcado en el pleno ejercicio de la libertad de pensamiento, esencia misma de la Universidad, aquí dirigido a cuestiones axiológicas, sustentado desde luego en el ideal ético de nuestra *Alma Mater*: educar en la verdad y en el honor.

JUAN RICARDO JIMÉNEZ GÓMEZ / RICARDO UGALDE RAMÍREZ



I  
ÉTICA Y  
ORDENAMIENTO JURÍDICO



# LA ETICIDAD EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL. PROYECCIONES

Juan Ricardo Jiménez Gómez\*

*Para el iusnaturalismo más radical,  
aspectos de la moral son Derecho,  
y para el positivismo más radical  
el Derecho es también moral.*

GREGORIO PECES-BARBA<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La tarea dogmática del Derecho es buscar en la Moral justificaciones de las decisiones legislativas contenidas en las normas de conducta juridizadas. Los juristas han reconocido en el devenir de la historia del Derecho que éste hace acopio de elementos provenientes de otras disciplinas, especialmente del discurso filosófico, particularmente al usar *nomina ethica*, lo cual implica la posibilidad de un punto de anclaje, de un asidero de argumentos racionales que permite formular predicados sobre la moralidad del Derecho.

Una sentencia conlleva estas expresiones, tanto cuando el juez simplemente aplica el supuesto normativo al caso propuesto, como cuando ante el vacío o laguna del cuerpo legal aplicable, el operador del sistema jurídico se pronuncia en un sentido, hace uso de su criterio subjetivo, de su propia convicción ética, y formula proposiciones morales.

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la UAQ.

<sup>1</sup> *Ética, poder y Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 9.

Entonces, ¿cómo interpretar deviene en una cuestión de moral? Usar las reglas morales que están contenidas en el sistema jurídico es emitir predicados sobre conductas que le corresponden al juez decidir con efectos vinculatorios.<sup>2</sup>

En el sistema judicial hay una gran oportunidad para la decisión arbitraria del juzgador, y en cuya decisión no interviene ni la lógica ni la sistemática, sino una elección personal y particular del juez, su modo de apreciar la situación o caso que se ha sometido a su consideración, lo que permite decidir conforme a los valores éticos que ha asumido y forman parte de su conciencia y convicciones.

En nuestro tiempo, asistimos a un proceso social y político que ha desbordado en el plano de lo axiológico los otrora nítidamente diferenciados ámbitos de lo público y lo privado, para instituir la vigencia de reglas éticas allende los deberes tradicionales del servidor público. Esto no es indicativo en manera alguna de un retroceso de los valores éticos en el mundo actual, sino por el contrario una preocupación por fortalecer su vigencia y su postulación como guías de la conducta social, pública y privada.

\*\*\*

Parto de la lección inicial que todos los alumnos de Derecho estudiamos en el primer curso de Derecho Civil: la trilogía ética del Derecho es *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*, esto es el brocárdico atribuido al jurista Ulpiano, recogido en el Digesto<sup>3</sup> del emperador Justiniano en el siglo VI de nuestra era. Sin soslayar que algo semejante se aplique a los otros dos, hoy, el primero de esos principios éticos adolece de una profunda crisis, debido a la incertidumbre y vaguedad que ha adquirido la noción de lo “honesto”. La causa es la mutación de las condiciones de la vida social en tiempos recientes, y la reformulación de conceptos, ideas y creencias que ha prosperado

<sup>2</sup> David Lyons, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, trad. Estella Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 265.

<sup>3</sup> Juan Iglesias, *Derecho romano*, 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1983, pp. 94 y 103.

en la era de la globalización. Advierto que el estado actual es un momento consecuente a procesos ideológicos que se han sucedido a partir del fenómeno de la Ilustración, pasando por el laicismo,<sup>4</sup> la secularización, el racionalismo, el positivismo, y en tiempos más próximos la postmodernidad, que pone en tela de juicio prácticamente todos los estándares de pensamiento que alguna vez se sustentaron en la metafísica, la Ética y la religión.

Primero se produjo la reforma/revolución de los formatos políticos e ideológicos, cuyo objetivo era regular el funcionamiento del aparato coactivo del Estado, esto es las instituciones públicas y sus agentes, así como las relaciones del funcionariado con la sociedad civil y sus individuos. Había nacido el liberalismo político que consagraba los derechos del hombre, entre ellos la libertad y la igualdad.<sup>5</sup> Hubo que acuñar estos valores en el imaginario colectivo que recién había dejado de ser determinado por el mundo conceptual del Viejo Régimen, introducirlos en la mentalidad colectiva, en las creencias sociales, en el pensamiento de los hombres esta nueva filosofía; y el proceso requirió de varias generaciones.

Luego, en la alborada de la Revolución Mexicana se produjo una reformulación de tales derechos para darle un sentido social (las garantías sociales). Sin embargo, como fuerzas subterráneas de las cuales se alimentaba la vida social, el modo de ser de las personas no era diferente al concepto visionario del ideario burgués de los siglos XVIII y XIX. En el último tercio del siglo XX el mundo testimonia un movimiento político, filosófico y social que se caracteriza por cuestionar la ideología oficial, *i. a.*, la ideología jurídica, y desde luego en ella la Ética y sus valores contenidos en el ordenamiento jurídico.

Sin un plan general, sino caso por caso, figura tras figura, se fueron introduciendo modificaciones en el sistema jurídico, las

<sup>4</sup> Georges Ripert, *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1951, pp. 65-66.

<sup>5</sup> La codificación civil del siglo XIX descansó en los postulados de la libertad y la igualdad. Véase José Castán Tobeñas, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, Reus, 1933, pp. 43-47.

cuales consistían en la negación de la pertinencia o plausibilidad de los valores éticos que servían de fundamento y justificación a instituciones del Derecho civil como el matrimonio, la adopción, la vida y el contrato. Puede decirse que se trata de un fenómeno que tiende a excluir los contenidos éticos de las figuras y de los conceptos del Derecho legislado.

Los valores éticos en la legislación mexicana, en específico en materia civil, han sido objeto de una transformación muy notoria ocurrida en el país desde finales del siglo xx y en lo que ha transcurrido de la actual centuria. El sentido de los cambios apunta a suprimir algunos valores o a modificarlos, con el resultado notable de una reducción de la eticidad en el mundo del Derecho. Este proceso no ha obedecido a un plan general de reforma legislativa o a la adopción de un nuevo sistema jurídico, sino a la incorporación de tendencias contenidas en decisiones judiciales de cortes supremas y tribunales internacionales, debido a un giro ideológico. No se advierte en aquella transformación una reformulación producto de reflexiones y posturas analíticas de la opinión común de los autores, sino de decisiones impulsadas en los parlamentos y en los tribunales que acogen planteamientos críticos respecto a instituciones, figuras y conceptos que hasta hoy constituían piezas clave de la tradición jurídica de Occidente. Lo notable aquí es que estos ejercicios de contradicción y negación que han producido reformas legales o criterios jurisprudenciales en los cuales se anulan o disminuyen en su eficacia los valores éticos tradicionales insertos en los ordenamientos jurídicos es una tarea que desde diversos emplazamientos se han erigido en nombre de uno de los más elevados valores éticos del Derecho universal, como lo es el de la libertad; además de otro valor del mismo cuño, de procedencia iusnaturalista, la dignidad humana. Una clave de todas las transformaciones es la pretensión de que el Derecho no prescriba o defina ni atienda en otros casos, determinados valores jurídicos. Entre éstos, se encuentran la buena fe, la culpa, la fidelidad, la lealtad y las buenas costumbres. Asistimos pues a una etapa de revisión de la eticidad del Derecho que en el campo de lo civil, esto es, el conjunto de normas referente

a la persona en cuanto tal, se desarrolla en los ámbitos familiar y obligacional. Me limitaré aquí a analizar el proceso en cuestión en lo tocante a la temática de las obligaciones civiles.

## *2. Lo ético en el Derecho civil*

Son casi miríadas de proposiciones y cuestiones las que los filósofos del Derecho han vertido para tratar de esclarecer las relaciones entre la Ética y el Derecho,<sup>6</sup> sobre la influencia de una disciplina en la otra, y los valores que se han trasladado de un campo normativo al otro. También ha sido ampliamente explorada la cuestión de si los valores éticos son objetivos o subjetivos.

Aquí no me ocupo de las posibilidades o pertinencia de la injerencia de los valores éticos en el ambiente del ordenamiento jurídico, sino que parto del hecho de que el sistema jurídico, al menos desde la Codificación continental, ya contiene en la regulación de diversos instrumentos, figuras e instituciones, elementos de clara naturaleza ética, lo que permite hablar de eticidad del Derecho. Si debió o no, y cómo se produjo y a merced de qué se llegó a tal inserción no es cuestión que deba abordar, pues me baso en el dato fáctico de la existencia del ordenamiento positivo vigente. Veamos pues a continuación algunos pasajes del discurso jurídico codificado que constituyen una aserción de que el Derecho recoge normas cuyo contenido o cuya función es inequívocamente ética.

En este trabajo me ocupo de una cuestión más modesta y acotada. Se trata de mostrar cómo el Derecho civil, particularmente el apartado de los contratos y de la responsabilidad contienen valores éticos, lo cual quiere decir que hay certidumbre de que tales valores son objetivos, en tanto que están incorporados a las normas jurídicas, establecidas como pautas de comportamiento obligatorio por el poder legislativo a través del proceso formal previsto para que su emisión sea válida. Es un hecho que ya están colocados en la órbita del mundo normativo jurídico.

<sup>6</sup> Camilo Tale, "Moral y Derecho positivo (comparación y relaciones)", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 14, www.rtf.d.es, 2011, *passim*.

En esta tesitura, deseo: *a)* mostrar y enfatizar lo encomiable de tales valores éticos; *b)* analizar el progresivo debilitamiento y reducción de los elementos éticos en el referido ambiente normativo, merced a una ola crítica procedente del relativismo moral, y *c)* ponderar la conveniencia de conservar y reafirmar un núcleo axiológico esencial en dicho espacio normativo como una garantía de los valores plausibles para las relaciones entre las personas, girando en torno a los parámetros de lo bueno y de lo justo, ante la vista de una avasallante ofensiva de sectores de la sociedad que han derrumbado casi todos sus íconos conceptuales, a veces con poca reflexión sobre las consecuencias de ese enconado proceder, sólo bajo el manido argumento de la libertad personal mezclado con la tesis del escepticismo moral.

### *3. Del precio justo a la libre determinación*

En el sistema jurídico que rigió en el Imperio Español, *i. a.*, en la Nueva España/México, en materia contractual regía el principio del *iustum pretium*, que restringía las decisiones de vendedor y comprador para fijarle precio a la cosa enajenada, y su violación traía aparejada una acción judicial de naturaleza resarcitoria.<sup>7</sup> Esta protección que se extendía al arrendamiento, permuta y otros contratos semejantes tenía como fundamento la reprobación del engaño, esto es, la realización de una conducta contraria a la ética. Este principio estuvo en vigor hasta la expedición del primer Código Civil mexicano (1870),<sup>8</sup> el cual, inspirado en los ideales del liberal-individualismo, y replicando la sistemática del Código Napoleón (1804),<sup>9</sup> introdujo un nuevo principio, el de la autonomía de la voluntad,<sup>10</sup> que permitía a las partes establecer

<sup>7</sup> Ley 2, título 1, libro X, Nov. Recop. Cito por la edición *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, t. II, 2ª ed. facsimilar de la de 1805, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1992.

<sup>8</sup> Néstor de Buen Lozano, *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, 1965, pp. 69-71.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 55 y ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 71. Con base en las tesis de Rousseau, la autonomía de la voluntad



el clausulado del contrato y determinar libremente, sin candelos, el precio de la venta. Con ello se desplazó el valor “justicia” del precio, subrogándolo por el de “interés”, lo cual constituye una mutación axiológica. Por otro lado, el Código civil vigente<sup>11</sup> estableció en su artículo 17 una protección para el caso de abuso de uno de los contratantes, y concedió al perjudicado una acción rescisoria, cuyo efecto era la ineficacia del acto o la reducción equitativa del precio.<sup>12</sup> Sin embargo, los supuestos que permitían hacer uso de esta figura rayaban casi en lo inverosímil o en la imposibilidad material, esto es, de difícil verificación en la vida social. Por lo menos se recuperó el valor ético de protección del individuo engañado, con lo cual podemos reconocer que dicho valor era la buena fe, en algún sentido, y en otro la lealtad al co-contratante porque ningún pacto puede sustentarse en la lesión a cualquiera de los signatarios. El Derecho simplemente no puede permitir, ni a guisa de la libertad o de la igualdad, la comisión de un contrato inmoral por lesión. Por ello, se hizo cargo de esta cuestión, atribuyéndole el carácter de vicio de la voluntad, lo que se traducía en la anulabilidad del acto jurídico.<sup>13</sup>

#### *4. La eticidad en las relaciones contractuales*

##### *La equidad*

El Código Civil incluye entre los principios jurídicos el de la equidad.<sup>14</sup> Su función sistemática consiste en servir de guía interpre-

postulaba que las obligaciones nacían de la soberanía de las partes contratantes libres e iguales, y que lo convenido era por ende justo. Véase Ramón Sánchez Medal, *De los Contratos civiles*, 15ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 57.

<sup>11</sup> Salvo mención expresa, todas las referencias al Código civil o a la legislación civil son del Código del ente antes denominado Distrito Federal.

<sup>12</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 7-8; José Antonio Márquez González, *Teoría general de las nulidades*, México, Porrúa, 1992, p. 277.

<sup>13</sup> *Cfr.* art. 2228 del Código civil.

<sup>14</sup> En el Derecho romano postclásico, la equidad significa lo mismo que *humanitas*, *pietas*, *benignitas*, *charitas*, *benevolentia*, con clara procedencia de la

tativa para resolver conflictos de intereses, para moderar la excesiva severidad o desventajas que la aplicación literal de las normas en materia de obligaciones establece el ordenamiento. La equidad es un valor ético supletorio que regula las obligaciones y los contratos para concretar el alcance de sus estipulaciones.

### *La buena fe*

La buena fe es reconocida como principio general del Derecho.<sup>15</sup> Es un valor que se recoge en diferentes instituciones de legislación civil, específicamente en materia de posesión y de contratos. La buena fe es una creencia que se traduce en una actitud y conducta que anima la voluntad de los individuos. El Código Civil le otorga el rango de prueba presuntiva en su artículo 3009, 2º párrafo, cuando establece que la buena fe se presume siempre, lo cual indiscutiblemente tiene una connotación ética.

En el mundo de las relaciones obligacionales lo que interesa es la exteriorización de la voluntad, del ánimo con el que los sujetos intervienen en el tráfico jurídico, y si bien es cierto que no se brinda por la doctrina un concepto uniforme de la buena fe, no hay obstáculo para que de manera casuista se reconozca una conducta determinada como arropada de la buena fe.

Como sucede en el caso de muchos valores jurídicos, respecto a la buena fe, también existe el desvalor, la mala fe, la cual también es regulada por el Código Civil. La eticidad de la ley civil se corrobora por las consecuencias que se otorgan a una conducta de buena o mala fe. Al individuo que obra de buena fe se le exonera de ciertas cargas, se le reducen los plazos, se le protege de la ineficacia y no se le agravan sus deberes jurídicos, en cambio, a quien actúa de mala fe se le agrava la sanción, se le duplican los plazos y se le responsabiliza de daños y perjuicios. Esta distinción entre lo que ha de considerarse como obrar rectamente o no hacerlo tiene un significado ético innegable.

equidad cristiana. Véase Iglesias, *op. cit.*, p. 98.

<sup>15</sup> Roberto H. Brebbia, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Rosario, Editorial Juris, 1997, p. 77.

### *Las buenas costumbres*

Convengo en que el término “buenas costumbres” es “extraordinariamente elusivo”.<sup>16</sup> Una de las más importantes discusiones en torno al concepto de las buenas costumbres, y en general de la moralidad tuvo lugar en el Congreso Constituyente de 1856-1857. En esta Asamblea de los representantes del pueblo se ingresó de lleno a una crítica del concepto de las buenas costumbres, lo que ubica a este escenario como momento clave en la construcción de una nueva concepción de la eticidad en el ordenamiento jurídico nacional.

Cuando se discutía el artículo 13 del proyecto de Constitución, que finalmente fue el 6º de la Carta Magna, se incluyó el “ataque a la moral”<sup>17</sup> como una condición que constreñía la manifestación de las ideas. A algunos diputados les pareció que esta expresión era demasiado vaga. Para Ignacio Ramírez era inadmisibles toda restricción en esta materia y la estimaba contraria a la soberanía popular.<sup>18</sup>

Esta tesitura de las intervenciones prosiguió al tratarse del artículo 14 del proyecto (7º de la Constitución), ya que hubo intervenciones que reflejaban la ideología tradicional así como la liberal, cada una con apelación a argumentos históricos, sociales, filosóficos y hasta religiosos. El diputado Francisco Zarco, quien sostenía que todos los hombres llevaban escrita en el fondo del corazón la moral, y que la calificación de actos o escritos inmorales la hacía la conciencia “sin errar jamás”, advertía que la limitación de la moral a la libertad de escribir y publicar escritos podía ser un instrumento de un gobierno perseguidor para callar y ultrajar a un escritor independiente porque “una máxima política, una alusión festiva, un pasaje jocoso de los que se llaman colorados, una burla inocente, una chanza sin consecuencia, se califican de escritos inmorales para echar sobre un hombre la mancha de

<sup>16</sup> Márquez, *op. cit.*, p. 249.

<sup>17</sup> Francisco Zarco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Senado de la República LX Legislatura, 2007, p. 102.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 105.

libertino”.<sup>19</sup> El diputado Cendejas por su parte, dijo que según la comisión, la moral era una cosa indefinible, y que cada cual la entendía a su modo. Apuntó que Holbach nos tenía por inmorales a todos los cristianos.<sup>20</sup> Intervino de nuevo Zarco para hacer una larga exposición sobre la historia de la imprenta y las vicisitudes que habían enfrentado los impresores, y señaló que: “la lengua de Platón, la lengua de la Biblia, la misma lengua francesa que hablaba el pueblo, estuvieron en riesgo de ser proscritas como contrarias a la moral”.<sup>21</sup> El diputado Ponciano Arriaga propuso que en el artículo en comento en lugar de hablar vagamente de la moral, se prohibieran los escritos obscenos, pues con ello y exigir la firma de los autores, ningún hombre honrado que se respetase a sí mismo, “se atrevería a ofender las buenas costumbres en un libro o en un periódico”.<sup>22</sup>

En uso de la palabra el diputado Mata dijo que se había atacado mucho la restricción que imponía respeto a la moral, y que ante los grandes abusos que se habían cometido en nombre de la moral, casi se pretendía proscribir hasta la palabra en todas las leyes y en el lenguaje común, pero proponía conservar la redacción de la comisión. Intervino también en esta discusión el diputado Garza Melo, quien manifestó que no se entendía lo que era la moral, pero que el Congreso sabía que era “el conjunto de los principios del Derecho natural y sabrá defenderla”.<sup>23</sup>

El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal define la ilicitud como la contrariedad a una ley o a las buenas costumbres. Este precepto tiene una dimensión sistémica extraordinaria, porque abre un espacio ilimitado para configurar el supuesto

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 115-116.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 140. Los diputados constituyentes quisieron disminuir la vaguedad del concepto de “moral”, y en el proyecto de Ley orgánica de la libertad de imprenta, presentada por los diputados Zarco, Prieto y González Páez, se consignó una conducta concreta que explicaba aquél, al establecerse que se faltaba a la moral defendiendo o aconsejando los vicios o delitos. *Ibidem*, p. 153.

de la ilicitud más allá de una infracción normativa, de manera que una persona puede incurrir en ilicitud sin violar la ley pero conculcando un deber sustentado en una práctica social objetiva y cierta. Un principio del sistema jurídico liberal establecía que el individuo podía hacer todo que no estuviera prohibido por las leyes, a lo cual se le conoce como el axioma de libertad.<sup>24</sup> Ahora bien atento lo dispuesto por el referido numeral del Código sustantivo civil, un individuo puede ser sancionado por realizar una conducta que sin contravenir un mandato normativo jurídico sí atenta contra un uso social considerado plausible en determinado lugar geográfico y momento histórico.

En la República Argentina, a partir de preceptos de factura similar a los mexicanos, con la misma razón, C. Tale plantea la cuestión de la siguiente manera:

Dichos preceptos, consecuentes con la filosofía jurídica liberal que tenía auge en la época en que se redactaron la Constitución y el Código Civil argentinos, expresan un despropósito, y por ello, en casos de conductas que infringen la moral y perjudican seriamente al prójimo, los jueces suelen dejar de lado esa primera parte del artículo 19 de la C.N., así como los arts. 55 y 910 C.C. Porque lo correcto es todo lo contrario de lo que dichos preceptos pretenden: La gente a veces está obligada a hacer ciertas cosas que la ley no manda, y está obligada a abstenerse de ciertas cosas que la ley no prohíbe, y cuando se vulneran tales reglas en perjuicio del prójimo, ello debe producir las pertinentes consecuencias jurídicas.<sup>25</sup>

Las buenas costumbres son las prácticas sociales, pautas de comportamiento que los individuos de una determinada sociedad consideran como adecuados, correctos, útiles o buenos. No

<sup>24</sup> Cfr. los arts. 2º de la Constitución política del Estado de Querétaro de 1879 y 9º de la Constitución local de Querétaro de 1917. Véanse *Constitución política del Estado libre, soberano e independiente de Querétaro Arteaga*, Querétaro, Imprenta de Luciano Frías y Soto, 1879; *Constitución política del Estado libre y soberano de Querétaro Arteaga*, Querétaro, Talleres Linotipográficos del Gobierno, 1917.

<sup>25</sup> Tale, *op. cit.*, p. 190.

están recogidos en ningún contenido preceptivo jurídico, sino solamente son usos sociales, que tampoco están escritos en ningún documento, simplemente existen y se nutren de la aceptación social de su pertinencia. Estas buenas costumbres han sido objeto de la crítica de filósofos y juristas en las últimas tres décadas, porque cuestionan su raíz misma, es decir, su esencia porque no aceptan que constituyan un deber para los individuos que gozan de libertad para normar su conducta, y porque mientras no haya un mandato legal, no se surtiría la obligación de acatamiento de la conducta ordenada prescrita por los usos sociales. Todavía la actual generación adulta creció con el concepto de que en la provincia, como en la ciudad de Querétaro de los años 70, imperaban las buenas costumbres, esto es, que todos los habitantes de la urbe tenían obligación de conducirse públicamente observando los usos sociales vigentes, los cuales eran conocidos por todos debido al hecho mismo de vivir en la comunidad, porque se aprendían en el seno del hogar y en las aulas escolares, y se practicaban en el trato social y en el simple deambular por las calles citadinas. Las buenas costumbres han sido el blanco de los ataques que aquellos que no reconocen que la sociedad pueda construir códigos de conducta considerados como “buenos”, porque para ellos el supremo rector de la conducta humana es la propia conciencia y su exteriorización en actos amparados por el valor de la libertad individual. Para algunos ha sonado la hora de la extinción de las llamadas buenas costumbres, con lo cual se produce una grave consecuencia en el sistema jurídico, porque se clausura una ventana de permisión del reproche a un agente que cause un daño conculcando precisamente un uso social perteneciente a las buenas costumbres. Esto quiere decir que la víctima de acciones fundadas en la contravención de un deber sustentado en las buenas costumbres no recibirá una reparación, no obtendrá una condena resarcitoria en su favor, porque sólo quedará vigente el concepto de la ilicitud como contrariedad a la ley, esto es, al Derecho positivo.

Las buenas costumbres son comportamientos no codificados, no hechos ley, pero no de menor importancia que los contenidos

en un precepto legal. No hablamos de reglas de comportamiento social conocidas como los convencionalismos sociales, rectores del modo de vestir o de la etiqueta en un banquete, sino de modos de comportarse en las relaciones con las demás personas. La conculcación de una pauta de los convencionalismos sociales a lo único que da lugar es al ridículo o al rechazo social, —no discriminación social— que se traduce simplemente en no convivir con el infractor, lo cual es otra expresión de la libertad personal.

En la actualidad, no obstante la oleada de ataques de que ha sido objeto, persiste el referente a las buenas costumbres. Éstas consisten en la serie de conductas plausibles sustentadas en el acatamiento de los principios morales vigentes en una sociedad determinada y en un momento también determinado de su historia. Lo que interesa para el mundo del Derecho es que la contravención de las buenas costumbres puede causar un daño, y entonces, hay una reacción del sistema jurídico. Si tal resultado no existe, no hay tal respuesta.

### *La exclusión de la violencia*

La proscripción de la violencia y el agravamiento de la situación del que obra violentamente en las relaciones intersubjetivas, o lo que es lo mismo, la ponderación de la conducta pacífica en las relaciones jurídicas es una manifestación ética que contempla el Código Civil (Arts. 1818, 1819 y 2233). Sistemáticamente la violencia se considera como un vicio de la voluntad, como un atentado a la libertad contractual, y su consecuencia normativa es la nulidad, esto es, la carencia de validez. La violencia puede ser física o moral. El tratamiento en la norma jurídica es indistinto, porque lo que se persigue es proscribir los atentados, las presiones o la alienación que produce en el ánimo de los individuos y que conculca uno de los ejes fundamentales de la ideología jurídica: el consentimiento libre como elemento de existencia de los negocios jurídicos.

### *Causa injusta o deshonesta*

La máxima “*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*” originada en el Derecho romano privaba a un individuo del derecho de acudir a los tribunales a ejercitar una acción para reclamar una pretensión nacida de un negocio injusto o deshonesto. El Código Civil recogió esta misma prohibición en la fracción III del artículo 1795. La justificación consiste en que siendo la misión de los jueces la administración de justicia, es inaceptable dar cauce a una demanda basada en un acto o hecho injusto, ilícito o deshonesto, porque ello contrariaría la finalidad ética del sistema judicial.

### *Los deberes morales*

El artículo 1894 del Código Civil establece que el que ha pagado para cumplir un “deber moral” no tiene derecho a exigir la repetición de lo pagado.<sup>26</sup> El Derecho no reconoce las obligaciones morales o naturales, y por ende les ha privado de tutela judicial. Pero si el que es deudor en ellas, impulsado por su conciencia del deber, paga, no puede luego acudir a los tribunales a demandar que le sea devuelto lo pagado alegando que no estaba obligado a hacerlo. Hay aquí un signo incuestionable de eticidad.

¿Por qué el legislador niega la restitución al que pagó sin la amenaza de la coacción judicial? Porque se reconoce que sí había una deuda, sustantivamente, y que sólo dependía de la conciencia del deudor pagarla o no. Si lo hizo ignorando que no estaba obligado a pagar, el legislador decide que sí se había hecho un pago, esto es, que se había cumplido el deber de satisfacer la prestación comprometida, en lo cual se decanta un principio de justicia conmutativa.

### *La lesión*

La lesión se contempla en el actual Código Civil en el artículo 17. Pero a la vez se le ubica como causa de nulidad relativa de los

<sup>26</sup> En el Derecho romano postclásico, el que pagaba una obligación natural no tenía derecho de repetir. Véase Iglesias, *op. cit.*, pp. 409 y 411.



contratos (Arts. 1,795, fracción II, y 2,228), en tanto que vicia la libre voluntad. Antiguamente era el supuesto de fondo de la rescisión cuando pasaba de la mitad del justo precio.<sup>27</sup> Lo que ocurre ahora en la legislación liberal es que se asocia a la lesión el engaño o aprovechamiento que una parte hace de las condiciones de su contraparte, como la extrema ignorancia, o la notoria inexperiencia, porque en tales condiciones no puede haber un ánimo libre, un claro discernimiento para dimensionar el alcance desproporcionado de la prestación que se va a asumir. De esta manera, confluye la protección del débil, como en el caso antiguo de los pobres, con la protección contra el engaño, y en ambos supuestos se trata de un elemento ético.

### *La lealtad contractual*

Sin que exista un precepto de la legislación sustantiva civil que lo contenga literalmente, el valor de la lealtad entre los contratantes constituye un deber que nace por la celebración del contrato<sup>28</sup> y consiste en que cada una de las partes asume el compromiso de no defraudar, engañar u obtener ventajas de la otra acudiendo al expediente de incluir cláusulas oscuras o ventajosas. En el pasado se concedía la acción de dolo a aquél que había sido engañado causándosele perjuicio, su efecto era la restitución y el pago de daños y perjuicios. El Código Civil contempla este mismo mecanismo bajo la figura de la nulidad de los contratos por causa de dolo.

### *5. El fundamento ético de la responsabilidad civil*

La responsabilidad civil es una obligación de segundo grado, consecuencial, porque nace de la violación de un deber jurídico

<sup>27</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. III, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 651.

<sup>28</sup> La lealtad también se entiende como fidelidad, pues consiste en la observancia de la fe que se debe. Véase Real Academia Española, *Diccionario de Autoridades*, edición facsímil, A-C, Madrid, Gredos, 1990, p. 373.

primario: el deber general de respeto consistente en no causar daño a otro. Éste es su fundamento moral, una “gran regla moral que nos prohíbe dañar a tercero con nuestros actos, cuando éstos son ilegítimos o el daño podía evitarse”. Pero también es una regla jurídica, abstracta y general, “que se impone a los hombres de cualquiera circunstancia”.<sup>29</sup> Para Rojina Villegas, el deber general se deduce del sistema jurídico, y consiste en que “nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si el Derecho no faculta para ello”.<sup>30</sup>

Una de las instituciones fundamentales del sistema jurídico liberal fue la responsabilidad individual por culpa.<sup>31</sup> Su principal tesis se expresa en el artículo 1382 del Código Napoleón. Conforme a este principio, el perjudicado deberá acreditar la culpa en que incurrió el agente para demandar la responsabilidad. A este sistema normativo se le conoce como de la responsabilidad subjetiva.<sup>32</sup>

### *El fundamento de la obligación de reparar el daño*

El deber de reparar el daño en que se concreta la responsabilidad civil clásica se funda en un reproche al agente que lo causa, en razón de haber realizado una conducta que se estima incorrecta, una falta, y por ende un hecho culpable. Si el deber de reparar es una sanción<sup>33</sup> —entendida como consecuencia— por la conculca-

<sup>29</sup> Ripert, *op. cit.*, p. 265.

<sup>30</sup> Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 5ª ed., México, Porrúa, 1985, p. 142. Para De Ángel Yáñez, ese enunciado es “quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”. Véase Ricardo de Ángel Yáñez, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989, p. 21.

<sup>31</sup> De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 88.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 92; Ripert, *op. cit.*, p. 264.

<sup>33</sup> Nuevamente acudo a De Cupis para traer a colación un planteamiento alusivo a la sanción como consecuencia de la causación de un daño: “El daño antijurídico se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina contra él. La reacción asume, ciertamente, la fisonomía más definida, de sanción”. Véanse Adriano de Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabi-*

ción de un deber primario consistente en el deber de respetar la esfera jurídica ajena, cuando un sujeto, de manera intencional contraviene este principio, es muy sencillo atribuirle el reproche, e imputarle una responsabilidad. Esta sanción —observa De Ángel— responde a “una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica”.<sup>34</sup> Hay grados de esa falta, de esa conducta inadecuada, como el descuido, la irreflexión, la imprudencia o la negligencia, que consisten en la omisión de la conducta apropiada para evitar un daño.<sup>35</sup> La responsabilidad debe en justicia ser congruente con esa gravedad.

Las profundas transformaciones en el modo de ser de la economía y las relaciones de los factores de la producción, el maquinismo y la complejidad de la vida moderna llevaron a una modificación en el esquema clásico de la responsabilidad civil. En la llamada responsabilidad objetiva, esto es por los riesgos de las cosas peligrosas, hay daño injusto, pero no siempre puede ser atribuido a dolo o culpa.<sup>36</sup> Por otro lado, a veces era muy difícil, casi un imposible que el perjudicado pudiera demostrar la culpa del agente. De ahí que con sentido claro de socialización del Derecho civil se introdujeran, tomando los antecedentes del cuasidelito del Derecho de los latinos, las figuras de la *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando* o teoría de los riesgos. Se trata de una nueva motivación ética, porque los que obtienen ventajas de las cosas peligrosas, el maquinismo, deben soportar también las consecuencias de la operación de tales cosas, entre ellas la causación de daños a víctimas sin culpa o negligencia.<sup>37</sup> Su funda-

*idad civil*, trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 92; Rojina, *op. cit.*, p. 119.

<sup>34</sup> De Ángel, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>35</sup> En el Derecho justiniano, el primer grado de responsabilidad proviene del *dolus*, la intencionalidad, y el segundo de la *culpa*, que también tiene grados: *lata*, *levis* e *in concreto*. Véase Iglesias, *op. cit.*, pp. 514-515.

<sup>36</sup> Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 309.

<sup>37</sup> En un planteamiento ya casi secular, pero que no ha perdido su pertinencia, decía el jurista español José Castán Tobeñas: “La responsabilidad sin culpa puede y debe ser objeto de algunas aplicaciones concretas, sin perjuicio de

mento es la justicia distributiva, porque se traslada la asunción de los peligros de las víctimas de los daños a quien ha creado y se aprovecha, aunque lícitamente, de los riesgos.<sup>38</sup> El grado de reproche se omite, porque se atiende a otra causal para condenar a la reparación que es la protección de las masas, del público.<sup>39</sup> Finalmente, las legislaciones actuales contemplan una gama de soluciones sobre la responsabilidad civil, pero se conserva la preeminencia del principio de la responsabilidad subjetiva, *i. e.*, por culpa, dejando como excepcional la responsabilidad objetiva o por riesgo.<sup>40</sup>

### *La idea de culpa*

La culpa es un concepto que ya estaba reconocido por el Derecho romano.<sup>41</sup> No puede atársele indefectiblemente a un credo religioso, en particular a la noción de pecado. El liberalismo de la Francia y su Revolución burguesa le atribuyeron un sentido de error en la conducta, de falta, y como los juristas de mil años antes, la clasificó según su gravedad, y atribuyó consecuencias dependientes de ésta para el “culpable”. El enunciado del artículo 1382 del Código Napoleón es definitorio: “Todo hecho cualquiera del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cuya falta ha acontecido”.

La noción de culpa se fijó en el Derecho civil moderno como, a decir de De Cupis, un estado anímico que, respecto a un daño

mantenerse como básico el principio de la esencialidad de la culpa. Razones de equidad hacen aconsejable adoptar el principio objetivo en aquellos casos excepcionales en los que la desigualdad de las situaciones haría notoriamente injusta la no reparación del daño causado sin culpa”. Véase Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 121.

<sup>38</sup> Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil*, 6ª ed., Madrid, Editorial Montecorvo, 1991, p. 515.

<sup>39</sup> Esta variación, que más bien es una adición al esquema de la responsabilidad subjetiva, la cual se diferenciará con el nombre de responsabilidad objetiva, es resultado de la socialización del Derecho. Véase De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 93.

<sup>40</sup> Santos Briz, *op. cit.*, p. 523.

<sup>41</sup> De Ángel, *op. cit.*, pp. 106-107.

concreto, es susceptible de ser considerado “reprobable”.<sup>42</sup> En nuestro país, el civilista Rojina Villegas, siguiendo el discurso del Código, habla de dos clases de culpa, una consistente en todo acto realizado con negligencia, descuido, falta de reflexión, y otra cuando se ejecuta con la intención de dañar, que recibe el nombre de dolo.<sup>43</sup> Este autor plantea que del sistema jurídico se desprende una norma general de interés público, que se puede enunciar así: “Está prohibido actuar con descuido, negligencia o falta de previsión”. De ahí que, si se infringe esta regla y se acusa un daño, le surge el deber de repararlo.<sup>44</sup>

Ciertamente, ha habido una permanencia de este sistema en la legislación civil, de modo que el eje del fundamento ético para la responsabilidad deriva de la culpa.<sup>45</sup> Mas de pronto, ante nuevos fenómenos sociales, el maquinismo, la masificación, los riegos, los accidentes, *i. a.*, se produjo una censura de esta postura tradicional, y se ha reprochado a los juristas la inercia ante la necesidad de cambiar el fundamento de la obligación de responder de los daños a la mera causalidad, con el interés preferente de atender a la reparación de los daños, prescindiendo de toda idea de culpa. De Cupis ha respondido magistralmente a estas impugnaciones sosteniendo que “a la aceptación sin crítica de la tradición no debe sustituirse la acrítica repulsa de ella, que es la experiencia de múltiples generaciones, prueba forjada de la razón en el crisol de la historia”, aunque reconoce que las nuevas exigencias de la realidad social deben examinarse para “razonablemente introducir adaptaciones, limitaciones, correcciones”.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> De Cupis, *op. cit.*, p. 85.

<sup>43</sup> Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 142.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>45</sup> Por lo que respecta a la responsabilidad por el incumplimiento de los contratos, la culpa no funciona siempre como el fundamento del deber de reparar los daños, pues el deudor puede estar animado de la voluntad de cumplir, sin embargo, su insolvencia se lo impide. Un supuesto de análisis de la culpa del obligado como fundamento de la responsabilidad civil es esencial, por ejemplo, en las obligaciones de prudencia y diligencia. Véase Eduardo Bonasi Benucci, *La responsabilidad civil*, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 9-10; De Ángel, *op. cit.*, pp. 30-32.

<sup>46</sup> De Cupis, *op. cit.*, p. 209.

No veo la razón por la que debiera suprimirse en el Código civil la idea de culpa, en el sentido apuntado, pues la vida diaria nos muestra la incidencia de la naturaleza falible del hombre, capaz de incurrir en conductas que la sociedad estima como inadecuadas para la convivencia social, conducta que no realizaría una persona común y corriente colocada en el mismo supuesto que el agente. Y ni siquiera es preciso acudir a la idea del castigo, para no ingresar de una temática confesional con la que no se quiere vincular al mundo jurídico, sino a la de la necesidad de la reparación.

La culpa por sí misma, sola, no puede tener consecuencias jurídicas para el agente. Se requiere que vaya asociada a un resultado, que haya un daño, y una persona que lo resienta, es decir, una víctima.<sup>47</sup> Entonces es de justicia que se sancione al culpable del daño causado con el deber de borrar dicho daño, de restaurar la situación al momento anterior a la acción culpable dañosa.

Es más, la idea de culpa en el Derecho civil es congruente con la noción del hombre con libre albedrío, con la capacidad para decidir si obra bien o si obra mal, esto es si incurre en culpa. Como Ripert lo planteaba: “Basta, para que una persona sea responsable, que sea consciente y dueña de sus actos”.<sup>48</sup> Esa es la verdadera esencia de la persona humana, su capacidad de discernimiento, y su capacidad de afrontar las consecuencias de una conducta errónea, conculcatoria, *prima facie*, del deber de no causar culpablemente daño a otro. Por ello se robustece el carácter eminentemente humano del Derecho civil.

Pero también cabe la protección de la víctima de los riesgos de la vida moderna, matizando, excepcionando, y finalmente sin exigir la prueba de una culpabilidad, para que se haga justicia y se repare el daño. Por eso, cuando Ripert se preguntaba de dónde

<sup>47</sup> Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 119 y 160. Adriano de Cupis anota sobre este tópico una puntual aseveración: “Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno”. Véase De Cupis, *op. cit.*, p. 92.

<sup>48</sup> Ripert, *op. cit.*, p. 265.

provenía el argumento jurídico para obligar a reparar un daño a una persona “inocente de toda culpa”, señalaba con acierto que había surgido un nuevo valor ético no solamente por un pensamiento de justicia o de caridad sino por un profundo sentimiento democrático: la protección de la actividad de los débiles.<sup>49</sup> Con este nuevo fundamento, se cambió la idea de responsabilidad civil por la de reparación, haciendo caso omiso del análisis de la censura de la conducta del agente, sino centrándose en la víctima, en que ésta obtenga una reparación.<sup>50</sup> En realidad, podría fundarse una culpa incluso en el caso de la teoría de los riesgos (*culpa in vigilando, culpa in eligendo*), pero la solución del Derecho moderno ha sido eludir la cuestión, omitiendo la prueba de ese elemento, con lo que se hace caso omiso de un rasgo moral de la responsabilidad. Es una cuestión de eficacia normativa, porque, como escribía Ripert a propósito del ya multicitado artículo 1382 del Código francés: “si la prueba del daño es fácil, la de la culpa, y también la del vínculo de causalidad entre la culpa y el daño, son, a menudo pruebas diabólicas”.<sup>51</sup> Esta solución favorece sin duda a la víctima del daño, y con ello se acude a otro valor ético para solucionar una compleja problemática, y no se usa el viejo sistema de la culpa: como ya se ha señalado, la protección de la víctima, o si se quiere de los “débiles” o “inermes” individuos frente a los majestuosa cuanto temible civilización material y sus riesgos.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Un párrafo esclarecedor de G. Ripert en el que insiste en la sensibilidad democrática que pretende remediar lo injusto de daño causado a las víctimas por los costes de la civilización material y sus riesgos es el siguiente: “quienes gozan de la posesión de los bienes materiales crean, por la explotación de las cosas, nuevos riesgos; quienes carecen de riquezas sufren las consecuencias de esa explotación intensiva. Los autores de los daños constituyen una clase social; otra, la víctimas de los mismos. La parte más pobre de la población es, precisamente, la más expuesta: los obreros de la industria se hallan en contacto permanente con cosas peligrosas; los que circulan a pie son los atrapados por los automóviles”. Véase Ripert, *op. cit.*, pp. 263 y 294.

<sup>50</sup> De Ángel, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>51</sup> Ripert, *op. cit.*, pp. 266-267.

<sup>52</sup> Bonasi Benucci, *op. cit.*, pp. 31-32.

### *La ilicitud*

Según Rojina Villegas, lo ilícito es toda forma de violación de un deber jurídico, tanto del deber general de respeto ínsito en el sistema jurídico como de los deberes jurídicos concretos. Para él, hay una identidad de los hechos ilícitos con la culpa aquiliana.<sup>53</sup>

El Código Civil contiene en la ilicitud un mecanismo de depuración para los actos jurídicos que se realicen en contravención a los principios de justicia. Consiste la ilicitud, conforme a lo delineado por los artículos 1830 y 1910 de dicha Ley sustantiva, en el acto contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Excluyo el análisis del acto ilegal, esto es el que contraviene un mandato de la ley, y me referiré más adelante al acto conculcatorio de las buenas costumbres, vía ancha de la nota de eticidad legislada. La ilicitud tiene entonces una función descalificadora, de reproche, porque el ordenamiento la proscribiera. Esto ya es un criterio de eticidad, pero además, para el hecho concreto calificado de ilícito, el sistema del Código tiene prevista una consecuencia que consiste en negarle validez, no admitir que el acto ilícito produzca efectos, porque declara la nulidad absoluta del mismo cuando recae sobre el objeto del negocio jurídico.<sup>54</sup> También reacciona condenando y deshaciendo el acto cuando afecta la condición a que éste está sujeto o el fin o motivo determinante de la voluntad (artículo 1795, fracción III y 1831, Código Civil).<sup>55</sup> Esta ineficacia que recae sobre el acto ilícito impide que éste produzca efectos, y concede acción judicial para declararla a cualquier interesado. No se puede purgar el vicio ni por confirmación ni por el transcurso del tiempo.

Por último, cabe destacar que en la ilicitud priva un criterio finalista, pues aunque la conducta sea reprochable, se incurra en la violación del deber general de respeto, si no hay daño, no hay responsabilidad, porque lo que interesa al Derecho es tutelar la reparación del daño injusto.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 142. Para el concepto de la responsabilidad aquiliana, véase Iglesias, *op. cit.*, p. 499.

<sup>54</sup> *Cfr.* art. 2225, Código civil.

<sup>55</sup> Márquez, *op. cit.*, pp. 257-258.

<sup>56</sup> Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 160.



### *El daño moral*

La lesión causada en los bienes que integran el patrimonio no pecuniario de la persona, llamada por la doctrina “daño moral”,<sup>57</sup> es otra de las manifestaciones de la eticidad del Derecho civil, puesto que la figura se ubica en el apartado de la responsabilidad. No existe una definición acabada del daño moral, pero el artículo 1913 del Código Civil enuncia algunos elementos: el honor, los sentimientos, las afecciones, las creencias, la vida privada, la consideración que del individuo tienen los demás, la configuración estética, *i. a.* Tales aspectos, que constituyen los llamados derechos de la personalidad,<sup>58</sup> no tienen precio, no pueden ser valorizados monetariamente y por ello no pueden ser “borrados” como el daño material.<sup>59</sup> Por ello, el legislador introdujo diversos mecanismos para la reparación del daño moral: *a)* la noción de sanción por la transgresión de dichos valores; *b)* un resarcimiento, que supone en la apreciación pecuniaria en que se traduce la condena por daño moral una ausencia de “compensación”, sino un rol “satisfactivo”, y *c)* una posición mixta de ambas.<sup>60</sup> Lo que resulta definitivo es que la lesión causada a los referidos bienes no podrá nunca ser subsanada. Zannoni propone un concepto diferente, el de “reparación neutralizadora”, porque la reparación procura debilitar o neutralizar el agravio mismo.<sup>61</sup>

### *6. Las nuevas orientaciones de la eticidad que exceden el campo civil*

Paradójicamente, mientras declina y se pone en tela de juicio la eticidad de diversas instituciones del Derecho civil, a guisa de una nueva moralidad social, se postula la pertinencia de incorporar reglas éticas que regulen el comportamiento de los individuos, *v. gr.*, en la gestión pública, en la lucha electoral, en la

<sup>57</sup> Zannoni, *op. cit.*, p. 287.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>59</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>60</sup> Zannoni, *op. cit.*, pp. 303-305.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 363.

función notarial<sup>62</sup> y en el mundo de los negocios, campos en los que no se cuenta o no se exige una norma jurídica obligatoria.

### *Ética en los negocios*

De la protección de un individuo concreto, el co-contratante, que se buscaba en la ética del contrato *vis a vis*, se ha migrado al espacio del contrato de adhesión empleado por las grandes corporaciones prestadoras de bienes y servicios a la sociedad, en los cuales queda muy maltrecho el principio de la igualdad de las partes, así como el de la libertad contractual, pues el individuo realmente no está en condiciones de pactar las estipulaciones del negocio jurídico, ni una sola, pues todo se ha previsto por el otro contratante, es decir, la parte caracterizada por su preponderancia económica. En la práctica de las relaciones mercantiles entre consumidores, sólo una parte realiza esencialmente un acto civil: el consumidor. Había necesidad de que el Estado sustrajera de la órbita de las regulaciones de parte a parte la protección del consumidor y la colocara en un ambiente exógeno, de rara mixtura entre regulación de actividades mercantiles y derecho administrativo, pero con una clara intención de acotar los excesos a que daba lugar la impotencia del particular frente a los ya referidos clausulados cerrados del prestador de bienes y servicios. Otra vez interviene el elemento ético, pues se trata de proteger a una nueva clase de “pobres” o “menores”, a “los débiles”, es decir, estableciendo un beneficio para las clases mayoritarias de la población, a efecto de evitar que sean engañados por los comerciantes.<sup>63</sup> Una nota de este nuevo perfil ético es la permisividad y la efectiva ejecución que se ha visto en los últimos años en el ámbito

<sup>62</sup> La base del concepto de ética en la función judicial es que existe un “manto” que abarca la función del notario, al asignarle un conjunto de deberes éticos, cuya violación le hace incurrir en responsabilidad jurídica civil y de otras áreas. Entre los valores postulados se encuentran la lealtad y la solidaridad. Véase Teresa Delgado Vergara, “Ética en la función notarial”, en *Revista Notarial de Veracruz*, Núm. 27, Xalapa, 1 de agosto de 2016, pp. 8-13.

<sup>63</sup> Brebbia, *op. cit.*, p. 204.

comercial del registro del contrato de adhesión en la Procuraduría de la Defensa del Consumidor, como una garantía de que, revisado en sus aspectos jurídicos y éticos por personal competente de esa agencia pública, se puede recuperar la confianza de que se está en presencia de un contrato equitativo.

El mundo de los negocios no se ha amilanado ante esta nueva faceta de la protección de los derechos del consumidor, y ha lanzado una campaña que postula la ética en el desempeño de las empresas, que a la vez que atiende a los valores éticos en la celebración y en la ejecución de los contratos, busca recuperar la confianza en que en sus tratos se observa la fidelidad, honestidad y equidad deseables en un mundo de relaciones jurídicas guiadas en la justicia.

### *Ética en los comicios*

En época reciente la sociedad mexicana ha observado que los contendientes en las elecciones públicas suscriben pactos de “civilidad” en los que adquieren compromisos de ajustarse a campañas políticas en las que se respeten las reglas del juego comicial y no se afecten los valores de la vida privada, no se ataque la moral ni las buenas costumbres. En realidad no se necesitan tales acuerdos para que los protagonistas de la lid electoral queden incursos en los deberes de conducta que se inscriben en tales acuerdos, porque están obligados de suyo, por la eticidad presupuesta para todo integrante de la colectividad, pues no por estar en una competencia para acceder a los cargos de elección popular, los dirigentes, los partidos y los candidatos deberían asumir deberes especiales o particulares distintos a los que cualquier ciudadano. El deber general de respeto de no afectar injustamente la esfera jurídica de otra persona no requiere estar estipulado en ningún mandamiento legal ni convencional. En este tenor, la suscripción de los acuerdos de civilidad y eticidad más suena a estrategia político-electoral que a una tendencia plausible postulada por los actores políticos. Como quiera que sea, es una contribución discursiva al tema de la creciente eticidad en las relaciones sociales.

### *Ética en el servicio público*

En el Estado contemporáneo, se ha introducido la ética al discurso de los códigos del ámbito público. Se habla de una exigencia de que los individuos que “desempeñan una función, ya sea en el Gobierno, en una universidad, en una empresa del Estado o privada tengan una conducta ética”.<sup>64</sup> Para atender esta tendencia, se han estructurado diversos catálogos de principios y valores éticos a los que deben ceñirse en su quehacer oficial los servidores públicos.

En 2014, el Constituyente Permanente del Estado de Querétaro incorporó a la Constitución local el vocablo “ética” y un punto programático institucional y de los servidores públicos consistente en la elaboración de un “Código de Ética”, con el propósito de transparentar la actuación de los agentes del poder público ante la sociedad.<sup>65</sup> En la parte medular de esta enmienda se postula: “Éstos —los administradores— deben fundamentalmente perfilar una actitud ética de servicio, mediante la instalación de valores que hacen a la esencia misma de la función pública la base sobre la que puede decirse cómo debe ser la Administración Pública, qué se espera de los funcionarios, cómo debe ser su con-

<sup>64</sup> Considerando 3, tercer párrafo, de la Ley que adiciona un sexto párrafo al artículo 3 de la Constitución Política del Estado de Querétaro, del 24 de febrero de 2014, publicada en el periódico oficial del Gobierno del Estado *La Sombra de Arteaga*, Querétaro, abril 4 de 2014, p. 4059.

<sup>65</sup> *Cfr.* Ley que adiciona un sexto párrafo al artículo 3 de la Constitución Política del Estado de Querétaro, *cit.*, El numeral en comento quedó de la siguiente forma: “Artículo 3. Las autoridades estatales...

El Estado adoptará...

Toda persona tiene...

Se reconoce él...

En el Estado...

En el Estado de Querétaro el Gobierno se sustenta en el valor de la ética, por lo que todos los entes públicos cuentan con un Código de Ética, mediante el establecimiento de una adecuada política, la creación de un comité de ética formalmente constituida y de la realización de la capacitación y difusión en dicho valor”. Véase *La Sombra de Arteaga*, Querétaro, abril 4 de 2014, p. 4063.

ducta, brindando a los ciudadanos los parámetros para valorar la conducta de los servidores públicos”. En otra parte del mismo texto se afirma que es una tarea del legislador queretano proponerse “fomentar y consolidar la ética en el servicio público en nuestra Entidad, como un valioso instrumento para luchar contra la corrupción”.<sup>66</sup>

Esta reforma constitucional tiene tres ejes: a) el normativo, consistente en la redacción del catálogo de valores éticos;<sup>67</sup> b) la designación de un cuerpo colegiado de agentes públicos encargados de tomar decisiones sobre la eticidad en los casos ocurrentes, conforme a lo previsto en el código de ética, y c) la capacitación del personal en los valores éticos. ¿No se supondría que todos los servidores públicos poseen el mismo catálogo axiológico en tanto que individuos de una comunidad que tiene establecidos determinados parámetros éticos, más aún cuando para el acceso al servicio público se exigen mayores requisitos que en cualquier otro empleo precisamente por la naturaleza del trabajo público? Precisamente por la naturaleza del servicio en el gobierno, es justificable que los funcionarios y empleados públicos tengan atribuido un mayor cúmulo de deberes que cumplir que un habitante común. Desde antiguo, ha sido plausible la exigencia de que los individuos arropados con las mejores virtudes, *i. e.*, la asunción y compromiso personal con los más altos valores sociales, entre ellos los morales, sean los que accedan al desempeño de las funciones públicas.<sup>68</sup>

Queda pendiente la cuestión de si el incumplimiento de tales cánones de conducta justifica una causal de responsabilidad

<sup>66</sup> Véanse los considerandos 1 y 14 de la Ley que adiciona el artículo 3, *cit.*, pp. 4059 y 4063.

<sup>67</sup> El 28 de junio de 2016 el gobernador del Estado expidió el Código de Ética de los servidores públicos del poder ejecutivo del Estado de Querétaro. Véase *La Sombra de Arteaga*, Querétaro, junio 30 de 2016, pp. 7952-7958.

<sup>68</sup> El gobernante ideal, un hombre virtuoso, justo, bueno, fue delineado en la antigua Grecia por Platón. Véase Bernardo Martos Quesada, “Actualidad y vigencia del pensamiento ético y político de Platón”, en *Hesperia*, Núm. 11, Grecia, Culturas del Mediterráneo, noviembre 2008, p. 57.

oficial,<sup>69</sup> o sólo se genera la desaprobación sin implicaciones legales. El problema consiste en que algunos de los “valores” preconizados como éticos en realidad tienen el carácter de deberes jurídicos laborales o esenciales del servicio público.<sup>70</sup> Mas lo verdaderamente importante de la expedición de estos instrumentos normativos es que se acredita y sustenta la tendencia creciente por la preocupación de la eticidad en el servicio público, que se inscribe en la postulación de una nueva moral regeneradora necesaria para enfrentar el mundo en crisis en que nos ha tocado vivir.

## 7. Conclusiones

Se advierte en tiempos recientes un proceso de desinstalación de los valores éticos en algunos tópicos del Derecho civil. Sin embargo, en otros órdenes de la vida social se enfatiza el ingrediente ético como matriz de las adecuadas y útiles relaciones intersubjetivas o para el desempeño de las funciones públicas. Se habla así de ética en el servicio público, de ética de los jueces, de ética en las relaciones comerciales, de ética en las contiendas comiciales. Surge así la paradoja de que mientras en el ámbito del Derecho privado, especialmente el concerniente a la persona humana se manifieste un reduccionismo o nulificación de la eticidad, por otro lado se insista y postule en los valores éticos como guía de la conducta humana en otros planos de la vida social.

No encuentro plausible que continúe sin oposición de los juristas el proceso de gradual desmantelamiento de los valores éti-

<sup>69</sup> El artículo 38, fracción III, de la Constitución de política del Estado de Querétaro estipula como valores rectores de la actuación de los servidores públicos los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Asimismo establece que aquellos serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones públicas. Véase *La Sombra de Arteaga*, Querétaro, marzo 31 de 2008, p. 2212.

<sup>70</sup> La cuestión de la sanción por el incumplimiento de un deber ético en todo caso se resolverá en los términos de una responsabilidad legal, como lo previene el artículo 12 del Código de Ética de los servidores públicos del poder ejecutivo del Estado de Querétaro.

cos rectores y definidores de las relaciones contractuales y de la responsabilidad civil, porque no se puede excluir de la naturaleza humana la posibilidad de incurrir en culpa en detrimento de otro, por lo cual el sistema jurídico, garantizado por él, debe reaccionar ante el atentado al bien jurídico protegido por el ordenamiento legal, a costa de quien ha ingresado en la esfera jurídica ajena, sancionando al agente del daño en beneficio del sujeto perjudicado mediante una condena al resarcimiento del daño, esto es una justicia restaurativa. Es una cuestión de supervivencia del orden y la paz sociales.

Si bien es cierto que cada época se identifica por su propio catálogo de valores éticos, no veo la revolución que lleve a cuentas, atada a su carro a la vez destructor y generador de un nuevo orden de cosas, el mandato, la demanda social en el sentido de modificar el legado de siglos que se encuentra contenido en la eticidad del andamiaje normativo que regula los contratos y la responsabilidad civiles. Antes bien observo una constante y decidida intervención del Estado (vía legisladores, principalmente) en las vetustas instituciones del Derecho civil como el contrato y la responsabilidad para promover nuevas soluciones a los problemas sociales con base a los valores éticos clásicos o reemplazándolos con nuevos conceptos de justicia y equidad.

La civilización puede virar en un movimiento pendular en sus formas de pensar y de creer, pero también es capaz de conservar y mantener lo digno de perpetuarse en el imaginario colectivo. Yo creo que la eticidad de que he tratado es merecedora de esta actitud, principalmente de los operadores del sistema jurídico y judicial, como guardianes de las justificaciones morales de las instituciones del contrato y de la responsabilidad civil que han permeado en el decurso de los tiempos hasta convertirse en una sólida y plausible tradición jurídica mexicana.

*Fuentes Consultadas*

- ÁNGEL YÁÑEZ, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989.
- BONASI BENUCCI, Eduardo, *La responsabilidad civil*, trad. Juan V. FUENTES LOJO y José PERÉ RALUY, Barcelona, Bosch, 1958.
- BREBBIA, Roberto H., *Instituciones de Derecho civil*, t. I., Rosario, Editorial Juris, 1997.
- BUEN LOZANO, Néstor de, *La decadencia del contrato*, México, Textos Universitarios, 1965.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Hacia un nuevo Derecho civil*, Madrid, Reus, 1933.
- Constitución política del Estado libre y soberano de Querétaro Arteaga*, Querétaro, Talleres Linotipográficos del Gobierno, 1917.
- Constitución política del Estado libre, soberano e independiente de Querétaro Arteaga*, Querétaro, Imprenta de Luciano Frías y Soto, 1879.
- CUPIS, Adriano de, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, Bosch, 1975.
- DELGADO VERGARA, Teresa, “Ética en la función notarial”, en *Revista Notarial de Veracruz*, Núm. 27, Xalapa, 1º de agosto de 2016.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. III, Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- FRONDIZI, Risieri, ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología, México, FCE, 1994.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1983.



- La Sombra de Arteaga*, Periódico oficial del Gobierno del Estado, Querétaro, marzo 31 de 2008; abril 4 de 2014 y junio 30 de 2016.
- LYONS, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, trad. Estella Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1993.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, *Teoría general de las nulidades*, México, Porrúa, 1992.
- MARTOS QUESADA, Bernardo, “Actualidad y vigencia del pensamiento ético y político de Platón”, en *Hesperia*, Núm. 11., Grecia, Culturas del mediterráneo, noviembre 2008.
- NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*, México, Fontamara, 2004.
- Novísima Recopilación de las Leyes de España*, t. II, 2ª ed. facsimilar de la de 1805, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1992.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y Derecho*, México, Fontamara, 2004.
- RIPERT, Georges, *El régimen democrático y el Derecho civil moderno*, trad. José M. CAJICA, Puebla, Editorial José M. Cajica, 1951.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, t. V, vol. II, 5ª ed., México, Porrúa, 1985.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 15ª ed., México, Porrúa, 1997.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 6ª ed., Madrid, Editorial Montecorvo, 1991.
- TALE, Camilo, “Moral y Derecho positivo (comparación y relaciones)”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 14, www.rtf.d.es, 2011.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1993.

ZARCO, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Senado de la República. LX Legislatura, 2007.

## DERECHO, ÉTICA DE MÍNIMOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

Raúl Ruiz Canizales\*

### 1. *Es ético hacer una acotación*

Entre la comunidad de los hablantes hay términos o expresiones que parecen aceptarse sin mayor debate y bajo los cuales se desarrollan todo tipo de discusiones según la disciplina en la que nos encontremos. Sin embargo, hay otras que irradian a prácticamente todas las disciplinas, como es el caso de la expresión ética y un conjunto de otros términos en directa conexión. En este primer apartado trataremos de describir la delimitación que existe entre la expresión ‘ética’, ‘moral’ y filosofía moral; no tanto sobre sus posibles acepciones —insistimos— sino en una sencilla acotación de tales expresiones con el propósito de marcar las coordenadas en las que nos encontramos cuando hablamos de *Ética* y *Derecho*, momentos en los que inevitablemente confluyen otras nociones propias de la filosofía política y la filosofía del Derecho.

No es infrecuente que en muchas de las disciplinas se utilice como sinónimo *Ética* y *Moral*. Esta sinonimia ha permeado una gran cantidad de textos que van desde las disciplinas llamadas “duras” como las denominadas “ciencias sociales”, pero escasamente se repara en la conveniencia de *la* —o *las*— acepciones más apropiadas para cada contexto. Se siguen construyendo todo tipo de discursividades en las que se tiene por sentado una significación que probablemente esté directamente

\* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

derivada de esa sinonimia. Si la condición de existencia del Derecho es el lenguaje, hay que tener cuidado con lo que estamos diciendo o, mejor dicho, con lo que estamos significando cuando de Ética<sup>1</sup> y *Derecho* se habla.

De hecho, si partimos de la arqueología conceptual que de estas expresiones se ha derivado, sabemos que original y etimológicamente comparten un mismo significado. Nacen emparentados a tal grado que en la vida cotidiana muchas de las expresiones<sup>2</sup> a ellas asociadas participan de la misma significación, es decir son expresiones cuya carga epistemológica ha sido colocada en una especie de doble institucionalización: la práctica y la académica. En ambas el uso de esa misma sinonimia parece tener una utilidad altamente aceptable, pero a pesar de ello —y para efectos de lo que aquí describiremos— el tipo de institucionalización que me interesa es el académico. Esto es así porque cuando hablamos de Ética y Derecho nos colocamos en un binomio que exige cierta rigurosidad metodológica en el manejo del análisis que gira en rededor de ellas. Lo mismo sucederá cada que asociemos el vocablo ‘ética’ con cualquier otra variable o concepto o, más precisamente, con cualquier otro concepto-variable.

Si el vocablo ‘ética’ (*ethos*), como se ha afirmado, se refiere, desde un punto de vista epistemológico, al modo-de-ser o al carácter desde el cual los hombres enfrentamos la vida y que vamos imprimiendo a lo largo de la existencia, entonces tal institucionalización académica de una de las significaciones de ‘ética’ se debe a la evolución o especialización de aquellas disciplinas que se han encargado del estudio de ese temperamento, de ese carácter que los hombres se van forjando en sus historias de vida mediante actos repetitivos, de los hábitos, virtudes o vicios que esos mismos actos generan.<sup>3</sup> Derivado de la naturaleza de

<sup>1</sup> Incluyendo los vocablos original e históricamente asociados a ellos (moral, virtud, valor, filosofía moral, entre otros).

<sup>2</sup> Tales como “calidad moral”, “virtudes morales”, “normas morales”, “valores éticos”, etc.

<sup>3</sup> Adela Cortina, *Ética aplicada y democracia radical*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, pp. 162 y 163.

ese objeto de estudio es como se ha echado mano de dos planos o niveles de acercamiento o de reflexión y lenguaje: *el nivel de la vida cotidiana y el nivel de la filosofía moral*.

Podemos adelantar que el *a*) nivel de la vida cotidiana se trata del nivel (cotidiano de vida) en el que los hombres han vivido con referentes morales. Bajo esta connotación se nos enseña que estos referentes morales forman parte de la vida cotidiana de los hombres, sean o no expertos en filosofía moral y constituye, precisamente, lo que se denomina *moral*. Ahora bien, las diferentes morales se caracterizan por llevar un apellido propio de esa vida cotidiana (moral católica, musulmana, calvinista, etc.). Es el equivalente, más o menos, cuando nos explican que en el *plano de la ciencia* las ciencias en particular construyen (o descubren), a través de una metodología adecuada, los principios que les son propios. Llevado a nuestra disciplina, *i. e.* el Derecho como ciencia, implica la idea de que cualquiera que sea el orden jurídico, todos ellos prescriben, es decir permiten, prohíben y obligan. Por su parte, *b*) el nivel de la filosofía moral, para efecto de lo que aquí abordamos, se refiere al nivel desde el cual se reflexiona sobre *la moral* vivida en la cotidianeidad, de modo que en este nivel se requiere de un lenguaje y aprendizaje especializado: el filosófico. Este quehacer es lo que se denomina *ética*. Ahora bien, huelga decir que las diversas éticas no llevan un apellido propio, sino un filosófico (Ética kantiana, comunitarista, utilitarista, dialógica, etc.). De ahí que la *Ética* (o las diferentes éticas), actualmente, analicen el fenómeno de *la Moral* y la moralidad en su conjunto y echan mano tanto del lenguaje como de los métodos patrimonio de la filosofía y de las tradiciones filosóficas. Su equivalente en el mundo de la metafísica (de la auténtica metafísica), es la filosofía de la ciencia, la cual describe, por medio de un lenguaje filosófico-epistemológico, cómo es el proceso de construcción del conocimiento científico. En nuestra disciplina equivaldría a la *ciencia del Derecho* (mas no al Derecho como ciencia), en la que los sujetos ahí involucrados describen los rasgos distintivos de todo sistema jurídico, es decir los elementos comunes que se advierten entre ellos.

Una vez que se ha delimitado el alcance de uno y otro nivel, podemos entonces compartir que la Ética es, ante todo, una disciplina filosófica, entendiendo la filosofía no en su acepción tradicional decimonónica (como la “madre de todas las ciencias”), sino como una *crítica* discursiva, propia del quehacer humano. En el campo de *la Moral* entran temáticas como las leyes y su contenido moral (mas no ético, acorde a la diferenciación que se ha hecho), las costumbres, las normas, los códigos de conducta, las tradiciones. La moralidad tiene en su acervo temático los rubros referidos a los llamados “actos humanos”, la libertad, la conciencia, la afección a terceros, etc. Una parte de la Ética, la Ética aplicada, por su parte, se aventura a orientar para la vida cotidiana. No enseña a ser felices ni cómo ser buenos ciudadanos ni buen padre de familia, etc., sino que orienta en la toma concreta de decisiones. En este sentido, si partimos de la distinción anterior surge obligadamente una pregunta: ¿A qué nos referimos cuando hablamos o cuando asociamos las expresiones Ética y *Derecho* (no Moral y Derecho)? Es decir, ¿en qué coordenadas estamos colocados cuando, por ejemplo, alguien propone, como base para construir la posibilidad de una moralidad objetiva, la toma de conciencia acerca de los fines que cumple la moral social?<sup>4</sup> En el primer caso depende de la idea central que se esté desarrollando, *i. e.*, si bajo el vocablo ‘Derecho’ se hace alusión a la *minima moralia* que para algunos se debe advertir en el contenido de una norma, entonces, en un primer acercamiento, podríamos afirmar la expresión ‘ética’ es usada como sinónimo de moral, es decir el mundo de los referentes morales, aquellos que forman parte de la vida cotidiana de los hombres, de la Moral que histórica y culturalmente han construido las comunidades. En este primer caso, es evidente que se habla desde la Ética como sinónimo de filosofía moral. El hecho de convocar a la reflexión sobre los fines que cumple una determinada moral social, nos coloca en el plano de la Ética (el nivel de la filosofía moral). En la segunda interrogante, podemos afirmar que también la expresión ‘moral’

<sup>4</sup> En este sentido véase Carlos Nino, *Ocho lecciones sobre Ética y Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2013, pp. 53-70.

es usada con el mismo alcance que en la primera pregunta, pues ella en sí misma nos coloca en las mismas coordenadas, en la de la filosofía moral, la Ética propiamente dicha. En otras palabras, en virtud de esa pregunta, orilla a quien la plantea a ubicarse en el nivel desde el cual se reflexiona sobre la moral vivida en la cotidianidad, pero, como lo advertimos, en este nivel se requiere de un lenguaje y aprendizaje especializado: el filosófico. En nuestro tema aquí sería, en todo caso, el filosófico jurídico. Esto último se entiende de mejor manera si tenemos presente dos herramientas útiles de la Ética contemporánea: la Ética teórica y la Ética normativa.

La Ética teórica se ocupa de aspectos tales como el estatus semiótico o el significado de términos tales como ‘bueno’, ‘correcto’, ‘deber’, ‘obligación’; sobre la utilidad o no de los términos primitivos para definir a los demás; sobre la posibilidad o no de definir los términos éticos en términos no éticos; sobre la susceptibilidad o no de calificar a los enunciados éticos como verdaderos o falsos; sobre si es posible o no confirmar o falsear a los enunciados jurídicos mediante la experimentación y la observación tal y como se hace con las proposiciones de las ciencias naturales. En otras palabras, la Ética teórica se refiere “(...) a los significados y funciones típicos de ciertos términos y enunciados y a las conexiones lógicas entre ellos. No son preguntas acerca de lo que debemos hacer o lo que debemos valorar.”<sup>5</sup> Las cuestiones sobre lo que debemos hacer o valorar son cuestiones normativas. De este último asunto se encarga la Ética normativa o filosofía moral. La Ética normativa, como rama de la filosofía, se encarga de descubrir, justificar y formular principios normativos (reglas de conducta) objetivos. En términos de Nakhnikian, un principio es objetivo cuando hay fundamentos que justifican su adopción. Con el agregado de que esos fundamentos deben autorizarnos a decir (o a calificar) que tales principios por ellos justificados constituyen criterios para criticar la validez ética de un código

<sup>5</sup> George Nakhnikian, *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*, 3ª ed., México, Fontamara, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (Núm. 5), 1998, p. 8.

moral dado.<sup>6</sup> Dentro de la Ética normativa se han dado algunos ejemplos de “principios pretendidamente objetivos”, tales como: “la felicidad es el bien máximo”; “decir la verdad es un deber incondicional”. Ahora bien, la determinación de si un principio es o no objetivo y en qué medida o sentido lo es resulta una tarea reflexiva propia de la Ética teórica, mas no de la Ética normativa. Dentro de la Ética teórica se habla de tipos de teorías éticas contemporáneas: el naturalismo, el intuicionismo, la posición no cognoscitiva y el neokantismo, entre otras. Ya se trate de la Ética en general (filosofía moral) o de la Ética normativa la regla que impera en ambas es la siguiente: para garantizar una discusión que se pretenda en el nivel de la ética hay que desprenderse de toda consideración (orientación) moral. De ahí que los enemigos de la Ética o los contaminantes de toda discusión ética (en el sentido de que restan objetividad, racionalidad y universalidad) sean el dogma religioso, el relativismo, el determinismo, el biologicismo; esto por la sencilla razón de que la función de la filosofía moral no es que las personas sean felices, sino dar razones de un escenario donde puedan serlo.

## 2. El Derecho entre la Ética de mínimos y la Ética de máximos

Las teorías éticas modernas cuentan con algunas nociones ampliamente útiles para el discernimiento de temas como el que aquí nos convoca. Una de ellas es la distinción entre Ética de máximos y éticas de mínimos.<sup>7</sup>

La primera de ellas orienta a los individuos, *i. e.*, a los miembros de una comunidad, sobre el fenómeno moral, dan razón de él en toda su complejidad. La Ética de máximos entiende la Moral (el fenómeno moral) como el diseño de una forma de vida felicitante. Operan el fenómeno moral desde la lógica del imperativo hipotético que más o menos se estructuraría así: “*Si quieres ser feliz, entonces debes...*” Así, la respuesta a la pregunta correlativa

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 9, n. 3.

<sup>7</sup> Cortina, *Ética aplicada... cit.*, pp. 202-206.



“¿Por qué debo?”, implicaría una aseveración con cierta dosis de obviedad: porque ese es el modo de alcanzar la felicidad, si quieres hacerlo. Ahora bien, dado que es comúnmente sostenido que a la felicidad todos los hombres aspiran<sup>8</sup> (aunque no la entiendan de igual modo), ese imperativo hipotético se traduce en imperativo cuasicategorico. Sin embargo, la objeción que se ha hecho a este tipo de éticas reside en que no deberían preguntarse “¿Por qué hay que ser feliz?”, sino en todo caso “¿Cómo hay que ser feliz?”. De lo anterior se deriva que la correlativa respuesta, por naturales razones, no debe o no puede referirse al fundamento de lo moral (no *la* moral), sino al *modo de serlo*. Esto es así porque, contrario a lo que se ha creído, la pregunta por el fundamento de lo moral no lo constituye la pregunta “¿Por qué debo (ser feliz)?”; no lo es porque el fenómeno moral es mucho más amplio que el ámbito del *deber*.<sup>9</sup> Por ello se explica a la Ética de máximos como “éticas conciliatorias”, es decir éticas enfocadas a dar consejos derivados de las experiencias vividas en primera persona o incluso desde la experiencia heredada de aquellos quienes han ganado nuestra confianza; en otras palabras, de sujetos en los que creemos porque confiamos en su saber y su saber hacer, en sus experiencias vivenciales; son pues, algo así como los prudentes de la vida cotidiana. Un ejemplo clásico de lo que constituye una Ética de máximos son los códigos éticos de conducta, tales como los códigos de Ética judicial<sup>10</sup>, los códigos de Ética parlamentaria, el propio decálogo del abogado, entre muchos otros.

<sup>8</sup> Adela Cortina, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 335.

<sup>9</sup> Cortina, *Ética aplicada... cit.*, p. 202.

<sup>10</sup> Este tipo de códigos van más allá del cumplimiento de las normas, sus autores son sabedores de que los principios, reglas y virtudes judiciales colocan al juzgador en una zona de plenitud encaminada al perfeccionamiento o excelencia judicial. De ahí que dentro de la ética de máximos los códigos de Ética judicial exijan a los juzgadores el mayor esfuerzo personal, la mejor disposición de ánimo, el superior desempeño en su labor: repudia al juzgador que se ciñe al mero cumplimiento de las normas, al juzgador mediocre, requiere ese plus que su misma tarea exige. Véase Javier Saldaña Serrano, “Diez tesis sobre ética judicial”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Núm. 36, enero-junio 2014, pp. 232-233.

La segunda de ellas, la Ética de mínimos (la *moral cívica*, por ejemplo), se enfocan y se limitan a proponer los mínimos axiológicos y *normativos* compartidos por la conciencia de una sociedad pluralista, mínimos axiológicos desde los cuales cada uno de los miembros de una comunidad debe tener (asegurada) la libertad para hacer, en los términos de A. Cortina, sus ofertas de máximos y desde los que los miembros de esa sociedad pueden tomar decisiones morales compartidas en los asuntos de Ética aplicada.<sup>11</sup> Visto así el alcance de la Ética de mínimos, surge entonces una inevitable interrogante, ¿qué es lo que está en juego cuando se explica que ésta se limita a proponer los mínimos axiológicos y *normativos* compartidos por la conciencia de una sociedad pluralista? Para responder a esta pregunta conviene aclarar varios puntos. El primero de ellos tiene que ver con el tipo de acercamiento que se hace al fenómeno moral, esto es, si se hace desde una perspectiva ontológica o deontológica. Bajo la perspectiva ontológica se confundiría la Moral con lo que de hecho sucede; mientras que bajo la lupa deontológica, la Moral se ocuparía de lo que *debe ser* y, precisamente, es desde la conciencia de lo que debería suceder, desde ese deber ser, de donde se critica lo que sucede. ¿Qué es lo que sucede? Que el Derecho, bajo esa lógica, bajo el crisol de la moral ontológica puede transformarse o transitar de una Ética de mínimos a una “Ética”<sup>12</sup> de máximos, pero cuyos consejos de “vida feliz” (o el contenido de dicha normatividad) lejos de constituir una unidad narrativa universalizable (como sucede en una auténtica Ética de máximos) pueden traducirse en prejuicios morales positivizados, de aquellos a los que sí les interesa el Derecho. En el caso particular de la prohibición jurídica de los matrimonios entre personas del mismo sexo, lejos de constituir una Ética conciliatoria, *i. e.*, de mínimos, el Derecho se coloca en el plano de una “Ética” discriminatoria, tal como ha sucedido con los regímenes totalitaristas. Y es que en este tipo de ideologías

<sup>11</sup> Cortina, *Ética aplicada... cit.*, p. 204.

<sup>12</sup> Se coloca el vocablo entre comillas porque, en todo caso, estaría lejos de ser una Ética.

opresoras, la respuesta a la pregunta “¿Cómo hay que ser feliz?” —pregunta que, como explicamos, es propia de la Ética de máximos— se circunscribe a una condición de pertenencia a una raza en específico, como la aria; en este caso específico con el vocablo ‘raza’, en el más amplio de los sentidos, se hace referencia a un grupo de sujetos que comparten o son herederos de rasgos biológicos, culturales e históricos que les posibilitan identidad. En este tipo de casos prejuicio y discriminación van de la mano. Fuera de este tipo de sociedades, el prejuicio (bajo el disfraz de consejo o tradición) exige pertenecer o encuadrar en un prototipo de ciudadano: clase media, blanco, religioso, padre de familia, heterosexual, etc.

### 3. Derecho, Ética de mínimos, discriminación e igualdad

Resta ahora describir cómo y bajo qué condiciones o circunstancias es que el Derecho deja de colocarse en el plano de la Ética de mínimos y adquiere connotaciones de otra naturaleza. La pregunta que sirve de fundamentación y con la cual se orienta a la producción normativa de corte plural (para con ello evitar ese desdoblamiento del Derecho) tiene que ver con el *principio de igualdad*. Este es un tipo específico de mínimo normativo compartido por la conciencia de una sociedad ampliamente o densamente pluralista. A partir de ello, es necesario tomar como punto base las siguientes tesis: *a)* Actualmente es una realidad que en las sociedades pluralistas se ha llegado a una conciencia moral compartida de valores como la *libertad*, la *igualdad* y la *solidaridad*; *b)* Estos valores se concretan en la defensa de un conjunto de derechos humanos (políticos y civiles, económicos, sociales y culturales, ecológicos, etc.), de tal modo que si la *libertad* es el baluarte que sirve como guía a los llamados derechos humanos de primera generación (los políticos y civiles), la *igualdad* constituye, por excelencia, el baluarte que sirve como guía a los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales); mientras que la *solidaridad* se traduce en la guía de los derechos de tercera generación (ecológicos, derecho a la paz, entre otros).

Desde la lógica con la que opera la Ética de mínimos, recordemos que bajo la perspectiva ontológica se confunde la Moral con lo que *de hecho sucede*, mientras que tras el cristal deontológico la moral se ocuparía *de lo que debe ser*, y en virtud de que, como lo advertimos, es desde la conciencia de lo que debería suceder (desde ese *deber ser*) donde se critica lo que sucede, resulta que toda norma cuyo contenido está históricamente construido a partir de una moral de corte ontológico, podría fácilmente perfilarse como una norma que atenta contra un derecho humano específico: el derecho a la no discriminación por preferencias u orientación sexuales, para el caso que aquí nos convoca. Es aquí cuando el Derecho puede ser reformado desde una orientación moral de corte deontológico, puesto que la moral, su mundo, no es el ontológico, por más que se quiera insistir en lo contrario. De hecho, la racionalidad de lo moral no se encuentra identificada con la racionalidad ontológica.<sup>13</sup> Toda insistencia en contrario es pura necesidad, sería filosofía propia de (o para) menores de edad<sup>14</sup>.

La tesis de la que se parte es la siguiente: sólo la diferencia nos hace iguales. Así como está expresada se antoja más como un eslogan de mercadotecnia política o una mera expresión de tipo retórico. Por paradójico que parezca no es ni una ni la otra, es ante todo una *intelección* en función de axioma cuya demostración sólo es posible mediante la lógica. Esta demostración se puede desarrollar de la siguiente manera.

El acto mismo de conocer comienza con un distinguir. Todo sujeto cognoscente es capaz de conocer su entorno en virtud de que distingue y ordena los elementos de éste. Pero las relaciones entre estos elementos puede determinarse en cuanto sus términos han sido separados entre sí, han sido diferenciados, de ahí que afirmar que dos objetos son iguales necesariamente supone su previa distinción; por tanto, toda forma de conocimiento y todo juicio supone —también necesariamente— un distinguir o diferenciar, de tal modo que “Si el juicio de que dos objetos son

<sup>13</sup> Cortina, *Ética aplicada... cit.*, pp. 205, 207.

<sup>14</sup> Filosóficamente hablando.

iguales presupone su diferenciabilidad, de aquí resulta que sólo puede ser igual lo diferente.”<sup>15</sup> No hay pues, en la tesis inicial visos de algún contenido paradójico. Ahora bien, cuando se afirma que “sólo puede ser igual lo que difiere”, lo que se está diciendo es que la idea de igualdad o de diferencia necesariamente se da entre dos cosas cuando menos. “En cuanto uno de los objetos comparados no es el otro, declaramos que son dos y no uno, y establecemos su dualidad por las diferencias que los separan. La diferencia es, por ende, el primer supuesto de la igualdad.”<sup>16</sup> En otras palabras: la diferencia es condición necesaria de la igualdad.

Lo dicho hasta aquí constituye, como marca la cita, el primer supuesto de la igualdad. ¿Cómo, entonces, o en qué consiste el segundo supuesto de la igualdad? Este segundo supuesto se puede explicarse de la siguiente manera. Todo juicio sobre igualdad o diferencia debe referirse a objetos que sean comparables entre sí. Esto es así porque, efectivamente, no todas las cosas son susceptibles de comparabilidad; si esto fuera así este atributo (la comparabilidad) no sería eso, es decir, una nota especial de las cosas, sino que sería una circunstancia común a todas las cosas y no sólo de algunas cosas. Por ejemplo, si se compara el sol y una mesa o un león y un reloj lo que obtenemos no es precisamente una comparación en el sentido aquí usado, sino un juicio mediante el cual se dirá que esos objetos son completamente dispares. No solo eso, sino que nunca será autorizado o correcto afirmar que son iguales o desiguales entre sí por el simple hecho de que no son susceptibles de comparación. Esto ha permitido advertir que cuando lo comparado se presenta como “no comparable”, resulta necesario, entonces, discernir sobre la comparabilidad con mayor rigurosidad o desde un punto de vista más estricto. De hecho:

La circunstancia de que ciertas realidades toleren que se las juzgue desde el punto de vista de la igualdad o la desigualdad, y otras no la toleren, revela que al supuesto de la diferenciabilidad, previamente

<sup>15</sup> Hans Nef, “Gleichheit und Gerechtigkeit”, citado por Eduardo García Máynez, *Igualdad y justicia en el pensamiento de Hans Nef*, *Diánoia*, Vol. 9, Núm. 9, México, UNAM, 1963, pp. 3-33.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 3.

examinado, hay que añadir otro, el de que las cosas sean comparables en la acepción estricta o rigurosa del término. Diferencia y comparabilidad son, pues, condición necesaria de los juicios que afirman que dos o más objetos son iguales.”<sup>17</sup>

Dicho lo anterior, se puede advertir la presencia del segundo supuesto de la igualdad: el atributo de la comparabilidad conviene a dos o más cosas cuando tienen algo en común. El uso del pronombre indefinido “algo” no es al azar, sino que es preventivo; es decir, con este pronombre en realidad no se hace referencia a cierta propiedad, sino a la posibilidad de tenerla. Si se afirma que para que haya comparabilidad se requiere que una cualidad o propiedad sean comunes, lo anterior exige de una precisión que puede cumplirse al aclarar que, como se explicó, no se está aludiendo a una propiedad determinada, sino a esa posibilidad de tenerla. El ejemplo de Hans Nef es tajante: para la comparabilidad no se exige que dos cosas exhiban ambas la cualidad de la rojez (propiedad determinada), sino solamente que sea de color (posibilidad de tener ese color). Para abundar este ejemplo, él explica lo siguiente. Supóngase que se está en presencia de dos bolas y que ambas tienen coloración, aspecto que permite compararlas desde ese punto de vista, el de la coloración. Pero supóngase también que ambas son rojas, esto permite afirmar que son iguales en ese respecto; pero si una es roja y la otra azul, entonces tendría que afirmarse que son desiguales, en el mismo respecto. El hecho de que las dos estén coloreadas es lo que determina (posibilita) su comparabilidad. Es decir, para afirmar o negar que ambas bolas sean iguales en *ese respecto* es condición necesaria que posean aquel atributo, o sea que posean coloración. Esto, en su conjunto, permite apreciar los límites entre las nociones de comparabilidad e igualdad, en la que “la coloración de las bolas permite compararlas en el respecto indicado; la circunstancia de que sean rojas condiciona su igualdad. Que el otro supuesto de la igualdad se da en el caso es evidente, ya que se trata de dos bolas y no de una.”<sup>18</sup>

Si se lee detenidamente el ejemplo anterior se puede observar la presencia de un tercer elemento en la comparabilidad, y ese

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>18</sup> *Idem*.

tercer elemento es la base de esta última; es lo que los lógicos denominan *tertium comparationis*. De este elemento se puede decir lo siguiente: *a)* Debe permanecer idéntico en el comparar, aspecto que autoriza a advertir que la igualdad es una relación trimembre compuesta por las dos cosas comparadas “a” y “b”, una tercera “c” que sería, precisamente, el *tertium comparationis*; *b)* Desde el momento en que aquél se constituye en una y la misma cosa, se convierte en un punto común de referencia de otras dos y posibilita la igualdad entre éstas. La identidad de “c” (*tertium comparationis*) consigo misma es un supuesto o condición necesaria de la relación de igualdad entre la cosa “a” y la cosa “b”; *c)* Esta identidad del *tertium comparationis*, más que de la igualdad, es condición necesaria de la comparabilidad; *d)* En el ejemplo de la coloración de las bolas, es la base que permite compararlas. La condición de igualdad es otro elemento común a las cosas comparadas que está concatenada con el primero: la rojez, que es una propiedad de los objetos respecto del color. Los elementos comunes serían, entonces, los siguientes: primero, la cualidad de lo coloreado (supuesto de la comparabilidad); segundo, la propiedad común de la rojez (condicionante de la igualdad); *e)* Dado que todo comparar es un diferenciar que pretende esclarecer, este esclarecimiento respecto en qué los objetos comparados son iguales y en qué otro son desiguales, sólo puede lograrse cuando las diferencias no sólo son puestas simple y llanamente en conexión, sino cuando esas diferencias son relacionadas desde cierto punto de vista. La regla sería, entonces, la siguiente: “Las cosas han de ser comparables en algún respecto o, de lo contrario, el paralelo es imposible.”<sup>19</sup> Por ello no es concebible comparar un la electricidad con un triángulo o un triángulo con un elefante, así como tampoco el tamaño de un objeto con el color o la dureza del otro. El parangón es imposible, pues en estos últimos ejemplos se carece de una base (*tertium comparationis*) para comparar las cosas que evidentemente resultan dispares en todos los aspectos; *f)* De ahí que se concluya que el *tertium comparationis* es, ante todo, supuesto o condición

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 5.

necesaria de la comparabilidad y, sólo en forma indirecta, de la igualdad.<sup>20</sup>

Procedemos ahora esclarecer al mismo tiempo las nociones de *igualdad* frente a la de *semejanza* y frente a la de *identidad*. Para lograr lo anterior se debe partir de la siguiente tesis: todo juicio de igualdad excluye tanto la *identidad* como la *semejanza*. Esta también es una intelección en función de axioma cuya demostración —del mismo modo que la primera intelección— sólo es posible mediante la lógica. Esta demostración se puede desarrollar de la siguiente manera.

Todo lo desarrollado en rededor de la primera intelección ha permitido advertir que sólo es posible declarar igual o desigual lo que es diferente y, a la vez, comparable. La igualdad se comprueba en el acto de comparar; este elemento, el de la comparabilidad, consiste esencialmente —como ya se explicó— en considerar alternativamente cosas diferentes —pero al mismo tiempo parangonables— desde el punto de vista de un elemento común, el *tertium comparationis*. Toda comparación sólo es posible con este tercer elemento en el que el resultado de esa comparación sólo puede consistir en la comprobación o de una igualdad o de una desigualdad de los objetos, en ese *respecto* común, en ese *tertium comparationis*. Dado lo anterior se afirma, entonces, que entre las cosas no existe una igualdad total o absoluta, sino sólo relativa desde el punto de vista del *tertium comparationis*.

Supóngase nuevamente el caso de las dos bolas: supóngase que las dos son de color rojo y ambas son del mismo tamaño y también esféricas; es más, supóngase que son iguales en todos sus *respectos* (peso, volumen, etc.). Aún en este caso no se puede afirmar que se está en presencia de una igualdad absoluta, sino relativa, ¿por qué? Porque incluso en este supuesto hipotético, son diferentes en algún *respecto*: el del lugar que ocupan. En el resto de los *respectos* podrán ser iguales, pero nunca lo podrán ser en lo concerniente al espacio que ocupan o en que se encuentran. Si ocuparan el mismo *respecto* (el espacio) no se daría el supuesto de la diferencia —que es condición necesaria de la igualdad. Esa

<sup>20</sup> *Idem.*



misma posibilidad de distinguir los objetos del orden sensible —en este caso las dos bolas de billar que comparten todos esos aspectos excepto la del espacio—, deriva, precisamente y sólo precisamente, de que ambas bolas de billar se encuentran en lugares distintos. De lo contrario, sería totalmente imposible diferenciarlos. La conclusión, sería, pues, que todo aquello que ocupa el mismo espacio es lo mismo, es idéntico, es uno. La identidad es absolutamente indefinible. De ahí que se insista una vez más en el hecho de que igual, tal como se ha explicado aquí, solo puede ser lo diferente, y esta relación de igualdad siempre e ineludiblemente exige, al menos, dos términos. De ahí la tesis de la que se partió en esta segunda intelección: todo juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la semejanza. Y lo es así; a manera de abundar,

(...) porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce ‘cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características’; mientras la igualdad ‘supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás.’<sup>21</sup>

Si la igualdad absoluta es imposible, entonces también se distingue de la semejanza, puesto que ésta si bien es cierto que implica el hecho de que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios diferenciadores, de ahí que “(...) toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada’, y la fijación de ese *tertium* ‘es una decisión

<sup>21</sup> Luis Prieto Sanchís. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3<sup>a</sup> ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 32. Dicho de otra manera: “Si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben llamarse ‘iguales’ sino ‘idénticas’.” Cfr. Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-CONAPRED, Serie Estudios Jurídicos, 2005, p. 6.

libre, aunque no arbitraria, de quien juzga”<sup>22</sup>. Partiendo de lo anterior, y en lo tocante a la igualdad, se pueden anotar las siguientes explicaciones:

Dado que la igualdad absoluta no es posible, es autorizado hablar de “igualdad respecto a/de”. Circunstancia que obliga a no definir la igualdad a secas, pues de lo contrario sería un contrasentido; la igualdad a secas ni es definible ni puede existir. En términos de lógica solo es posible definir la igualdad relativa o igualdad “en tal o cual respecto.” Si esto se traslada al área jurídico-política sucede la misma regla, puesto que no tiene ningún impacto en el lenguaje político si no se dice o se especifica de qué entes se está hablando y respecto a qué cosas son iguales, esto es, si no hay condicione de responder a estas dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, y b) ¿Igualdad en qué?<sup>23</sup>

La igualdad no es propiedad de las cosas, sino una relación entre dos términos. Es un mero y simple tipo de relación formal, que se puede colmar de los más diversos contenidos. No es una propiedad porque ésta pertenece a las cosas como objetos singulares y aislados. Las cosas sólo pueden tener propiedades en su singularidad (rojas, esféricas, etc.), de tal modo que lo igual no se encuentra en cada una de las cosas comparadas.

La única igualdad posible de definir es la igualdad relativa o “igualdad respecto a/de”, que podría definirse como “la relación entre dos cosas que tienen, en tal respecto, una propiedad común.”<sup>24</sup>

Si se parte de todo lo expuesto en las páginas que preceden, y si se aplican los mismos resultados al caso de los seres humanos, se puede, por tanto, aseverar que los hombres son iguales y desiguales a la vez, esto es, iguales en determinados aspectos y desiguales en otros. Se invocó en páginas anteriores la siguiente premisa: *Si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben*

<sup>22</sup> Rubio F. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, citado por Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>23</sup> Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 54 y ss.

<sup>24</sup> Hans Nef, en Máynez, *op. cit.*, p. 7.

*llamarse 'iguales' sino 'idénticas'.* A esto se le conoce como el *mínimum* de desigualdad; sin embargo, resulta que este *mínimum* no se presenta o no se da entre los seres humanos. ¿Por qué? Porque los respetos en los cuales se diferencian, además de ser muchos, superan siempre a los respetos en los que resultan ser iguales. Por tanto, el sentido en el que cabe afirmar la igualdad de todos los hombres, estos es, lo que los iguala es su humanidad. En su humanidad, todos los hombres coinciden, son iguales, pero en su individualidad, todos difieren (múltiples diferencias los separan: sexo, edad, aptitudes intelectuales, etc.). Esto es lo que permite formar grupos, puesto que algunos hombres —en relación a determinadas características distintivas— difieren de los demás; pero otros —respecto de los mismos aspectos— resultan iguales entre sí. En un respecto el hombre es igual a unos, en otro, a otros. Todo depende del tipo de relación en que los seres humanos son considerados.<sup>25</sup>

¿Qué pasa, entonces, con la expresión “Todos los hombres son (o nacen) iguales”, propia y siempre presente en las declaraciones de los derechos humanos desde finales del siglo XIII hasta la actualidad? Se trata de una máxima cuyo alcance y derroteros Norberto Bobbio los explica en los siguientes términos. Parte de la premisa de que cualquiera que sea el contexto en el que la igualdad se invoque o que se condene, la igualdad de la que se trata siempre será una igualdad determinada o, como él le llama, un *secundum quid*, el cual recibe su contenido axiológico siempre en función de ese *quid*, quien además especifica su significado. Justamente es lo que sucede, para el pensador italiano, en la expresión que ahora se explica. Si se analiza con atención —advierte— se trata de una enunciación que, en tanto proposición descriptiva, o es demasiado ambigua (genérica) o es, sin más, falsa. Pero esto no queda ahí, sino que, según explica el mismo Bobbio, lo que genera una fuerte expectativa (le llama él “carga emotiva”) a dicha enunciación no es la proclama de igualdad en sí misma, sino la propia extensión de esa igualdad a “todos”, que a todas luces exalta un carácter incluso revolucionario, pues de

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 11.

frente al entorno social se contraponen a situaciones reales en las que no todos son iguales, sólo unos pocos, sobre todo tratándose de bienes y derechos. Consecuentemente, el valor de esa enunciación no reside en el hecho de invocar la igualdad, sino en el hecho de extenderla a todos cualquiera que sea su naturaleza, el hecho de que tenga que valer para todos, “(...) de ahí que por ‘todos’ no se dice que se entienda la totalidad de los hombres, pues basta que se entienda los pertenecientes a un determinado grupo social, con tal de que este grupo sea más extenso del que hasta ahora ha detentado el poder.”<sup>26</sup> No hay que olvidar la exigencia que el autor hace en relación al alcance del contenido específico de la noción de igualdad y, dado que, como él lo explica, dicho alcance se obtiene en función de las respuestas a las dos preguntas anteriormente por él también referidas: “igualdad entre quiénes” e “igualdad en qué”. Lo destacable aquí es que en el ejercicio de buscar un contenido específico a la enunciación, a la máxima “Todos los hombres son (o nacen) iguales”, aparentemente y bajo una interpretación literal, sólo respondería a la primera. Pero Bobbio explica que el significado axiológico, el contenido específico de esa máxima depende también de la cualidad respecto a la cual se requiere que “todos” los hombres sean considerados iguales. Lo que nunca puede ni ha estado autorizado interpretarse como contenido específico de esa máxima es que “todos” los hombres sean iguales en “todo”, sino que los hombres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana como distinta de la naturaleza de los demás seres (libre uso de razón, capacidad jurídica, libertad de poseer, dignidad, dignidad social, etc.). Esto es lo que permite, a su vez, concluir que aquella máxima no tiene un significado unívoco, sino tantos significados como respuestas hay a la pregunta “Todos somos iguales, sí, pero, ¿en qué?”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 69.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 70.

Estas últimas reflexiones conducen directamente a lo que se ha denominado “la fórmula de la igualdad”. Su exposición requiere de un capítulo específico a fin de demostrar la conexión que subyace con la Ética de mínimos.

#### 4. La fórmula de la igualdad para el Derecho como Ética de mínimos<sup>28</sup>

Esta fórmula tiene su origen principalmente en el pensamiento de Aristóteles, particularmente en su célebre descripción de lo que es justicia: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”<sup>29</sup> De esta clásica fórmula se desprenden dos premisas:

1) La primera, también llamada “regla de justicia”, en la que igualdad significa que las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad. Esto tiene varias componentes:

El primero, es el determinante, pues implica una determinación: la de que dos personas son iguales. Una vez que se determina que dos personas son iguales se informa cómo es que deben ser tratadas. Sin embargo, la pregunta obligada y una de cuyas respuestas puede aclarar por qué esto es así, sería, “¿Qué significa decir que las personas son iguales?” Existen tres posibles respuestas, pero sólo una es operable para entender el funcionamiento de este primer componente: 1. “Las personas que son iguales”, puede referirse a las personas que son iguales en todos los aspectos; sin embargo ya quedó explicado que la igualdad absoluta —en todos sus respectos— es imposible tanto entre las cosas como entre las personas. 2. “Las persona que son iguales”, puede hacer referencia a personas que aun no siendo iguales en todos los aspectos, sí lo son en algunos otros. La primera parte

<sup>28</sup> Se sigue como texto base la obra de Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 8-15.

<sup>29</sup> Aristóteles, *Política*, Libro II; véase también *Ética a Nicómaco*, Libro V.

de esta respuesta (las personas que no son iguales en todos los aspectos) excluye a todos los seres humanos, nadie tiene posibilidad de quedar incluido. La segunda parte de la respuesta (sí lo son en algunos otros aspectos) incluye a todos los seres humanos (también cosas), pero esto último generaría la absurda conclusión de que “todas las personas deben tratarse igual”, precisamente, por ese simple hecho, el de sí ser iguales en esos otros aspectos. 3. “Las personas que son iguales”, puede aludir a las personas que son iguales en algún aspecto significativo o trascendente en lo particular. Esta es la respuesta que permite entender por qué a partir del primer componente (o componente determinante) de que dos personas son iguales se informa, a un mismo tiempo, cómo deben ser tratadas. Y lo es porque comienza con esa determinación normativa de que dos personas son iguales en un aspecto significativo y, a partir de ese aspecto significativo, concluye normativamente que ambas deben ser tratadas igual. Sin embargo, es oportuno recordar que, como no existen en la naturaleza categorías de objetos jurídicamente iguales, la igualdad jurídica es posible establecerla únicamente cuando se definen las categorías. En efecto, “Decir que las personas son iguales es, por tanto, articular un estándar jurídico de tratamiento —un estándar o regla que especifica cierto tratamiento para ciertas personas—, por referencia a lo que son y a la manera en que en consecuencia deben ser tratadas.”<sup>30</sup>

El segundo componente, el de ser tratados iguales, si bien no es el determinante, sí contribuye a entender a cabalidad esta primer premisa derivada de la clásica fórmula aristotélica previamente citada. Dado que no es posible que se les otorgue el mismo trato a todos los hombres en todos los *respectos*, los iguales tienen que ser tratados iguales en el sentido (respecto) en que son iguales, pero puede darse la presencia de otros aspectos en los cuales difieren, circunstancia que permitiría o justificaría las diferencias en el tratamiento. En virtud, también, de que, como se advirtió, no existen categorías naturales de personas iguales, del mismo modo tampoco existen categorías de tratamiento igual. De ahí

<sup>30</sup> Pérez Portilla, *op. cit.*, p. 10.

que los tratamientos sólo puedan ser iguales en atención a una regla, “Así, decir que las personas iguales en algún aspecto deben ser tratadas igual, significa que deben ser tratadas igual, de acuerdo con la regla por la cual se determina su igualdad. Es decir, los iguales deben ser tratados como igual, significa que (...) las personas que por una regla se consideran iguales, deben por esa misma regla, ser tratadas igual.”<sup>31</sup>

Lo anterior refuerza la tesis ya mencionada al principio de este apartado: la igualdad, así a secas, es un principio vacío, porque carece de contenido sustantivo propio, además de que, al no contar con estándares o criterios relevantes, se aprecia carente de significado que no dice ni orienta nada sobre la forma en que se debe actuar. Es al mismo tiempo una tautología, porque, la igualdad, jurídicamente, no significa nada si no tiene relación con algún derecho preestablecido. Es un concepto normativo, puesto que implica casos en que el tratamiento igualitario no viene impuesto por la racionalidad argumentativa, sino por la misma disposición constitucional. Pero también se trata de un concepto acumulativo (progresivo), porque es un principio que se va ensanchando en virtud de la convergencia de los reclamos sociales, la creatividad legislativa e incluso el aún incipiente activismo judicial, por lo menos en nuestro país.

2) La segunda premisa, establece que *igualdad* y *justicia* son sinónimos, pues el ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual. ¿Cómo se vinculan igualdad y justicia? Esta segunda premisa (y la pregunte que le sigue) pueden explicarse de la siguiente manera.

Hasta Aristóteles, se pueden rastrear dos significados clásicos de justicia. Uno de ellos identifica justicia con legalidad, y cuya tesis reza que es justa la acción llevada a cabo de conformidad con las leyes, sean positivas o naturales. Justo sería, en esta concepción, quien observa habitualmente las leyes, pero también son justas las leyes (humanas) en tanto que advierten una correspondencia con las leyes naturales o divinas.

<sup>31</sup> *Idem.*

La otra cosmovisión, el otro significado clásico, que es la que sirve de plataforma para dotar de contenido al Derecho considerado como Ética de mínimos, identifica justicia con igualdad, los señala como sinónimos. En esta cosmovisión es justa una acción, un hombre o una ley que instituye y, por tanto, respeta una relación de igualdad.

Ahora bien, no hay duda alguna sobre el nexo inseparable que existe entre igualdad y justicia. Sin embargo, en la doctrina jurídica se observa que existen varias vías para describir este vínculo, situación que obliga a puntualizar cuáles son esos enfoques desde los que se justifica la relación entre la noción —y el principio de— igualdad con el de justicia. Antes de explicar cómo ambos se conectan (cómo es que están estrechamente ligados), se debe tener bien presente que tanto una como otra son nociones o ideas eminentemente formales. Esto genera consecuencias del orden de la lógica jurídica, pues las dos vías que se han mencionado tienen como cauce un razonamiento de tipo deductivo mediante el cual se justifica el binomio igualdad-justicia.

La primera vía tiene como punto de partida la también clásica fórmula romana de Ulpiano: “Justicia es la voluntad firme y constante de dar cada quien lo suyo”. Para aclarar la relación entre “dar a cada quien lo suyo” y “tratar igual a los iguales” no debemos olvidar que, como ya lo explicamos, son nociones completamente formales. La idea de justicia si bien es cierto requiere que a cada persona se le dé lo suyo, también lo es que no define qué es lo suyo de cada quien. Esto genera las siguientes implicaciones: *a)* Para dotarle de significación a la fórmula ulpiana se requiere ir más allá de la misma, esto es, hay que remitirse hasta los criterios sustantivos, morales y jurídicos que determinan lo suyo de cada quien; *b)* Para estar en posibilidades de decidir si se está o no en presencia de conceptos intercambiables es necesario determinar si uno puede reducirse lingüísticamente del otro por medio de una inferencia lógica; *c)* Este ejercicio lo describe claramente Pérez Portilla de la siguiente manera: 1. Dar a cada quien lo suyo es dar a las personas el tratamiento que merecen. 2. Dar a las personas el tratamiento que merecen significa tratarlas



de acuerdo con estándares morales establecidos. 3. Tratar a las personas de acuerdo con estándares morales significa: a. determinar si poseen aquellos criterios moralmente relevantes y establecidos en las normas; y b. dar a aquellos que poseen el criterio, el tratamiento prescrito por las reglas y no darlo a aquellas que no poseen el criterio. 4. Dar a aquellos que poseen el criterio, el tratamiento prescrito por las reglas, mientras que no darlo a aquellos que no posean el criterio, significa tratar igual a los iguales en los aspectos morales relevantes; y tratar desigual a los desiguales en los aspectos morales significativos. 5. Tratar igual a los iguales en los aspectos morales relevantes mientras que tratar desigual a los desiguales en los aspectos morales relevantes, significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. *d)* Por tanto, como se demostró, la justicia puede reducirse a la noción de igualdad y viceversa, la vía es invirtiendo la secuencia de los pasos ya descritos. *e)* A partir de la tesis de que “dos personas son iguales” y, por tanto, deben ser tratados de la misma manera, se presuponen principios sustantivos de lo “correcto” y lo “incorrecto” a través de los cuales se posibilita afirmar (o inferir) que lo correcto es tratarlos igual y lo incorrecto es tratarlos de manera desigual. Lo correcto y lo incorrecto respecto desde el propio tratamiento de las personas significa, precisamente, definir lo suyo de acuerdo con circunstancias dadas. Lo suyo se define, entonces, en relación directa con esa circunstancia dada, en ese respecto que requiere sea significado.

*f)* Igualdad y justicia, al ser meras tautologías, requieren de una comparación entre dos o más personas a efecto de determinar su igualdad o desigualdad. Pero lo suyo, lo que corresponde a cada quien, varía su significado según el criterio o rasgo que se considere relevante y según se posea o se carezca de él. Dicho en los propios términos de Pérez Portilla:

El criterio debe estar plasmado en una norma para que entonces pueda argüirse que, en virtud de ubicarse en tal o cual supuesto, las personas que comparten el criterio relevante deben tratarse de manera igual o bien, que por la carencia del criterio relevante estableci-

do en la norma, se debe ser tratado de manera desigual y, en ambos casos, se estará dando a cada quien lo suyo.<sup>32</sup>

La otra vía que también intenta responder a la pregunta sobre cómo se relaciona la noción de igualdad y la de justicia está íntimamente vinculada con una cosmovisión del mundo que hunde sus raíces en el pensamiento estoico, directa y estrechamente relacionada con la noción de *orden*, *cosmos*. Mientras los partidarios de la primera vía identifican “justicia” con “legalidad”, los partidarios de esta segunda ruta identifican “justicia” con “igualdad”. En ella se concibe a la justicia como un principio que preside el ordenamiento en un todo armónico o equilibrado; un ordenamiento tanto de las sociedades humanas como del cosmos y en el que el orden del cosmos se constituye como una proyección del orden social. Además, en este paradigma, para que reine la armonía tanto en las sociedades como en el cosmos es necesario que cada uno de ellos tenga asignado el lugar que le corresponde y que, por tanto, una vez que se le haya asignado el lugar propio que le corresponde a cada parte el equilibrio alcanzado sea sostenido por normas universalmente respetadas. De este modo:

(...) la instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la institución y la conservación del orden y la armonía del todo (...) Estas dos condiciones son ambas necesarias para que actúe la justicia, pero sólo conjuntamente son también suficientes.<sup>33</sup>

Ahora bien, si se tiene en cuenta una totalidad ordenada, entonces la justicia puede entrar en escena desde el momento mismo en que se perturban las relaciones de igualdad o desde el momento mismo en que se deja de observar las leyes establecidas. Mientras que la perturbación de la igualdad es un desafío para la legalidad constituida, la inobservancia de las leyes en una ruptura del principio de igualdad en el cual la ley se ha inspirado.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>33</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 58.

En estricto sentido, aclara Bobbio, esta segunda vía que consiste en distinguir los dos significados de justicia —primero en referencia a la acción (considerada justa cuando es conforme a la ley) y el segundo en referencia a la ley (considerada justa cuando instituye y, por tanto, respeta una relación de igualdad)—es, de algún modo, inexacta, puesto que la igualdad consiste en solamente en una relación; lo que le da valor, lo que hace de tal relación un ideal anhelado es el hecho de que se trata de una relación justa, se convierte en un fin deseable en tanto que es considerado (esa relación) justo; pero *justo* (o lo justo) implica que dicha relación está vinculada directamente con un orden que hay que instituir en caso de ser turbado o trastocado, con un ideal de armonía entre las partes y el todo, y sólo un todo ordenado puede y tiene posibilidad de subsistir en cuanto tal. De ahí que para el filósofo italiano la libertad aparezca una vez más como el valor supremo del individuo respecto del todo, mientras que la justicia se constituya como el valor supremo del todo en tanto compuesto de las partes. La libertad, sería un bien individual por excelencia; la justicia, un bien social también por excelencia, en el sentido aristotélico de virtud social. De tal modo que la expresión correcta sería “libertad y justicia”, más no “libertad e igualdad”, en virtud de que la igualdad no constituye un valor en sí, sino que lo es tan solo en la medida en que se presenta como una condición necesaria, aunque no suficiente, “de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la justicia.”<sup>34</sup>

##### 5. Los tipos de igualdad para la norma como Ética de mínimos

Recordemos que la Ética de mínimos se enfoca y se limita a proponer los mínimos axiológicos y normativos (jurídicos, en nuestro caso) compartidos por la conciencia de una sociedad pluralista, mínimos axiológicos desde los cuales cada uno de los miembros de una comunidad debe tener (asegurada) la *libertad*

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 59.

para hacer sus ofertas de máximos y desde los cuales los miembros de esa sociedad pueden tomar decisiones morales compartidas en los asuntos de Ética aplicada. Pues bien, la igualdad habrá de desplegarse en una taxonomía más precisa a fin de que esa libertad quede formalmente asegurada. Los tipos de igualdad que conforman ese núcleo conceptual que da sentido a la norma como Ética de mínimos, serían los siguientes:

a) Igualdad formal

Por igualdad formal (o jurídica) pueden entenderse varias cosas, y todas ellas comparten un común denominador. En primer lugar, como derecho fundamental implica un derecho que tiene todo ciudadano a recibir un trato igual y que vincula directamente a los poderes públicos sin necesidad de que se cuente para ello con un desarrollo legislativo a efecto solicitar su plena aplicación. En segundo lugar, se acepta la explicación de que la igualdad formal (o jurídica) tiene que ver con la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho —o incluso precisamente por ese mismo hecho— de que los titulares son diferentes entre sí. Es decir, independientemente de esa igualdad jurídica de la que gozan todos los individuos en relación con la titularidad de ciertos derechos fundamentales, al mismo tiempo se dice que todos ellos poseen diferencias objetivas (también llamadas *factores de diferenciación, condiciones personales, motivos prohibidos, criterios de responsabilidad, etc.*) que, precisamente, las diferencian unas de otras (sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condición social, orientación sexual, etc.). A las anteriores se suman aquellos otros criterios que también reafirman esa desigualdad, pero ahora jurídica: se trata de la titularidad en la mayor o menor medida de derechos no fundamentales: patrimoniales, de crédito, etc.; es decir, derechos que poseen en diversa medida y con exclusión de los demás.<sup>35</sup> La igualdad formal, a su vez, se despliega en tres subtipos de igualdad:

<sup>35</sup> Pérez Portilla, *op. cit.*, pp. 15-16.

## b) Igualdad ante la ley

La *igualdad ante o frente a la ley* tiene que ver con la eficacia de la misma, es decir con la necesidad de que una norma sea aplicable por igual a todos aquellos que se encuentran en la situación descrita en el supuesto. Partiendo de lo anterior, se colige, entonces, que el principio de “igualdad frente a la ley” impide que un mismo órgano modifique arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin ofrecer una fundamentación racional y suficiente para ello<sup>36</sup>. El origen de este principio se remite a las primeras revoluciones liberales, más específicamente a la ideología imperante del liberalismo. Como bien lo afirma Bobbio<sup>37</sup>, el blanco de este principio fueron (o son) los estados de órdenes o de castas, es decir, aquellos en los que los individuos están en categorías jurídicas diversas y distintas, estructurados en orden jerárquico y en los cuales los superiores tienen privilegios que los inferiores no tienen. Ejemplos de ellos fueron las sociedades feudales. Actualmente sirve como ejemplo la sociedad de castas de la India. Este principio nace como una formulación que reacciona contra la discriminación por nacimiento, es decir, contra el principio aristocrático de sangre o contra todos los privilegios de nacimiento, en el que el otorgamiento de determinados derechos y en la imposición de deberes existe la obligación de hacer caso omiso de ciertas desigualdades.

Ahora bien, el principio de “igualdad frente a la ley” constituye, al igual que las otras fórmulas igualitarias, un principio expresamente genérico. En primer término, implica, como se explicó, una prescripción destinada a impedir toda discriminación arbitraria ya sea por parte del juez o por parte del legislador, pero siempre bajo el entendimiento de que una *discriminación arbitraria* implica una discriminación introducida o no eliminada sin justificación, esto es, una discriminación injusta.

<sup>36</sup> Francisco Rubio Llorente, “La forma del poder. Estudios sobre la Constitución”, citado por Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-CONAPRED, Serie Doctrina Jurídica, 2007, p. 15.

<sup>37</sup> Bobbio, *op. cit.*, pp. 72-73.

Las preguntas obligadas serían, en primer lugar, ¿cuándo una fundamentación o justificación puede aceptarse como racional y suficiente para que una discriminación sea considerada como justa? En segundo lugar, la pregunta tendría que formularse en sentido contrario o, mejor dicho, con la otra cara de la moneda: ¿cuándo un trato desigual se encuentra justificado o bajo qué criterio se puede justificar una distinción realizada por una ley? Existen dos salidas a estas interrogantes.

La primera es la que ofrece Bobbio; pero este autor lo hace partiendo de un conjunto de interrogantes que él mismo plantea y a la que encuentra una única salida. Las preguntas que formula el jurista italiano son, por ejemplo: ¿Basta con aducir razones para que una discriminación pueda considerarse justificada? ¿Cualquier razón o, más bien, ciertas razones que ciertas otras? ¿Pero en función de qué criterios se distinguen las razones válidas de las inválidas? ¿Existen criterios objetivos, es decir, criterios que reposen sobre la así llamada ‘naturaleza de las cosas’? Como se dijo, el mismo autor sólo encuentra una salida a estos cuestionamientos y consiste en aceptar que entre los hombres se presenta un conjunto de *diferencias relevantes* y *diferencias irrelevantes* respecto de su inserción en una u otra categoría; sin embargo, él mismo advierte que esa distinción no coincide con la distinción entre *diferencias objetivas* y *no objetivas*, pues entre blancos y negros así como entre hombres y mujeres hay, sin duda alguna, diferencias objetivas, lo cual no implica necesariamente que sean también relevantes. Y es que la relevancia o irrelevancia, en palabras del autor, se determina (se establece) por la elección de valor y, por tanto, está históricamente condicionada.<sup>38</sup>

La segunda salida la propone Carlos Cortés de la Torre<sup>39</sup>, quien aun cuando comparte cierto pesimismo con Bobbio en

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 74. En efecto, “Baste considerar las justificaciones que han sido adoptadas en muchos casos para las sucesivas ampliaciones de los derechos políticos para darse cuenta de que una diferencia planteada como relevante en un determinado periodo histórico (para excluir ciertas categorías de personas de los derechos políticos) no ha estado considerada relevante en un periodo político posterior:” *Idem*.

<sup>39</sup> Carlos de la Torre, “¿Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otor-

relación con los “diferencias relevantes” o “criterios objetivos” sí da una respuesta a la pregunta que también él mismo se formula y que sirve como título a su ensayo: ¿Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales? La respuesta con la que concluye es que sólo es justificable cuando esa diferencia de trato cuenta con una justificación racional y objetiva. Pero esta respuesta genera de manera obligada otra interrogante: ¿Cuándo o con base en qué se puede calificar esa justificación como *racional* y *objetiva*? El autor realiza un sesudo recorrido en donde se va descartando algunos elementos fácticos (como las diferencias relevantes, elementos fácticos o motivos prohibidos como él les llama: edad, sexo, religión, raza, etc.) que en su consideración no son suficientes para determinar cuándo estamos frente a personas iguales y cuándo frente a personas desiguales, pues es un hecho —afirma— que los seres humanos somos al mismo tiempo iguales en uno o varios aspectos y desiguales en muchos otros aspectos. Por tal motivo el autor se decanta por introducir un elemento decisivo y suficiente para determinar cuándo aquella justificación de trato diferente (desigual) es racional y objetiva: además del *criterio del fin legítimo* que exige por parte del juez un *juicio de proporcionalidad de los medios*<sup>40</sup> (prestados de la obra de Robert Alexy), el autor agrega un tercer criterio de valoración, el de *dignidad de la persona humana*. Dicho de otra manera, mientras la decisión de considerar como racional y objetiva a una justificación de trato desigual por la ley no atente contra la dignidad de la persona humana, esta justificación debe ser tomada como válida.<sup>41</sup> Y sería considerada

que un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales?” *Problema. Anuario de filosofía y teoría del Derecho*, Núm. 1, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 449-474.

<sup>40</sup> Acompañado de un *juicio de ponderación*.

<sup>41</sup> Aclara de la Torre: “La razón por la cual encuentro necesario introducir este concepto en el análisis se debe a que desde mi punto de vista constituye el fundamento filosófico con base en el cual se deben prohibir todas las formas de discriminación. El acto discriminatorio consiste esencialmente en el menosprecio del otro, en la infravaloración que una persona hace de otra por motivo de al-

como válida, precisamente, por estar respaldados —el criterio de racionalidad y de objetividad así como la justificación misma respecto tal— por la persecución de un fin legítimo y una relación de proporcionalidad entre el fin que se persigue con la distinción y los medios que se emplean para lograrla.

### c) Igualdad en la aplicación de la ley

Para entender con mayor precisión este principio resulta útil recordar un aspecto medular sobre la igualdad ante (frente) a la ley. Se explicó que el origen de este principio se remite a las primeras revoluciones liberales y que el blanco de este principio fueron (o son) los Estados de órdenes o de castas, es decir, aquellos en los que los individuos están en categorías jurídicas diversas y distintas, estructurados en orden jerárquico y en los cuales los superiores tienen privilegios que los inferiores no tienen. De este tipo de sociedades se mencionó como ejemplo a las feudales o las estamentales. Pero también se explicó que este principio, en sus inicios, tuvo un contenido más político que jurídico en virtud de que se proclama una igualdad contaminada de cierta desigualdad, pues la *fórmula de la igualdad* se había limitado a un único sujeto, el varón blanco propietario. Además de lo anterior, este mismo principio de igualdad frente a la ley tuvo, por esas mismas razones, un carácter meramente declarativo, puesto que únicamente se limitó, en términos de Pérez Portilla, “(...) a levantar *acta de igualación jurídica* ya realizada de todos los ciudadanos, así como a proclamar, coherentemente, la generalidad de la ley.”<sup>42</sup> Y lo fue así —de contenido más político que jurídico además de meramente declarativo— porque los

guna condición o característica personal. En la discriminación sucede, además, que el juicio de valor y la razón por la que tomamos sólo una característica de la persona van precedidas de un prejuicio erróneo que guardamos en relación con un grupo humano con el cual identificamos a la persona. Así pues, no tomar a la persona por sí misma, sino tan sólo una parte de ella desde un enfoque totalmente subjetivo implica, ante todo, tratar a la persona como algo y no como alguien.” *Ibidem*, p. 469.

<sup>42</sup> Pérez Portilla, *op. cit.*, *loc. cit.* (Las letras en cursiva son del autor)



mismos hechos evidenciaron las enormes desigualdades, tales como la desvalorización de la mujer y el desprecio persistente hacia las minorías raciales u otros grupos minoritarios como los homosexuales. De este modo el principio de igualdad se subsume en el de legalidad al limitarse a señalar las reglas del juego de tal modo que la ley resultó ser igual simplemente porque era general. Sin embargo, este principio fue poco a poco resignificándose de tal modo que exigió, con el transcurso del tiempo, vínculo a los de los órganos jurisdiccionales. Ya no bastaba con aceptar que había igualdad ante la ley por lo simple de su carácter general, sino que ahora bajo este mismo principio de igualdad ante la ley se exigió también la aplicación igual de la ley. En un inicio el principio de igualdad en la aplicación ley sirvió como camisa de fuerza al ejecutivo o a los órganos de la administración pública a efecto de evitar arbitrariedades, situación que lo hace converger con el principio de legalidad. Pero lo más destacable de todo esto es que aun cuando el principio de legalidad resulta ser un *presupuesto* para la efectividad del propio principio de igualdad —en cualquiera de sus expresiones—, los alcances de la igualdad no se agotan con el simple cumplimiento de las reglas del juego. ¿Por qué? Porque las nuevas realidades van generando distintas y cada vez más agudas exigencias que, por tanto, delimitan o resignifican también la acción del poder hacia una justicia más paritaria<sup>43</sup>; es decir, estas nuevas realidades cada vez más complejas exigieron el uso de ambas caras de esa moneda llamada principio de igualdad<sup>44</sup>, de tal modo que la igualdad ante la ley se ha resignificado como igualdad en la aplicación de la ley: no basta con que ésta sea general e impersonal, sino que a partir de un momento de la historia hacia acá se exigió que su

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>44</sup> Ahí donde se exige un trato imparcial resulta injusto que a las personas se les trate de manera desigual, salvo en los casos en que ese trato diferente se considere como justificado; es más, la justicia misma requiere que el juez considere a las partes como jurídicamente iguales, pero hay casos en los que la misma ley exige que éste considere como relevantes algunas diferencias, pero solamente éstas, de ahí que la igualdad en la aplicación de la ley podría ser cumplida perfectamente en una ley desigual. *Cfr.* Santiago Juárez, *op. cit.*, *loc. cit.*

aplicación por parte de las autoridades se hiciera sin excepciones y sin consideraciones personales.

El ejemplo más claro de lo que implica el principio de igualdad en la aplicación de la ley se presenta en la actividad que lleva a cabo el poder judicial, específicamente en la creación de un sistema de precedentes obligatorios como lo es la jurisprudencia, que obliga a jueces inferiores a resolver los casos que compartan iguales características respecto de otros resueltos con anterioridad, apoyando sus resoluciones en los razonamientos aplicados a éstos. Dicho de otra manera, la “regla del precedente” obliga a ofrecer un mismo trato normativo a todos los supuestos, esto es, exige una uniformidad a todos los supuestos que compartan las mismas condiciones que los resueltos con anterioridad. El principio de igualdad en la aplicación de la ley exige, respecto de la regla del precedente, una interpretación (aplicación o resolución) reiterada y uniforme de tal modo que este principio se violaría cuando un mismo precepto (tesis jurisprudencial o aislada) se aplique en casos iguales de manera desigual por motivaciones arbitrarias. Se exige un respeto al precedente y se prohíbe una actuación de forma desigual en casos sustancialmente iguales.

Ahora bien, en virtud de que las realidades sociales son cambiantes de tal modo que el derecho participa de esta misma suerte, ello hace que la propia interpretación de la ley cambie o adopte una nueva perspectiva. Esta situación implica que el órgano jurisdiccional abandone el criterio que venía abanderando; esto se traduce en una ruptura con la tesis o jurisprudencia hasta ese momento predominante. Pero ¿debe entenderse esta ruptura como una actuación desigual y arbitraria o, dicho de otro modo, se estaría en presencia de un tratamiento diferente y arbitrario respecto de ese caso sustancialmente igual a los otros resueltos con anterioridad? Para evitar esa circunstancia tendrían que verificarse la siguiente situación: primero, que los supuestos de hecho sean iguales; segundo, que ese giro de criterio sea, efectivamente, un cambio, una solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía abanderando y no una respuesta individualizada (particular) al caso concreto, de tal modo que por constituir un cambio general

de solución se justificaría por sí mismo en tratamiento diferente, sin necesidad de que opere la exigencia de trato igual respecto de los supuesto resueltos con anterioridad. La diferencia de trato que ahora se presenta no debe implicar un caso aislado, debe responder a un cambio general e impersonal de criterio.<sup>45</sup>

Por último, resulta paradójico que en el sistema de justicia mexicano la denominada “fórmula Otero” haya quebrantado por mucho tiempo el principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues al limitarse a la relatividad de los efectos de la jurisprudencia, esto es, amparar únicamente al sujeto que actuaba dentro de un procedimiento, se generaba una clara desigualdad en la aplicación de la ley en virtud de que la norma que se declaró inconstitucional se seguía aplicando a aquellos que no habían sido partícipes en el juicio de garantías. La “fórmula Otero” constituyó, por muchos años, la consagración jurídica de la desigualdad, en razón de que desde el mismo texto de la Carta Magna se imponía un trato desigual a sujetos que se encontraban en los mismos supuestos normativos: violaba el principio de igualdad al no tratar de la misma manera a todas las personas, situación que se traducía en una clara discriminación de *iure* entre las mismas.<sup>46</sup>

#### d) Igualdad en el contenido de la ley

Ahora bien, esto, como muchos de los temas desarrollados en este documento, desata una pregunta obligada: si la igualdad en el contenido de la ley implica una *desigualdad normativa*, ¿cuál es, entonces, el criterio que sirve como balance en la determinación de esas desigualdades normativas? Durante mucho tiempo las normas constitucionales mediante las cuales se establecía la igualdad de los ciudadanos no pasaron de ser meras proclamas, sin dejar de reconocer el avance que ello constituía. No había un control constitucional como el que ahora se percibe en muchos sistemas jurídicos. Esto generó que los principios igualitaristas

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>46</sup> Miguel Carbonell, *Reforma del Estado y cambio constitucional en México*, Documento de trabajo, Núm. 2, México, UNAM, 2000, p. 80.

carecieran de un carácter vinculante. Sin embargo, el panorama cambia después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que algunas constituciones introducen en el constitucionalismo europeo —de forma definitiva— el control de constitucionalidad de las leyes, gracias al cual el principio de igualdad queda ahora inserto en una suerte jurídica radicalmente diferente: tiene ahora una dimensión normativa. Pero esto significó que esa *igualdad* en el contenido de la norma tuviera las siguientes implicaciones: *la primera*, se trata de una exigencia al legislador a no cometer desigualdades. Derivado de esta primera implicación, se obtiene *la segunda*: en una primera instancia la normatividad creada por el legislador debe tratar a todas las situaciones de igual manera.

El carácter general e impersonal de las leyes supone el mecanismo mediante el cual se da cumplimiento a esta exigencia. *La tercera* implicación indica que, como consecuencia de la segunda, dicha normatividad no debe establecer o contemplar en sí misma discriminaciones injustificadas. Si el legislador piensa establecer una diferencia de tratamiento (*desigualdad jurídica*) ésta debe ser *razonable*. Para ello se requiere, primero, determinar cuáles son los *rasgos* (o elementos fácticos) que representan una razón para establecer o contemplar un tratamiento igual o desigual, los cuales, a su vez, funcionan como criterios de clasificación normativa, es decir como aquello que condiciona la aplicación y el fundamento, el soporte, el *quid* de la consecuencia jurídica. A esa valoración en conjunto de los elementos fácticos y normativos se le ha denominado, en el caso del tribunal constitucional español, como *razonabilidad o interdicción de arbitrariedad*.

Dado que el principio de igualdad, en todas sus aristas, constituye uno de los valores que permean las constituciones modernas y democráticas, sirve entonces como herramienta para dotar de ese contenido mínimo al derecho positivo desde una orientación moral, pero no desde un acercamiento ontológico, sino, como insistimos en muchas ocasiones, desde las coordenadas propias del acercamiento deontológico. Por último, si es un hecho, como también ya lo compartimos en páginas anteriores, de que actualmente las sociedades al ser densamente

plurales han tenido que arribar a una esquema situacional que se traduce en una conciencia moral compartida de valores, tales como la igualdad (además de la libertad, la solidaridad, etc.), todos ellos en clave de derechos humanos y sus mecanismos de defensa, entonces resta por decir son estos valores los que habrán de dar consistencia y contenido al Derecho en clave también de Ética de mínimos, *e. g.*, la igualdad (con sus tipos específicos) como un valor mínimo contenido en la producción normativa.

### *Fuentes consultadas*

- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, Colección Pensamiento Contemporáneo, 1993.
- CORTINA, Adela, *Ética aplicada y democracia radical*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- DE LA TORRE, Carlos, “¿Bajo qué criterios es posible justificar que una ley otorgue un trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales?” en *Problema. Anuario de filosofía y teoría del Derecho*, núm. 1, ILJ-UNAM, México, 2007.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Igualdad y justicia en el pensamiento de Hans Nef”, en *Diánoia*, Vol. 9, Núm. 9, UNAM, México, 1963.
- NAKHNIKIAN, George, *El Derecho y las teorías éticas contemporáneas*, 3ª ed., México, Fontamara, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política (Núm. 5), 1998.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM-CONAPRED, Serie Estudios Jurídicos, 2005.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-CONAPRED, Serie Doctrina Jurídica, 2007.
- SALDAÑA SERRANO, Javier, “Diez tesis sobre ética judicial”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Núm. 36, enero-junio 2014.

## ¿ÉTICA EN LA VOLUNTAD ANTICIPADA? UNA DECISIÓN CONTRA LA VIDA.

Gerardo Servín Aguillón\*

### 1. *Ética*

**R**especto a la Ética, en principio tenemos que analizar lo bien para determinar lo bueno, lo justo que se ocupe en esencia y naturaleza, por ello, los hombres deben fijar su finalidad en razón de lo bueno conforme a su objeto y fines; la política deberá tener la virtud de hacer el bien y defender en todo momento la vida de los hombres. Ética es el sentido de la vida para la felicidad, que no se restringe únicamente a lo individual, sino al ámbito social que el hombre desee hasta que muera.

La felicidad no es un anhelo temporal, es una condición de la vida para trascender, es un elemento de los hombres para llegar a perfeccionar al mismo hombre, la felicidad conlleva la finalidad de todo lo que hacemos, para ello, es necesario tener claro que la felicidad surge en la autorrealización de las obras y que cada ser humano realiza constantemente en los diversos ámbitos de su vida cotidiana.

Aristóteles señaló que la felicidad en el hombre significa obrar bien y vivir bien, porque el hombre ha establecido que la felicidad es una especie de vida dichosa y de conducta recta.<sup>1</sup>

Como podrá apreciarse hay un primer acercamiento a la felicidad desde la perspectiva del Derecho natural, ya que encuentra en el hombre una conducta recta, prudente, virtuosa tanto indi-

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

<sup>1</sup> *Ética nicomaquea*, México, Época, 1999, p. 21.

vidual y en lo colectivo, pero también aclara que la felicidad no es una cuestión de fortuna o virtud, sino que es algo que tiene el hombre por naturaleza, que desarrolla y aplica para lo justo y el bien, además, la felicidad es el objetivo supremo de la política, ya que buscará en todo momento que los ciudadanos sean buenos y se preocupen por acciones justas.<sup>2</sup>

En este orden de ideas, Aristóteles hace un cuestionamiento que resulta por demás trascendental para nuestra discusión y análisis cuando expresa que ¿Acaso existirá la posibilidad de que este hombre es feliz precisamente cuando ya está muerto?<sup>3</sup>

No se trata que un muerto exprese su felicidad por las ofrendas, o bien por el duelo, y en su caso, el tiempo que los amigos y familiares dedican para despedirlo, sino que la muerte conlleva una serie de parámetros axiológicos que conducen a plantear la felicidad en la vida de los hombres, por ello la felicidad es una condición que los hombres aspiran de manera individual y colectiva, por lo que resulta absurdo creer que el muerto es feliz por que dio un paso hacia adelante, más bien cabría reflexionar la felicidad antes de que diera paso a la muerte y las condiciones de la vida antes de morir.

Es por eso, que continúa expresando “...ni nada en fin de lo que naturalmente está constituido de una manera podría habituarse a proceder de otra manera.”<sup>4</sup> El hombre aspira por su naturaleza a la virtud de ser feliz, no puede desarrollar otra condición que no le pertenece, el hombre tiene una esencia natural que perfecciona, moldea y la coloca en la balanza como un hombre que aspira a satisfacer sus metas; no es posible concebir que un hombre sea infeliz por naturaleza, deberá desarrollar aquella que le pertenece y existe en cada uno de éstos, socializa con los demás hombres por actos buenos y justos, lo que conduce a decir que los actos bien se aprenden con el ejercicio y la práctica de lo bueno, lo justo con actos de justicia, las leyes buenas con legisladores

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 33.



que han ejercido la virtud de conductas buenas; que por la misma naturaleza, todo se dirige en una reacción de la acción emprendida, políticos buenos a gobierno buenos, ciudadanos buenos a ciudades buenas.

Entonces, las leyes buenas conllevan a derechos de los hombres para su bienestar y felicidad, leyes justas a decisiones justas con resultados de derechos justos; sin embargo, no siempre los gobiernos están en este camino de la virtud para la felicidad de lo público y el bien común.

En este orden de ideas, Tomás de Aquino señaló que la ley se ordena siempre al bien común, que es una regla y medida de los actos humanos, tomando como soporte la razón, donde la vida en los hombres busca la felicidad común.<sup>5</sup>

La ley tiene entre sus prioridades mantener el orden, paz y tranquilidad en la vida pública y social de los hombres para la felicidad en la sociedad, las comunidades buenas otorgan leyes buenas, comunidades malas entregan leyes que no buscan el bien común y la felicidad de los hombres, por lo tanto, las leyes deben dirigirse a la felicidad de la comunidad, y como consecuencia, a las personas que integran la comunidad, por lo tanto, la ley es el mecanismo para inducir y obtener la virtud de lo bueno, definiendo la ley como "...cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad."<sup>6</sup>

Como podrá apreciarse, la ley tiene la tarea trascendental de mantener ordenada la comunidad y así cumplir sus objetivos, es decir, la ley mantiene el orden, tranquilidad y la esperanza para alcanzar la felicidad de la comunidad, así las leyes particulares (temporales) son las llamadas leyes humanas que por su propia naturaleza son imperfectas, los hombres entregan leyes que no buscan la felicidad, no son virtuosas y con ello contradicen los objetivos planteados para el bien común, son leyes contrarias a la naturaleza del hombre que incumplen con los parámetros para aplicar leyes justas.

<sup>5</sup> *Tratado de la ley*, 8ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 8.

Debemos recordar que la ley es el instrumento que el hombre implementó en el Estado como instrumento para cumplir con el orden y la paz, pero también fue el mecanismo que condujo al terror y abusos, ya que estas leyes en infinidad de ocasiones a lo largo de la historia del hombre ha determinado la vida o la muerte, la libertad o la esclavitud, la justicia o la injusticia, asimismo, contemplaron abusos y excesos de la autoridad.

La ley humana no tiene otra finalidad que la felicidad de los hombres, pero esta ley no logra tener buen fin; la arrogancia, despotismo y el deseo de quitar a los demás lo que le pertenece, hace que la ley no sea justa y como consecuencia no alcancen la felicidad, aquello que de manera original le pertenecía por la misma naturaleza y que desafortunadamente, el Derecho positivo le arrebató a través de los pactos políticos y las normas jurídicas positivas; no fue suficiente con establecer un pacto entre los hombres para hacer el bien común, sino que además se aprovechó el momento para crear una nueva corriente política ideológica donde el Derecho natural, se transforma en Derecho temporal dado por las autoridades. Por lo tanto, la ley es la regla coercible vigente en toda la comunidad política para cumplimiento de todos, la legitimidad de su expedición es la autoridad que recibió de la voluntad de los hombres.

No podemos dejar de mencionar como el Derecho natural defiende con un afanoso recelo los derechos de los hombres por la naturaleza misma de las personas y no por su relación con la legitimidad del poder temporal, el Derecho natural en todo momento defiende las leyes justas y virtuosas, desecha aquellas que no salvaguardan derechos de los hombres por considerar que son injustas, no reduce sus argumentos a normas positivas, sino respalda los argumentos con gran energía a través de la naturaleza de los hombres.

La ley de los hombres debe estar dictada conforme a la naturaleza de su condición, es decir, racional así como virtuosa, entonces leyes virtuosas y justas serán obedecidas por los hombres, ya que tienen la misma naturaleza.

Aristóteles señaló que la virtud social es la justicia y todas las demás vienen necesariamente después de ella,<sup>7</sup> con ello los hombres deberán aspirar a la felicidad en el Estado por medio de leyes justas, sin embargo, la virtud de los hombres es dar normas lo suficientemente éticas, que sean capaces de considerar los objetivos de la comunidad, pero también de los hombres en lo individual, que no coloque un riesgo para la conservación del ente público, pero que logre satisfacer lo necesario para que los hombres sean felices en los diversos ámbitos, comenzando por las leyes buenas y virtuosas.

En este sentido, la Ética no se reduce en aspectos morales del hombre, está relacionado con la política y con el Derecho, sin embargo, el presente trabajo se limitará a este último contexto, con la finalidad de reflejar la trascendencia del contenido de las normas jurídicas.

Gregorio Peces Barba expresó que el estudio de la Ética tiene como finalidad la reconstrucción de los estados modernos, con la finalidad de generar nuevos paradigmas y modelos teóricos respecto de aquellas afirmaciones que han generado tensiones y retrocesos en regímenes totalitarios y autoritarios, cambiando la opinión y puntos de vista más racionales y virtuosos, con una Ética pública responsable tanto social como individual y no simplemente, la inercia de un pensamiento liberal sin contenidos éticos, sólo normas jurídicas y libertades, porque así lo determinó el poder y se reflejó en el Derecho.<sup>8</sup>

Por lo tanto, existe un conflicto para garantizar el bien común que debe salvaguardar el Estado y su ponderación con el espacio individual, entonces está obligado a salvaguardar el equilibrio entre los diversos intereses, desempeñando la ley un papel trascendental, ya que leyes irracionales conlleva a acciones irracionales, leyes justas a decisiones justas y como consecuencia la felicidad de los hombres.

<sup>7</sup> *La Política*, México, Época, 2007, p. 109.

<sup>8</sup> Gregorio Peces Barba, *Ética, poder y Derecho*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004, p. 55.

Es así, como Aristóteles expresa que la felicidad se logra a través de los gobiernos, pero esta felicidad se logra cuando hay leyes justas tanto en la vida común como individual, con leyes justas la obediencia es una virtud, pero en el caso de leyes injustas es una carga para el cumplimiento de los fines del propio Estado y de los hombres, por eso la Ética deberá ser un compromiso no solo individual, sino a través de ella lograr evitar el desvío del poder y el despotismo de las autoridades, o bien, actos como la desobediencia civil por parte de los hombres para oponerse a leyes injustas y carentes de todo contenido ético. Debemos hacer justicia a través del Derecho positivo para lograr una Ética pública y no caer en el formalismo jurídico que la *ley es la ley*.

En este orden de ideas, las leyes buenas hacen felices a los hombres y son obedecidas por su contenido. Son leyes buenas aquellas que en su creación y aplicación integran derechos para el bien común e individual, manteniendo el equilibrio entre el fin último de los hombres con la comunidad, es por ello, que Aristóteles decía que frente a las leyes irracionales, que si bien no perdían esta categoría porque son dadas por el Estado, podrían no ser observadas por la falta de equilibrio entre el objeto que regula y su contenido.<sup>9</sup>

Hablar de Ética en el Derecho es hacer alusión a la relación que existe entre el Derecho con la política para alcanzar una vida individual y social digna, donde el Estado tenga la capacidad de salvaguardar los derechos mínimos de los hombres. Entonces, las leyes juegan un papel trascendental en el proyecto de una vida bien, configura una sociedad donde abandonan los intereses individuales para una convivencia común, lo cual no significa que los hombres decidan sin importar aquello que la sociedad desee, sino un modelo de vida donde exista una interrelación entre estos ámbitos de interés, por ello, el Derecho positivo juega un papel por demás valioso, ya que la ley se convierte en la liga para mantener una sociedad con derechos, o bien, normas jurídicas injustas que borran los anhelos para el bien común como sucede en los estados autoritarios.

<sup>9</sup> *La Política, cit.*, p. 205.

La Ética se presenta en esta problemática, el Derecho positivo impone sus normas y no entra a la discusión de su contenido, se limita a señalar que cumplió con los requisitos para que la ley se implemente y con ello su obligatoriedad; la Ética es impuesta como una categoría obligatoria que determina las condiciones de la vida para los hombres, convirtiéndose en un paradigma principalmente por una ideología política y no por un objetivo de los hombres para el bien común.

Este problema entre Derecho y política es histórico, ya que la imposición de las normas jurídicas por el Estado omnipotente hace que la Ética no prevalezca en el Derecho, basta expresar los estados totalitarios; por ello, es importante el equilibrio entre la Ética de lo individual y la Ética de lo público, ni egoísmo pero tampoco totalitarismo.<sup>10</sup>

Como se desprende de lo anterior, la Ética no está aislada del contexto político, ya que si el Estado mantiene el monopolio del Derecho positivo, será el responsable en generar leyes positivas de contenidos éticos -morales que regulen las diversas situaciones que integran el sistema jurídico, ya que además el Estado tiene esta obligación para tener el monopolio y la coacción de la ley, entonces será ético tener leyes justas para contemplar sanciones justas.

Si bien debemos reconocer que entre los valores esenciales en la vida de los hombres existe la seguridad jurídica y que es una aportación del Estado positivo moderno, también es menester decir que este valor da origen a otros objetivos de la sociedad como orden, certeza y seguridad.

Por lo tanto, Ética no es únicamente un valor de las acciones de los hombres, también es un elemento que las autoridades y los gobiernos deberán cumplir en las actividades del Estado, Ética es acceder a la justicia, derechos, distribución de la riqueza, asimismo, un derecho a la vida de los hombres conforme a su propia naturaleza y que no autorice con fundamento en la libertad individual terminar con la vida en casos de dignidad en la muerte,

<sup>10</sup> Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 57-61.

utilizando un lenguaje positivista falso y agresivo para justificar una supuesta dignidad al morir.

## 2. *Crítica al positivismo jurídico*

Resulta trascendental como los positivistas han reaccionado frente a las críticas hechas por el Derecho natural, principalmente por la reacción que el hombre inició frente a las acciones antiéticas en los gobiernos con modelos totalitarios, reacomodando sus principios a través de expresiones como positivismo inclusivo o neoconstitucionalismo, que frente a los nuevos debates y figuras sociales —desobediencia civil, objeción de conciencia, derechos humanos— han modificado las corrientes de estudio, justificando nuevas visiones jurídicas, pero sin modificar lo esencial, porque siguen reconociendo la separación entre el Derecho y la moral; o bien, en una corriente aún más radical, donde se dice que Derecho es cualquier contenido y que derivado de un fenómeno social, no requiere de justificaciones o de algún valor extrínseco como la moral para obedecerlo y aplicarlo.<sup>11</sup>

El positivismo jurídico ha confundido el objeto de estudio con la razón de estudio, ya que a través del primero pretenden expresar que el Derecho es creado para mantener el orden y eficacia social, que los gobiernos cumplan los fines del Estado y encuentren normas de convivencia social; sin embargo, no son argumentos razonables que convenzan, ya que es un egoísmo irracional que prevalece en esta corriente, *la ley es la ley*, por lo tanto no admite ningún valor que pueda moderar su aplicación y obediencia, se olvidan que la razón de la ley es el equilibrio entre lo público y lo privado, entre el bien público y los derechos humanos, aspectos que no logran explicar convincentemente, en razón que la Ética, justicia, y moral no son elementos que justifiquen razones para expedir normas jurídicas a decir del positivismo, solo expresan imágenes, creencias u opiniones subjetivas.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Rodolfo L. Vigo, *El iusnaturalismo actual*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 95, 2007, pp. 151- 155.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 155.

El Derecho natural ha mantenido históricamente el equilibrio entre las leyes que dicta el gobierno y los derechos que regulan su contenido, seguramente de no ser así, el soberano hubiese seguido con su pretensión de esclavizar los derechos de los hombres, quienes a pesar de las críticas al contenido axiológico de las normas jurídicas, mantienen viva la esperanza de la justicia entre los hombres y la sociedad. En este orden de ideas, para Tomás de Aquino hacer leyes es una actividad propia de lo público para la dirección de la comunidad;<sup>13</sup> se expresa el deseo de aquella sociedad que quiere reglas de convivencia para aplicar con virtud y rectitud sus alcances y principios, no habiendo otras leyes en los hombres que no sean aquellas cuyos derechos estén regulados y consagrados en estas normas.

Es importante aclarar que no toda regla jurídica salvaguarda derechos, en ocasiones éste se convierte en el instrumento de control y mando político y económico de la sociedad, el poder transforma su objetivo y la convierte en una herramienta coercitiva, antiética y egoísta, desechando aquella labor del Derecho natural para mantener un equilibrio de lo justo o del bien común, dejando de dar a cada uno lo suyo y ponerse a disposición de los derechos subjetivos y poderes de los hombres.<sup>14</sup>

Por otro lado, el Derecho positivo a través de Massini Correas ha sido minimizado al Derecho natural como retrógrado o cronofóbico,<sup>15</sup> pero lo cierto es que debido a ese compromiso para el bien común de la sociedad y respeto de los derechos de los hombres, el Derecho positivo no ha logrado sucumbir con grilletes los derechos que le pertenecen a las personas, con lo cual la justicia

<sup>13</sup> Cfr. Tomás de Aquino, *op. cit.*, pp. 5-7.

<sup>14</sup> Cfr. M. Villey citado por Rodolfo L. Vigo, *op. cit.* p. 164. Continúa diciendo Rodolfo L. Vigo que el Derecho tiene por objeto lo justo o sea lo debido al otro, de manera que ajustemos o igualemos nuestra conducta a los títulos del otro, más allá de que eso que le corresponde al acreedor o titular se le haya conferido por su mera condición de persona humana o por acuerdos o decisiones autoritativas. *Idem.*

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 162.

es una aspiración más en cada ley y no convertir reglas de convivencia en violencia legitimada como sucede en algunas ocasiones en el positivismo jurídico.

El Derecho natural tiene en sus manos la titánica tarea para detener los excesos normativos del positivismo jurídico.

El Derecho natural no duda en aceptar la relación entre Derecho y Moral, situación que el Derecho positivo sigue negando como una situación inaceptable y fiel a su tradición jurídica, sin embargo, el problema se agudiza cuando esta inflexibilidad teórica se aplica en la práctica de los jueces o legisladores, aceptando los cambios del Derecho pero de manera conceptual como los derechos fundamentales, que no son otra cosa que el reconocimiento de los derechos humanos.<sup>16</sup>

Esta situación deja al positivismo vulnerable, principalmente porque los cambios en la sociedad cada vez son más exigentes cuando se reclaman derechos, justicia y ética, con lo cual figuras como la desobediencia civil y la objeción de conciencia son más frecuentes en la vida diaria de la sociedad, ello provoca una reacción del Estado para modificar el contexto legal, pero siendo cautelosos en el contenido y cuidando nuevamente no caer en normas jurídicas de contenidos axiológicas o justas. ¿Acaso esto será malo?

Aristóteles decía que el hombre se hace justo por la práctica de actos de justicia,<sup>17</sup> y cuando no hay actos de justicia no se puede aspirar a tener algo que no se práctica, que no se conoce, o bien, que se desea pero que no se pretende para conocer, entonces la pregunta sería ¿Cómo ser justo si no hay prácticas para otorgarse? No es simplemente un deseo de nomenclatura o concepto, es una aspiración del hombre para ser pleno y no una expresión de una teoría.

Así, el contenido ético para alcanzar la justicia es un todo, aquí no hay excesos ni defectos, ya que la justicia no es el término medio de la legalidad, sino el término único de la legalidad y que se logra por medio de la virtud de los hombres, a través de la

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>17</sup> *Ética nicomaquea, cit.*, p. 39.



práctica de la justicia, es por ello, que Aristóteles expresó que los principios universales tienen más amplia aplicación, alcanzan mayor grado que las proposiciones particulares y la conducta humana concierne a los hechos concretos, por eso la filosofía práctica deberá ser un instrumento de análisis y apoyo para adecuar los principios universales a la conducta de los hombres, en caso contrario, se perdería el punto intermedio para la virtud en la justicia.<sup>18</sup>

En este orden de ideas, debemos señalar que el positivismo jurídico tiene como Derecho, exclusivamente aquello que el poder legislativo da en un sistema de normas jurídicas, ajeno a valores morales ajeno de la parte axiológica y ética, sin embargo hay una parte que no puede dejarse de lado en esta concepción del Derecho y tiene que ver con el cognitivism ético.<sup>19</sup>

Por lo tanto, el Derecho tiene por objeto lo justo, lo debido lo otro conforme a las reglas, en su caso, los principios de conformidad con las relaciones de los hombres en un plano de virtud y ética, el Derecho no es únicamente una teoría que determina los conceptos, Derecho no es la suma de interpretaciones de normas jurídicas dadas, Derecho no es la aplicación de las leyes a los casos concretos, Derecho es más que un sistema de normas jurídicas, Derecho también significa no afectar del espacio inherente de las personas y la vida se encuentra dentro de este espacio del hombre, que no puede ser anulada ni aún con el consentimiento del titular de ese Derecho, mucho menos por otras personas que no les pertenece ese Derecho.<sup>20</sup>

El Derecho positivo no explica con argumentos cual es la razón para permitir que una persona atente contra su vida, cuando por ética deberá salvaguardar el derecho a la vida a través de la Ética pública como una obligación por parte del Estado.

En el Derecho natural prevalece la noción que el Derecho injusto no es Derecho, ya que no salvaguarda intereses que eviten vulnerar derechos de las personas, el Derecho positivo se limita

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>19</sup> Vigo, *op. cit.*, pp. 153-155.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 163-165.

a decir que Derecho es lo que el poder legislativo da bajo los procedimientos establecidos, sin más argumento que el formalismo de su creación, sin embargo, la creación de estas leyes violan los derechos de los hombres, reduciéndose a tal grado que nulifican el derecho a la vida.

Valdría la pena preguntarse ¿Las leyes tienen como finalidad limitar y restringir derechos de las personas? Es importante analizar hasta donde la ley regula limitaciones en los derechos de las personas, modificando la esencia de la naturaleza de esos derechos y justificar juridicidad, eficacia y obligatoriedad;

En este orden de ideas, la justicia es la clave de la obligatoriedad y la justificación de la norma jurídica,<sup>21</sup> por lo tanto, debemos reconocer que las reglas de los individuos en la sociedad no son exclusivamente jurídicas, prevalecen otras normas como las morales, y en ambos casos, prevalece la Ética pública en las relaciones entre los hombres para su obligatoriedad, donde a decir de Finnis se trata de un derecho moderno de la justicia, razonabilidad práctica y del bien común; contrario a Villey, cuando expresa que los derechos humanos no son más que el subjetivismo jurídico.<sup>22</sup>

Es trascendental señalar lo que Villey expresa de manera notable cuando dice que la ley viene después del Derecho, y que éstos no se agotan en las leyes, sino que vienen de una interpretación para encontrar esos derechos y la justicia,<sup>23</sup> que alcance la esencia y naturaleza de las relaciones de los hombres, para eso el hombre tiene la capacidad y el intelecto en descubrir y encontrar esos derechos que se desprende n de la ley, no para limitar éstos ni restringir las interpretaciones de la misma, por eso la crítica a las leyes injustas que no salvaguardan los derechos como la vida.

Por último, Carlo María Martini expresó de manera puntual sobre la irreductibilidad de la justicia a la mera legalidad, es decir, sobre las insuficiencias del positivismo jurídico.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>24</sup> Gustavo Zagrebelsky y Carlo María Martini, *La exigencia de la justicia*,

### 3. *Voluntad anticipada*

El Derecho natural defiende la vida por considerar una esencia propia de los hombres, son leyes básicas de la naturaleza conservar y defender la vida, es la evolución misma de los seres y como consecuencia no deberá haber ninguna ley que interrumpa este desarrollo; sin embargo, el positivismo jurídico ha considerado establecer figuras normativas donde las personas decidan esta evolución natural. En este momento de leyes modernas y sistemas políticos liberales, han unido esfuerzos para interrumpir la vida y dar pauta a una muerte digna de las personas, con lo cual el Estado dice estar entregando la decisión a los hombres en determinados casos, por supuesto que no justifica la supuesta ética de esta decisión e incumple la obligación de conservar la vida y el bien común.

En la voluntad anticipada la decisión a la vida se limita a un diagnóstico biológico donde se analiza la conveniencia para que una persona autorice terminar con su vida dignamente y no sufrir, se ha convertido en un discurso biológico-médico sin ninguna acepción filosófica, ética, axiológica.<sup>25</sup> El bien común a la vida queda a un lado, el Estado se desprende de la obligación para salvaguardar este bien jurídico primordial y lo entrega a la decisión de la voluntad de las personas, incumpliendo con la encomienda trascendental para el Estado donde lo público está en equilibrio con lo privado, con lo que se respaldaría que el Estado jamás autorizaría que la ley prive alguna persona de la vida, aún con su libre voluntad, por el contrario, la ley deberá salvaguardar en todo momento el derecho a la vida y atención médica digna y Ética pública.

La vida es un valor que los seres humanos reconocen no porque está en una norma jurídica, es un valor que se tiene y se reconoce conforme vaya relacionando con otros seres y adquiere conciencia, la vida no depende de una declaración en la ley, por el contrario, es un derecho por naturaleza y evolución de los hom-

Madrid, Mini Trotta, 2006, p. 53.

<sup>25</sup> Vigo, *op. cit.*, p. 180.

bres que atribuye un significado desde la realidad y conciencia de sus acciones, la vida es un derecho por evolución misma del ser que no depende de alguna norma jurídica, por lo tanto, acabar con ella también no depende del Estado, por el contrario, éste tiene la tarea de cuidar, conservar y dignificar la vida de los hombres, lo cual lleva a preguntar ¿Por qué se privilegia una muerte digna en lugar de la atención médica para una vida digna?

El Derecho positivo tradicionalmente se ha caracterizado por salvaguardar bienes jurídicos y otorgar seguridad para conservar éstos, sin embargo, la vida que es el derecho por excelencia no lo hace con este criterio, ahora el positivismo jurídico infringe esta tarea y deja en la ley la decisión de este derecho inherente a los hombres, siendo incongruente con los objetivos de la norma jurídica que sabemos es salvaguardar derechos y garantizar bienes jurídicos, lamentablemente no lo hace así en el caso de la voluntad anticipada.

Aquí valdría la pena señalar que frente a la inseguridad jurídica de la vida, no hay justicia ni valor jurídico que alcance a justificar la autorización de la ley para permitir que alguna persona decida terminar con su vida o la de otra persona, es una ley injusta sin valores ni ética, es una ley que no protege el derecho más privilegiado a vivir, es una ley que autoriza al Estado una decisión irracional contra la naturaleza de los hombres y contra el derecho primario más importante que los hombres tienen: Vivir.

La ley debe tener un toque de humanismo,<sup>26</sup> sí el hombre por naturaleza es un ser social deberá regular sus relaciones, no hay porque negar esta característica, sí las normas jurídicas regulan la conducta de los hombres en un entorno social, porque eliminar el toque humanista al Derecho si la esencia que regula es el mismo hombre, entonces porque el Estado jurídicamente, permite la vigencia de normas no humanistas, sino por el contrario, que atentan contra los derechos de los hombres como la vida, dejando en discursos el nuevo lenguaje de la teoría del Derecho como los derechos fundamentales.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 199.

En la voluntad anticipada lo que no se protege es la vida, existe una falta de Ética jurídica para salvaguardar derechos con humanidad como el derecho a una atención médica para una vida digna, falta el compromiso para la protección y atención digna de las personas con enfermedades terminales, no se trata de dar puertas falsas y fáciles, la ley tiene la obligación de ofrecer eticidad a estos casos excepcionales y dar soluciones humanistas, que no tienen nada que ver con la muerte.

Valdría la pena preguntar ¿Qué humanismo tiene una ley que decide la muerte? Simplemente la dimensión ética no existe, es una determinación radical, irracional e injusta dar al hombre la muerte como medida inminente, renunciando el Estado a la obligación de proporcionar elementos médicos que hagan de esta situación una vida digna en una fase terminal. Esta época de cambios y desarrollos tecnológicos, cuando tenemos a nuestro alcance logros impensables en beneficio para los hombres, avances ilimitados en nuestra ciencia y grandes descubrimientos que van mucho más allá de nuestra imaginación, resulta que damos prioridad a la muerte, tiramos la toalla y levantamos el dedo para decidir a favor de una muerte digna, sin agotar la decisión de explorar una vida digna a pesar de una enfermedad en fase terminal, siendo este el apartado donde el positivismo jurídico no justifica sus injusticias.

Lo anteriormente expuesto, remite señalar que en la ley de voluntad anticipada hay un problema económico, político, ideológico y no un problema de derechos, es inconcebible que la libertad de los hombres lleve a preferir la muerte que la vida, ya que en estos momentos el hombre debería preocuparse más por el hombre en virtud que presumimos un mundo civilizado, sin embargo la realidad en este *espacio virtual* es más de números y estadísticas que de derechos, dignidad, ética o justicia para las personas; el momento que vive el hombre requiere de regresar a los básico y primario, volver a sus orígenes para generar, salvaguardar y conservar derechos, requiere de argumentos conforme a la naturaleza de los hombres con un alto contenido ético, donde

muestren que los derechos son de los hombres y para los hombres.

Por lo tanto, la eticidad del Derecho es más que reglas jurídicas, hay derechos que no son simplemente documentos redactados por los hombres para salvaguardar momentos políticos modernos, los derechos es más que una moda en el lenguaje y la teoría, la falta de contenidos éticos en la leyes está conduciendo a expresiones huecas como la ley de voluntad anticipada, ya que la autorización hacia la muerte es más digno que una defensa a la vida, justificar las muerte en la voluntad anticipada por cuestiones políticas, económicas, ideológicas o hasta purezas de cientificidad en lo jurídico no legitima la injusticia, cuando se exige, simplemente justicia como ser humano.<sup>28</sup>

Aquí existe un exceso del formalismo jurídico respecto a los derechos, en virtud que a través de la exclusividad interpretativa de las normas jurídicas se excluyen éstos, o bien, se aceptan acciones que vulneran derechos como la vida, con ello se exhibe una deficiencia en el objeto del positivismo jurídico, no podemos aceptar que frente a la pretensión de respetar una pureza teórica se violen derechos, además, se aísla de contenidos éticos y valdría la pena analizar ¿Porque sí es aceptado el contenido político del Derecho contraviniendo la pureza normativa? Incongruencias del Derecho positivo.

El artículo 1º constitucional expresa que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico de nuestro sistema normativo, y todas las autoridades están obligadas a proteger, respetar y garantizar estos derechos, no existiendo en ningún apartado de nuestra carta magna la autorización para establecer la muerte como una decisión voluntaria frente a circunstancias de enfermedad. Ello lleva a ratificar el contenido establecido en el artículo 1º constitucional donde establece una protección universal y absoluta a la vida, ya que el artículo 22 prohíbe la pena de muerte, resultando por demás gratificante que la ley no legitime privar de la vida alguna persona;

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 203-205.

asimismo, el artículo 29 contempla la restricción o suspensión al derecho humano a la vida, prohibiendo que el decreto respectivo contemple la pena de muerte.<sup>29</sup>

De igual manera, nuestra Constitución política otorga un derecho a la vida tanto en el artículo 29 y de manera significativa el artículo 123 fracción XXIX que expresa de manera clara que es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y en ella comprenderá seguros de vida; con lo cual se vuelve a ratificar el interés de nuestro máximo ordenamiento jurídico, para establecer garantías que salvaguarden los derechos de las personas a la vida.<sup>30</sup>

Por lo tanto, no existe en ningún apartado constitucional algún ámbito jurídico que autorice la vigencia de normas jurídicas que tengan como finalidad la autorización a la muerte, por el contrario, establece la obligación de cubrir las enfermedades de los trabajadores, siendo de utilidad pública este derecho, por lo tanto, las leyes que contemplan la voluntad anticipada para morir, atentan contra los principios establecidos en la constitución política de nuestro País, y no es que sea de aplicación para los trabajadores o de una relación laboral únicamente, sino como un principio constitucional que reconoce un derecho para los individuos en México frente a una interpretación uniforme e integral.

En este contexto, el poder público deberá garantizar un mínimo de derechos y necesidades básicas para los grupos menos favorecidos, con la finalidad de acceder a la base de derechos para que tenga sentido la libertad e igualdad en un Estado jurídico; sin embargo, no siempre funciona así, en los estados neoliberales es mínima la intervención del Estado para equilibrar bienes primarios, con ello la Ética deja de ser un contexto entre personas y se convierte en un compromiso social, donde los poderes públicos deben intervenir para un beneficio común, entonces la Ética pública ya no es lo que dicen unos cuantos, sino aquello que los poderes públicos están obligados en sus dimensiones jurídicas

<sup>29</sup> Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Gallardo, 2015.

<sup>30</sup> *Idem.*

y políticas, por lo que la Ética pública establece la solidaridad y universalidad de derechos para las personas.<sup>31</sup>

La Ética pública busca la aceptación de valores comunes lo que conlleva asumir un estilo de vida con identidad de circunstancias y experiencias en común, se concreta por medio de derechos y personas que comulgan una misma idea; pero la Ética pública está muy lejos en nuestro sistema jurídico, puede más una moda jurídica respaldada por un sistema político y económico, que el respecto a derechos en común como la vida. La Ética pública dirige a la buena vida que construya una convivencia Ética en la organización política llamada Ética de mínimos, donde la dignidad de las personas y el respeto a sus derechos son el argumento fundamental.<sup>32</sup>

Por lo tanto, en la Ética de mínimos se trata de la justicia exigible a la ciudadanía para permitir la dignidad de las personas en la sociedad, es una Ética para la convivencia pacífica, equitativa y democrática.<sup>33</sup>

Entonces la vida es un principio que nuestra Constitución estableció como un reconocimiento a un derecho primario de los hombres, la vida no está sujeta a interpretaciones maléficas de los tribunales, no se condiciona a las modas jurídicas ni a malas decisiones de las autoridades, son los derechos que los hombres exigen como parte inherente a su naturaleza como humanos, sin embargo, la ausencia de criterios razonables hace de nuestro sistema jurídico una liga de formalismos que se estira y afloja conforme a los tiempos políticos, y en este momento, la muerte ha superado el deseo de generar medidas y condiciones de vida en momentos difíciles como la enfermedad terminal, situación que no cumple con la Ética pública, ya que es una política pública sin valores.

<sup>31</sup> Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 65-69.

<sup>32</sup> José Manuel Arroyo Gutiérrez, *Ética y Derecho en la democracia*, Serie Ética Judicial Iberoamericana, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Núm. 1, 2013, p. 13.

<sup>33</sup> *Idem.*



La voluntad anticipada no satisface el orden público e interés social que tiene como finalidad la salud para las personas, no es suficiente con señalar que hay una situación excepcional para aceptar un documento público y renunciar a la vida, entonces la pregunta sería ¿Por qué dejar la libre decisión del individuo de optar por la muerte?, ¿Es una ponderación entre derechos a la vida y muerte? No hay ponderación, la ley ya decidió la muerte, sin el más mínimo esfuerzo de considerar una mejor opción a una atención médica digna y humana.

Por lo tanto, la ley no deja la opción para buscar reglas y principios del sistema normativo, ha cerrado la opción entre una obligación de Ética pública que tiene el poder para atender de manera excepcional estos casos y salvaguardar una atención médica digna y humana, renunciando a su compromiso de velar y salvaguardar el bien común, prefiriendo la voluntad de una persona de renunciar a la vida. En este momento vale la pena expresar que pasaría si hay una ley que establezca en completa conciencia de una persona para renunciar a su libertad y solicitar su encarcelamiento, porque está en su libre voluntad para decidirlo con el requisito que lo firmará ante notario público o dos testigos, seguramente sería irracional y completamente una locura; pues así es la ley de voluntad anticipada, por lo que las preguntas serían ¿Qué hace diferente ambos supuestos?, ¿Justifica la enfermedad que la ley legitime inducir tratamiento médico a una persona?, ¿Dónde queda la obligación del Estado para salvaguardar derechos primarios de los hombres como la salud y la vida?, ¿Un notario público y dos testigos legitiman la muerte de una persona? Muy fácil decidir desde la ley, ¡ya lo autorizó!, por lo tanto, quienes intervienen no tienen ninguna responsabilidad jurídica.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado al respecto, se limita a señalar el principio *pro homine* a través de la tesis I.2o.C.6 (10a.) con número de registro 2003027, Libro XVIII, marzo 2013, tomo 3, donde expresa que conforme al artículo primero, segundo párrafo de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que las normas en materia de derechos humanos se debe interpretar procurando favorecer en

todo tiempo a las personas con la aplicación de las normas que más les beneficia, ya sea de derechos protegidos, en la elección de normas, o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes o suspensión extraordinaria a los derechos, lo que implica que es un derecho que debe elegirse cuando favorezca más ampliamente a la persona, o bien, menor restricción para el derecho o mayor protección para el individuo.<sup>34</sup>

En este orden de ideas, es importante destacar que exige a los intérpretes del Derecho una mayor protección de la persona, la ley deberá establecer mecanismos para beneficiar derechos de las personas y esa es una obligación de la actividad jurisdiccional al momento de interpretar; con mucho mayor rigor, deberá haber una interpretación para no dejar en la ley la decisión de privar de un derecho trascendental y primario como la salud, dejando en la voluntad de un médico y de familiares la decisión entre un tratamiento médico digno o la muerte. Son leyes que privilegian un sistema de derechos donde no existe la más mínima protección del derecho natural a vivir.

En otra interpretación, la Suprema Corte de la Nación a través de la jurisprudencia VI.30.A J/2 (10<sup>a</sup>) con número de registro 2002861, Libro XVIII, febrero de 2013, tomo 2, expresa que el principio *pro homine* es aplicable en dos vertientes consistente en preferencia de normas y preferencia interpretativa, siendo esta última aquella que favorezca en mayor medida la protección de las personas, condicionando que su aplicación deberá ser hacia la efectiva protección de los derechos de las personas.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> [http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?E-poca=1e3e1000000000&Apendice=1808080808080&Expression=PRO%2520HOMINE&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=79&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009238&Hit=1&IDs=2009238,2008623,2008053,2007379,2007064,2007280,2006721,2006485,2006037,2006058,2005477,2005650,2005682,2005598,2005258,2005342,2005203,2005211,2004850,2004966&tipoTesis=&Semenario=1&tabla=](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?E-poca=1e3e1000000000&Apendice=1808080808080&Expression=PRO%2520HOMINE&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=79&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009238&Hit=1&IDs=2009238,2008623,2008053,2007379,2007064,2007280,2006721,2006485,2006037,2006058,2005477,2005650,2005682,2005598,2005258,2005342,2005203,2005211,2004850,2004966&tipoTesis=&Semenario=1&tabla=), consultada el día 12 de mayo de 2015.

<sup>35</sup> <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?E->

Luego entonces, es obligación de los jueces pronunciarse por un debido criterio de proteger la vida y no dar pauta a la muerte, proteger en todo momento el derecho a una atención médica para una vida digna como un derecho humano y fundamental, más no, la autorización para el retiro de atención médica y como consecuencia la muerte. En este orden de ideas, la mayor protección de las personas y la protección de los derechos es la vida con atención médica digna y hacer menos difícil la situación de la enfermedad, disminuyendo los efectos de la condición contraria a la salud, entonces es un derecho de los hombres la protección de la vida digna a través de una atención médica más favorable para los enfermos.

No podemos privilegiar la muerte, es una decisión contraria al principio *pro homine*, ya que las normas jurídicas no deberán establecer preferencias para retirar la atención médica, la interpretación será en todo momento a favor de la vida, y como consecuencia, una atención médica digna para las personas con enfermedades en situación difícil, promoviendo en todo momento la dignidad de las personas y el derecho a la vida.

Luis Francisco Sastoque señaló que ningún hombre puede tratarse a sí mismo, o tratar a uno de sus semejantes como un medio o instrumento, jamás se deberá instrumentalizar o cosificar a la persona humana.<sup>36</sup> Es importante señalar, que con sustento en el anterior comentario de Sosteque, la persona no debe convertirse en objeto aun cuando manifieste su voluntad, no forma parte de su libre decisión decidir la muerte en estas circunstancias, el Es-

poca=1e3e1000000000&Apendice=1808080808080&Expresion=PRO%2520HOMINE&Dominio=Rubro,Texto&TA\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=79&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2009238&Hit=1&IDs=2009238,2008623,2008053,2007379,2007064,2007280,2006721,2006485,2006037,2006058,2005477,2005650,2005682,2005598,2005258,2005342,2005203,2005211,2004850,2004966&tipoTesis=&Semenario=1&tabla=, consultada el día 12 de mayo de 2015.

<sup>36</sup> *Dignidad Humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*, Serie de Derechos Humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Núm. 2, 2014, p. 2.

tado deberá actuar a favor de la vida en razón que es un derecho primordial de las personas, además que la vida es un valor que deberá protegerse por el orden público e interés general y no es renunciable ni por voluntad misma.

Luego entonces, la dignidad humana es un valor de las personas que deberá estar protegida por el sistema jurídico y por las decisiones de los tribunales, es un derecho humano que soporta otros derechos, que garantiza la identidad de las personas y que hace posible otros derechos como la salud, que el hombre no pierda su calidad en situaciones difíciles, ya que en estos supuesto es donde el hombre advierte su esencia de persona por encontrarse en situación vulnerable, debiendo el Estado proteger esta situación, más no dejar que el hombre o los hombres terminen con una vida, a pesar de su condición de enfermedad.

El formalismo jurídico desafortunadamente no aporta mucho a la dignidad de las personas en la ley de voluntad anticipada, sabemos que estas personas se encuentran en estado de debilidad y desprotegidos biológica y psicológicamente, que desean terminar con su vida, el efecto es devastador, como ya no tiene cura entonces demos una ayuda y permitirle decidir para que termine con su vida, no siendo este el objetivo de un Estado protector de los derechos humanos, para eso la ley tendrá la obligación de ayudar y genera políticas que conduzcan a tratamientos médicos dignos para la vida.

La dignidad de las personas es un atributo del hombre que no depende del reconocimiento en las normas jurídicas, sin embargo, existe una protección de la dignidad de los hombres en ordenamientos jurídicos internacionales como la Carta de Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Pacto Internacional, documentos que en su contenido se desprenden que la dignidad es un valor inherente, intrínseca, inalienable, igualitario que deriva de la persona humana, más no por decisiones políticas, acuerdos económicos o sentencias judiciales, por lo tanto, nuestro sistema jurídico busca reconocer a través de criterios internacionales y resoluciones jurisdiccionales la dignidad

de las personas, lo que conlleva la protección de derechos personalísimos como la vida.

En este sentido, la dignidad de las personas no es un derecho que se encuentre presente únicamente en la salud, sino en la vida de las personas, la Ética pública obliga al Estado a cumplir con este valor en todo el trayecto de la vida de las personas, un ser concebido que aún no nace, es un individuo que está protegido por el derecho al ser instituido como heredero o legatario, ahí está presente la razón lógica de salvaguardar derechos a través de instituciones jurídicas, razón por lo cual, de igual manera la vida es el valor máximo por excelencia de cualquier persona, entonces no es ético tener leyes que decidan la muerte, más bien, deberá salvaguardar el derecho para acceder a una atención médica digna como un derecho humano.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en noviembre de 2014, publicó la tesis aislada 2007924 donde señala que la discriminación por condiciones de salud es conocida como categoría sospechosa, la cual atenta contra la dignidad de las personas y tiene por objeto anular y menoscabar los derechos y libertades de las personas, asimismo, señala que es posible dar un trato desigual a quienes no se encuentran en una paridad frente a otros sujetos, pero deberá ser razonable, en caso contrario es discriminatorio, con lo cual busca una interpretación pro persona derivado del artículo primero constitucional, como aquello más favorable a la persona en su protección para la protección del sujeto desfavorecido.<sup>37</sup>

Asimismo, resulta trascendental la siguiente tesis aislada y que clarifica la confusión relativa a la moral y la dignidad huma-

<sup>37</sup>

na, con número de registro 20077, 31 de octubre de 2014 y que dice:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 10., último párrafo; 20., apartado A, fracción II; 30., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Amparo directo en revisión 1200/2014. 8 de octubre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Esta tesis se publicó el viernes 24 de octubre de 2014 a las 09:35 horas en el Semanario Judicial de la Federación.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> [http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1e0e0e0e0e0e0e0e&Expresion=dignidad%2520humana&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=121&Epp=20&Des-](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1e0e0e0e0e0e0e0e&Expresion=dignidad%2520humana&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=121&Epp=20&Des-)

Como podrá apreciarse, la dignidad humana es un principio jurídico que está presente en todo el ordenamiento jurídico, es decir, todo el sistema normativo jurídico deberá contemplar normas que no trasgredan este principio como un derecho humano y como un derecho fundamental que permita desplegar toda la personalidad en el campo jurídico. En principio como derecho humano es inherente a las personas, forma parte de su esencia y naturaleza, que no depende de un contenido normativo, por eso no debemos entender la dignidad humana como una declaración del Derecho, sino como aquel valor que reconoce el orden jurídico y que a través de los derechos fundamentales las personas gozan de derechos transversales y lineales.

La dignidad humana establece los parámetros para respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas, no únicamente aquellos que reconoce el ordenamiento jurídico positivamente, debemos observar la dignidad humana más que una declaración de sentencias en los tribunales, sino como una acción negativa de los poderes públicos que puedan afectar a través de las leyes, evitando con ello que las personas sean tratadas como cosas, objetos, humillante y discriminatoriamente.

Existe una obligación del Estado para no privar de la vida a través de contenidos jurídicos arbitrarios y salvajes, ello significa que deberá establecer las condiciones para acceder a situaciones dignas de las personas, siendo uno de esos derechos lineales la salud. Es un derecho lineal porque la dignidad está presente en todos los aspectos de la vida de los hombres, es un derecho que se encuentra desde antes de nacer hasta después de la muerte, que durante la vida tiene como objetivo garantizar que la salud de las personas tanto física, biológica, mentalmente, entre otros aspectos se garanticen e impedir que las leyes sean el instrumento indignante y menoscabar el derecho a la dignidad en la salud.

de=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2008940&Hit=1&IDs=2008940,2008946,2008874,2008838,2008689,2008493,2008090,2007924,2007856,2008054,2007731,2007338,2007381,2007450,2007074,2007103,2006960,2006631,2006575,2006320&tipoTesis=&Semenario=1&tabla=, consultada el día 12 de mayo de 2015.

Es de llamar la atención la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal,<sup>39</sup> respecto del artículo 1 al señalar que es voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio expresa la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos para prolongar de manera innecesaria la vida, protegiendo en todo momento la dignidad de las personas.

Si bien prohíbe la ley en los artículos 2 y 3, fracción VI, aplicar de manera intencional alguna acción para terminar con la vida, sí deja en el enfermo que tiene la capacidad de ejercicio decidir libremente para no someterse a tratamientos y medios médicos inútiles para mantener vivo al enfermo en etapa terminal, ya sea porque tiene un padecimiento mortal o tiene una esperanza de vida de 6 meses.

El objetivo de la ley consiste en no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando medidas tanatológicas (tratado o ciencia de la muerte) para que comprenda tanto el enfermo y familiares la situación y consecuencias. Así lo expresa el artículo 3, fracciones XIII y XIX, del ordenamiento de referencia.

De lo anterior se desprende que la ley otorga al enfermo en etapa terminal decida no someterse a procedimientos médicos innecesarios para preservar la vida, por ello, hay que preparar tanto al enfermo como a los familiares para la muerte, entonces deberá firmar un documento público de voluntad anticipada suscrito ante notario público, ya que no hay esperanza de vida por encontrarse en etapa terminal.

Como podrá apreciarse la ley no establece los más mínimos alcances para regular la atención médica digna, sino por el contrario, como ya no hay curación médica por encontrarse en etapa terminal, firma este documento para que no tenga responsabilidad médica como lo establece el artículo 6 de la ley en mención, entonces justificar la falta de atención médica y tratamientos, ya que si bien no se induce la muerte, con tu manifestación de voluntad anticipada justifico no proporcionar medicamentos, procedimientos y tratamientos médicos que conduzcan a una

<sup>39</sup> <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx>, consultada el día 12 de mayo de 2015.



obstinación terapéutica, además de ahorrar presupuesto para el supuesto de hospitales del sector público.

La ley no busca dar una atención médica digna a un enfermo terminal, sino legítima no proporcionar atención médica ya que morirá el enfermo, por eso, firma este documento y muere tranquilo; es más, no requiere de ningún dictamen médico a cargo de un consejo o arbitraje médico especial para estos casos, es suficiente con la voluntad del enfermo, notario público, testigos y el historial clínico del enfermo en etapa terminal.

Asimismo, la manifestación de voluntad anticipada requiere de un representante para que lo dicho por el enfermo verifique su deseo para no aceptar tratamientos médicos innecesarios, con lo cual es lo absurdo de esta ley que no conforme con la voluntad ante el notario o testigos, sin ningún dictamen médico de algún consejo especializado de médicos para estos casos, la ley establece a un representante para que confirme que lo dicho en la voluntad anticipada es verdad, es decir, mi representante consta que deseo morir. La pregunta en este momento es ¿Dónde queda la Ética pública y obligación del Estado para salvaguardar la atención médica digna en enfermos terminales? ¿Dónde queda la dignidad de las personas para tener atención médica digna en estos momentos difíciles? La respuesta es no existe, más bien, firma aquí y muere que el Estado ya no tendrá responsabilidad por atender a estas personas que ya no tendrán cura. Pues donde queda la interpretación de los tribunales federales, donde las personas no deben ser tratadas como cosas, humillante y denigrante; más bien, la ley justifica una política liberal económica para no gastar en estas personas que morirán. Aberrante el positivismo jurídico.

Por lo tanto, los estados tienen la obligación de establecer mecanismos jurídicos a favor de la vida, para garantizar su goce y disfrute independientemente de la situación de salud en que se encuentre la persona, no hay razón para suspender o retirar el apoyo médico a las personas en etapa terminal, no se justifica que un documento notarial o testigos decidan la situación entre la vida y la muerte de una persona, esta es una cuestión de orden

público e interés general para el Estado, ya que el derecho a la vida es el bien máspreciado para los hombres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el 17 de junio de 2005 que una de las obligaciones que el Estado ineludiblemente debe garantizar es el derecho a la vida, lo que significa generar condiciones mínimas para la vida con dignidad de las personas humanas, sin generar condiciones que dificulten o impidan la satisfacción de este derecho, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.<sup>40</sup>

Como podrá apreciarse, el enfermo en etapa terminal se encuentra en situación de vulnerabilidad, por ello requiere de una atención especial para disfrutar de la vida, no para firmar un documento y como consecuencia el Estado retire una atención médica digna, es decir, el Estado deberá garantizar en todo momento el goce de los derechos humanos, es por eso, que existe una obligación del Estado en garantizar el derecho a la vida e impone una obligación negativa para prohibir la vida a alguien, además impone la obligación para preservar la vida desde la actividad pública en las diferentes actividades sean administrativas, legislativas o jurisdiccionales.<sup>41</sup>

Entonces el Estado está obligado a inhibir aquellas acciones contrarias a la vida y adoptar medidas para conservarla, por lo que en el caso de la voluntad anticipada se viola el derecho a la vida digna, ya que se induce a renunciar tratamientos médicos que el Estado se encuentra obligado a brindar como una obligación para conservar la vida por una cuestión de orden público e interés general, siendo irrenunciable esta obligación del Estado, ya que ni la voluntad de las personas en situación excepcional de salud puede válidamente en un documento público establecer que no desea el tratamiento médico por estar en situación de enfermedad terminal. En este caso, no puede exigirse y prevalecer un interés individual por un interés general.

<sup>40</sup> *Dignidad Humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal, cit.*, p. 40.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 43.

Por lo tanto, ni el Estado y mucho menos un particular deberá ser autorizado por la ley para trasgredir el derecho a la vida digna como sucede en la Ley de Voluntad Anticipada, no deberá renunciar a los tratamientos de salud por respeto a los derechos humanos, por el contrario, deberá exigirse mayor atención y aplicación de tratamientos médicos para las personas en enfermedad terminal, deberá exigirse a los médicos no tratamientos inhumanos, sino tratamientos médicos razonables para las circunstancias, eso no significa firmar mi deseo para la ortotanasia, sino un tratamiento médico digno conforme a los derechos humanos.

#### *4. Conclusiones*

La Ética pública es una dimensión racional de la vida, es una visión donde el Estado deberá estar equilibrando el liberalismo pero de contenidos sociales y públicos, donde el poder y el Derecho deberán tener cuidado para no convertir a los estados en espacios totalitarios, para mantener protegidos los derechos de las personas con leyes respetuosas de la vida y no promotoras de la muerte, donde un documento permitido por ésta hace la diferencia entre la vida digna y la agonía de una muerte permitida.

En la construcción de la Ética pública los valores comunitarios, solidaridad y la cultura de lo público asumen un papel trascendental, ya que el Estado tiene la obligación positiva de mantener el derecho a la vida digna de las personas, con el debido cuidado para establecer derechos de libertades pero con valores, no siendo posible en este casillero considerar a la voluntad anticipada, dado que el lenguaje teórico que prevalece en esta decisión, se presenta en sentido individual cuando el tema de salud es un tema de Ética pública, pero podemos decir que es el reflejo de una ley sin sentido ético, es una ley que satisface los argumentos de políticas liberales que no satisfacen los derechos de las personas como la vida.

En la Ética pública lo que se busca es generar un estilo de vida comunitario, con un estilo de vida social donde las leyes reconozcan los derechos de los integrantes y señale las libertades

jurídicas, por lo que se establecen derechos que en su conjunto hacen un estilo de vida a cargo de sus integrantes, pero también establece declaraciones jurídicas que limitan derechos como una manera de imponer verdades, jugando un papel trascendental las leyes, ya que contemplan procedimientos para conductas y comportamientos que trascienden al Derecho, como el caso de la voluntad anticipada donde se justifica la elección individual frente a una obligación pública para atender dignamente a un enfermo terminal.

No debemos olvidar que en nuestro sistema jurídico es claro en cuanto al artículo 14 relativo a que nadie podrá ser privado de derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, por lo que la vida y la salud son derechos irrenunciables, y el caso que ocupa de la voluntad anticipada, no puede ser posible que se limite y reduzca el derecho a la salud a través del mecanismo establecido en la ley, únicamente a través de un documento público ante notario, testigos, o bien el expediente médico, entonces al establecer esta voluntad anticipada conduce a la inminente pérdida de la vida, siendo contraria al artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución política de nuestro país. Nadie podrá ser privado de un derecho, sino mediante juicio ante tribunales, no ante documentos públicos y dictámenes médicos.

#### *Fuentes Consultadas*

ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Época, 1999.

\_\_\_\_\_, *La Política*, México, Época, 2007.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel, *Ética y Derecho en la democracia*, Serie Ética Judicial Iberoamericana, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Núm. 1, 2013.

AQUINO, Tomás de, *Tratado de la ley*, Colección Sepan Cuántos, Núm. 301, 8ª ed. México, Porrúa, 2004.

*Dignidad Humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal*, Serie de Derechos Humanos, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Núm. 2, 2014.

PECES BARBA, Gregorio, *Ética, poder y Derecho*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 83, 2004.

VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 95, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo y Carlo María MARTINI, *La exigencia de la justicia*, Madrid, Mini Trotta, 2006.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Gallardo, 2015.

<https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

<https://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx2>



# TEORÍA Y ACCIÓN DE LA ÉTICA EN EL DERECHO SOCIAL

Ricardo Ugalde Ramírez\*

## *1. Introducción*

La relación que existe entre Ética y Derecho corre por múltiples veredas y se manifiesta en inesperadas formas que, en el transcurrir del tiempo, provocan la transformación de la Moral social y favorecen la evolución o involución de aquellos valores éticos necesarios para que la convivencia humana ocurra. Sobre el trazo de una de esas rutas es que corre este trabajo, en el que fugazmente se expone una reflexión que invita a considerar ese vínculo que sucede en la historia por el que se hacen visibles las variadas relaciones que se dan entre los diversos grupos humanos, y que dan sustento a las diversas razones del Derecho, y en este caso a las razones del Derecho social.

El ejercicio se desarrolla en cuatro apartados. En el primero queda expuesto el concepto de Ética así como el de Derecho en algunas de sus expresiones, exponiendo brevemente el alcance que en la historia ocurre en la relación y fusión de ambos conceptos; en el apartado segundo se reflexiona sobre una pregunta básica para todo jurista: ¿cómo nace el Derecho?, y sin pretender proponer una respuesta absoluta, se muestran variadas posibilidades para motivar el pensamiento del espíritu inquieto del estudioso del Derecho; en el tercer apartado se aborda el tema

\* Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en donde actualmente es director. Imparte clase en los programas de Licenciatura, Especialidad y Maestría.

Derecho y la justicia, asunto complejo que encuentra sus cimientos en las múltiples relaciones sociales que entretejen los hombres o los grupos humanos en su proceso evolutivo y, finalmente, en la cuarta parte del trabajo son las ideas de Ética y justicia en el Derecho social las que ocupan las líneas que se han escrito, centrando las ideas expuestas en una de las ramas del Derecho social, el Derecho del trabajo, en el que la Ética queda de relieve en innumerables formas de expresión, que permiten identificar algunas condiciones determinantes de una Ética convencional en la que, sin importar la visión individual, logra prevalecer la mirada colectiva.

Dejo este ensayo y su contenido, que son perfectibles, a consideración del lector, a quien expreso anticipada gratitud por toda aquella aportación que permita mejorarlo, y que será bien recibida.

## *2. Ética, Derecho e historia*

En la actualidad los debates que existen sobre Ética en el Derecho corren por intrincadas veredas; algunas de ellas son las que corresponden a la teoría, otras a la investigación y algunas más a la práctica; entre éstas se observan infranqueables brechas que limitan que aquello que sobre estos temas se teoriza se practique o bien que lo que se practica se investigue o que eso que se investiga se teorice. Es así que como lo he señalado en alguna otra oportunidad, al dialogar sobre Ética o Derecho, en cualquier ejercicio, sea académico, político, educativo o, incluso, en el de la vida cotidiana, inevitablemente nos trasladamos a la reflexión de ramas del conocimiento que se enlazan en el tiempo, y que pueden ser pensadas con gran profundidad desde la filosofía, pues su estudio nos lleva a tratar de comprender la vinculación que entre ellas se da en conceptos como lo moral, la virtud, el deber, la felicidad o el buen vivir de una sociedad.

Por ello es que al pensar en Ética es común acercarnos a esa relación que evalúa la conducta externa que habitualmente desarrolla un ser humano, la que es reflejo del comportamiento de sus



valores internos y de la relación del hombre con la realidad en la que se relaciona; aquí juegan, en la conciencia humana, conceptos morales o inmorales como los del bien o el mal,<sup>1</sup> determinantes para identificar las rutas futuras que desde el pasado podrá seguir el pensamiento y las acciones humanas.

Por otro lado el conocimiento del Derecho se ha fundado, en el transcurrir del tiempo, en diferentes marcos teóricos con los que se pretenden justificar sus motivos, objetivos, alcances o finalidad, así como sus procesos de creación, aplicación o enseñanza; por ello, tratar de significar lo que el Derecho es en extremo complejo, pues siguiendo el pensamiento de Feyerabend,<sup>2</sup> las condiciones de racionalidad que determinan su significación no podrían ser defendidas desde una posición estrictamente fundada en la racionalidad humana, pues el Derecho también se justifica en las circunstancias en las que nace y se desarrolla, y su contenido queda vinculado al progreso moral de cada sociedad, como uno de los elementos que lo componen; ello es así porque las razones del Derecho son condiciones contingentes, nacen y viven en un tiempo determinado, y su estudio permite a las nuevas generaciones entender, comprender y explicar al hombre en el transcurrir de la historia.

La historia, sabemos, representa hechos del pasado de la humanidad, restrictivamente entendidos como acontecimientos trascendentes. Aquí la razón de que la Ética y el Derecho sean, desde su nacimiento, parte de la historia, pues son dos elementos sustanciales para la comprensión de la vida, organización y desarrollo de las sociedades humanas. Pero es pertinente anotar que la Ética y el Derecho también cuentan con una historia propia, una en la que, en distintos momentos sus saberes se entrelazan, y logran un alcance suficientemente amplio como para ser considerados útiles en la comprensión de los hechos del presente.

La historia es tan amplia en su contenido que puede lograr que un ser humano se descubra en el otro, reconociendo rasgos

<sup>1</sup> Bernardo Pérez Fernández del Castillo, *Deontología Jurídica, Ética del abogado y del servidor público*, México, Porrúa, 2011, p. 8.

<sup>2</sup> Paul Feyerabend, *Adiós a la razón*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 69.

comunes en distintos tiempos y espacios; puede sensibilizar para conocer, respetar y comprender la diferencia y, entonces, tratar de devolver al hombre la dignidad arrebatada por el propio hombre. Es en esa historia, en la del actuar del hombre en otras épocas, en la que Ética y Derecho coexisten.

De lo anterior se sigue que las circunstancias que en el pasado determinaron el contenido de lo ético y del Derecho sean elementos vivos en la construcción de los nuevos paradigmas jurídicos, pues, como se observa, las leyes nuevas, las de nuestro tiempo, y el Derecho de las sociedades contemporáneas, no quedan totalmente exentos del peso de la historia ni de las cargas ideológicas, morales, religiosas, culturales o políticas que transitan del pasado al presente, pues el legislador, el académico, el juez o el postulante, son también, en su vida y pensamiento, producto de la historia y de las circunstancias en las que viven la contienda por el Derecho.

Es así que Ética y Derecho se vinculan en la historia, corren y se entrelazan en veredas zigzagueantes que les son comunes, viven el constante devenir de la evolución de las sociedades humanas, y es en este trayecto que las convicciones éticas de cada tiempo mantienen vigente al Derecho como un elemento que armoniza la vida cotidiana, pues, en concordancia con el pensamiento de Sergio García Ramírez, al dialogar sobre Ética y Derecho, estamos ante un antiguo y animado tema de filósofos y juristas, de políticos y educadores, pero, en esencia, ante un diálogo que es “...un asunto constante y relevante, que contribuye a desentrañar el sentido histórico y actual de un sistema jurídico y suele concurrir en su desarrollo”.<sup>3</sup>

### 3. *¿Cómo nace el Derecho?*

El hombre es un ser sociable; esa es parte de su naturaleza, si quedara aislado, en una soledad absoluta, no requeriría del Derecho, pero en un ambiente de convivencia en sociedad, las nece-

<sup>3</sup> Sergio García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, FCE-UNAM, 1997, pp. VII-XII.

sidades de la vida del hombre pueden mostrarse infinitas, y conducirlo a manifestar conductas como la avaricia, la generosidad, la mezquindad, la bondad, la moralidad, la inmoralidad, el autoritarismo, la maldad, el altruismo o el egoísmo, entre otras más.

Pensemos en ese hombre aislado del resto de los hombres, uno que vive en absoluta soledad y de los frutos de la naturaleza, al tomarlos para subsistir, por su condición no lesiona interés alguno de otro; esto cambia al vivir en sociedad, pues los frutos de la naturaleza son necesarios para la sobrevivencia de la comunidad, cuando esos son tomados por un solo hombre, sin considerar las necesidades de los otros, el acto se traduce en una afectación a la colectividad, pues se limitan las posibilidades de subsistencia de los otros.

Al quedar limitadas las posibilidades de subsistencia, los hombres privados de los frutos entrarán en un estado de necesidad, y aquí tienen varias opciones: una es conformarse con su circunstancia y permanecer pasivos esperando que el hombre con frutos sea generoso y les comparta de algunos; otra es arrebatar al hombre con frutos los necesarios para satisfacer sus necesidades, una tercera será inevitable, pues sin recursos para subsistir su energía y vida se agotarán.

Como se observa, en los supuestos anteriores tanto el hombre con frutos como el hombre sin frutos estarán en conflicto, individual o colectivo, pues consolidar condiciones adecuadas de supervivencia es en extremo complejo; un hombre aislado difícilmente podrá, con recursos propios, sortear las vicisitudes de la vida, pero aquel que vive en colectividad y en un acto de mezquindad hace suyo lo que es indispensable para la vida de los otros, pone en juego, a partir del momento de la apropiación indebida, sus condiciones personales de seguridad o subsistencia.

Lo expuesto es simple en apariencia; muestra cómo los seres humanos vivimos en una situación de constante necesidad, producto de la convivencia social, y es en esta convivencia que estamos permanentemente insatisfechos, pues nuestras necesidades materiales, biológicas, afectivas o de solidaridad, son tan indescriptibles como nuestras propias vidas, y al buscar satisfacerlas

podemos estar afectando el Derecho de los otros; sin embargo, lo descrito permite esbozar como es que las conductas orientadas a la búsqueda de condiciones para atender las diversas necesidades humanas, que requieren de infinidad de satisfactores, son las que a lo largo de la historia requieren ser reguladas para lograr la convivencia social armónica.

En las líneas anteriores podemos encontrar una posible respuesta a la pregunta *¿cómo nace el Derecho?*, motivo de este apartado; observamos que las necesidades humanas, y los recursos o mecanismos para satisfacerlas, se vinculan con el Derecho; al ocurrir esto, el Derecho se enlaza con la economía.

Aquí es necesario puntualizar que el concepto de economía, para la intención del tema que se trata, expresa esas formas que emplean los seres humanos para satisfacer sus necesidades ilimitadas con recursos escasos que, además, tienen diferentes usos.

Lo señalado no es nuevo. Carnelutti propone que: “Son actos económicos todos aquellos mediante los cuales tratan los hombres de satisfacer sus necesidades”,<sup>4</sup> de ello que los requerimientos humanos, antes de ser considerados como parte del Derecho, deban ser entendidos como parte de la economía. Continúa su argumento y expresa que: “Para poner orden en el caos económico, y hacer de ese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú,”<sup>5</sup> y refiere en esta línea de pensamiento que: “El hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí: el esfuerzo de tomarlo se prolonga en el esfuerzo para conservarlo”.<sup>6</sup> Nace con ello el sentido de propiedad, que representa ese conjunto de cosas que el hombre adquiere para sí, sea por la vía pacífica o por medio de la violencia, por considerarlas útiles para sus intereses o para la vida.

<sup>4</sup> Guillermo Carnelutti, *Cómo nace el Derecho*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín, 4<sup>a</sup> ed., Bogotá, Editorial Temis, 2010, p. 11.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 12.

En esta realidad surgen para el hombre nuevas necesidades que requieren ser atendidas. El sentido de dominio sobre aquello de lo que se ha apropiado, y que le permite subsistir, lo lleva a buscar conservarlo y a evitar que su dominio sea invadido por otros; así es que la inviolabilidad de la propiedad privada se transforma en un principio fundante de la Ética y, en consecuencia, en un derecho base que propicia el orden social.

Es necesario puntualizar que los seres humanos, en su estado primitivo, se apropian de las cosas, porque no existe nada que los limite, por tanto la acción de apropiación no es algo más que el ejercicio pleno de la libertad individual. Por tanto es un fundamento ético de la libertad individual es el derecho de propiedad, que permite se establezcan relaciones contractuales entre los hombres, que son las que edifican una civilización de paz y progreso.

Un primer acto de apropiación del hombre fue aquel, perdido en la historia, por el cual el ser humano se supo poseedor de sí mismo, de sus ideas y de sus actos, y es también uno de los primeros momentos de la Ética. Un hombre que se sabe libre es capaz de decidir quién es, qué es y hacia dónde orientará el ejercicio de sus facultades de ser y de hacer, de pensar y de actuar, ello es así porque la libertad no se puede ejercer sin plena consciencia de ella y de sus alcances.

En los actos previos al de adquirir conciencia de la libertad, el hombre observa su circunstancia, se evalúa, aprecia a los otros hombres, se compara, piensa y construye la realidad de la que se rodea; determina preferencias y construye juicios de valor. Brota en él un sentimiento de desigualdad, de contraste con el otro y con los otros, y comienza una pugna entre el yo y el tú, entre el ustedes y el yo, y entre el ellos y el nosotros; de lo anterior que el hombre libre no nazca éticamente neutro, pues es su propio juicio y valoraciones las que lo han llevado a entenderse capaz de ser, de evaluar, de hacer o de dominar.

#### 4. *Derecho y justicia*

Se ha señalado que el conocimiento del Derecho es un asunto complejo, pero que sus cimientos están en las múltiples relaciones sociales que en el transcurrir de la historia se entretrejen entre los hombres o entre los grupos humanos —pues para una persona aislada el Derecho resulta de escasa o nula utilidad—, y que son éstas las que determinan su contenido.

También se ha propuesto la idea de que el Derecho no nace éticamente neutro, pues es resultado de distintos contextos históricos, y en él quedan contenidos los intereses, ideologías y conflictos predominantes en el tiempo y en el grupo social en el que encuentra su origen, por lo tanto, el Derecho queda acotado a la forma de ser y a los valores de las personas y comunidades en las que nace, y será en la dinámica propia de cada grupo social que el Derecho se transforme.

Así se han delineado trazos que permiten observar que el Derecho es una herramienta útil para sostener el orden social, pues como lo refiere Joseph Raz “...el Derecho pretende proporcionar el marco general para la conducta en todos los aspectos de la vida social y erigirse en el supremo guardián de la sociedad”.<sup>7</sup>

Sin embargo, como seguramente no ocurrirá ni en este trabajo ni en algún otro durante mucho tiempo, hasta ahora se evita proponer una respuesta a esa inquietante pregunta ¿qué es el Derecho?, que ha llevado a los grandes juristas de la historia a internarse en los intrincados caminos de un laberinto del que, aún en el siglo XXI, no encuentran salida, pues como lo señala Manuel Atienza, la respuesta vive en su calidad de “problema sin solución”.<sup>8</sup>

No obstante, y para la finalidad de este texto, es necesario reiterar que el concepto “Derecho” es un término multívoco con amplitud de significaciones. Una de ellas la proporciona el Derecho

<sup>7</sup> Joseph Raz, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 157.

<sup>8</sup> Manuel Atienza, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Ediciones Fontamara, 2007, p. 9.

positivo, refiriendo que es un “... código de normas destinadas a orientar las acciones de los ciudadanos, que emana de las autoridades políticas y que cuenta con el respaldo coactivo de la fuerza física del estado para hacerlas cumplir”.<sup>9</sup> Bajo esta fórmula, la palabra Derecho es usada en su sentido de norma o conjunto de normas, orientadas a regir, en un momento y época determinados —entiéndase aquí al Derecho vigente—, la conducta del hombre en sociedad, normas que emanan de órganos del estado facultados para ello, y que se distinguen de otro tipo de normas por estar dotadas de un elemento coactivo, y aunque el concepto se queda corto a limitar el alcance del Derecho a la condición de ser ciudadano, es útil para ejemplificar el valor de su significado.

El concepto que se expone fue, durante el siglo xx, con algunas variantes, el que más se expuso en las universidades latinoamericanas; su frecuente uso estandarizó el valor, significado y alcance de lo que Derecho representa y, en gran medida, limitó una conducta reflexiva sobre los alcances de su significación; se separó así al Derecho de la Moral, de la religión o de la etiqueta, que son conductas humanas que, entre otras, también generan normas; pero algo que no se logró en esa mecanizante tarea de “enseñanza del Derecho”, fue separar los conceptos de Derecho y justicia, pues si bien se identificaron marcadas distinciones entre ellos, o incluso con el concepto de Ley, quedó de manifiesto que la justicia representa el fin último del Derecho, por ser profunda aspiración humana.

En este sentido Mario I. Álvarez Ledesma señala que, dentro de las muchas acepciones de la palabra Derecho “... algunos usos...en ciertos contextos aluden a la idea de justicia, antes que a un conjunto de normas...”<sup>10</sup>; locuciones como “no hay Derecho” o “eso no es Derecho”, se traducen en “no hay justicia” o “eso es injusto”. Cuando observamos estas voces, estamos frente a esa escala de valores que cada persona o grupo social lleva consigo como parte de su conciencia, y por la cual considera justos

<sup>9</sup> Adela Cortina, *Ética*, 4ª ed., México, Ediciones Akal, 2008, p. 41.

<sup>10</sup> Mario I. Álvarez Ledesma, *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., México, McGraw-Hill, 2010, p. 83.

o injustos determinados hechos según sus creencias personales o colectivas, apreciamos entonces que "...un defecto en la creación y aplicación del Derecho trae como resultado una situación injusta",<sup>11</sup> es decir, la realidad o la percepción de que se ha actuado desatendiendo los parámetros, individuales o colectivos, de lo que se considera justo.

Con lo anterior queda claro que no hay concepción del Derecho que se pueda apartar de forma absoluta de la idea de justicia, pues ésta se fundamenta en conceptos como los de igualdad, honestidad o el de ética, entre otros. Entonces la justicia resulta ser un valor de los de mayor trascendencia en el análisis ético del Derecho y de su vigencia.

Así la justicia existe desde el punto de vista del Derecho en tanto posibilita un margen de seguridad, certeza, igualdad y libertad, al que aspira el hombre en convivencia con otros hombres, pues una ley o acto puede ser justo por enlazarse con los fundamentos del Derecho y ser totalmente legal, pero ser injusto si se aparta de los códigos éticos de la persona o grupo social al que está destinado el Derecho.

De ello que tratar de definir lo "justo" o "justicia" es igualmente complejo, lo intentaron filósofos griegos y romanos, como lo han hecho también algunos juristas de tiempos recientes; se ha dicho que lo justo es dar a cada persona lo que le corresponde, pero que también significa castigar a aquel que actúa en contra de la ley, y es así que la justicia, representada en una metáfora por una mujer que en su mano derecha porta una espada y en la izquierda una balanza, adquiere muchos significados.

Así es que la idea de justicia es una conquista de la razón humana, aunque también un ideal irracional, pues como vocablo su significado se liga a la experiencia de cada ser humano y por tanto es altamente inestable; no es sólo la experiencia individual la que da valor al significado de justicia, la experiencia colectiva también aporta en la construcción del concepto, y es en este sentido que para una sociedad intolerante discriminar probable-

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 332.



mente sea un acto justo, ajustado a su Moral colectiva, en tanto que para el discriminado, resultado de su condición personal, la conducta que lo afecta probablemente sea calificada como injusta.

De lo anterior que evaluar el significado de justicia sea empíricamente complejo. Con la idea de justicia el hombre ha evaluado su circunstancia histórica y en el transcurrir del tiempo la ha transformado; es por ello que pretender justicia significa comprender esa abundante carga conceptual en la que se fundamentan ciertos principios generales del Derecho que, desde su origen y contenido, representan la razón última que inspira la creación del Derecho; significa, además, equiparar y distinguir a cada momento el concepto de justicia de otros como los de legalidad, imparcialidad, igualdad o necesidad, que a su vez llegan a entenderse como justicia.

Como se ve, justicia es un concepto inconmensurable, y quizá lo prudente sea considerarlo como una noción ética fundamental e indefinida, pues es fácil confundirlo, como se ha visto, con conceptos descriptivos. Hoy es común que el significado de “justicia” se identifique con el de “igualdad”, de ello que si una norma, entendida bajo la misma idea de lo que significa juicio normativo, es igualitaria entonces es justa, pero, contrario a ello, cuando una norma sea inigualitaria, estaremos en presencia de una norma injusta.

De lo anterior que promulgar una norma puede ser un acto calificado como justo o injusto, circunstancia que dependerá de la evaluación que los destinatarios o los distintos sectores de la sociedad realicen, atendiendo a los beneficios contenidos en la norma para cada cual; al calificarla, los afectados adicionarán valores razonablemente aceptables, como pueden ser variables morales, ideológicas o culturales, entre algunas otras, e identificarán el criterio de necesidad, es decir, la utilidad o inutilidad de la norma promulgada; así, justicia será también un fin social, como la igualdad, la libertad, la democracia o el bienestar, pero, a diferencia de estos conceptos, justicia será un concepto normativo.

En este sentido, desde que Ulpiano estableció la primera gran división del Derecho, existieron dos géneros a través de los cuales se explicó el fenómeno jurídico y se apreció lo justo: el Derecho público y el Derecho privado.

En cada género del Derecho, hasta nuestros días, se observa la presencia de éticas diferentes. En el primero es la Ética que se relaciona con lo público la que está vigente, esa que se vincula con valores colectivos que determinan las formas a observar en el actuar del Estado, y demás organismos dotados de poder público, frente a los gobernados y viceversa. En el segundo concepto se aprecia la Ética que se relaciona con lo privado, con aquello que une o separa a los hombres entre sí, aun antes de la existencia de un Estado; esta Ética parte de una noción de igualdad, y basa sus principios en la libre voluntad de los particulares como la característica central de sus relaciones, en las que no existe la intervención del Estado. Con ambos géneros, y durante siglos, la justicia fue posible.

Esta dicotomía del Derecho evolucionó de forma consistente hacia finales del siglo XIX con el surgimiento del denominado tercer género, el Derecho social, que representa un Derecho nuevo, en el que nuevas convicciones éticas cimentaron bases para el progreso moral. Con este género, en el siglo XX se buscó proteger a los grupos sociales más débiles, procurando que, a través de la intervención del Estado, se crearan principios, normas, instituciones y mecanismos de control que limitaran las libertades individuales, en busca del beneficio social.

Es así que el Derecho social surge como un Derecho con valores diferenciados en el significado de justicia, respecto de los que postulan los dos géneros más antiguos; en él las características particulares de ciertos grupos sociales hacen justo dar a éstos alguna compensación por las desventajas iniciales, históricas, económicas, sociales o culturales que presentan, y son esos valores diferenciados los que dotan de contenido a la norma naciente, cristalizándose como derechos en diversos instrumentos legales.

## 5. *Ética y justicia en el Derecho social*

Un concepto convencional de Derecho social lo explica como:

El conjunto de normas jurídicas que establecen y desarrollan principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos socialmente débiles para lograr su convivencia con las otras clases sociales, dentro de un orden jurídico.<sup>12</sup>

Es denominado de esta forma para destacar que este Derecho contiene una legislación esencialmente de previsión y de justicia social que encuentra su origen en la realidad humana, y abarca la legislación mediante la cual el Estado moderno interviene en el campo de las relaciones económico-sociales, con el propósito de proteger a las clases dependientes de un salario,<sup>13</sup> y, en su más amplia extensión, a aquellos grupos sociales “...oprimidos y ‘desheredados de la tierra’ que todavía se cuentan por miles de millones”.<sup>14</sup>

Pensemos, por ejemplo, en lo que implica la trascendente decisión de generar instrumentos que propicien condiciones adecuadas que hagan posible el acceso a la educación a individuos de grupos sociales desfavorecidos, en la fijación de salarios obligatorios que dignifiquen la vida del sector obrero, en el establecimiento de jornadas laborales que fortalezcan las relaciones familiares y sociales, en la determinación de prestaciones laborales que garanticen condiciones dignas de vida futura, o en la dotación de tierras ejidales que den sentido de pertenencia a los hombres.

<sup>12</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10<sup>a</sup> ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, Vol. D-H, p. 1040.

<sup>13</sup> José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, *Dos ensayos en torno al Derecho social en Mesoamérica. México-Guatemala*, México, UNAM, 2000, pp. 32-33.

<sup>14</sup> Ramón Vargas-Machuca, “Ética y Marxismo”, en Victoria Camps y otros, *Concepciones de la Ética*, Madrid, Trotta, 2004, p. 203.

En todas las acciones enunciadas, que pueden ser calificadas por los sectores involucrados como justas o injustas, son la libertad, la igualdad, la equidad, la dignidad o la justicia social, entre otros, los principios que representan sus más hondos cimientos, y es por estas y otras razones que, si bien el Derecho social es producto de diversos hechos históricos, centralmente es el reflejo de la incompatibilidad con los postulados y principios que dieron origen al Derecho público y al Derecho privado, en los que el interés colectivo o de clase no eran un factor prioritario.

En este sentido Gustav Radbruch señala que:

La idea del Derecho social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad de una nueva forma estilística del Derecho, en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho.<sup>15</sup>

Es por tanto un Derecho concebido como justo, en el que, siguiendo a Radbruch, su nueva forma estilística se funda en una nueva relación entre la Moral y Ética, y entre ésta con el Derecho, vinculando así las convicciones de los sectores socialmente débiles que reclaman el respeto a valores sociales de nueva dimensión.

De lo anterior se colige que en el ambiente de la justicia distributiva, el Derecho social sea el que con mayor desenfado se desarrolló en el siglo pasado, pues este género involucra ramas como el Derecho agrario, Derecho de la educación, Derecho de la seguridad social, Derecho del trabajo, entre otras, como recientemente ocurre con el Derecho migratorio. Pero en las dos últimas décadas del siglo xx y primera del siglo xxi, es quizá el más afectado, producto de los constantes cambios culturales, políticos, económicos y sociales que se registran en el entorno mundial y cuya repercusión se resiente en todos los grupos y sectores sociales del orbe.

<sup>15</sup> Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1978, p. 157.

Hoy se puede apreciar que en materias como la migratoria, agraria, laboral o de educación, la justicia está distante, pues en estos rubros el Derecho se reclama con marcada debilidad, o con miedo, ante los fallos que se aprecian en la justicia formal; por ello valdría la pena repensar qué es lo que hoy pretendemos con el Derecho social, pues muchos de los preceptos que integran las diversas disposiciones de las ramas del Derecho que lo conforman son ignoradas, inobservadas o incorrectamente comprendidas o bien son letra muerta.

Para dejar este punto señalo que, en el *status* actual del Derecho, el Derecho social no se ha entendido en la justa dimensión que le dio origen; se considera un obstáculo al desarrollo económico y vive lo que se puede denominar su desconstitucionalización. En estas condiciones, es pertinente recuperar para el debate las razones históricas en las que se funda, pues este género está constituido por un grupo de derechos concretos, con un contenido específico, orientados a los hombres y mujeres en tanto que éstos forman parte de un grupo social determinado, con condiciones diferenciadas respecto de otros grupos sociales más favorecidos por circunstancias históricas, económicas, políticas o sociales.

Por la amplitud de temas que se pueden abordar en la relación existente entre Ética, justicia y Derecho social, centraré mi reflexión en una de las ramas de este género: el Derecho del trabajo, en el que la Ética queda de relieve en múltiples expresiones.

El Derecho del trabajo recoge para sí un conjunto de disposiciones que encuentran su origen en postulados típicamente racionalistas, con los que se busca controlar, en palabras de Ramón Vargas Machuca “...el error y la injusticia...”,<sup>16</sup> y a los que la Moral en que se fundan se ajusta. Los tópicos que esta rama del Derecho aborda son variados, abarcan temas diversos en los que la realidad de la vida cotidiana, que refleja las aspiraciones y anhelos de hombres y mujeres ocupados en satisfacer las necesidades más apremiantes de la vida, se enlazan para construir y transformar incesantemente la realidad social, política y jurídica

<sup>16</sup> Vargas-Machuca, *op. cit.*, p. 206.

de esa Ética diferenciada que moldea las relaciones y destinos de los grupos sociales más débiles frente a los mejor posicionados en las sociedades contemporáneas.

En el Derecho mexicano, el Derecho del trabajo recoge el concepto de justicia, ligándolo al conflicto que en el siglo XIX se denominó “cuestión social”, que representa el creciente malestar y reclamo de la clase trabajadora a partir de la instalación del capitalismo en el orbe, ese que deshumanizó al ser humano.

Así “justicia” se ajusta a nuevos parámetros de lo moral, en los que se cuestiona marcadamente la idea que hasta ese momento prevalecía de que el ser humano es responsable de su condición; “justicia” abre entonces sus alcances e introduce el concepto “justicia social”, que se yergue como uno de los objetivos primordiales de la Revolución mexicana de 1910.

El concepto justicia social fue acuñado por el sacerdote italiano Luigi Taparelli, jesuita, quien fundó sus ideas en una renovación del pensamiento tomista, y propuso que la justicia social era una noción diferente a las de justicia conmutativa o justicia distributiva, señalando que con aquella especie de justicia se busca igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de la humanidad.

Sin embargo, en ese intento de igualar al hombre con el hombre, es importante considerar que la idea de justicia social es oscilante y por tanto varía en el tiempo, y es en este sentido en el que Arnold Toynbee señala que: “Si hay poco tiempo, si la crisis es inminente, justicia social puede equivaler a alimentos, vivienda y ropa. Si la situación no es tan grave, la justicia social significa la reforma de la estructura económica y educación para todos”.<sup>17</sup> Por tanto, la justicia social depende del tiempo que se tenga para hacer la revolución.

En la materia laboral, nos dice Alberto Trueba Urbina:

...la idea de justicia social no sólo tiene por finalidad nivelar a los factores en las relaciones de producción o laborales, protegiendo

<sup>17</sup> Citado por Néstor de Buen Lozano, *Derecho del Trabajo*, t. I, 10ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 79.

y tutelando a los trabajadores sino que persigue la reivindicación de los derechos del proletariado, tendientes a la socialización de los medios de producción”.<sup>18</sup>

Es así que con este nuevo discurso, el de la justicia social, se impulsa a campesinos, obreros, y en general a los grupos sociales más desfavorecidos, cuyas conciencias y cuerpos fueron objeto de injusticia, explotación y abuso, a ir en la búsqueda de la materialización de sus anhelos más profundos; comienza entonces la lucha por el Derecho, pues la idea de justicia social es incompatible con la inmoral realidad de la irracional explotación del hombre por el hombre.

Así los valores morales que en el México de finales del siglo XIX, principios del siglo XX predominaron fueron, entre otros, aquellos que pugnarón por la defensa de los derechos de una clase social frente a otra, materializándose en una serie de principios que, expresados en disposiciones legales, dotaron a los grupos más desfavorecidos de normas que les permitieron restablecer condiciones de equilibrio y respeto, al amparo de una idea: la reivindicación de los derechos del proletariado.

Este proceso de reivindicación resultó ser vehemente y se materializó con la consagración del constitucionalismo social que en 1917 vio luz por vez primera en México, y que resulta ser una experiencia que en palabras de Alberto Trueba Urbina, es reflejo de ese “... conjunto de aspiraciones y necesidades de los grupos humanos que como tales integran la sociedad y traducen el sentimiento de la vida colectiva...”.<sup>19</sup> A partir de entonces fue realidad la existencia de “...nuevas normas sociales para tutelar y reivindicar al hombre como integrante de grupos humanos, de masas, de económicamente débiles ... consignando derechos y garantías ... para el hombre-social, para obreros y campesinos...”,<sup>20</sup> de allí

<sup>18</sup> Alberto Trueba Urbina, *Nuevo Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1970, p. 258.

<sup>19</sup> Alberto Trueba Urbina, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1998, 1971, p. 24.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 50.

que, como lo refiere Mario de la Cueva, la idea de justicia social sea una luz que brota especialmente del contenido del artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917, una categoría que regula las relaciones de trabajo en forma diversa a como lo hace la concepción tradicional de la justicia conmutativa,<sup>21</sup> expresión que armoniza con lo expuesto Ignacio Burgoa Orihuela, para quien justicia social "... entraña un concepto y una situación que consisten en una síntesis armónica y respetabilidad recíproca entre los intereses sociales y los intereses particulares del individuo".<sup>22</sup>

Con lo anterior es viable señalar que los principios en que se sustenta el Derecho del trabajo: igualdad, libertad, equidad, equilibrio, estabilidad en el empleo, o el de justicia social, sean ejemplo de valores éticos vigentes en el tiempo en el que se gesta y nace un Derecho de nuevo cuño en México. De ellos brotan propuestas como las de salario mínimo, jornada de trabajo máxima, regulación del trabajo de las mujeres y de los menores, respeto a la dignidad del trabajador, la idea de que el trabajo humano no es una mercancía o bien las disposiciones en materia de previsión social, que son conceptos, y realidades, en los que se hace visible la idea de justicia social, y la íntima relación que existe entre Ética y Derecho.

Con la justicia social se logró, en un primer momento, reivindicar aquellos derechos que durante años le fueron desconocidos o arrebatados a los trabajadores y, una vez que ocurrió lo anterior, se propició la intervención del Estado, a quien desde ese momento compete fortalecer y mejorar el contexto y las condiciones de vida de las clases sociales más débiles, en una justa proporción y armonía con los logros alcanzados por la sociedad misma.

Esto último no ocurre en nuestro tiempo, y con esto cierro la reflexión. Las constantes y recientes reformas a la Ley Federal del Trabajo (2012), y la debilidad de las instituciones creadas

<sup>21</sup> Mario de la Cueva, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, t. I, 15ª ed., México, Porrúa, 1998, p.137.

<sup>22</sup> Ignacio Burgoa Orihuela, *Las garantías individuales*, 28ª ed., México, Porrúa, 1996, p. 49.



para la defensa de los derechos de las trabajadoras y trabajadores mexicanos, hacen necesaria una revisión profunda de ese marco institucional y normativo, considerando en esa acción los criterios de los valores éticos vigentes en este tiempo, pero sin desconocer aquellos que dieron origen a los derechos sociales, para así generar condiciones que favorezcan el desarrollo de mujeres y hombres dentro de parámetros de equidad, dignidad, libertad, igualdad y justicia, que armónicamente impulsen condiciones de mejora en la vida social.

### *Fuentes consultadas*

- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al estudio del Derecho*, 2ª ed., México, McGraw-Hill, 2010.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Ediciones Fontamara, 2007.
- BUEN LOZANO, Néstor de, *Derecho del Trabajo*, t. I, 10ª ed., México, Porrúa, 2011.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 28ª ed., México, Porrúa, 1996.
- CARNELUTTI, Guillermo, *Cómo nace el Derecho*, trad. Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA RENDÍN, 4ª ed., Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- CORTINA, Adela, *Ética*, 4ª ed., México, Ediciones Akal, 2008.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, t. I, 15ª ed., México, Porrúa, 1998.
- FEYERABEND, Paul, *Adiós a la razón*, Madrid, Tecnos, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, FCE-UNAM, 1997.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, Vol. D-H.

- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, *Dos ensayos en torno al Derecho social en Mesoamérica. México-Guatemala*, México, UNAM, 2000.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Deontología Jurídica. Ética del abogado y del servidor público*, México, Porrúa, 2011.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1978.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1998, 1971.
- \_\_\_\_\_, *Nuevo Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1970.
- VARGAS-MACHUCA, Ramón, “Ética y Marxismo”, en Victoria CAMPS y otros, *Concepciones de la Ética*, Madrid, Trotta, 2004.

## PACIFISMO: UN DEBER ÉTICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

José Carlos Rojano Esquivel\*

*Si para la defensa bastare empuñar el escudo,  
no debe esgrimirse la espada.*

FRANCISCO DE VITORIA

### 1. Introducción

**C**osmos en griego significa orden; así el universo y las cosas existen armónicamente lo que supone que el ser humano, observe igual actitud frente al todo y por consiguiente participe del primero regulando su conducta al interactuar con sus semejantes. Existen diversas leyes que rigen en efecto el universo, pero las mismas poseen otra naturaleza, simplemente la razón las hace comprensibles. Son en efecto, leyes claramente identificables por los seres humanos, como es el caso de lo relativo a la gravedad; pero el regular sus relaciones mutuas y el ordenar sus relaciones con las autoridades pública y el regular la existentes entre los estados, exigen finalmente, cómo deben coordinarse por una parte los individuos, los ciudadanos con la autoridad, y finalmente, la ordenación de la comunidad mundial. Así el interés personal, el interés nacional se subordinan ante el bien común universal, aunque la violencia y la guerra han sido los instrumentos dominantes con lo cual se rompe dicho orden. En otras palabras el valor y la aspiración de la paz, se vulnera.

La paz entre todos los pueblos tiene como fundamento: la verdad, la justicia, el amor y la libertad.

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

En el Derecho Internacional encontramos tal vocación de la humanidad, como así señala la Carta de Naciones Unidas:

### *Artículo 1*

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

(...)

### *Artículo 2*

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. (...)

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. (...)

6. La Organización hará que los estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

La paz representa diversidad de acepciones que van del estado de armonía y tranquilidad hasta una antítesis de violencia y guerra, por eso se le suele definir como la ausencia de un conflicto armado; en el plano político la paz social alude a la convivencia tranquila de una comunidad en un clima de buena vecindad y entendimiento colectivo. En lo individual, alude a un estado de interioridad o de bienestar material como espiritual, exento de cualquier sentimiento negativo.

Sin embargo, la ideología pacifista puede provocar más daños de los que pretende evitar, porque voluntariamente se niega a considerar y a afrontar los problemas ni es viable la pretensión de realizar en breve tiempo un ideal de paz y libertad universales. La vía de la diplomacia, es larga, sinuosa y llena de obstáculos de toda índole, mismos que deben ser recorridos. La paz es una conquista, una cumbre que ha de ser escalada en conjunto con esfuerzos solidarios.

Así, el Pacifismo ha sido la respuesta filosófica, ética, religiosa o pragmática que a manera de ideología o estilo de vida, quizá hasta de doctrina, se pretende enfrentar la violencia generada por las armas. Algunos de los medios de los que se vale el pacifismo en la búsqueda de sus fines son: La no violencia activa, la diplomacia, la desobediencia civil, el boicot, la objeción de conciencia, las campañas de divulgación y la educación por la paz. El pacifismo por consiguiente, observa dos tendencias:

1. El pacifismo absoluto o radical: rechaza la violencia en cualquiera de sus formas, considerando que todo acto violento genera más violencia, siendo contraproducente su uso.

2. El pacifismo relativo o moderado: rechaza en principio el uso de la fuerza, pero la admite para defenderse de amenazas extremas.

De lo anterior se desprende que el tema de la paz ha sido abordado más por la moral, la filosofía y la política en los últimos tiempos, siendo limitada o precaria la respuesta jurídica y en particular por el Derecho Internacional. Por ello el tratamiento que ahora otorga el jurista Luigi Ferrajoli resulta por demás atractivo, aunque considero previo y pertinente analizar la propuesta del Papa Roncalli en una encíclica de trascendencia universal: *Pacem in Terris*, así como el pacifismo de Kant y Kelsen.

## 2. La paz y el neiusnaturalismo

En efecto, constatamos en Dworkin como en Alexy y en Nino, la necesidad de conectar la Moral y el Derecho —coincidiendo éstos con Radbruch— al sostener éste último que el Derecho *intolerante a la moral*, pierde su carácter jurídico. En suma, estamos frente a un proceso legitimador del Derecho positivo, frente a una verdadera metaética del Derecho. En este orden de ideas sumamos el pensamiento neotomista de John M. Finnis propone que el Derecho contemporáneo sostiene una serie de valores que corresponden a la naturaleza del *spoudaios*, el hombre más allá de un simple *zoon politikon* o animales de realidades como los concibieron Aristóteles y Zuribi respectivamente. Para el juriconsulto, el ser humano es un ser que mediante la utilización de principios de la razón práctica y no de una simple manifestación empírica de la razón, ya que la separación del ser y el deber ser como de la realidad y el valor, son cuestiones evidentes en lo que llamará valores básicos propios de la existencia humana como son la vida, el conocimiento, la sociabilidad, la estética, la razonabilidad práctica, el juego y la religión. Considera que éstos no derivan de otros valores, y que a partir de ellos es como se descubren los llamados derechos humanos naturales (*claim rights*), y sostiene que cada ser humano es libre para establecer su propia

tabla jerárquica entre ellos, pero no en forma arbitraria ni contrariando la conciencia moral universal.<sup>1</sup>

Lo trascendente en la teoría finniana es que la ley natural no agota a la ley positiva, solamente le sirve de guía y de racionalidad en lo que se pretende ordenar, es decir, que es la ley positiva a la que le corresponde determinar los principios y valores contenidos en el Derecho natural, realizándolos en concordancia con el momento histórico particular.<sup>2</sup> Aplicado lo anterior en el nuevo Derecho de Gentes, dicho orden entonces postula valores como la dignidad humana, la paz, la justicia y la sociedad pluricultural, en donde la base estatista tiene una base relativa e insuficiente, precisamente porque el Derecho natural está destinado a proteger a la persona humana en lo individual como en su conjunto, como parte integrante de esa comunidad universal. Por ello resulta factible armonizar el Derecho positivo con el orden natural, como también sugiere el iusnaturalista Alfred Verdross, en una visión antropocéntrica y hasta teocentrista; con éste autor, inicia el neoiusnaturalismo internacional, aunque resulta tradicionalista.

John M. Finnis señala en su obra que el bien común remite a los valores básicos que son para una y para todas las personas, al ser una cuestión razonable de lograr objetivos individuales que conjuntados permiten el bienestar general, en donde la igualdad es un presupuesto fundamental para lograr la justicia, la cual se traduce precisamente la conquista de los valores básicos a favor de cada miembro y de cada comunidad. En otras palabras, el bienestar individual permite el bienestar nacional, y éste se abre a la justicia internacional. Para este autor, el positivismo ha negado las posibilidades cognoscitivas a favor del Derecho natural, limitándose a describir y sistematizar las normas de origen legal o judicial, restando su contexto axiológico, en lo que parecer ser, el Derecho natural es la conciencia del Derecho positivo.

<sup>1</sup> Max Scheler, filósofo alemán, ya sostenía la misma obra, pero él sí aceptaba una jerarquía objetiva de valores. Véase Max Scheler, *Ética*, Madrid, Caparrós Editores, 2000.

<sup>2</sup> Carlos De la Torre Martínez, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 257-261.

El neoiusnaturalismo se concreta a nuestro juicio, en un orden metateórico que lo hace ciencia suprema de las supremas causas del derecho, contiene un mínimo de normas permanentes, inderogables y universales, con un conjunto de pequeñas facultades jurídicas reconocidas, que le caracterizan a final de cuentas como el fundamento metafísico de todo Derecho científico o positivo. El neoiusnaturalismo posee prioridad lógica, y no existe en suma, la supuesta dicotomía entre Derecho natural y Derecho positivo. El primero solamente intenta limitar la arbitrariedad de quienes prescriben normas en nombre del poder o de la fuerza estatal. La razón práctica hace del Derecho natural una ciencia necesaria, existe ya que el Derecho positivo ha exigido una explicación filosófica de su origen y fundamento, los cuales descansan en la conciencia común como en la naturaleza humana.

Es la conciencia común la que lleva al hombre a conceptualizar el derecho, la paz, la justicia, el bien común, el orden, los derechos humanos y a Dios mismo.

Si nos referimos al fundamento neoiusnaturalismo internacional, se constituye como primer principio práctico evidente, indemostrable e inderivado: el bien debe hacerse y el mal debe evitarse, sobre el que se funda todo el razonamiento práctico; aunque reconozca un conocimiento teórico previo que permite comprender la evidencia de los términos del juicio o principio sin que se produzca una indebida derivación lógica del plano del ser al deber ser.

## 2.2 *Neo ius gentium iusnaturalista*

Aspirar a una *ecúmene* secular, algo parecido a la comunidad natural de naciones vitoriana, se muestra como un simple *parche ético*, debido a las grandes contradicciones ideológicas y quizá, al discurso científico de tipo virtual.<sup>3</sup> No en vano, Jacques Maritain proponía superar la idea de soberanía como una prenda de guerra, para dar paso al concepto de intersoberanía, ante el problema de unificación mundial basado en un simple contrac-

<sup>3</sup> *Idem.*



tualismo, cuando afirma que la vida de los estados depende de la razón y la naturaleza para el debido dominio de la libertad y la moralidad que en consonancia con la ley natural, permita un orden regulador de las relaciones humanas, criticando lo que llama falaz intento para convertirse en persona sobrehumana y lograr una soberanía absoluta, por lo que el francés cita a De Visscher, para coincidir en que el Estado moderno sigue siendo un peligro para la paz, con lo que comprobamos la existencia de la estatolatría hegeliana, al estar el Estado por encima de los intereses de los individuos y dar paso a sus intereses particulares de persona moral.<sup>4</sup>

La consecuencia, ha sido la pérdida de la democracia real, del derecho, de la justicia y del bien común, alejando al Estado de un verdadero control en su actividad internacional, generando un clima de competencia por el poder mundial, en eso que ya denominamos particularismo estatal. De aquí, que Maritain gira hacia una sociedad política mundial, ya que vivir sin autoridad ni gobiernos arroja a los estados a la anarquía, pero el problema para dicho autor es justificar un orden jurídico y una organización internacionales. Invoca a Santo Tomás al sostener que no hay sociedad perfecta ni autárquica o autosuficiente, por lo que el bien universal es una exigencia racional propia de la naturaleza humana, ya que es por medio de la libertad como las naciones pueden vivir pacíficamente por medio de una voluntad común en torno a una tarea común.<sup>5</sup>

En el Derecho internacional positivo vigente, lo universal es víctima del particularismo, en donde la soberanía y dominus estatal son contradictorios, y en donde legalidad y legitimidad del Derecho de gentes entran en pugna y la idea de paz se concreta a una idea básica: ausencia de la guerra.

En este orden de ideas, resulta que la posmodernidad se mueve en dos vertientes: la eurocéntrica y la del resto del mundo, en donde cada sociedad se pretende como más desarrollada y jus-

<sup>4</sup> Jacques Maritain, *El Hombre y el Estado*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983, pp. 209-212.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 228.

tifica una injerencia hacia las naciones menos civilizadas, imponiendo modelos educativos y económicos como referenciales, lo que exige alterar lo culturalmente construido por cada Estado, por lo que la idea de dominio sustentada desde el Aquinate hasta Vitoria, impiden por supuesto este neocolonialismo ideológico; recordemos el maestro burgalés se opuso al proceso civilizatorio basado en una supuesta inferioridad o superioridad, incluso so pretexto del *ius predicandii*.<sup>6</sup> La necesidad de interrelación de los pueblos es un hecho natural, histórico y sociológico, que va más allá de las diferencias culturas y tecnológicas, que permitan articular *dominun y communicatio*.<sup>7</sup>

La posmodernidad reclama que sea repensada de otra forma, bajo otro paradigma que permita la subsunción de valores y de la eliminación de mitos plasmados en ideologías estatistas, que permitan el flujo de la comunicación entre los pueblos, y por supuesto la consolidación de la paz como una cuestión de razón práctica que fundamenta al Derecho internacional.

Asimismo, es determinante la aparición de un orden internacional utilitario y positivista relativista. No se olvide que el particularismo es la aceptación de normas internacionales a partir de la situación singular de uno o varios estados —número muy reducido— quienes con intereses específicos que, como consecuencia de ese particularismo, hacen valer sus pretensiones o ideologías, frente a los demás, valiéndose de temas de interés común. Tal es el caso, por citar dos ejemplos en relación con los derechos humanos y la guerra preventiva. Ante esto último, la paz sigue siendo la alternativa para fundamentar al Derecho de gentes en consecuencia. Distinguir la eficacia de una norma jurídica en el Derecho internacional particular del Derecho internacional universal, lo que se manifiesta en el deber del sujeto obligado de comportarse de conformidad con la conducta en ella prescrita.

<sup>6</sup> Vid. *Supra* párrafo I.

<sup>7</sup> El *ius communicationis* supone vínculos progresivos y solidarios, por lo cual el *Totus orbis* adquiere en sentido kantiano una idea práctica en cuanto que establece un principio a priori de totalización y unidad progresiva de la sociedad mundial.

Sin embargo, respecto de cualquier ordenamiento jurídico cabe distinguir entre aquellas normas cuyo contenido puede ser excluido o modificado por obra de la voluntad de sus destinatarios y las que poseen una absoluta obligatoriedad, por prohibirse su exclusión o modificación mediante pacto y sancionarse con la nulidad cualquier acto contrario a su contenido. En el primer caso, puede hablarse de normas dispositivas, de derecho facultativo para los destinatarios; en el segundo, de normas imperativas o de *Ius cogens*. En éstas, está la paz.

Por último, el Derecho internacional para la protección de intereses de la comunidad internacional tendrá como nota distintiva el carácter *erga omnes* de las obligaciones establecidas por sus normas y de este modo, es posible una tutela jurídica por parte de cualquier Estado y no sólo por el Estado afectado frente al autor de un crimen internacional. Pudiendo hablarse, por tanto, de una tutela de carácter colectivo, con independencia de que ésta se potencie a través de la acción de una Organización internacional y, en particular, de las Naciones Unidas.

Recuperar la universalidad del Derecho de gentes para supe-  
editar el Derecho internacional particular y el nacional, en primer lugar, debe abordarse desde una perspectiva formal nos indica que se trata de una norma de Derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto. Pero se precisa, en segundo término, que ha sido reconocida y aceptada como tal norma de *Ius cogens*. Esto es, en atención a su contenido, considerado esencial o cardinal para las relaciones entre estados. Lo que presupone la existencia de una *opinio iuris* muy amplia sobre el carácter imperativo del contenido de la norma, compartida por los diversos grupos de estados que forman la comunidad internacional. Aunque ello no está exento de dificultades como nos muestra la elaboración del artículo 52 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, que sanciona con nulidad todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza. Pues si bien los estados del Tercer Mundo querían incluir en el concepto de fuerza; no sólo la fuerza armada, sino también la fuerza econó-

mica, se enfrentaron con la oposición de las grandes potencias y otros estados desarrollados.

De manera que el consenso general sobre la existencia de una norma de *Ius cogens* sólo existe hoy respecto a este contenido más reducido, limitado a la fuerza armada. En la definición anterior se aprecia claramente el carácter evolutivo del *Ius cogens*, pues según el artículo 53 la norma: “... sólo puede ser modificada por otra ulterior que tenga el mismo carácter”. Y ello se corrobora en el supuesto del artículo 64 del Convenio de 1969, relativo a la aparición de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general. El segundo problema que se ha suscitado es el de la identificación de las normas de *Ius cogens* en el actual ordenamiento internacional.<sup>8</sup>

Con estos presupuestos, el ser humano es el punto central de la problemática del Derecho, cuyo fundamento es la propia dignidad de la persona, ya sea en una visión antropocentrista o teocéntrica, como sugiere Verdross, en donde el Derecho descanse en normas fundamentales o como él las denomina como las más altas, toda vez que el hombre tiene la necesidad inherente de realizar ciertos valores universales que están enraizados en su conciencia ética y social, por lo que todo orden jurídico debe

<sup>8</sup> C.I.J. Recueil, 1996, p. 237. En la Conferencia de Viena sobre Derecho de los tratados, Gran Bretaña propuso que el propio convenio o un protocolo sea quien determine cuáles eran las normas internacionales imperativas. Pero esta propuesta, que encubría una verdadera oposición al *Ius cogens*, no fue admitida. Si bien no existe un catálogo exhaustivo que determine cuáles son las normas imperativas, los textos antes mencionados constituyen un punto de referencia inexcusable para su identificación, en un caso concreto, por parte del juez o el árbitro internacional. Lo que no implica en modo alguno que un órgano jurisdiccional asuma una función legislativa, como han sostenido ciertos autores. Frente a un argumento similar la Corte ha declarado, de un lado, que no puede aceptarlo, ya que la Corte determina el Derecho vigente y no legisla, aunque al determinar y aplicar el Derecho necesariamente tiene que limitar su ámbito y, a veces, señalar su tendencia general. De otro, más fundamentalmente, que tal argumento se basa en una suposición de que el actual *corpus* jurídico carece de normas pertinentes en esta materia, lo que no es ciertamente el caso (asunto de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares).

reconocer y garantizar esas exigencias que se concretan en derechos y libertades fundamentales, que reclama la cooperación y solidaridad mutuas. Trata de conciliar historia y Derecho natural en este sentido, y de ahí concluir que no hay tal contradicción con el Derecho positivo, siendo que el Derecho internacional natural se complementa del Derecho de gentes positivo, como consta en los principios de *Ius cogens*.

En la revista de la *European Journal of International Law*, se alude a dicho jurista en la consolidación de dichas normas:

Verdross's writings on the substantive limits of the freedom of States to conclude treaties present another example of how his stand on issues of philosophy of law determined his views on concrete international legal questions. For natural law adherents, the claim that in international law, too, there exist certain norms that cannot be derogated from by the will or consent of States inter se, will meet with no objections. In fact, even an observer sceptical vis-à-vis the possibility of natural law constituting anything like an operative, directly applicable system of rules, might concede that, if natural law considerations were to have any place in legal discourse, it might be that of setting limits to the validity of certain norms of positive law, of depriving them of their claim to authority, whenever they evidently and grossly contradict the postulates of justice.<sup>9</sup>

Finalmente, el jurista de la escuela de Viena, considerado como uno de los pioneros del neonaturalismo internacionalista, propone que los estados no pueden estar del todo libres en sus relaciones internacionales, lo que implica no nada más una sujeción a las reglas convencionalmente pactadas, y es en el *Ius cogens*, donde se puede partir a través de esos principios rectores para toda la comunidad internacional, en lo que define como existencia del interés superior de tal comunidad, lo que refleja una necesidad de validación de normas de Derecho natural a través del orden positivo. La idea central se resume en establecer una legislación internacional en donde las normas más altas, no dependan de la voluntad estatal, siendo que tal desarrollo

<sup>9</sup> <http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3-04.html>.

ascendería al Derecho internacional un cambio fundamental en los principios constitucionales de este orden normativo. En el mismo orden de ideas pero dentro del neopositivismo, el italiano Luigi Ferrajoli apunta lo que él denomina un constitucionalismo internacional, el cual según él, ya está diseñado en la Carta de Naciones Unidas a su juicio para dar paso a la limitación de los poderes soberanos estatales a través de los derechos humanos. Ante los vacíos principialistas del Derecho internacional positivo, se aspire en definitiva, a los valores de paz y justicia, como alternativas a una globalización matizada por la guerra, violencia y miseria, que lastimaría en consecuencia la democracia misma, en lo que denomina un orden internacional racional.<sup>10</sup>

La obra del *Totus Orbis y del Ius gentium* descritos por Victoria, es el mundo en su totalidad, como unidad moral de los pueblos o naciones, organizadas político bajo el derecho natural. El *Ius gentium*, como la ley natural de naciones, debe reflejar e incorporar este bien común —global— en la ley internacional positiva. El jurista italiano de referencia señala tres aporías, i.e. problemas especulativos, en torno al concepto de soberanía, para dar paso a la propuesta de constitucionalización, del derecho internacional como de la comunidad mundial.<sup>11</sup>

La primera de ellas afecta al concepto tradicional de soberanía, ya que estima que su construcción es efectivamente de índole naturalista, la cual es base para la construcción positiva del Estado y del paradigma del moderno derecho internacional, los que han dejado atrás los rasgos absolutistas gracias a diversas mutaciones ideológicas que superan ya la visión decimonónica. La segunda aporía refiere la evolución práctica de la soberanía que va de la *summa potestas* en su doble vertiente, la externa como la interna, la que se absolutiza con las dos guerras mundia-

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli, *et al.*, *Pasado y futuro del Derecho, Neo Constitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 19-29. Por cierto, Comanducci critica de iusnaturalistas a Ferrajoli como a Zagrebelsky, ya que sostiene que el núcleo central del neoconstitucionalismo se basa en postulados ético-morales.

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, Suplemento.

les a decir del propio Ferrajoli, pero sin duda la idea de soberanía exterior es previa a la interna, por lo que se trata de un concepto todavía inconcluso. De ahí, la última aporía que incide en la consistencia y legitimidad de la misma soberanía, ya que dice el jurista que desde la Teoría del Derecho, estamos frente a una antinomia, ya que el vocablo no se inserta en su versión clásica en el llamado Estado de Derecho, ya que todo poder debe quedar sujeto a la ley. Si el poder estatal se subordina al Derecho nacional, al igual tendrá que hacerlo frente al Derecho internacional. Se trata, dice, de una revolución de la conciencia cultural.<sup>12</sup>

Para apoyar tales afirmaciones, Ferrajoli apela al pensamiento vitoriano y en especial a las obra de la *Totus Orbis y communitas orbis*, en donde la soberanía surge de manera natural en una comunidad de naciones, dejando atrás la obra del poder papal e imperial como vimos.

Coincide el jurista italiano con nuestra obra al señalar que Victoria refiere a las naciones o humanidad como nuevo sujeto del derecho, en donde de ahí surge el paradigma de los derechos naturales del hombre, mismos que servirán para limitar al igual a la soberanía estatal.

Finalmente, el constitucionalismo del Derecho internacional propuesto por Ferrajoli parte del paradigma Estado-Constitución-garantías de los derechos fundamentales, en donde las normas positivas deben mostrar coherencia con normas superiores y principios axiológicos establecidas en ellas, y señala que en esta perspectiva muchas de las aportaciones del insigne burgalés, vuelven adquirir actualidad. La comunidad universal señala, es el eje unificador de nueva cuenta ya que si se quiere que los tratados y declaraciones sean eficaces, entonces son como Derecho y no como formulismo retóricos, siendo que las Naciones Unidas deben cubrir la laguna de constitucionalismo mundial, tarea harto difícil si consideramos que el positivismo convirtió a dicho organismo en una entidad antidemocrática. En este orden de ideas, sugiere el autor referido no un gobierno mundial sino un control garantista, lo que exige reformas a los órganos

<sup>12</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías... cit.*, pp. 125-157.

de dicho organismo. La construcción de este constitucionalismo mundial, es antinomia del concepto actual de Estado, el cual sigue teniendo el monopolio de la fuerza, y si la paz y los derechos humanos se pretenden garantizar en el modelo clásico, el Derecho internacional queda sin alternativas ya que la descalificación y la ley del más fuerte en el particularismo de hoy en día revelan un pacifismo y juricidad débiles.

Si queremos la paz entre las naciones, es necesario hacer primero justicia, por lo que su instrumento idóneo es el Derecho de gentes inspirado en el ecumenismo e intersoberanía solidaria, y es en la defensa del bien común universal como consta en la encíclica *Pacem in Terris*, del Papa Roncalli –Juan XXIII- quien alude a la necesaria autoridad mundial que promueva tal ideal junto con los derechos y libertades fundamentales.<sup>13</sup> La paz se basa en el valor mismo de la justicia, gracias a la recta razón y al sentido de humanidad y solidaridad. Se sostiene: a todos es manifiesto que las relaciones de los pueblos no se regulan por las armas, sino por la verdad y no es admisible el velar por el interés particular del Estado, ya que su prosperidad es en base a la prosperidad de los demás pueblos.<sup>14</sup> Lo cual exige cooperación e interdependencia, reposicionando el compromiso político de los cristianos y no cristianos, en lo que es una clara alusión al pensamiento laicista universal de Vitoria. En el umbral del nuevo milenio, otra voz se sumó para reclamar el garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana, como asegurar sus derechos inalienables para entonces alcanzar la paz. Es mediante un nuevo orden más solidario, como el que expresara el Papa Karol Wojtyla en el año 2000, en un llamado a las naciones ante el advenimiento del siglo XXI, cuando nos invita a reflexionar:

Se abre aquí un campo de reflexión y de deliberación nuevos, tanto para la política como para el derecho, un campo que todos espera-

<sup>13</sup> Guillermo Ordorica Robles, *El Estado Vaticano y su presencia internacional*, México, SRE-IMRED, Cuadernos de Política Internacional 8, 2003, pp. 71-110.

<sup>14</sup> Juan XXIII, *Pacem in Terris*, Doctrina Social de la Iglesia, abril, 1963, p. 306.



mos sea cultivado con pasión y cordura. Es necesaria e improrrogable una renovación del Derecho internacional y de las instituciones internacionales, que tengan su punto de partida en la supremacía del bien de la humanidad y de la persona humana sobre todas las otras cosas y sea éste el criterio fundamental de organización. Esta renovación es más urgente aún si consideramos la paradoja de la guerra en nuestro tiempo, tal y como se ha reflejado también en los conflictos recientes, en los que contrastaba la gran seguridad de los ejércitos, con la desconcertante situación de peligro de la población civil.<sup>15</sup>

En ningún orden positivo hoy en día, es legítimo dejar ya de lado, el Derecho de todos los pueblos a la incolumidad. En suma, el Derecho internacional por su vocación universal, es un orden ecuménico, que pretende unificar a la tierra habitada, en torno a los paradigmas de naturaleza supranacional ya enunciados. Los pueblos de la tierra están llamados a establecer entre sí relaciones de solidaridad y colaboración, como corresponde a los miembros de la *única familia humana: Todos los pueblos —dice el Concilio Vaticano II— forman una única comunidad y tienen un mismo origen.*<sup>16</sup>

Subrayo que por sí sola, la globalización es incapaz de construir la paz, más aún, genera en muchos casos divisiones y conflictos. La globalización pone de manifiesto más bien una necesidad: la de estar orientada hacia un objetivo de profunda solidaridad, que tienda al bien de todos y de cada uno de quienes conforman el verdadero sujeto del Derecho de Gentes: la Humanidad.

El iusinternacionalista de hoy en día, debe entrar en el debate sobre la posibilidad de un pacifismo jurídico, porque vivimos en un mundo globalizado en el que la guerra es utilizada por las grandes potencias —a pesar de su prohibición en la Carta de la ONU la cual la introduce como sanción e instrumento inmoral e irracional en las relaciones internacionales, justificando su uso

<sup>15</sup> Juan Pablo II, *Mensaje Año de la paz*, Enero 2000, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad Del Vaticano.

<sup>16</sup> Mensaje de Benedicto XVI, para la celebración de la jornada mundial de la paz, 1 enero 2008.

con antiguos conceptos antitéticos, contradictorios, como guerra justa, guerra humanitaria o guerra ética, guerra contra el terrorismo, o bien guerra preventiva, calificando así, a manera de sofisma, lo que es una guerra de agresión enmascarada, de falacia del neoliberalismo de las potencias hegemónicas. Estas guerras cuestionan la razón jurídica en sí misma, porque ésta sólo reconoce culpables o inocentes, y sin embargo, en su destrucción, las guerras actúan contra víctimas inocentes, contra civiles que no son culpables, salvo, quizá, que se juzguen como tales por no ser capaces de librarse de un régimen tiránico. ¿Es, pues, el pacifismo jurídico la solución? En este trabajo se analiza al actual representante del llamado globalismo o pacifismo jurídico, razón ésta por la que nos centraremos en Luigi Ferrajoli, previo y breve análisis del marco kantiano y kelseniano. La paz es posible, porque es necesaria, urgente.

### 3. *Pacem in terris y Derecho internacional*

Si bien en sentido estricto no es un instrumento jurídico tradicional, por su contenido y alcance la Encíclica *Pacem in terris* (*Paz en la Tierra*) —última encíclica de las ocho escritas por el Papa Juan XXIII— publicada el día 11 de abril de 1963, al hacer una profunda reflexión sobre las condiciones que han de imperar para que haya una verdadera paz en el mundo, nos sitúa en los paradigmas propios del *Ius cogens* y hace ver la común pertenencia a la familia humana sumada la necesaria aspiración de todos los pueblos a vivir en seguridad, justicia y esperanza, tanto para las presentes generaciones como a favor de las venideras. Pero con la edificación del muro de Berlín en 1961 se simboliza la división del mundo en dos bloques antagónicos, en la denominada *Guerra Fría*, acumulando además la crisis de los misiles en Cuba, toda vez que eran trasladados por vía marítima proyectiles soviéticos para ser apuntados hacia Estados Unidos. Esto representó uno de los momentos más peligrosos, ya que era el prefacio a una conflagración nuclear, revelando lo débil de la paz armada y del futuro mismo de la humanidad. Para el año de 1963 la

paz parecía prácticamente una utopía lejana e inalcanzable; tal y como ocurre hoy en día.

La *Pacem in terris* refleja al estadista Juan XXIII, por lo cual dicha encíclica recibió una acogida general porque los seres humanos, creyentes o no, percibieron como expresión de una razón práctica, que a través de este documento, los derechos humanos y la paz son ideales como aspiraciones de toda la humanidad. Por cierto, es la primera vez que un Papa lograría un alcance ecuménico con dicha encíclica, misma que divide en las siguientes partes:<sup>17</sup>

### Introducción

I. Ordenación de las relaciones civiles

Ii. Ordenación de las relaciones políticas

Iii. Ordenación de las relaciones internacionales

Iv. Ordenación de las relaciones mundiales

V. Normas para la acción temporal del cristiano

En un primer plano, el documento papal refiere la importancia acerca de las relaciones de convivencia entre los hombres, del respeto hacia la dignidad de la persona humana. En otras palabras, alude al orden en los seres humanos y al orden entre los seres humanos. En este orden de ideas, y en relación al orden entre los seres humanos, el Papa Juan XXIII refiere que *“En toda convivencia humana bien organizada y fecunda se debe colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre; y, por lo tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, por ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables”*.

<sup>17</sup> La Asamblea General de la ONU celebró una sesión especial, con la participación del primado de Bélgica, del director general de la UNESCO, la Conferencia de Ginebra sobre Desarme, el Consejo Mundial de la Paz, la Federación Mundial de ex Combatientes, la Liga de los Derechos del Hombre, el Consejo de Europa, entre otros, como respuesta al mensaje de pretensión universal de Juan XXIII.

Como derechos de la persona entonces, se enlista un conjunto de derechos fundamentales como son el reconocimiento a la persona humana, a la existencia, a los valores morales y culturales, a la conciencia y a las creencias, a la elección de estado civil, a los derechos sociales y económicos, a la asociación, a la migración, a los derechos políticos, entre otros. Enseguida se subraya la correlación de derechos y deberes, la reciprocidad entre éstos, la ayuda y solidaridad, la convivencia y la responsabilidad del actuar humano.

Enseguida, hace una proclamación de los valores básicos de una sociedad civilizada: la verdad, la justicia, el amor y la libertad. La convivencia civil sólo puede juzgarse ordenada, fructífera y congruente con la dignidad humana si se funda en la verdad. Señala el Pontífice en este renglón que solamente en plena solidaridad y reciprocidad, donde cada cual reconozca los derechos que le son propios y los deberes que tiene para con los demás, es cuando la paz se dará finalmente. Expresa asimismo que una comunidad realmente humana, será cuando los ciudadanos, bajo la guía de la justicia respeten los derechos y sus propios deberes; en donde el bien común precisamente son los más altos valores de la persona considerando a ésta como un ente biológico, psicológico y espiritual. Posteriormente, la encíclica aborda lo concerniente a las relaciones políticas dentro de los propios estados, para después versar sobre la regulación normativa de las relaciones internacionales entre los estados sujetas por igual a esos valores y principios del más alto nivel. Otros tópicos en los que la encíclica versa son las minorías, los exiliados políticos, el armamentismo, entre otros. El documento subraya que la acción colectiva de los estados es hoy día absolutamente urgente y necesaria para alcanzar el bien común universal, sostiene asimismo el Papa Roncalli —como alguna vez lo hicieron los padres del Derecho internacional— que la guerra no es ya un medio legal ni legítimo para arreglar las diferencias internacionales, de tal manera que la paz y el diálogo son los únicos caminos posibles y eficaces entre los pueblos y naciones, para dirimir sus conflictos.

Finalmente, el Papa Roncalli —como también refirieron Vitoria o Vattel— trata del establecimiento de una comunidad mundial laica en donde coexista el entendimiento y las negociaciones basadas en la buena fe y el derecho. Juan XXIII acepta la importancia de contar con una autoridad supranacional que no sea instituida mediante la coacción o el imperio de la fuerza, sino sólo a través del consentimiento pleno de las naciones conforme al principio de subsidiariedad que exige el respeto de la competencia propia de las autoridades de cada Estado.

La quinta parte propia de un lenguaje más eclesial, formula algunas recomendaciones pastorales para la acción temporal de los cristianos: el deber de los católicos de participar e intervenir en la vida pública con la necesaria competencia científica, capacidad técnica y experiencia profesional; la coherencia entre la fe y la conducta.

### 3.2 *El valor jurídico de Pacem in Terris*

Los formalistas o positivistas, seguramente definen a la *Pacem In Terris*, como un documento eclesial, de valor moral, religioso pero nunca de nivel jurídico, lo que en términos de evaluar a su autor como jefe del Estado Ciudad del Vaticano, en pleno ejercicio soberano, nos hace pensar lo contrario, además que siguiendo a Luis Rodolfo Vigo, estamos frente a una nueva clase de fuentes formales del Derecho. Pero ese valor jurídico y de alto nivel moral es lo característico y atrayente de la citada encíclica. Señala Villagrasa que la paz es un valor universal, e ineludible por dignidad humana.<sup>18</sup>

*Pacem in terris* define mediante sólidos fundamentos una paz duradera que sólo podrá sostenerse, en el orden temporal, sobre un nuevo orden moral y jurídico universal conforme a la naturaleza del hombre. Ni más ni menos.

<sup>18</sup> Jesús Villagrasa, “La *Pacem in Terris* y los pilares de una paz duradera”, en *L’Osservatore Romano* (ed. en lengua española, 11-IV-2003, pp. 14-15).

#### 4. *El pacifismo jurídico de Ferrajoli*

Existe un instrumento declarativo por Naciones Unidas con base en los principios propios de la Carta, en el cual se expresa *la voluntad y las aspiraciones de todos los pueblos de eliminar la guerra de la vida de la humanidad y, especialmente, de prevenir una catástrofe nuclear mundial*, agregando que *una vida sin guerras constituye en el plano internacional el requisito previo primordial para el bienestar material, el florecimiento y el progreso de los países y la realización total de los derechos y las libertades fundamentales del hombre proclamados por las Naciones Unidas*,

Es cierto, solamente una paz duradera en todo el orbe, constituye la condición primordial para preservar la civilización humana y su existencia. Garantizar que los pueblos vivan en paz es el deber sagrado de todos los estados. De ahí que el documento exprese:

La Asamblea General,  
(...)

1. Proclama solemnemente que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz;
2. Declara solemnemente que proteger el derecho de los pueblos a la paz y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado;
3. Subraya que para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz se requiere que la política de los estados esté orientada hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente de la guerra nuclear, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;
4. Hace un llamamiento a todos los estados y a todas las organizaciones internacionales para que contribuyan por todos los medios a asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz

mediante la adopción de medidas pertinentes en los planos nacional e internacional.<sup>19</sup>

Comparto la hipótesis de Miguel Carbonell, quien sostiene:

Hay fenómenos sociales frente a los que los juristas guardan un increíble silencio. Tal parece que el Derecho como orden rector de la convivencia no tuviera nada que decir ante los problemas de este mundo y se contentara con escharbar en los significados posibles o imposibles de tal o cual artículo del código civil.<sup>20</sup>

En este orden de ideas, en cuanto a la idea de pacifismo jurídico y moral, el iusfilósofo Luigi Ferrajoli, refiere la existencia de juristas que profesan la ciencia jurídica pero que han llegado a ser omisos o claudicantes ante el fenómeno de la guerra, siendo alarmante la indiferencia y el silencio; esta verdad ha sido la regla de actuación desde hace más una década pasando por las guerras del Golfo, la de los Balcanes y otros conflictos más. Ciertamente pareciera que no se ha logrado aportar más, quizá un modelo represivo con la Corte Penal Internacional, a decir del citado destacado profesor italiano.

A través de las denominadas *razones del Derecho* Luigi Ferrajoli, se lanza más allá de la simple moral contra la guerra y se pronuncia en favor de un pacifismo jurídico, de ahí su obra.<sup>21</sup> El autor trata en dos partes las cuestiones del pacifismo, por lo que como advierte Pisarello en el prólogo, es manifiesta la contradicción entre guerra y derecho. Asimismo, señala Ferrajoli que la guerra es la negación del Derecho y de los derechos, ante todo del derecho a la vida; esto podemos advertirlo desde Vitoria, Suárez y Grocio, con las llamadas guerras justas e injustas de lo cual ya está más que escrito, y comparto efectivamente que el Derecho es la negación de la guerra.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Naciones Unidas. *Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz*. Asamblea General, Resolución 39/11, el 12 de noviembre de 1984.

<sup>20</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/rb/rb12.htm>.

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2004.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 45.

Al igual que Carbonell coincido por igual se ha disertado demasiado acerca del problema moral de la guerra, siendo la dicotomía radical entre guerra y Derecho la perspectiva más original. Bien señala entonces Pisarello que el garantismo, como el que Ferrajoli pugna, sirve para asegurar a los más débiles una serie de derechos fundamentales en donde el poder queda limitado y sujeto a control jurídico, tanto en lo político como en el ámbito comercial y financiero.<sup>23</sup> De ahí que en el lenguaje de la realidad, la racionalidad y lo axiológico, el pacifismo antes pregonado por Kant, Kelsen y Bobbio, pasa de una idea del simple deber y presupuesto teórico, para dar pauta a una crítica más elaborada con lo cual Ferrajoli cuestiona al representante de la *Escuela de Viena* quien autoriza la guerra como sanción legítima a través del derecho, como consta en los artículos 39 a 51 de la propia Carta de Naciones Unidas, o también hace señalamientos a Habermas o a Bobbio, cuando el autor alemán defiende la guerra humanitaria en los Balcanes y el siguiente, apoyó la guerra del Golfo de los años noventa.

En este renglón, Pisarello advierte que profesor italiano no se reduce a una oposición de esas intervenciones, ya que son las convicciones teóricas caracterizadas por un singularismo propio entre la relación guerra y derecho, de ahí que Ferrajoli rechace las antiguas y nuevas conflagraciones bélicas, en especial por el contexto de las últimas.<sup>24</sup> Aunque, antes de continuar con el análisis de las tesis ferrajolianas, considero oportuno regresar a Kant; al respecto señala Teresa Santiago en cuanto al Pacifismo crítico que el logro de la paz duradera lo que nos puede convertir en una comunidad digna de ser amada, o bien, lo que de otra manera Kant ha expresado como comunidad ética e Iglesia invisible.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

<sup>24</sup> *Idem*. Señala Pisarello que los escritos ferrajolianos se hicieron cuando se dan los preparativos a esas intervenciones militares en los Balcanes como en Afganistán.

<sup>25</sup> <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/343/34300610.pdf>.



Para Teresa Santiago, su idea de pacifismo ilustrado a la postura de Kant respecto de su proyecto de paz y la guerra radica en destacar ambos conceptos en la filosofía kantiana responden a una concepción en donde la razón es el eje central, ya que según ella tenemos la racionalidad que proviene de la naturaleza, que dispone para el hombre ciertos fines y, por el otro la razón, no como una facultad del conocimiento entre otras, sino como una disposición humana, la de la racionalidad, actuada y realizada por el hombre en el tiempo, en la historia. En este sentido, lo que consideramos lo racional, depende en gran medida del sujeto, lo que está muy ligado a la idea kantiana de autonomía de la razón. La Moral, producto de la razón práctica, tiene que ser concebida como un sistema de normas universales que subsisten por sí mismas, algo constituido por sujetos particulares y, por ende, dependiente de éstos. De manera que la paz, en tanto estado en donde la ley es la que manda, tiene que ser construida. El punto de partida para esta construcción es asumir la paz como un supuesto válido de la razón práctica sobre la base de la experiencia negativa de la guerra. No hay, pues, inconsistencia en el planteamiento kantiano. Kant no justifica moralmente la guerra, por el contrario, la prohíbe.<sup>26</sup> En efecto, Kant va más allá de buenos argumentos, ya que la paz como antítesis de la guerra, exige un comportamiento ético y una convicción por alcanzar dicho fin, en donde debe coincidir la idea del deber con el quehacer cotidiano. Así las cosas, retomando el análisis jurídico acerca de la ilegalidad e ilegitimidad de la guerra, Ferrajoli considera una contradicción del uso de la fuerza armada como sanción del Derecho de gentes, en la doble perspectiva de garantismo moral, cuestionando las intervenciones de tipo humanitario bajo supuestos fines éticos, que según él jamás existen debido a que se minimizan los daños colaterales, en especial el agravio a los civiles inocentes, que dan pauta al fenómeno moderno del desplazamiento así como estragos en estructuras vitales como instalaciones de agua potable, escuelas, hospitales, principalmente. La injerencia humanitaria a decir del autor, violenta la posibilidad de espacios democráticos

<sup>26</sup> *Idem.*

a pesar de los posibles discursos en la materia como en el de los derechos humanos, los que son rebajados a un mero ideal para sucumbir a la hegemonía militar y económica de las grandes potencias.<sup>27</sup>

Señala Pisarello que existe un rechazo al modelo iusnaturalista de *guerra justa* ante esas guerras controladas, que carecen de soporte humanitario, sobretudo en el decir de Ferrajoli, porque no se protege al más débil y se les deja en situación grave al ignorar sus derechos fundamentales. De ahí que Ferrajoli, en su tesis jurídico-moral sostiene que se vulnera el garantismo cuando se trastocan los principios del Derecho por el actuar salvaje de las potencias, que hacen valer como él dice una especie de licencia destructiva, aunque cuestiono si la legítima defensa cabe o no como justa reacción positiva y natural ante el ataque de naciones infractoras de las normas internacionales, o bien cuando ante la invasión y el ataque bélico los medios pacíficos de solución de los conflictos fracasan, como históricamente ha ocurrido. Para Ferrajoli existe una prohibición legal clara basada en instrumentos internacionales, que operan a manera de constitución global, que establece un Derecho civilizador que rechaza a lo que denomina como la nueva guerra, subrayando que el usarla para combatir el terrorismo u otras violaciones graves a los derechos humanos, comporta una renuncia a toda pretensión pacificadora por parte del derecho, a actuar de manera asimétrica como ocurrió en los casos de las intervenciones de los últimos años del presente siglo XXI.<sup>28</sup>

#### 4.2 *Pacifismo constitucionalizado*

Para Ferrajoli, como propone en varias de sus obras, el constitucionalismo es la respuesta al Derecho paleopositivo y como parte del sistema de garantías es anotar en una ley fundamental la prohibición de la guerra para los casos que no constituyen legítima defensa, tal y como ocurre en la Constitución italiana en

<sup>27</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas... cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 15.

cuyo artículo 11. Destaca el citado jurista que en el caso de España existe una situación diferente toda vez que la la constitución de 1931 impedía la guerra preventiva, pero en la actual de 1978 es más confusa al exigir bases de formalismo para declarar el uso de fuerza armada, ya que no debe olvidarse la participación española en varias intervenciones, lo que pone a esta nación europea en una posición ambivalente, aunque Ferrajoli sostiene que la referida ley, impide una guerra no estrictamente defensiva.<sup>29</sup>

De manera paralela, propone un constitucionalismo mundial y un Derecho penal internacional mínimo, que sancione lo que denomina una *violencia salvaje* a efecto de restringir toda amenaza a la paz. No impide este criterio a mi juicio, y en ello coincide Ferrajoli, que el espíritu de la Carta de Naciones Unidas en su Capítulo VII acerca de las medidas del Derecho internacional en caso de controversias entre estados, cuando se agotan los medios pacíficos puede optarse por la fuerza policial, más no por la guerra que se convierte en un medio incontrolable e ilegítimo. Para él, una fuerza de policía internacional regulada por el Derecho y con base a garantías y el debido procedimiento, alejan la inmoralidad de la guerra como medio de solución de una controversia internacional, lo que exige además una reforma profunda al Consejo de Seguridad, que a pesar de los intentos y esfuerzos ha sido en realidad infructuosa. En este sentido, Ferrajoli señala la necesaria desaparición de los ejércitos, de la erradicación de la industria de las armas como de un pronto desarme mundial, lo que sin duda es improbable. Considero que más que una proposición normativa, el referido autor italiano incurre en idealismos y en ocasiones en planteamientos utópicos, quizá a menos cuando alude a la ampliación de facultades de la Corte Penal Internacional para hacerla plenamente obligatoria, hasta para países renuentes a su competencia como son Estados Unidos, Israel o China. Como señala Pisarello en relación al pacifismo ferrajoliano, se trata de una propuesta no de un super Estado, sino de un modelo garantista mundializado que permita esa paz institucionalizada.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 19.

Me llama la atención el que ambos no contemplen una especie de gobierno mundial, pese a referirse a instancias como Naciones Unidas y sus órganos ya que éstos son necesarios para conducir la intersoberanía de los estados, máxime en el llamado a un constitucionalismo y garantismo global gradual en lo local, regional y general. Sin embargo, es cierto que lo anterior va más allá de un simple sistema de controles de Derecho para entes públicos, debido a la urgencia de regular a entes privados de poder fáctico, como pueden ser las transnacionales. Precisamente es el un marco regional, en donde Ferrajoli quiere partir para lanzar su constitucionalismo mundial y pese al fracaso de la Constitución Europea, la cual fue sustituida por el Tratado de Lisboa.<sup>31</sup> Ciertamente que el blindaje contra el neoliberalismo financiero y económico, han generado como dice Ferrajoli, una anemia de acción social, al carecer la Unión Europea de controles contra los poderes del mercado mundial, pese a los intentos garantistas de la Carta de Niza.<sup>32</sup>

Pisarello señala en consecuencia que un modelo constitucional europeo es pauta para combatir el neoliberalismo militar y económico, calificando la acción de Ferrajoli como moralmente aceptable e incluso alude a que existen movimientos sociales

<sup>31</sup> Convenio firmado por los representantes de todos los Miembros de la Unión Europea en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, sustituye a la *Constitución para Europa* tras la oposición al tratado constitucional de 2004.

<sup>32</sup> En junio de 1999, el Consejo Europeo consideró oportuno recoger en una Carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea la cual debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea del Consejo y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

que reclaman un cambio realmente democrático a favor de la sociedad mundial de nuestros tiempos, como así lo han mostrado grupos pacifistas y ecologistas. De ahí que para éste último, la ONU debe retomar su papel garante de la paz y de naturaleza preventiva, evitando la cada vez más opulenta desigualdad entre el Norte y el Sur, como así al igual Juan Pablo II alguna vez apuntó coincidentemente en un foro en Canadá.<sup>33</sup>

De ahí entonces que el jurista italiano en su modelo de pacifismo jurídico basado en el garantismo, apele a constituciones que sean realistas y vigentes en cuanto a los valores que las sociedades modernas reconocen, ya que de lo contrario, una norma pierde validez si sus destinatarios no aceptan los principios que meta jurídicamente la conforman, reduciéndola a una mera regla formal y sin aplicación material. De esta manera la sociedad mundial debe inspirarse en un marco homogéneo y común, pese a que no exista en Europa ni en la ONU una especie de constitución internacional ni de controles adecuados, quedando a expensas de las grandes potencias cuyo particularismo ha delineado un Derecho de gentes particularista como en otras ocasiones el suscrito ha expresado.<sup>34</sup>

### *4.3 Pacifismo y las nuevas guerras (humanitarias)*

Las guerras de las últimas décadas así como las intervenciones militares en algunas naciones ya sea por injerencia o ayuda humanitaria, pueden ser cuestionadas a la luz del pacifismo ferra-

<sup>33</sup> Juan Pablo II, Mensaje de Cuaresma de 1992, señalaba: “Si Él (Jesucristo) está hablando de la plena dimensión global de la injusticia y del mal. Está hablando de lo que hoy estamos acostumbrados a llamar el contraste Norte-Sur. El Norte cada vez más rico y el Sur cada vez más pobre... A la luz de las palabras de Cristo este Sur pobre juzgará al Norte rico. Y los pueblos pobres y las naciones pobres – pobres bajo diversas formas -, no sólo por falta de alimentos, sino también por falta de libertad y de otros derechos humanos, juzgarán a aquellos pueblos que los privan de estos bienes arrogándose el monopolio imperialista de la economía y de la supremacía política e expensas de los demás.”

<sup>34</sup> Vid. Ferrajoli, *Razones jurídicas... cit.*, pp. 11-150.

joliano, por lo cual el autor de marras no comparte que un medio violento sea utilizado para la solución pacífica de las controversias internacionales.<sup>35</sup> Ciertamente después de los intentos para proscribir o limitar la guerra al mínimo como se pretendió mediante el tratado Briand Kellog de 1928, el cual expresaba:

...persuadidos de que ha llegado el momento de proceder a una sincera renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, a fin de que las relaciones pacíficas y amistosas que actualmente existen entre sus pueblos puedan ser perpetuadas;  
convencidos de que cualquier cambio en sus relaciones recíprocas no debe ser buscado sino por procedimientos pacíficos y ser realizado en orden y en paz, y de que toda potencia firmante que intentara en lo sucesivo desarrollar sus intereses nacionales mediante el recurso a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente Tratado;  
Esperando que, alentados por su ejemplo, todas las demás naciones del mundo se unirán a estos esfuerzos humanitarios y, adhiriéndose al presente Tratado desde el momento en que entre en vigor, pondrán a sus pueblos en condiciones de aprovechar sus beneficiosas estipulaciones, uniéndose de esta forma las naciones civilizadas del mundo en una común renuncia a la guerra como instrumento de su política nacional, han decidido concluir un Tratado (...)

Artículo 1º. Las altas partes contratantes declaran solemnemente, en nombre de sus pueblos respectivos, que condenan el recurso a la guerra para la resolución de los desacuerdos internacionales, y que renuncian a ella, en tanto que instrumento de política nacional, en sus relaciones recíprocas.

Artículo 2º. Las altas contratantes reconocen que el arreglo o la solución de todos los desacuerdos o conflictos, cualesquiera que puedan ser su naturaleza o su origen, que *puedan surgir entre las mismas, no deberán jamás intentarse resolver sino por medios pacíficos.*

*El presente Tratado, una vez puesto en vigor del modo previsto en el párrafo anterior, permanecerá abierto tanto tiempo como sea necesario para la adhesión de todas las demás potencias del mundo. El instrumento de adhesión de cada potencia será depositado en Washington, e inmediatamente después de este depósito entrará*

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 27.

*en vigor el Tratado entre las potencias adherida y las demás potencias contratantes (...)*<sup>36</sup>

Por supuesto, la vigencia del mismo jamás prosperó, demasiada ilusión y esperanza, aunque fue referente normativo para los juicios de Nuremberg y Tokio después de la II Guerra Mundial. Por cierto sus promotores Briand y Kellogg, fueron galardonados con el Nobel de la paz en 1926 y 1929, respectivamente cada uno de ellos. En este sentido, Ferrajoli manifiesta su indignación cuando la Organización de las Naciones Unidas autoriza el uso de fuerza armada, en lo que él denomina la *guerra de la ONU* o la *guerra autorizada por la ONU*.<sup>37</sup> El dilema se mantiene entonces, puede ser que a luz del positivismo formal y paleopositivo la guerra sea aceptada, incluida como medio resolutorio de conflictos, pero considerando el garantismo y la legitimidad del Derecho, el orden jurídico internacional vigente como señala el profesor italiano, corre el riesgo de ser invalidado, incluido el poner en duda su moralidad, tópico que Ferrajoli no podrá evadir pese a su neopositivismo, lo que a mi juicio lo lleva a un contexto neiusnaturalista. Bien señala Ariel Zúñiga que este problema se ha soslayado con un neo moralismo o neo iusnaturalismo, generado por causa de la dos guerras mundiales, siendo necesario dotar de un contenido mínimo al Derecho para que fuera válido, como un límite al poder que opera en la conceptualización misma del derecho. Por más que se viva en una sociedad pluricultural, existen preceptos morales universalmente aceptados.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> También conocido como Pacto de París, es un tratado internacional que fue firmado el 27 de agosto de 1928 en París por iniciativa del ministro de Asuntos Exteriores de Francia, A. Briand y del Secretario del Departamento de Estado (EUA) Frank B. Kellogg, mediante el cual los quince estados signatarios, se comprometían a no usar la guerra como mecanismo para la solución de las controversias internacionales. Este pacto es precedente inmediato del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se consagra con carácter general la prohibición del uso de la fuerza.

<sup>37</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas... cit.*, p. 27.

<sup>38</sup> <http://www.alterinfos.org/spip.php?article1955>.

Es cuando Ferrajoli acertadamente advierte la confusión terminológica cuando se habla de ilegalidad, ilegitimidad e injusticia de la guerra, pero más allá del lenguaje de las guerras justas e injustas de las que Vitoria, Grocio y Suárez alegaban, no se olvide que la guerra de conquista, a finales del siglo XVI fue declarada antijurídica. Pero la atención en la actualidad son las guerras injerencistas o intervencionistas a las que Ferrajoli acusa de estar disfrazadas de *humanitarias*, en donde se han dado discusiones como él señala entre la Ética y la Política o entre la Moral y el Derecho. Ciertamente una guerra es lícita si el Derecho nacional e internacional la aprueba, o bien, ser ilegítima por ser contraria a la moral o al Derecho garantista. Los juicios de legalidad son meros juicios de hecho, y los juicios de justicia son juicios de valor, lo que califica de contradictorias. Llama la atención su afirmación de que la guerra entonces se asocia a legalidad, legitimidad, moral y justicia; pero me llama la atención su afirmación de que la guerra es lícita o no ilegal si el orden positivo la permite, pero no declarada legal, precisamente por esa contradicción, debido a que el Derecho no le da esa permisión.<sup>39</sup> Al respecto prefiero seguir la propuesta de Vigo, quien identifica con mejor precisión lo legal por lo jurídico, ya que lo legal solamente contempla la fuente formal denominada ley, sea o no justa, en tanto el Derecho por su origen y vocación se encamina a la idea de justicia.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Ferrajoli, *Razones jurídicas... cit.*, pp. 27-28.

<sup>40</sup> Vid. Luis Rodolfo Vigo, *De la ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003. La ley a decir del jurista debe ser controlada por los principios jurídicos, los valores, las normas constitucionales, los tratados sobre derechos humanos y toda una textura de normas que limitan la debilidad del legislador de nuestros tiempos frente a las presiones y los intereses. El Derecho es más amplio, plural y enriquecedor que la ley misma.



## 5. La paz como principio de razón práctica del Derecho internacional

### 5.1 Razón práctica en John M. Finnis

La razonabilidad práctica entendida como un bien básico a decir de Finnis, refiere al uso de la inteligencia para identificar y escoger las acciones y estilos de vida, es parte del ejercicio de la libertad efectiva de dar cuenta de un orden inteligente. Implica el uso de libertad, razón e inteligencia para alcanzar una serie de valores y objetos propios de las exigencias de la persona, la razón práctica representa el medio para desarrollar el florecimiento humano. Ello representa una doble cuestión, la razón práctica como bien humano y como procedimiento que distingue el pensamiento práctico de lo incorrecto, es decir, lo necesario para la toma de decisiones para el logro de otros bienes básicos como son la vida, el conocimiento, la justicia, la paz y los derechos que de ellos pueden reclamarse.<sup>41</sup>

Siguiendo la línea tomista, el ser humano tiene una serie de aspiraciones naturales y busca una serie de bienes que van de lo honesto hasta los de orden útil y deseable, procurando que las leyes positivas cumplan con las esas exigencias naturales.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> John M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford Press, 1980, trad. Orrego C., Aberredo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

<sup>42</sup> Finnis comprende dentro del concepto de bien común: 1. Todos los bienes básicos del hombre: la vida ( incluye todo lo que se refiere a la vitalidad), la libertad de razonar la conducta, el conocimiento, la experiencia estética, la amistad y sociabilidad, la diversión y la religión; 2. El aseguramiento de un conjunto de condiciones materiales y de otra clase que tienden a favorecer, para cada individuo de la comunidad, su personal desarrollo en la consecución de las formas básicas que se han mencionado. Vemos que el autor admite que hay condiciones o medios que son un bien común, pero asimismo concibe que el bien común consiste también en fines o bienes finales actualizados en los miembros de la comunidad. El bien común viene a ser el fin y el fundamento de las normas jurídicas, por lo que importa la afirmación de una concepción sobre el bien humano, sobre aquello que constituye el desenvolvimiento de los individuos en la vida social.

En consecuencia, la paz se convierte en un bien deseable y útil, además de ser una cuestión moral, que demanda que la ley positiva la haga posible, precisamente por ser una exigencia de la razonabilidad práctica universalmente válida, de lo cual resulta que los derechos humanos y el orden internacional sean complemento del bien común de la humanidad.<sup>43</sup>

Siguiendo a Finnis, la paz además de ser un bien de razón práctica es un principio que en ocasiones puede ser sobrevalorado, postergado, poco reconocido y hasta mal aplicado; quizá por aquello de las guerras preventivas o humanitarias que critica Ferrajoli. Se trata de pasar de la idea kantiana del *deber ser*, y del deber jurídico kelseniano hacia una necesidad como exigencia metajurídica pero práctica, ya que la guerra, la violencia y la transgresión a los derechos humanos son una cuestión real como genuinas que demandan la obligación moral y jurídica de disolverlas.

Para John M. Finnis, se llega al conocimiento de esos valores básicos por medio de una inclinación natural y por medio del conocimiento del ámbito práctico, especialmente cuando afirma que es la razón la que identifica esos bienes concretos y particulares que el ser humano advierte en su acción, de su interacción con la naturaleza que éste tiene.<sup>44</sup> Lo anterior se traduce en que el ser humano opera con su razón para descubrir a través de esos bienes básicos, los valores morales que se naturalmente se siente inclinado, de ahí que la paz sea un fin y no un simple medio, como un bien fundamental y como un derecho, que sirve para dar base al Derecho internacional precisamente como una cuestión de racionalidad práctica. El origen y fundamento del Derecho de gentes se encuentra en consecuencia en el deber de respetar la vida humana y la dignidad de la persona como de las naciones, más allá de una simple cuestión instintiva de conservarlas, y es la razón la que discierne e indica cuales son las acciones buenas y acordes a esa razonabilidad práctica, y para el ser humano resulta entonces obrar *naturalmente* conforme a su naturaleza por actuar de acuerdo a la razón.

<sup>43</sup> <http://www.slideshare.net/mavan/finnis>.

<sup>44</sup> Finnis, *op. cit.*, p. 34.

## 5.2 La paz y la razón práctica

La paz es un producto de conciencia colectiva al fin y al cabo, toda vez que desde la misma Roma se aspiró a un *ius feziale*, orden para garantizar este valor de razón práctica. Desde la perspectiva ética es que pese a la existencia de países desarrollados y en proceso alto civilizador, la paz ha sido tratada desde diversas perspectivas y por ello el sujetarla a una profunda revisión, pero llama la atención que la constante sea la violencia y la confrontación bélica, y pareciera que el concepto ha caído en completo abandono tanto práctico como racional, quedando solamente en el discurso de los estadistas. Refiere Emilio Martínez Navarro que no estamos, desde el punto de vista mundial, en actitud de “hacer las paces”, sino enfrentados entre el mantenimiento de un sistema industrial-militar que impone cierto “orden” mundial y la resistencia a ese mismo sistema.<sup>45</sup>

Coincido con el filósofo mencionado cuando afirma que solamente puede llamarse a un país como desarrollado si éste realiza una eficaz contribución al desarrollo mundial colaborando en la reducción gradual de la pobreza en todo el planeta, para así potenciar una verdadera paz entre las naciones del orbe, a través de relaciones justas sumando una solidaridad universal que garantice los derechos y libertades fundamentales de todo ser humano.

Si la paz entonces es un paradigma de razón práctica, tendremos un criterio unificador para que mediante la conciencia colectiva o *sindéresis* a decir de San Tomás de Aquino, se rectifiquen formas de pensamiento para reaccionar y avanzar conforme a un Derecho internacional inspirado en Ética y Derecho natural, para que el orbe pueda disfrutarla. Por eso la consecución de la paz depende en gran medida de la madurez moral de todos y cada uno. El desarrollo moral forma parte del desarrollo humano, es un elemento propio del mismo desarrollo integral del que hemos hablado en los apartados anteriores como meta de las tareas de desarrollo. Por esa razón, en la medida en que se van dando pa-

<sup>45</sup> <http://racionalidadpractica.blogspot.mx/2008/06/la-paz-como-desarrollo-humanoi.html>.

esos firmes para expandir el desarrollo humano en todo el planeta, la convivencia pacífica entre los pueblos sobreviene como efecto de ese mismo desarrollo propiamente dicho. El reto está por tanto, en hacer posible ese desarrollo humano a escala mundial, haciendo los esfuerzos correspondientes para orientar nuestros comportamientos por una Ética cosmopolita.

La convivencia pacífica entre los pueblos de la tierra exige un compromiso de los ciudadanos y de los gobiernos con los principios de una Ética cosmopolita cuyos contenidos están en gran medida fijados en las declaraciones de derechos humanos y en los valores que subyacen al Derecho internacional. El deseable avance de la paz en nuestro mundo está ligado a nuestro compromiso cívico con tales valores que forman parte del desarrollo humano.

### *Fuentes consultadas:*

#### *Fuentes impresas*

BENEDICTO XVI, Mensaje para la celebración de la jornada mundial de la paz, 1 enero 2008.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE - Conferencia de Viena sobre Derecho de los tratados.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del Derecho*, México, UNAM, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_, Luigi, *et al.*, *Pasado y futuro del Derecho, Neo Constitucionalismo*, Madrid, Trotta- UNAM, 2003.

\_\_\_\_\_, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2004.

FINNIS, John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford Press, 1980, trad. Orrego C., Aberredo-Perrot, Argentina, 2000.

JUAN PABLO II, *Mensaje Año de la paz*, Enero 2000, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad Del Vaticano.

\_\_\_\_\_, Mensaje de Cuaresma de 1992.

JUAN XXIII, *Pacem in Terris*, Doctrina Social de la Iglesia, abril, 1963, p. 306.

MARITAIN, Jacques, *El Hombre y el Estado*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1983.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz*. Asamblea General, Resolución 39/11, el 12 de noviembre de 1984.

ORDORICA ROBLES, Guillermo, *El Estado Vaticano y su presencia internacional*, México, SRE-IMRED, Cuadernos de Política Internacional 8, 2003.

SCHELER, Max, *Ética*, Madrid, Caparrós Editores, 2000.

VIGO, Rodolfo, Luis, *De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.

VILLAGRASA, Jesús, “La *Pacem in Terris* y los pilares de una paz duradera”, en *L'Osservatore Romano* (ed. en lengua española, 11-IV-2003).

#### *Fuentes electrónicas*

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/rb/rb12.htm>.

(<http://www.ejil.org/journal/Vol6/No1/art3-04.html>.)

<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/343/34300610.pdf>.

<http://www.alterinfos.org/spip.php?article1955>.

<http://www.slideshare.net/mavan/finnis>.

<http://racionalidadpractica.blogspot.mx/2008/06/la-paz-como-desarrollo-humanoi.html>.



## LA ÉTICA DE LAS MAYORÍAS *VERSUS* LA ÉTICA DE LAS MINORÍAS

José Martín Hurtado Galves\*

1

**H**ablar de Ética de las mayorías en oposición al de las minorías es presuponer que hay dos éticas; o bien, que —al menos— hay dos (o más) formas de entender la Ética. Esto echa por tierra la idea de “la Ética”, como si hubiera una sola forma de ser ético. En todo caso el término *versus* indica que se pueden oponer. Esto permite plantear si tal oposición es teórica (discursiva) o práctica (decurativa, de decurso). O bien, si de lo primero se desprende lo segundo: de lo teórico, lo práctico. Es decir si de la idea de Ética se colige necesariamente la acción ética.

Siguiendo este hilo conductor, y haciendo uso de la filosofía, es necesario reflexionar sobre el tema que se inscribe en el título del artículo, partiendo de un análisis sobre la manera en que se reflexiona; así como de las categorías de análisis utilizadas: «mayoría» y «ética».

La primera categoría de análisis: la «Ética», es un concepto en construcción; en este sentido, inacabado. Se da a partir de discusiones y practicidades cotidianas inscritas en contextos sociales específicos. Tales discusiones tienen que ver con constructos sociales del ser humano. Al respecto tómesese en consideración que en los últimos años, sobre todo en el tema de los derechos huma-

\* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro y de la Escuela Normal Superior del Estado de Querétaro.

nos, la Ética ha dejado de ser tema exclusivo de la filosofía. Ahora es abordada por otras disciplinas (científicas o no), entre ellas el Derecho, a partir de cualquier acción que atienda directa o indirectamente a la acción del hombre. En concreto: no hay en un sentido práctico «la Ética», sino ésta y aquella Ética que define, comprende y justifica tal o cual acción y que sólo tiene sentido en un marco histórico específico.

A partir de lo anterior se comprende que la llamada Ética universal lo es, si y sólo si es aplicada (o concebida) en y desde las categorías de análisis de una cultura específica. De otro modo nos quedaríamos en la abstracción. Al respecto piénsese, por ejemplo, en el concepto ético de «libertad». Si se dice sin un contexto específico carece de sentido. Se necesita saber a qué o quién refiere dicha libertad, aclarar —en todo caso— libertad de qué, hasta dónde dicha libertad; en fin, ubicar al concepto en el terreno de la historia (o del devenir histórico, si se prefiere) o acontecer humano.

Sin embargo, para cuestiones prácticas, la idea de ser humano toma como base el hecho de que es alguien concreto quien puede ser referido de manera abstracta. Su abstracción se diluye al momento de referirlo atemporal o a-espacialmente.

De ello surge la pregunta: ¿qué Ética debe prevalecer en las distintas formas de *ser* del ser humano?, ¿el de las mayorías o el de las minorías? Al respecto tómesese en consideración el vértice dinámico que se construye en la unión de tiempo y espacio. Es decir, la posibilidad de concebir al ser humano no desde su definición absoluta e inamovible, sino desde su ubicación histórica (espacial y temporal).

La segunda categoría de análisis: las «mayorías» tiene un inconveniente epistemológico: no precisa mayorías de qué.

Si el enfoque es cuantitativo, no hay duda de que estamos hablando de cantidad. Entonces sería claro que la mayoría sería aquella que tendría el mayor número de integrantes. Sin embargo, aquí entramos en una aporía: ¿qué hace que los integrantes de una mayoría sean considerados como partes de un todo (la mayoría)? Por otra parte, si el enfoque es cualitativo, entonces



habrá que optar por otra manera de ubicar dicha mayoría, una que no se reduzca al número. Además si hay mayoría, es porque existe su antípoda: minoría.

El siguiente ejemplo permite comprender que la mayoría no es un todo absoluto: hasta hace algunos años las leyes no protegían los derechos de los homosexuales. De hecho, éstos eran considerados una minoría. Sin embargo, a partir de las manifestaciones públicas en diferentes países (marchas, plantones, desfiles, escenificaciones viales o *performance*, etc.) se han reconsiderado sus derechos, y ahora éstos son abiertamente protegidos por las leyes. Esto no tendría nada de particular si no fuera por el hecho de que dichas manifestaciones son realizadas por minorías (minorías si las comparamos con la población del país en que se manifiestan). Sin embargo, han logrado que las leyes se modifiquen en beneficio de sus derechos como minoría. Aquí cabe una reflexión: si las leyes están hechas para servir a las mayorías (leyes democráticas que se basan en el bienestar de las mayorías), cómo es que defienden los derechos de las minorías. Ahora bien, si extendiéramos esta idea a otros actores y espacios, habría que defender los derechos de otras minorías, por ejemplo la de los patronos en contra de la de sus empleados (que son mayoría).

Lo anterior parece convertirse en una aporía; sin embargo, hay una salida conceptual: comprender que la mayoría no es necesariamente cuantitativa, sino —sobre todo— teórica. En el caso de los homosexuales, siguiendo el ejemplo anterior, se puede advertir que las manifestaciones, aunque son realizadas por minorías, se llevan a cabo en muchos países. Así, sumadas todas esas minorías dan como resultado una mayoría tanto cuantitativa como cualitativa. Y es esta mayoría la que reclama sus derechos. No es pues la mayoría cuantitativa de un país, sino la mayoría cualitativa que se construye en diferentes países.

Las leyes se hacen —entonces—, a partir de dos enfoques: las necesidades de los habitantes del país en que se elaboran, y a partir de los derechos expresados por minorías en otras partes del mundo. En el primer caso existe como supuesto un sentido de pertenencia, de identidad nacional. En el segundo, por su parte,

lo que importa es la idea con la que se identifican las minorías de diferentes países.

En concreto: las mayorías no son las mayorías cuantitativas de un país. Eso era en el pasado. Ahora las mayorías son entendidas a partir de la idea abstracta de mayorías. Su fuerza se da (se ha venido dando) a partir de que se manifiestan en distintos países, reclamando un derecho que han denominado como humano (los llamados derechos humanos).

Además considérese que sumadas las minorías de los homosexuales con otras minorías, la de los indígenas por ejemplo, se conforma una minoría teórica que adquiere la idea aparente de una mayoría cuantitativa. En este sentido las minorías conforman mayorías. Pero nótese: sus integrantes no forman una cohesión particular. Son, en todo caso, distintas expresiones de las minorías. ¿Derrumba esto la idea de que la democracia es el gobierno de las mayorías y para las mayorías?, ¿o habría que precisar que las mayorías son en realidad varias minorías ejerciendo presión como si fueran una sola mayoría?

Para comprender mejor esto, es necesario hablar de la abducción. Ésta es un movimiento por el cual un miembro u otro órgano, se aleja del plano medio del cuerpo. Lo contrario a ello es la aducción: movimiento que aproxima al eje del cuerpo un miembro u órgano que se había separado. De esto se colige la idea de que las mayorías se mueven centrípeta y centrífugamente. Así se comprende que alguien pueda ser parte de una mayoría y, a la vez, parte de una minoría. La Ética tanto de las mayorías como de las minorías, en este sentido, no es absoluta. Su comprensión se da de manera dinámica.

Hablar entonces de la Ética de las mayorías con respecto a de las minorías es, más bien, una forma de ubicar al sujeto ético, desde sus diferentes roles sociales. Así, para ciertas necesidades es parte de tal o cual mayoría o minoría; y, por el contrario, para otras necesidades, forma parte de otra mayoría o minoría. Esto modifica la idea de una Ética del ser humano como tal, en abstracto (como si no formara parte de un grupo: mayoría o minoría).

Lo que hay que precisar, en todo caso, es que hay un arquetipo de dicho sujeto a partir de su relación (o posible relación) con tal o cual mayoría. Además, que la mayoría no es ya algo concreto y absoluto de un país; sino más bien la idea de mayoría relativa, que incluye a otros países. Aquí surge la pregunta si dicha mayoría no es más bien un ideal de ser humano: uno que respete los derechos de todos. Y estos todos son, en realidad, la verdadera mayoría.

Nótese que la idea de todos no es descabellada. Hoy la globalización permite no sólo comunicarnos en una sola «aldea global», sino también —y no en menor medida— construir una idea «global» de individuo. ¿Es esta la mayoría que subyace en ambas éticas: de las mayorías y las minorías? Al menos permite comprender que las mayorías no son absolutas ni atemporales: entre ellas hay matices y constantes movimientos que las hacen ser concebidas desde diferentes ópticas. En todo caso hay que aclarar que la mayoría no es siempre el número, sino la idea de número. Esta idea se concreta en la cualidad que se reconoce, o puede reconocerse, en los integrantes de alguna mayoría. Así, las convicciones que se persiguen, como mayoría, no son reconocidas o aceptadas necesariamente por toda la mayoría en un país. Y sí, en cambio, pueden ser vistas como parte de una identidad dinámica en otras partes del mundo.

Esto lleva a plantear si es válido (y si lo es, para quién) hablar de una Ética basada en la cantidad. ¿A mayor cantidad mayores derechos? ¿Un principio de cantidad y no de razón? Si es así, tendríamos que preguntarnos —entonces— si el número (la mayoría) no es ya la misma razón. ¿Falacia *ad baculum*? Tómese en consideración que un argumento *ad baculum* (bastón) implica sostener la validez de un argumento basándose en la fuerza, en la amenaza o en el abuso de la posición propia. Se resume como: “la fuerza hace el derecho”. A esta falacia se llega cuando la demanda de la mayoría se da a partir de la fuerza o la amenaza. Recuérdese que muchas mayorías se expresan de manera violenta.

De lo anterior se desprende otra falacia: *argumentum ad consequentiam*; es decir, se admite la validez de la falacia para evitar

las consecuencias negativas de no hacerlo (por ejemplo, la violencia). Si es así, tendríamos entonces que la Ética no está en la mayoría en sí (*per se*), sino en la mayoría por accidente (*per accidens*), en este caso el uso de su fuerza. Pero ¿cómo puede darse una Ética a partir de la fuerza? La Ética debe proponerse, no imponerse. Si se impone deja de ser Ética.

Ahora bien, de lo anterior se pueden colegir —a su vez—, tres falacias más: falacia de composición, falacia de división y falacia de generalización apresurada. En el primer caso (falacia de composición), se comete al inferir que algo es verdadero (en este caso la Ética de tal o cual mayoría) acerca de un todo, solo porque es verdadero acerca de una o varias de sus partes (algunos miembros de la mayoría). Esto lleva a pensar que si la Ética de tal o cual minoría es valorada como parte de los derechos humanos, entonces la sociedad en su conjunto (la mayoría) se verá beneficiada, pues se podrá vivir pacíficamente respetando los derechos de todos. Esto es atractivo; sin embargo no es tan ético como se quiere ver. Al respecto, tómese en consideración que muchas de estas éticas (o manera de concebir al sujeto y su relación consigo mismo y con los demás) se dan a partir de la amenaza, o bien, a partir de la descalificación de otras éticas. Hoy, por ejemplo, se puede ridiculizar a la religión, pero es imposible pensar hacer algo parecido con la homosexualidad. ¿Por qué de la Ética de las mayorías —la de los católicos por ejemplo— se puede hacer escarnio, y no así de las éticas de las minorías? Esto es sólo una pregunta reflexiva que de ningún modo pretende hacer apología o justificación de la violencia. Solamente es una forma de identificar las dos éticas: a partir de la manera en que se les concibe de manera cotidiana.

Siguiendo con las falacias, en el segundo caso (falacia de división) se comete al inferir que algo es verdadero acerca de las partes porque es verdadero acerca del todo. ¿Puede una Ética de las mayorías asumirse como Ética de cada una de sus partes? Si es así ¿con qué criterio podría distinguirse la acción de un sujeto que forma parte de distintas mayorías, o de distintas minorías? La acción que cometa en uno u otro contexto no podría darse

como un todo absoluto (de tal o cual mayoría), sino más bien como parte de su propia acción que no se agota en ningún grupo.

Por último, en el tercer caso (falacia de generalización apresurada) se comete al inferir algo acerca de una población a partir de una parte no suficientemente representativa de la misma. ¿Qué parte representa la suma de minorías, por ejemplo la de los homosexuales, que se manifiestan en diferentes partes del mundo? Es claro que no son mayoría si se les compara cuantitativamente con la población de un país, mucho menos con la del mundo; sin embargo, si se parte de la idea de mayoría, es decir de la imagen que tengamos de mayoría, entonces, si es así, cabríamos todos. No como homosexuales, sino como una mayoría que, aunque distribuida en distintas minorías, pretende ser una mayoría que quiere vivir en paz, a partir de respetar los derechos de todos, aun y cuando dichos derechos sean presentados de manera violenta o amenazante.

Es por ello que la Ética de las mayorías se sostiene como un todo homogéneo. Un derecho y una exigencia comunes. ¿No es esto, en el caso de la mayoría, una hipérbole, como aquella figura retórica que consiste en exagerar la verdad de lo que se dice? Pues exageración es, y no otra cosa, creer que la Ética de las mayorías es una sola y que, en este sentido, debe comprenderse como una forma de vivir mejor. En todo caso, la Ética de las mayorías o de las minorías se vuelve un superlativo, un adjetivo con el que se denota el sumo grado de la calidad que con él se expresa: hacer valer (imponer muchas veces) la Ética de las mayorías porque en ello va implícita la idea de ser humano con derechos: todos los derechos a las minorías que se expresan como mayorías.

A partir de lo anterior, cabe preguntar si la tal Ética de las mayorías, no se está considerando más bien como una hiperfunción.<sup>1</sup> Si es así, habría que tomar en cuenta que esto es una adenda, es decir, un agregado a la idea de Ética; pues no se trata ya del comportamiento del ser humano, sino de la idea que debe prevalecer a partir de dicho comportamiento. De ahí que las mayorías

<sup>1</sup> Vocablo recientemente admitido por la Academia de la Lengua como aumento de la función normal de un órgano.

que se manifiestan públicamente (las más de las veces de manera violenta), compuestas por numerosas minorías, se imponga sobre la mayoría que no se manifiesta. En otras palabras, parece ser que la mayoría que vale es la que más grita o más presión ejerce.

Ahora bien, si este agregado es contingente (el uso de la fuerza) y no sustancial (la mayoría en sí), entonces la Ética habría que referirla a partir de dicha hiperfunción y no desde su aspecto sustancial. Es decir, comprenderla como un agregado a la idea de ser humano. Esto implicaría declarar abiertamente que la Ética vale en tanto puede ser adjudicada a la idea abstracta de ser, y no a la idea de ser concreto. ¿Es este el verdadero sentido de la Ética de las mayorías que se manifiestan como minorías gigantes?

Para profundizar en ello véanse dos vocablos más: adoratriz y adoradora. El primero refiere a una religiosa de votos simples; el segundo, por su parte, hace alusión a la mujer que adora (quien realiza la acción sin disminución de la misma acción, como la actora en los casos jurídicos). Pues bien, usando estos vocablos, y traspalando su sentido denotativo a estas reflexiones, se puede hablar —entonces— de una *mayoratriz* (una mayoría simple) y de una *mayoradora* (una mayoría cohesionada que realiza la acción, la Ética, lo cual —a su vez— le da identidad). Es decir, una mayoría que se asume como parte de un todo y en ese sentido no reclama para sí el total de la Ética; y una mayoría que se asume como representante de los demás (del todo) y, a partir de ello, reclama para sí la totalidad de la Ética. ¿Cómo puede darse una Ética así?, ¿a partir de que un grupo se autoproclame representante de la idea de ser humano globalizado?, ¿desde la idea de que la humanidad debe aceptar todo tipo de derechos en nombre de la misma idea de humanidad, una humanidad moderna? En todo caso, lo que hay que dejar en claro es el hecho de que las mayorías se dan a partir de su agibílibus (habilidad para procurarse lo que le conviene); es decir, a través de las manifestaciones públicas de las mayorías (violentas o no).

Estas manifestaciones (violentas o no) se perciben, en amplios sectores sociales, como una anamorfosis (técnica que a cierta distancia y en determinada perspectiva parece tener tres dimensio-

nes). Esta técnica, *mutatis mutandi*, se puede aplicar para comprender cómo es que se dimensionan las manifestaciones. Estas dimensiones son las que, en nuestro caso, le dan la apariencia de mayoría: una apariencia que habría que valorar desde diferentes perspectivas ópticas y auditivas. Al respecto tómense en consideración las tres falacias antes mencionadas (falacia de composición, falacia de división y falacia de generalización apresurada).

A partir de lo anterior se puede colegir que la llamada Ética de las mayorías, que se ejerce a partir de la violencia, puede comprenderse más bien como una antífrasis; es decir, como aquella figura retórica que consiste en designar personas o cosas con palabras que indican lo contrario de lo que se debe decir. ¿Por qué?, porque la Ética nunca puede ser impuesta, sino propuesta. Una Ética que se impone, a partir del uso de la fuerza, deja de ser tal. Hay, en concreto, una contradicción de origen.

Lo mismo sucede con las mayorías que en realidad son minorías. Se ha hecho un abuso al considerarlas representantes de toda la población que representa, cuantitativamente, a la “verdadera” mayoría. ¿Cómo entender una mayoría que está diseminada en diferentes países que reclama el mismo derecho? Sin duda que no como la mayoría cuantitativa de un solo país.

Es cierto que a partir de la idea de globalización no podemos quedarnos con la representación de una mayoría solamente nacional. Sin embargo, esto no indica que tengamos que aceptar el hecho de que las expresiones de minorías (asumidas como mayorías) de otros países tengan que ser impuestas en el nuestro. En todo caso habría que preguntarnos hasta dónde terminan los derechos de los seres humanos. Y si estos derechos —como hoy se acostumbra— rebasan las éticas o maneras de ser propias de un país.

Al respecto tómense en consideración que hoy se habla de derechos que nunca hubieran sido pensados en el pasado; por ejemplo el derecho a la preferencia sexual; o bien, al matrimonio entre personas del mismo sexo. Esto está bien —se dice— porque vivimos en un mundo donde todos respetamos (o debemos respetar) los derechos de los demás. Probablemente tengan ra-

zón; sin embargo, habría que preguntarse entonces: ¿cuál es la función de las mayorías?, ¿ya no tiene sentido hablar de ellas? Si es así, cómo es que quienes se manifiestan lo hacen a partir de representar a minorías que en su conjunto suman una mayoría.

En todo caso, oponer las éticas de las mayorías al de las minorías debe plantearse desde la construcción ontológica del ser social. Es decir, a partir de las diferentes relaciones que se dan en sociedades específicas. El dinamismo que implica tales relaciones permite comprender que de lo que se trata es de observar al sujeto en sus distintas formas de ser en sociedad y, a partir de ello, situar al ser ético en su ser-siendo; es decir, en su cotidianidad dinámica, en los diferentes contextos en que se desenvuelve. Y no, en cambio, en un imaginario que parte de una mayoría idealizada.

En otras palabras, es necesario reconocer que la Ética se reconstruye al comprender al sujeto como un ente en constante construcción. Las mayorías adquieren un sentido tanto cuantitativo como cualitativo. Sin embargo, hay que advertir en el primer caso, desde lo cuantitativo, que la mayoría no es necesariamente una mayoría numérica. Esto se puede observar al contar el número de personas que exigen tales o cuales derechos, con respecto al total de la población. Es claro que la mayoría está del lado de quienes no se expresan. Al menos así lo demuestra al no participar en acciones de protesta o exigencia. La mayoría lo es —entonces— sólo en relación con otros grupos minoritarios. Se da al sumar otras minorías que se expresan exigiendo los mismos derechos en otros países.

Por su parte, en el caso del sentido cualitativo, hay que aclarar que las características de una mayoría no son homogéneas. De hecho, muchas de las características son, de suyo, opuestas; o, al menos, no son necesariamente coincidentes. ¿Por qué entonces son mayorías? La respuesta no es absoluta. Lo son porque hoy se concibe a las mayorías, más como un ideal globalizado y globalizante, que como una totalidad numérica.

Ahora bien, en ambos casos (cuantitativa y cualitativamente) la Ética de la mayoría se modifica. Sufre una alteración tanto de



cantidad como de conceptualización. Así, la acción ética se mueve, pudiendo llegar inclusive a expresar ideas opuestas. Un ejemplo de ello es la exigencia a respetar los derechos humanos (por ejemplo el de los homosexuales), denostando las ideas de otras mayorías (por ejemplo la de los católicos). Y lo peor es que para ello se alude a la razón, como si ser católico fuera, por lo menos, un anacrónico o, en el peor de los casos, un fanático. ¿No es la religión (en este caso la católica, aunque puede ser cualquiera) un derecho? Porque si sí es un derecho, cómo es posible que otro derecho exija ser escuchado y atendido a partir de denigrar y mofarse de otros derechos (de los católicos por ejemplo). ¿Qué Ética pesa más? O mejor: ¿tendría que pasar una Ética por encima de la otra?

Esto lleva a pensar, como se mencionó al inicio, que una Ética puede oponerse a otra Ética. Si es así, habrá que preguntarse en qué sentido. Si lo es en uno legal se puede incurrir en la violación de los derechos de unos al imponer el derecho de otros. Esto se puede resolver al indagar quién tiene más derecho. Sin embargo, el problema surge cuando hablamos de minorías y mayorías. No hay un sentido cuantitativo y único de mayoría con relación a una minoría: la mayoría es suma de varias minorías que, a su vez, son parte de otras mayorías (o minorías).

## 2

¿Cómo surgen las mayorías y las minorías? Un todo (cualquiera que pueda serlo) no es necesariamente desde sí (desde una concepción *a priori* de todo), sino desde la posibilidad de encontrar puntos en común entre sus partes. En este sentido, es un todo —puede decirse— abierto, pues sus partes no son siempre las mismas ni duran el mismo tiempo.

En el caso de las mayorías y las minorías su composición se da a partir de que sus miembros pueden establecer una misma apariencia. Sin embargo, hay que preguntarse si dichos miembros se ven a sí mismos como tales (mayorías o minorías); o bien, si

reconocen que son la suma de individuos particulares que coinciden en formas éticas de convivencia.

La idea de ser, en este sentido, implica la de pertenecer a un colectivo. Se es quien se es a partir de que se pertenece a un todo mayor. Siguiendo este orden de ideas, la Ética no se constriñe a la mera acción del individuo (de manera aislada), sino a la forma consustancial de ser y pertenecer a un grupo. No existe lo uno sin lo otro. Sujeto (como parte de un grupo) y acción van de la mano.

Cada valor ético se entiende dentro de un marco de valores que se imbrican en dinanismos entre minorías y mayorías. De ahí que cuando se exige respeto por tal o cual derecho se haga a partir de que otros también lo tienen (el mismo derecho) y, en consecuencia, quien lo reclame —al formar parte de un grupo— sienta tener el “derecho” de exigirlo para sí; pero nótese: es un *para sí* a partir de un *desde sí*. El derecho individual, dicho sin ambages, es primero un derecho social.

No hay —en otras palabras—, un derecho aislado: de una sola persona. Aun cuando pueda existir solamente para tal o cual puesto o encargo público (piénsese, por ejemplo, en el derecho de veto que tiene el presidente de la República; tal derecho se entiende a partir de su relación con los que tienen los demás, es decir los gobernados).

El derecho al derecho es —entonces— una forma de exigir algo individual desde la pertenencia a un grupo, ya sea mayoría o minoría. Esta exigencia se entiende si y sólo si dicho grupo comparte una misma idea, en este caso una de carácter ético. Sin embargo, de ello surge un problema: ¿cuál es la Ética que debe prevalecer, la de los grupos mayores (mayorías) o la de los grupos menores (minorías)? Cabe mencionar que por cualquiera que se opte siempre será la de un grupo; es decir, no la Ética del individuo, sino la del colectivo. Advertir esto permite establecer un lazo común entre mayorías y minorías: el individuo.

Ahora bien, aunque la Ética suele referirse a la acción del individuo, debe comprenderse que no tendría sentido si se redujera a la dimensión individual; en todo caso, todo individuo es parte de un grupo mayor, el cual es —a su vez— un todo menor o un todo

más grande. La idea de ser y ser-siendo permite comprender este dinamismo: ontológicamente no existe el ser, sino el ser con los demás; el ser entre y para los demás.

Pero el individuo no es ético en una sola dimensión o acción. Su eticidad se da en diferentes contextos y en múltiples posibilidades. De ahí que en no pocas ocasiones pueda estar a favor de alguna cuestión Ética y no de otra. Esto le permite pasar de una mayoría a otra mayoría; o de una minoría a otra minoría, etc. Dicho dinamismo lo sitúa más allá de la misma Ética, es decir de la acción; y lo hace en un plano ontológico desde el que se reconoce y es reconocido. Este reconocimiento es una forma de pertenecer al colectivo (mayoría o minoría) sin ser realmente parte de él. En otras palabras, el reconocimiento es discursivamente ético. Así, no hace falta, por ejemplo, que participe en una manifestación pública exigiendo tal o cual derecho; o bien, buscando el reconocimiento a una práctica que se considera Ética. Lo indispensable es simple: que coincida con la demanda de los demás. De este modo se comparte la visión ética, aunque las maneras de hacerlo sean diferentes, inclusive contradictorias.

La Ética —se colige—, no es un todo absoluto (ni como discurso, ni como acción); sino una forma de ser-siendo del individuo. Así, la Ética de las mayorías no se da siempre en las mayorías; lo mismo en el caso de las minorías: ambas se mueven de un lugar (geográfica y simbólicamente) a otro. De ahí que no sea tan sencillo identificar qué Ética debe prevalecer o cuál es la que debe aceptar la eticidad contraria. De hecho, la idea misma de contrario es ya una forma (aunque inestable) de ubicar arbitrariamente a ambas éticas; al menos si se trata de observarlas como todos absolutos.

Esto imposibilita, hasta cierto punto, la inclinación por tal o cual Ética. Sin embargo, hay que tomar en consideración que éstas (las éticas) son referencias de comportamiento para ubicar a los individuos en diferentes grupos. Así, no es la Ética en sí el *quid* del problema, sino el mismo individuo quien se ubica: ora en alguna mayoría, ora en alguna minoría.

Identificar al individuo como la parte sustancial del grupo ya sea mayoría o minoría), permite comprender a la Ética como acción del mismo individuo. De otro modo, se estaría hablando de acciones sin referencia a sujetos concretos. Corriendo el riesgo de quedar en un discurso sin sujeto. O inclusive, de sujetos sin acción.

A partir de lo anterior se puede desprender la idea de que oponer la Ética de las mayorías a la de las minorías es, en realidad, oponer al individuo consigo mismo. Al respecto, tómese en consideración, como ejemplo, el hecho de que algunas veces se pueda estar de acuerdo con alguna idea específica de un derecho, de tal o cual minoría; pero no con otros derechos que también exige dicha minoría. Puede decirse, en este sentido, que la acción (la exigencia de tal o cual derecho) no es absoluta, pues se da en términos dinámicos (de movimiento): ora centrípetos, ora centrífugos.

La eticidad se entiende, a partir de lo anterior, como una posibilidad de ser del individuo, más allá de ubicarlo inamoviblemente dentro de un grupo específico. Esto permite comprender la conformidad y —a la vez— la disconformidad de algunos sujetos con acciones éticas. Piénsese por ejemplo en las revoluciones, en donde un grupo quiere algo a pesar de los medios, incluyendo los violentos; y otros —en cambio—, siendo más moderados, buscan lo mismo pero por medios más pacíficos. En otras palabras, la Ética no está en la Ética misma, sino en la acción particular y social de los sujetos. Y esta acción no es unívoca ni absoluta.

Tanto la Ética de las mayorías como la de las minorías se dan mientras haya personas (sin un número cerrado de miembros) que estén de acuerdo con alguna de ellas. Si alguna práctica ética es considerada desde un punto de vista diferente en el grupo contrario (mayoría o minoría), surge entonces la posibilidad de advertirla como oposición teórica: Ética *versus* Ética. Lo práctico deviene en lo teórico. Aunque, éste haya sido punta de lanza para que se diera lo primero.

Sin embargo, lo que verdaderamente está en juego no es la Ética en sí, sino la forma en que debe ser reconocida o practi-

cada por tal o cual grupo. En todo caso, lo que el grupo busca es la aceptación de su manera de ver tal o cual practicidad ética: pretende que el otro grupo la reconozca como una forma ética de ser-siendo. En otras palabras: es una cuestión ontológica, pues lo que está en juego es la forma ontológica de ser del sujeto concreto. La mayoría no se reduce al número de integrantes, sino a la posibilidad de ser compartida por sujetos individuales, aun y cuando éstos no se manifiesten públicamente a favor de dicha Ética.

Siguiendo este hilo conductor se puede comprender que tanto la idea de mayoría como la de minoría es una forma de defensa del individuo. Desde una u otra se asume para ser y exigir su forma de ser, la cual es —a su vez— una forma ética de concebirse dentro de un grupo y desde él.

Oponer tal o cual Ética en ambos grupos es pretender su imposición a partir de reconocer que éste o aquél grupo es más o menos ontológico con respecto a la idea de ser humano. Sólo así se entiende el hecho de que se pretenda que tal o cual derecho sea más o menos humano. Tómese en consideración que los derechos humanos parten de la idea de «humanidad». ¿Qué nos acerca más a la idea de humanidad, éste o aquél derecho?, ¿cuál nos aleja de ella?, ¿cuál debemos privilegiar?

Preguntas como estas son el soporte oculto (al menos no siempre visto de manera explícita) de una idea de humanidad en constante desarrollo. Así, volviendo al ejemplo de la homosexualidad, se comprende que hoy se busque el reconocimiento a sus derechos. Aunque, como se vio en el apartado anterior, no representan una mayoría en un país, sino que sean expresiones de protesta en diferentes países. Lo que está en juego es precisamente el hecho de que haya personas que sin ser homosexuales acepten el derecho de éstos, como parte de los derechos que deben prevalecer en la idea que se tiene de humanidad.

Esto permite comprender que la mayoría no está —entonces— en el grupo, sino en la idea que se comparte. Inclusive si dicha idea no se subsume y desarrolla en una práctica abierta.

Lo mismo se aplica en el caso de la minoría. Las personas se adhieren o no a uno u otro grupo, sin que les afecte en su ser-individual. En todo caso lo que se mueve es su ser-social; pero no en un sentido físico, sino teórico. Es la idea de ser-siendo la que se mueve y adecua a una Ética: las de una u otra mayoría; o minoría, que para el efecto viene a ser lo mismo. La Ética no es pues cuestión de acción, sino —sobre todo— de sujetos (individuos) y sus distintas formas de ser y pertenecer a un grupo.

### 3

Ontología y Ética implican insistencia y resistencia. En cuestiones de Ética (como práctica) existe un temor a no ser reconocido. Tal reconocimiento no se constriñe o reduce a la identidad individual. Se extiende, más bien, a la idea de ser-en-un-grupo. Sin embargo existe una oposición entre el individuo y el grupo. El primero no acepta ser subsumido por el segundo. Y éste, por su parte, parece cobrar un sentido fáctico mayor en la medida en que pueda aglutinar teórica y materialmente a los individuos. De ahí su insistencia a ser también desde su propia particularidad. Sin embargo, ésta no es diferente a la de los otros que conforman la idea de grupo. En concreto: se insiste, pues, en ser parte de un grupo, pero se resiste a formar parte absoluta de él.

La mayoría, en este sentido, no es una mayoría ontológica; sino una que se asume desde un discurso ético. Nótese: no desde una eticidad concreta, sino desde un discurso ontológico-ético. Este discurso es precisamente el derecho que se exige para imponer tal o cual manera ética de ser. El ser ético es, entonces, una forma de ser del ser ontológico en movimiento.

Así, lo que se pretende imponer (o al menos que sea reconocida y aceptada por los demás) es tal o cual Ética, pero a partir de la idea de ser. Lo que está en juego es la interpretación ontológica, no sólo la acción ética. Cualquier expresión ética pasa por el tamiz de la idea de ser. ¿Cuál pesa más, la de quienes exigen los derechos de los homosexuales o la de quienes los niegan? La disyuntiva no es sólo discursiva, va implícita la idea ontológica

de ser. Cualquier respuesta lleva a la conclusión de que lo que está en juego es la idea de eticidad. De lo anterior se colige que la Ética de las mayorías coincide, en cierto momento, con la de las minorías.

Esto permite comprender que la Ética de las mayorías en oposición a la de las minorías es, en buena medida, una oposición dentro del mismo individuo. Es él quien está en el centro de la discusión para reconocer o aceptar tal o cual práctica ética. La disyuntiva no es una cuestión ética, sino ontológica.

En todo caso habrá que considerar que el individuo no es un todo acabado, ya que su ser ontológico es un ser-siendo que no termina en tanto sea parte de un grupo que, a su vez, es dinámico. Así, la Ética de las mayorías puede entenderse como la preferencia generalizada de individuos con respecto a otras formas éticas (minoritarias). Sin embargo, nótese: el *lugar* en donde se da tal preferencia es en el individuo. Así, es desde él (del individuo) que la Ética cobra sentido (personalizándola).

El individuo forma parte de tal o cual grupo. La Ética que prefiera estará en relación con dicho grupo, pero, como no pertenece a uno solo, habrá entonces una diversidad de formas éticas en su mismo quehacer. De hecho, el ser ontológico no se reduce a la ontología (ser), pues su quehacer es continuo (ética dinámica). Y dicha continuidad sólo puede darse a partir de la interacción de los individuos en diferentes grupos.

En el caso de las mayorías, como en el de las minorías, la Ética no se elige por razones subjetivas. De hecho, el subjetivismo se da en tanto se pertenece a eso de lo que se subyace. En otras palabras, la decisión por tal o cual Ética no está alejada de la cotidianidad de pertenecer a un grupo (mayor o menor). De este modo, toda Ética está sujeta al individuo que la hace suya.

Ahora bien, hay que considerar que la Ética no lleva implícita la manera de practicarla. Cada quien, de acuerdo al grupo en que se encuentre, decidirá la manera de llevarla a cabo. De ahí que en un mismo grupo haya divergencias entre personas que coinciden en tal o cual práctica ética.

Lo anterior permite comprender que oponer una Ética a otra tiene, como sustrato, la oposición ontológica de sujetos individuales. Así, la eticidad se despliega en formas inconclusas de ser y ser-siendo. Cada individuo puede practicar una misma Ética con diferente acentuación.

Sin embargo el grado de eticidad no corresponde al grupo, sino al individuo. De ahí que la elección ética sea personal. No es que se desligue del grupo, sino, antes bien, lo refuerza en su dinamismo al poder seguir siendo parte de él y, al mismo tiempo, mantener su individualidad. Así, la eticidad rebasa a la propia idea de eticidad. De lo teórico se desprende lo práctico. Es cierto, pero sólo para hacer de ello una forma fáctica de la realidad: la apariencia (reconocible) de la apariencia (idealizada). Por su parte, lo práctico es soporte de lo teórico; de él depende que siga teniendo sentido en el presente. Al respecto tómesese en consideración que la Ética es una cuestión presente. Implica una decisión, conlleva algo que está por hacerse.

Por eso Ontología y Ética (como se dijo al inicio del apartado) implican insistencia y resistencia: porque el individuo es, ontológicamente, un ser que es; pero su *es*, es decir, su ser ontológico, sólo tiene sentido desde su acción ética, la cual es una forma de imponer la manera de ser del grupo. Esto permite comprender el hecho de que se acepte o rechace a alguien por reconocer o no tal o cual idea ética. El grado de compromiso, en este sentido, se reclama como absoluto, aunque en la cotidianidad no sea así. Comúnmente las personas se adhieren a diferentes éticas que, a su vez, responden a formas ontológicas distintas.

Aun así, la forma de ser del individuo no se da de manera fragmentaria, sino en pequeñas totalidades. El término “pequeñas” no implica que sean de menor valor. En realidad cada forma de ser ontológica del ser humano es una pequeñas parte de su ser total. Nadie es, en otras palabras, un ser ético de la misma manera. La multiplicidad de la realidad deviene en distintas formas de actuar. De ahí que como ya se ha apuntado, se pueda pasar de una mayoría a una minoría, o viceversa.



En todo caso, quien no forme parte de un grupo (lo cual es casi imposible) podrá hacer lo que quiera y, en ese sentido, no tendría caso preguntarle qué Ética prefiere: la de las mayorías o la de las minorías. ¿Cómo hacerlo si tales éticas se dan en contextos grupales? De hecho su misma definición implica la suma de varios sujetos. Sin embargo, aun así, quien esté en tales condiciones (aislado de los demás), podrá elegir con base en que su no-relación no es cuantitativa, sino cualitativa. En otras palabras, su ser social no se agota porque esté solo (cuantitativamente). Su ser en sí no se da desde su *ser-como...* sino desde su *ser-para...* Es decir, teniendo en cuenta el sentido de su existencia. La Ética de las mayorías no se subsume en la posibilidad de elección.

Cada individuo es un sujeto tanto de mayorías como de minorías. Su ser ontológico se da en la medida en que se asume en discursos éticos de uno u otro grupo. Sin embargo, ello no lo reduce a la exclusividad de alguno de estos grupos. Sería imposible pensarlo en un acto sobre de elección si así fuera. La Ética no es estática, sino dinámica. En ello le va la posibilidad de seguir siendo Ética en los diferentes grupos humanos, a través del tiempo.

Así, la acción del individuo no se reduce a la parte cuantitativa: puede formar parte de una mayoría o de una minoría con sólo elegir tal o cual práctica ética. Su elección no lo obliga a dejar de ser un solitario, pero tampoco gregario de un solo grupo. Puede ser parte de distintos grupos y seguir, al mismo tiempo, apartado de los demás.

Además, la Ética de las mayorías tiene sentido a partir de que hay o puede haber una minoría. Y esa minoría no tiene que ser (y de hecho no lo es) en sentido cuantitativo. Sus integrantes forman parte de otros grupos que, comúnmente, suelen ser mayoritarios. No hay Ética sin sujeto (ya se ha dicho), y no hay sujeto sin Ética. El hecho de que haya la posibilidad de oponer una Ética de mayoría con respecto a una de minoría implica dar rostro a las diferentes eticidades del individuo.

Hasta ahora se ha considerado al ser humano como un sujeto ético absoluto. Al menos en el sentido de que actúa de acuerdo a una Ética o a otra. Sin embargo, tal visión no permite observar

que ni el sujeto es absoluto, ni la Ética es inamovible. Hace falta reconocer a la Ética como una forma de ser específica que le permite al ser humano actuar directa o indirectamente a favor o en contra de tal o cual Ética.

La eticidad es algo que se da siempre en relación con los otros. De otra manera sería una imposición que terminaría por impedir el reconocimiento no sólo del otro, sino de uno mismo como parte de un grupo, ya sea mayor (mayoría) o menor (minoría). La Ética no es un accidente humano, sino parte de su sustancia. A partir de ella el individuo se asume de una u otra forma de ser; sin embargo, tomando en consideración que su ser es continuo y se da en distintas formas con diferentes sujetos, la Ética no puede cerrarse a una sola forma de ser.

Lo anterior no contradice el actuar ético del sujeto, ya que éste no se opone a sus principios, sino, en todo caso, se adecua a reconocer como válido tal o cual derecho de otros grupos. Sin que esto le impida seguir manteniendo su propia manera de eticidad. Si no fuera así, podría darse un acto de intolerancia al oponer una Ética con otra. ¿A cuál debería dársele mayor preeminencia? ¿Cuál debería ser la que pusiera de rodillas a la otra Ética? De ahí que las imposiciones que muchas veces hacen las minorías son éticamente no válidas.

Parten de la idea de que su Ética es superior a las de los demás. Y quien esté en contra de su manera de ver la Ética es agredido o vilipendiado. ¿Cómo puede ser válida una Ética que usa la fuerza y el descrédito para hacerse escuchar? Las diferentes formas de eticidad no son en absoluto maneras unívocas. Es cierto, sin embargo no puede reducirse el papel del ser humano una sola forma que es dada a partir de imposiciones arbitrarias.

Habría que concluir entonces en que la Ética no es la Ética (en singular) sino diferentes éticas que conviven en distintos grupos sociales. En todo caso lo que las une es su sentido de vivir mejor. Sin embargo, hasta este vivir se bifurca al momento de especificar qué se entiende por “vivir mejor”. Así, la eticidad es una manera de convivir.

Tanto las mayorías como las minorías están en la misma idea del individuo al momento de elegir una u otra Ética. La posibilidad de conocer otras éticas ha permitido “medir” el alcance y efecto de cada Ética. Ha posibilitado el poder observar las aristas de cada una de ellas y, en ese sentido, orientar una convivencia a partir del derecho que todos tienen a vivir éticamente.

El problema surge cuando una Ética se trata de imponer sobre las demás. Entonces la Ética deja de ser Ética y se convierte en imposición, en orden. Se cierra el diálogo y surge el tolete, las bombas molotov, las agresiones a los ciudadanos. Una vez más: ¿cómo reconocer una Ética que se basa en el terror y la agresión?

Ahora bien, cada Ética no es por sí (*a se*), sino por otro (*ab alio*). ¿Qué significa esto? Entre otras cosas que cada Ética no surge de la nada, sino de la necesidad de convivir con los demás. Nace de la relación con el otro. Y de ese otro cobra su sentido o justificación. La oposición es, en este sentido, necesaria, ya que permite reconocer que subyace la multiplicidad de elección. Surge, en otras palabras, el libre albedrío sin que se demerite una u otra Ética.

La relación entre éticas, por su parte, no implica su contaminación. En todo caso, lo que surge es la posibilidad de verse con respecto a las demás. Y no, como se acostumbra, desde un monólogo ontológico. Cada Ética da de sí lo que está en juego, las formas discursivas y diferentes prácticas de quienes están a su favor. Y así, a partir del encuentro de las éticas, las mayorías se mueven: como minorías o mayorías, al igual que el individuo: a partir de dicho movimiento puede preguntarse por su propia eticidad, pero tomando en consideración al otro, al que se mueve desde otra Ética.

Ética y eticidad son dimensiones de un mismo fenómeno: la cotidianidad del ser humano. No se trata de acciones excelsas o grandilocuentes, en donde surja un dilema existencial en forma de silogismo, sino de prácticas cotidianas en las que se pone en juego la decisión de aceptar o rechazar tal o cual acción. Así, la cotidianidad es el termómetro de las distintas éticas. Y cada in-

dividuo está en posibilidades de aceptar o rechazar la Ética en cuestión. ¿Podría ser de otro modo?

## 4

De lo anterior se puede afirmar que tanto la Ética de las mayorías como las de las minorías están en constante movimiento. Esto modifica la primera acepción. Si es así, entonces la de las mayorías, por ejemplo, puede ser, en un momento dado, la de las minorías. Lo mismo en sentido inverso. Sin embargo, nótese: ello no indica que deje de considerárseles a ambas con la primera definición.

Lo que sucede es que el reconocimiento no las subsume en el nuevo término, sino que las ubica en su posibilidad dinámica. Esto, en vez de reducirlas o aniquilarlas, les permite avanzar de acuerdo al tiempo en que se desarrolla el ser humano. Es decir, les ayuda para que no se queden rezagadas. A diferencia de otras maneras de eticidad, por ejemplo las que se vivieron en las antiguas civilizaciones o en la Edad Media, en donde era una sola forma de medir el comportamiento de los individuos: la Ética que fuera reconocida y fomentada por quienes estuvieran en el poder.

En nuestro tiempo las diferentes éticas conviven, a pesar de quienes las pretenden imponer sobre las otras, con cierta armonía. De lo que se trata es de comprender que ninguna forma de ser de los individuos está por encima de las demás. Por ello, oponer la Ética de las mayorías a la de las minorías se vuelve un ejercicio reflexivo y crítico que permite analizar desde diferentes contextos la eticidad de los individuos.

Al respecto, podría pensarse que sería mejor una sola Ética, una que permitiera ser mejores seres humanos. Sin embargo, ello nos regresaría a la necesidad de definir qué se entiende por “mejores seres humanos”. Tómese en consideración el ejemplo que se puso anteriormente, respecto a los derechos de los homosexuales. ¿Reconocerlos nos hace ser mejores seres humanos? Si es así, ¿hasta dónde ese derecho? O bien, ¿tendríamos que limi-

tar sus derechos aludiendo la idea de una sociedad conforme a la naturaleza (según indican sus defensores)? En todo caso, lo que hay que hacer es observar que la discusión nos ubica en un mismo plano: el de la convivencia. Y esta convivencia es precisamente la que posibilita la existencia de varias éticas.

En la actualidad el ser humano es más individuo que en siglos anteriores. Hoy se asume desde la defensa de sus derechos individuales; aunque, como se ha visto, dichos derechos no pueden comprenderse si no es a partir de su relación con algún grupo social (mayoría o minoría).

Hoy el ser humano no se asume desde el clan o la tribu, tampoco desde la defensa a ultranza de un nacionalismo cada vez más decadente. La globalización ha hecho mella, en mayor o menor sentido, en la identificación del sujeto con respecto a los que conviven con él. Su ser-siendo se da sobre todo desde la defensa a ultranza de su propia individualidad. Esto ha permitido reconocer que la Ética no puede ser ya una Ética de mayorías cerradas, sino —en todo caso— de mayorías dinámicas. Con un dinamismo tanto cuantitativo como cualitativo.

La relación humana no puede quedar al margen de la Ética. Es cierto. Sin embargo, tampoco puede ser presa de una sola forma de eticidad. Ello, como se ha visto, conduciría a la imposición de una Ética sobre las demás. Pero a pesar de todo, existe la necesidad de convivir éticamente por medio de la oposición. ¿Por qué? Porque tanto lo dialógico como lo dialéctico permite movilidad. Y dicha movilidad es necesaria para comprendernos como sujetos en el tiempo. Es decir, sujetos (sujetados) a formas temporarias de ser y de ser-siendo.

Ontológicamente el ser humano puede extenderse a diferentes espacios discursivos y, a la vez, mantener su propio discurso. No hace falta imponer una Ética sobre las demás. Eso sería, además de arbitrario, imposible. Tómese en cuenta que la individualización avanza a pasos agigantados y, en ese sentido, los discursos unívocos están en extinción.

Lo que perdura y sigue guiando la marcha humana es, como ya se ha dicho, la necesidad de convivencia. El ser humano como

individuo es quien tiene que dar sentido a esta convivencia. Sin embargo, hoy se comprende que no existe el ser humano a través de los siglos, como alguien inamovible.

Lo mismo sucede con los valores: podemos tener la misma idea como valor. Por ejemplo la idea de libertad; sin embargo, aunque la idea es la misma, la forma de comprensión y aplicación es diferente al paso de los siglos. Hoy no compartimos la idea de libertad, por ejemplo, que se tenía en el siglo XVI o XVII. Lo mismo sucede en el caso de los demás valores. De ahí la necesidad de adecuar la Ética a las circunstancias temporales.

Pretender que los seres humanos seguimos iguales, sin cambios a pesar de los siglos es ingenuo. Sin embargo, tampoco podemos aludir un cambio tan drástico que nos haga perder el sentido humano que nos une con nuestros antepasados. Ello nos permite comprender la dimensión del problema.

La Ética de las mayorías es pues una forma de reconocer, más allá de la misma Ética, a un grupo difuso de seres humanos que se asumen desde una forma específica de ser. Lo mismo sucede con la Ética de las minorías. Atrás de toda Ética está el ser humano que actúa en contextos específicos.

Además las mayorías, al igual que las minorías, son un conglomerado tan difuso que no siempre están en el mismo lugar (geográficamente hablando). En todo caso comparten espacios simbólicos que les permiten reconocer puntos de encuentro. Pero estos puntos de encuentro no se reducen a los integrantes del mismo grupo, ya que se extienden hasta quienes conforman el grupo contrario.

Así, la idea de contrario no es siempre clara. No es absoluta. Tampoco es estática. La oposición está en relación con la necesidad de oponer una Ética con otra. De ello surge el reconocimiento de que se vive en un constante movimiento ontológico.

De lo anterior se comprende que la ontología desde la que se asume el individuo está en constante movimiento. Por ello los encuentros y desencuentros con otras éticas. Reconocer este dinamismo es un primer paso para respetar las diferentes formas de eticidad que hay en la actualidad.

No se trata, por supuesto, de aceptar, *a priori* cualquier forma de ser de los sujetos. Piénsese, por ejemplo, que se quisiera reconocer el derecho a la pederastia. Aunque en las antiguas civilizaciones de Grecia y Roma era aceptado, hoy comprendemos que eso es un ataque a la integridad del ser humano. De ahí que ideas perversas, como ésta, no pueden reconocerse como formas éticas de convivencia. Sin embargo, cuando la manera de ser y ser-siendo no agrede la integridad humana, puede convivir una Ética con otra.

De eso se trata la oposición. No de hacer caso omiso cuando hay violaciones a los derechos humanos, sino de reconocer que hay diferentes formas de ser ético. En todo caso, la Ética no puede ser una camisa de fuerza, sino —por el contrario— el molde que nos permita reconocernos como integrantes de sociedades plurales y respetuosas.

Cada ser humano es un cúmulo de actos éticos. Sus acciones están enmarcadas en distintas formas de ser y ser-siendo. Esto le permite construir constantemente una identidad —digamos— ética. Aunque, hay que decirlo, dicha identidad no es prisión o atadura que le impida desarrollar diferentes formas identitarias en su relación con otros grupos humanos.

Ser ético no impide reconocer otras formas de eticidad. De hecho, reconocerlas es parte de una postura ética, al menos en lo que refiere la relación con los demás. Por ello es comprensible que existan la Ética de las mayorías y la Ética de las minorías. Sin embargo, esta convivencia no se da en forma pacífica, aunque debiera darse así. Como se dijo desde un inicio, existen éticas que luchan por imponer su hegemonía. Aunque ello no es ético.

Por su parte, una sola forma de eticidad deformaría la misma idea de Ética que se tiene en la actualidad, pues aunque hay diferencias, en todas ellas subsiste una visión actual: la exigencia de respetar los derechos humanos. Esto lleva a pensar que el punto central sean precisamente los derechos humanos. Pero volveríamos a la pregunta inicial: ¿cuál derecho humano pesa más?, ¿cuál hay que privilegiar con respecto de los demás? O bien, ¿cómo definiríamos los derechos humanos? Seguramente

tendríamos que decidir qué se entiende (o qué entendemos) por derechos humanos. Y ahí es donde precisamente regresáramos a la Ética, porque los primeros (derechos humanos) son formas de eticidad.

Es la Ética, la de las mayorías o de las minorías, la que permite construir una idea de ser humano. Desde ella el individuo toma postura y, a la vez, su propia postura es la que da peso y sentido a la Ética como discurso. Por eso los derechos humanos, como exigencia particular, no pueden ser el sentido vertebral de la eticidad, porque son sólo una parte de la Ética humana.

La Ética los comprende como expresión de convivencia actual, pero no se subsume en ellos. Hacerlo sería desconocer la dimensión histórica de los seres humanos. Sería, en otras palabras, creer que sólo en este tiempo (donde hay derechos humanos) se puede ser ético.

De ahí que la oposición entre Ética de las mayorías con respecto a la de las minorías, dé sentido a las distintas formas éticas del ser humano en la actualidad. Cada Ética permite imaginar y construir una forma de ser y de ser-siendo ontológico. Los resultados de dicha oposición, aunque no siempre son los esperados, permiten observar cómo la Ética ha modificado la convivencia humana.

La Ética se ha convertido en un discurso desde el que se defiende a ultranza la individualidad del ser humano. Esto no tendría ningún problema si no fuera porque desde ese discurso se pretende callar la voz de los otros, los que no están de acuerdo con esa individualidad. En todo caso, lo mismo sucede con estos otros cuando atacan la Ética de los primeros.

En este sentido, la ontología reclama su posición al ubicarse como centro civilizatorio de la Ética, pues ésta ya no se da como discurso oficial de un poder soberano (llámese poder civil o eclesiástico), sino desde la posibilidad de reconocer distintas formas ontológicas de construcción del ser humano. Estas formas — como se ha dicho—, están en relación directa con la Ética.

Por otra parte, la ontología no refiere a un ser en abstracto, sino a diferentes sujetos históricos que responden a contextos es-



pecíficos, en donde, a su vez, hay una multiplicidad de relaciones éticas. Cada relación contiene la oposición entre Ética de las mayorías *versus* Ética de las minorías, ya que no hay una sola Ética que dé cuenta de una u otra forma de congregación humana. Así, en cada sociedad las distintas formas de ser ontológicas contienen diversas formas éticas de comportamiento. De lo anterior se colige que es ineludible dicha oposición.

El ser humano, como individuo, es la suma, explícita o implícitamente, de las diferentes manifestaciones éticas de su tiempo. En él está la posibilidad de decidir cuál será la que le permita tomar postura en determinado momento. Ahora bien, no se trata de caer en eclecticismos ingenuos, sino en reconocer que en la medida en que vivimos con los demás, nuestras relaciones se dan de diferente manera y en distintos contextos. Quizá esto no sea muy claro en sociedades como la nuestra, en donde parece que hay una constante infame: ignorar a las diferentes etnias, como si no existieran; sin embargo, parece ser más claro cuando observamos culturas del otro lado del mundo. Entonces sí podemos comprobar que existen diferentes formas de eticidad.

La Ética nos es necesaria, entonces, para comprender y valorar la historicidad del ser humano. Estar conscientes de la oposición entre ellas, incluyendo dicha oposición dentro de nosotros, nos permite ubicarnos en contextos discursivos, no sólo materiales. Y a partir de ello, entender que podemos ser tanto mayoría como minoría.

La Ética implica, entonces, aspectos ontológicos a la vez que históricos. De hecho los tres son parte fundamental de la convivencia humana. La posibilidad de reconocernos parte de la idea de que tenemos puntos de encuentro en los que la convivencia pacífica parece ser el clamor general, aunque para conseguirla algunos grupos lo hagan por medios violentos. Al final, lo que piden es respeto a su manera de ser, lo cual conlleva que se les den las condiciones (casi siempre económicas) para tal efecto.

Ahora bien, ¿qué puede hacer el individuo cuando está de acuerdo con la petición ética, pero no con la forma de pedirla? Cada quien tendrá la respuesta en su momento; sin embargo, lo

que se puede advertir es que cualquiera que sea la respuesta, no será la última. Seguramente habrá más disyuntivas. En todo caso lo que sucederá siempre es la posibilidad y necesidad de elección. La libre manifestación de poder inclinarse hacia uno u otro lado.

Y es esta posibilidad la que contiene el germen de cualquier Ética: la libre elección. Sin embargo, ésta no puede darse si se suprime la posibilidad de la oposición entre las distintas éticas.

El individuo no puede constreñir su eticidad a una sola opción. Para que haya elección debe haber variedad en las éticas. Y ello no implica que éstas estén en las manifestaciones de los otros, al menos no única o necesariamente. La decisión empieza por casa. Es el individuo quien tiene que elegir en sí mismo.

Si sólo advirtiera éticas fuera de sí, sería como un espectador que no toma decisiones. En cambio, cuando se comprende como un ser ético, en el que conviven diferentes formas discursivas de eticidad, estará en posibilidades de elegir desde su propia acción.

Además cada elección lo posibilita para seguir optando, ya que al hacerlo se sitúa en un plano ético del discurso. La practicidad de la Ética no es indispensable para tomar postura por tal o cual tema. De hecho, el discurso es más frecuente que cualquier aspecto material. En otras palabras, se discute más sobre Ética en comparación con las opciones prácticas de la misma.

Así, la Ética de las mayorías *versus* la Ética de las minorías pasa por el tamiz del discurso. Y es este discurso precisamente el que permite conceptuarlas como parte de un todo mayor que es la necesidad de convivencia. De otro modo, en la práctica, serían polos opuestos desde los que se lucharía por imponer una manera de pensar y actuar.

La oposición es pues, una forma dialógica y dialéctica de discurrir ambas éticas. Su ser discursivo se desarrolla a partir del discurso que se da entre los individuos. Es decir, la Ética (cada una) ya cuenta con un discurso que le permite asumirse con tal o cual tesis; sin embargo, al permitir que sean los individuos quienes discutan la pertinencia o adecuación de la misma, en contextos específicos, la vuelve materia viva. Deja, en otras palabras, de

ser Ética impositiva para ser Ética de consenso. Aunque, hay que advertir, dicho consenso no se da siempre de manera pacífica.

Sin embargo, tal discusión permite que no se estanque ni en el tiempo ni en el ser humano que, al final de cuentas, es temporal. Así, cuestionar su pertinencia justifica su presencia. Hay que discutir qué Ética debe mantenerse, pero no a partir de alguna imposición (la que sea). Ello imposibilitaría, de hecho, la discusión, pues pasaría a ser imposición.

Por otra parte, el individuo que comprende que no vive en una sociedad cerrada, con una sola Ética; sino en una abierta, con posibilidades diferentes de eticidad, está en condiciones de mantener el discurso entre ambas éticas (mayorías *versus* minorías). Y no tiene que dar la oposición de manera material o práctica, puede hacerlo desde la inclinación por una u otra desde el sólo hecho de manifestarlo públicamente; o bien, puede simplemente no manifestarse y, con ello, estar manifestando ya su aceptación o rechazo.

En concreto, la oposición entre ambas éticas es un paso más para construir y desarrollar la ontología del individuo. Cada elección que haga será una forma más de observar que la Ética es histórica y que está en relación directa con la ontologización del ser humano tanto individual como socialmente. ¿Qué ontologización podría construirse sin una referencia ética?

Así, la Ética le permite al individuo ser también sujeto, es decir, sujetado a una forma de ser histórica y ética a la vez. Cada individuo es parte de un todo mayor; de ahí que sea in-dividuo (lo que no puede dividirse ya más). Sin embargo, esta imposibilidad de dividirse le lleva a estar sujeto de su propia eticidad. Si cambia de manera de pensar o de proceder, no habrá cambiado su individualidad, pero sí su ser como sujeto.

Esto le permitirá, por su parte, reconocerse en un plano mayor: como parte de un discurso que comparte con los otros que, a su vez, lo reconocen como parte de un grupo mayor. Ser, en este sentido, implica ser-siendo desde sí y desde los demás. Lo ético comprende este desarrollo. Si no fuera así, sería un discurso más que se agotaría en la mismidad del individuo.

En la medida en que el individuo se vuelve sujeto, comprende (puede comprender) que la Ética no es algo que le sea ajeno; sino, antes bien, una forma ontológica de ser con los demás. Y esta forma no tiene un solo rostro. Tampoco tiene un solo cuerpo. Es solo la idea que da pie para que los individuos se vuelvan sujetos. La Ética, en otras palabras, en sus diferentes manifestaciones es el camino que recorre el ser humano para volverse sujeto de los demás.

Buscar el sentido ético entre las relaciones humanas es una forma de buscarse a sí mismo. Cada afirmación, oposición o duda permite inquirir por el ser humano histórico. Su ser ontológico está en juego en cada respuesta o pregunta que haga. Lo importante, de hecho, no es la pregunta o la respuesta (cualesquiera que se haga), sino la posibilidad de seguir preguntando y respondiendo. Hacerlo desde contextos espaciales y temporales diferentes. Asumiendo que aunque la idea de “ser humano” varía, lo mismo que sus necesidades, aun así, la necesidad de vivir éticamente persiste.

Y es esta persistencia la que le da carácter reflexivo. Ser ético no consiste en seguir solamente una Ética, sino también —y no en menor medida— en reflexionar acerca de esa forma ética de ser, ya que la Ética no implica solamente el actuar sino también la reflexión crítica sobre ese actuar.

Ahora bien, tomando en cuenta que en esta época existe un debate entre las éticas de las mayorías en contra de las éticas de las minorías, la reflexión que se haga de ellas permitirá al individuo asumirse como un sujeto de su época. Participe de las discusiones de su momento.

El nivel o el grado de profundización de la discusión estará en relación con el interés o necesidad de cada individuo. No puede ser homogéneo ni con la misma intensidad, pues ello sería una imposición. En todo caso, cada quien decide qué Ética, la de las mayorías que no se manifiestan, o la de las minorías que suelen hacer actos de presencia, muchas veces de manera violenta. Los resultados de dicha reflexión será parte de la ontologización de cada individuo como sujeto. Y esto sólo puede hacerlo el mismo

individuo. Nadie puede dar sentido ontológico a los demás. Eso es algo individual y existencial.

Si la Ética es tema necesario para alguien, entonces reflexionará sobre ello. En caso contrario, dejará que otros lo hagan por él y seguirá asumiendo y reproduciendo lo que otros digan y hagan. Sin embargo, aun así, es válido. La Ética no puede ser impuesta. Sólo debe proponerse. Y si hay quien decida dejar a otros su derecho a pensar allá él. La Ética seguirá ahí, en el mismo lugar: entre las mayorías y las minorías, lista para cuando se decida (si es que se decide) a reflexionar sobre ella y, en ese sentido, a tomar postura. ¿Cuál de las dos éticas es por la que debe optar?, ¿cuándo se está en un tema en particular? Porque no siempre se es parte de un mismo todo, por ello, ¿por qué habría de elegir siempre la misma?



## LA ÉTICA EN EL DERECHO A LA CIUDAD

*Enrique Rabell García \**

### *1. Introducción*

● Existe o no el deber de la comunidad o del Estado de proveer o ayudar a los grupos más vulnerables? ¿Las prestaciones sociales deben tener o no la categoría de derechos constitucionales? ¿Si existe un derecho social a nivel fundamental, con ellos se garantiza que todas las personas y grupos sociales cuenten en forma eficiente con dicha protección en países en vías de desarrollo cuando no se cuentan con las condiciones fiscales e institucionales necesarias para garantizar dicho derecho?

En este orden de ideas el derecho a la ciudad es una nueva aportación dentro de la categoría de los derechos sociales que busca mejorar las condiciones morales y de convivencia de la comunidad, en especial de aquellos grupos que menos condiciones y oportunidades tienen para lograr un desarrollo humano digno. En este nuevo milenio más de la mitad de la población vive en ciudades. Según las previsiones, para el año de 2050 la tasa de urbanización en el mundo llegará a 65%. Las ciudades representan territorios con gran riqueza y diversidad económica, ambiental, política y cultural. El modo de vida urbano influye sobre el modo en que establecemos vínculos con nuestros semejantes y con el territorio.

Sin embargo, los modelos de desarrollo implementados en la mayoría de los países en vías de desarrollo se caracterizan por establecer niveles de concentración de renta y de poder que generan

\* Profesor de la Facultad de Derecho, UAQ.

pobreza y exclusión, contribuyen a la depredación del ambiente y aceleran los procesos migratorios y de urbanización, la segregación social y espacial y la privatización de los bienes comunes y del espacio público. Estos procesos favorecen la proliferación de grandes áreas urbanas en condiciones de pobreza, precariedad y vulnerabilidad ante los riesgos naturales.

En este contexto actual las ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada, en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y edad, para satisfacer sus más elementales necesidades y derechos. Contribuyen a ello las políticas públicas, que al desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular a la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana. Graves consecuencias de esto son los desalojos masivos, grandes obras de infraestructura que dividen a la ciudad, la segregación y el consecuente deterioro de la convivencia social.

En el plano constitucional se da el debate de si debe ser incluido como un derecho humano fundamental el derecho a una mejor ciudad. Al respecto se ubica alrededor de los temas de derechos humanos, derecho urbano y desarrollo sustentable. Sin embargo, aparte de su connotación política o instrumental, surgen como interrogantes, además de si este nuevo derecho podrá catalogarse como un derecho humano, cuál es su contenido puntual, qué alcance tiene, en qué se distingue de otros derechos sociales y qué ámbito de protección tiene o podrá tener. En un sentido filosófico y ético la pregunta corresponde hasta dónde existe la obligación de la comunidad o Estado, de proveer condiciones básicas y físicas de desarrollo, así como justificar moralmente si debe existir dicha obligación.

Esta reflexión aparece desde su propia concepción como un derecho para reclamar una ciudad que brinde protección y garantice un desarrollo humano sostenible. Esto es, evitar que dentro de las condiciones urbanas, principalmente, existan áreas de exclusión social. Y esto es así al pensar en la comparación frente



a los derechos humanos tradicionales de libertad, igualdad, propiedad o seguridad jurídica.

En estos últimos, las obligaciones de no hacer, en la mayoría de los casos, son muy claras en esa relación de autoridad a gobernado, lo cual permite una identificación idónea en el sentido de ubicarlos como derechos humanos y definir claramente cuáles son las obligaciones del Estado. Por tanto, en el caso que nos ocupa es necesario definir este nuevo derecho y verificar que existan las características morales, jurídicas e institucionales para poder otorgarle la categoría de derecho humano y así poder establecer mecanismos jurídicos y administrativos no sólo de protección, sino para asegurar su aplicación efectiva.

En particular David Harvey señala que el derecho a la ciudad es “el derecho de toda persona a crear ciudades que respondan a las necesidades humanas. El derecho a la ciudad no es simplemente el derecho a lo que ya está en la ciudad, sino el derecho a transformar la ciudad en algo radicalmente distinto”.<sup>1</sup> Tiene su fundamento en los conceptos de ciudadanía y espacio público con una visión integral e interdependiente de los derechos humanos para lograr la meta de recuperar la ciudad para todos sus habitantes. Sin embargo, es importante aclarar que el derecho a la ciudad no es un derecho más, es el derecho a hacer cumplir los derechos que ya existen formalmente. Por eso el derecho a la ciudad se basa en una dinámica de procesos y de conquistas, en el cual los movimientos sociales son el motor para lograr el cumplimiento de este nuevo derecho a la ciudad.

En este orden de ideas, se plantea como hipótesis principal la siguiente: el derecho a la ciudad es un derecho humano emergente que dependerá de los factores jurídicos, políticos e institucionales para poder asegurar su eficacia como derecho humano constitucional. Con la finalidad de probar dicha aseveración se presentan como instrumentos de análisis el repaso de las apor-

<sup>1</sup> David Harvey, “El derecho a la ciudad como alternativa al neoliberalismo, Discurso en el FSM”, en *Foro Social Mundial*, Belém, 2010, <http://www.global.net/iepala/global/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=12286&opcion=documento>.

taciones teóricas que existen respecto del campo de los derechos humanos y sociales, en el sentido de justificar moralmente los derechos sociales y su inclusión como derechos fundamentales. A continuación una breve descripción sobre los antecedentes históricos del fenómeno en estudio, describiendo al efecto la historia de los grupos sociales y movimientos internacionales en torno al tema. Posteriormente el estudio descriptivo sobre el contenido y alcance que tiene la Carta del Derecho a la Ciudad de la Unesco, el cual es el instrumento principal para impulsar la incorporación al texto constitucional de este nuevo derecho social. El siguiente apartado contiene el análisis jurídico, con base a la noción de derecho, sobre la Carta ya citada, con la finalidad de comprender su alcance verdadero; así como el análisis racional con base en las categorías filosóficas de derechos humanos a la luz de las consecuencias prácticas de este nuevo derecho. Y, para arribar a las últimas consideraciones, el ejercicio de realizar la síntesis y conclusiones morales respectivas para dilucidar finalmente a qué tipo de derecho nos encontramos, sus consecuencias y retos para poder ser un derecho eficiente.

## *2. Fundamento teórico del derecho a la ciudad*

El derecho a la ciudad es un conjunto de derechos sociales como lo analizaremos más adelante. Por tanto, es necesario inicialmente definir y distinguir el alcance y magnitud de los derechos humanos, tanto en su ámbito individual como en lo social para poder justificar su inclusión como derecho constitucional. Desde una óptica teórica-jurídica, Ferrajoli aporta una visión filosófica y jurídica al señalar que los derechos humanos son aquellos “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”.<sup>2</sup> En relación a cuáles derechos deberán ser garantizados como fundamentales, el propio Ferrajoli puntualiza que dicha respuesta

<sup>2</sup> Luigi Ferrajoli, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Núm. 15, julio-diciembre, 2006, pp. 116-117.

pertenece al campo de la filosofía política y debe ser de tipo normativo y no asertivo. Al respecto, propone tres criterios axiológicos derivados de la experiencia histórica y el propio constitucionalismo. El primero es el nexo entre derechos humanos y la paz derivado del preámbulo de la Declaración Universal de 1948; el segundo corresponde al nexo entre derechos e igualdad relevante para el tema de las minorías; y el tercero es el papel de los derechos fundamentales como ley del más débil.<sup>3</sup>

Para efectos del presente ensayo se utilizará solamente el primero. Por tanto, el primer criterio axiológico, relativo a la paz interna, se asegura por medio de la garantía de todos aquellos derechos cuya violación justifica el derecho a la resistencia por parte del gobernado. Estos derechos comprenden, según el paradigma hobbesiano y paleoliberal, los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad personal, contra la ley del más fuerte propia del estado de la naturaleza. Pero también son los derechos sociales a la supervivencia; tal sería el caso de los derechos a la salud, a la educación, a la subsistencia y a la previsión social; de cuya satisfacción dependen, en las sociedades contemporáneas, los mínimos vitales. Desde un enfoque de gobernabilidad existe de hecho una relación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantismo que sostiene todos estos derechos: la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y perturbadores cuanto más las garantías de los derechos vitales están extendidas y son efectivas.<sup>4</sup> Desde esta perspectiva filosófica y moral se justifican tanto los derechos humanos individuales como los sociales mínimos para garantizar un grado de desarrollo y paz social. Sin embargo, en este nivel aunque existe la justificación moral de incluir derechos sociales como garantía de paz social, no se establecen con puntualidad cuáles deberían ser estos, cuáles son esos mínimos y en qué cantidad deberían de ser otorgados.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 117-118.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 118-119.

En cuanto a la relación de las diferencias entre los derechos individuales y los derechos sociales, Prieto Sanchís menciona las siguientes:

- a) El carácter prestacional, esto es, en los individuales la obligación de la autoridad consiste en una abstención, por ejemplo no privar de la libertad, mientras que en los sociales es una obligación positiva de dar o hacer;
- b) Como derechos de igualdad en el sentido material, no a defenderse ante una discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado, siendo ésta la esencia de los programas sociales; y
- c) El tipo de normas, las de libertad requieren una relación jurídica sencilla, mientras que los derechos sociales requieren normas de administración y organización, carentes de exigibilidad inmediata; llegando a la conclusión de que no son auténticos derechos fundamentales, sino derechos disminuidos.<sup>5</sup>

Por su parte Rosenkratz, siguiendo el último razonamiento citado, opina lo inapropiado de establecer derechos sociales en la Constitución por su problema de exigibilidad jurídica. Como el derecho no puede cumplir tales promesas sociales, éstos en su carácter de derechos jurídicos están condenados a mantenerse como una promesa incumplida, devaluando a la par los otros derechos civiles y políticos, al puntualizar que “la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución”.<sup>6</sup> Asimismo, Abramovich y Cortis expresan que:

<sup>5</sup> Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, septiembre-diciembre, 1995, pp. 15-38.

<sup>6</sup> C.F. Rosenkratz, “La pobreza, la ley y la Constitución”, en A. Bullard *et al.*, *El derecho como objeto e instrumento de cambio social*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 247.

aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por el derecho social (...) ningún observador podría afirmar que los beneficios por la conducta estatal gozan de ese derecho como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento.<sup>7</sup>

En el plano de la justificación moral, los derechos individuales provienen del reconocimiento de derechos inalienables e imprescriptibles anteriores a la comunidad y que son necesarios salvaguardar frente al Estado. En este caso estos derechos se promueven para salvaguardar la dignidad e integridad física individual. En el caso de los derechos sociales su reconocimiento viene por el hecho de vivir en comunidad, así como para asegurar y garantizar un mínimo de bienestar. Al respecto, Atria menciona que:

en esta visión socialista o republicana la comunidad es valiosa porque permite a sus miembros relacionarse respondiendo a la razón y no a sus inclinaciones; en otras palabras, porque dentro de ella pueden actuar no ya mirando exclusivamente su auto interés, sino sobre la base de la solidaridad.<sup>8</sup>

En particular se debe interrogar además si fuera posible encontrar el fundamento para ayudar a los más necesitados; tesis que se relaciona directamente con el derecho a la ciudad para este segmento de la población. Rey Pérez señala que un derecho debe ser una pretensión moral justificada que ha sido reconocida en una norma jurídica. Esta definición pone sobre la mesa que no cualquier pretensión puede considerarse sin más derecho. Será necesario que supere un doble examen: el de su justificación moral, que debe estudiarse desde el ámbito de la filosofía ética, y el de la posibilidad de su articulación como derecho en un sen-

<sup>7</sup> Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 37.

<sup>8</sup> Fernando Atria, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, Núm. 4, p. 18.

tido jurídico, por tanto, que su contenido se pueda incorporar a una norma como derecho generalizable. Además Peces-Barba ha añadido un tercer requisito a estos dos en lo que él denomina visión integral de los derechos. Así, la pretensión contenida en la norma tendría además que ser realizable, añadiendo a la moral y validez la dimensión de la eficacia, esto es, la capacidad financiera y administrativa del Estado.<sup>9</sup>

Nagel sostiene que la existencia de los derechos morales no depende de su reconocimiento político o su “enforzamiento”, sino en la pregunta moral si existe una justificación decisiva para incluir cierta forma de inviolabilidad dentro de los estatutos de la comunidad. Los derechos morales son puramente normativos y no dependen de cuestiones institucionales. Por tanto, la justificación moral radica en el reconocimiento de la propia dignidad humana y el fenómeno de la exclusión social que se produce.<sup>10</sup>

Al respecto, Tasioulas desarrolla la justificación moral en los siguientes términos:

1. Para todos los seres humanos, la pobreza consiste en un nivel importante de privación material que representa una amenaza seria para un número de intereses: salud, seguridad física, autonomía, conocimiento, amistad, etc.
2. La amenaza impuesta por la extrema pobreza a los intereses enumerados en (1), son en el caso de cada ser humano de suficiente gravedad para justificar la imposición de obligaciones en otros, por ejemplo de abstenerse de empobrecerlos más, protegerlos de la pobreza y asistir a aquellos que ya se encuentran sufriendo una severa privación de bienes materiales.
3. Las obligaciones generadas en (2) representan reclamos reales en otros en razón de las limitaciones creadas por los

<sup>9</sup> José Luis Rey Pérez, “La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos estatutos de autonomía”, en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, Núm. 16, junio, 2007, pp. 232-233.

<sup>10</sup> Thomas Nagel, “Personal Rights and Public Space”, en *Concealment and Exposure and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 33.

hechos generales y relativos de la naturaleza humana y vida social en el mundo actual.<sup>11</sup>

Por tanto, se crea la obligación de evitar que exista la exclusión social o, en caso de darse, de otorgar los medios suficientes para garantizar la reinserción social. Inclusive en las doctrinas más liberales dicha acción se justifica no sólo por cuestiones de caridad, sino para evitar situaciones en las cuales el propio Estado o la población estén en peligro o ingobernabilidad. Además la pobreza y la exclusión social como tal representan en términos económicos un peligro, ya que independiente de la situación individual, se genera menos consumo y, por ende, productividad nacional. En términos sociales se desarrollan toda una serie de situaciones como la existencia de castas, por así decirlo, mayores incentivos para la delincuencia, menos escolaridad y hasta posiblemente graves perturbaciones al orden público. Al combatir la pobreza se busca en fin satisfacer el bien común y, desde el punto de vista individual, garantizar un mejor mercado y oportunidades para los que más tienen.<sup>12</sup>

Al ser la dignidad humana la base moral de los derechos sociales, así como también para el caso del derecho a la ciudad, su concepto resulta esencial para su aplicación jurídica. En términos abstractos se define como la condición de gozar de libertad e igualdad entre nosotros. En principio los conceptos de libertad e igualdad serían dos opciones contrapropuestas, pero en realidad son complementarias. La libertad puede definirse como la autonomía de la persona para poder seguir su destino. El Estado liberal creyó que era suficiente garantizar un mínimo de derechos “negativos” o de abstención para establecer las bases de dicha libertad. Sin embargo, las doctrinas socialistas y el Estado de bienestar, así como la notoria realidad, hicieron ver que para muchos grupos sociales en desventaja era imposible alcanzar la

<sup>11</sup> John Tasioulas, “The Moral Reality of Human Rights”, en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 78.

<sup>12</sup> Milton Friedman, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1996.

libertad sin tener un mínimo de recursos asegurados. Höffe señala atinadamente que:

...al mismo tiempo, aparece otra causa de controversia política que tampoco radica en el contenido central de la justicia sino en sus condiciones de aplicación, de donde resulta un examen metódico: la definición más precisa de igualdad se hace siguiendo el modelo argumentativo “idea de igualdad más tarea en la vida real”. En el caso de los derechos humanos, la tarea en la vida real consiste en establecer los requisitos elementales para el ser humano, entendido como persona capaz y responsable de sí misma.<sup>13</sup>

De esta forma la igualdad pasa a tener un rol principal como cometido de la justicia social. Esta igualdad no debe ser entendida como la obligación social de que todos tengan exactamente lo mismo en patrimonio, recursos o en trabajo, sino como la creación de las condiciones sociales e individuales mínimas para garantizar a todos las oportunidades de buscar su propio desarrollo y auto-realización. Sólo así puede cumplirse enteramente el concepto de libertad y autonomía de la persona. De ahí que el Estado tenga el deber de garantizar derechos positivos y hacerlos efectivos en la práctica administrativa para crear las condiciones iniciales de igualdad.

Por último, queda el aspecto esencial de señalar cuál es el conjunto de bienes o servicios que deben proveerse para encontrar dicha igualdad de oportunidades. Si partimos de la base de que se busca mantener o consolidar la dignidad humana, en tal caso la obligación consiste en otorgar todos los bienes necesarios para evitar una exclusión social. En particular Guariglia considera que quienquiera que caiga por debajo de una línea mínima, establecida de acuerdo con parámetros regionales o locales y sea incapaz de proveerse subsistencia para sí o por sus propios medios, debido a impedimentos temporales o permanentes, desempleo

<sup>13</sup> Otfried Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, p. 59.



crónico o temporal o cualquier otra razón, será un beneficiario directo de derechos económicos y sociales.<sup>14</sup>

Sin embargo, no es posible definir *a priori* una lista, cuantía o derechos específicos en razón de que las situaciones individuales, de grupo o históricas hacen que cambien las circunstancias sociales. Las problemáticas van desde las personas que física o mentalmente están imposibilitadas para valerse por sí mismas, grupos con culturas distintas a la mayoritaria, desempleados, personas sin educación en el nivel que sea, distintos grados de dependencia a drogas, niños o jóvenes desamparados, madres solteras, personas mayores, etcétera. En fin, lo que se busca es proveer un mínimo de condiciones institucionales y materiales que les pueda garantizar tener un sustento, vivienda y apoyos para ser efectiva la reinserción y desarrollo social.<sup>15</sup>

Al respecto, Abramovich y Curtis establecen como pautas generales que:

no cabe duda de que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que por naturaleza corresponden a los poderes políticos siendo limitados los casos en que el poder judicial pueda llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos.<sup>16</sup>

Prieto, en términos similares, agrega que su “determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibi-

<sup>14</sup> Osvaldo Guariglia, “Enforcing Economic and Social Human Rights”, en Thomas Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 350.

<sup>15</sup> Nicklas Brunn, “Which Categories of Rights Should be Included?”, en Lamy Betten y Delma Mac Devitt (ed.), *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Holanda, Kluwer Law International, 1996, p. 84.

<sup>16</sup> Abramovich y Curtis, *op. cit.*, p. 44.

lidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades”.<sup>17</sup>

En conclusión, a pesar de las diferencias jurídicas de ambos derechos, es indudable que existe un reconocimiento universal y moral a ciertos derechos sociales en razón de la propia existencia de la comunidad. La base filosófica consiste en reconocer u otorgar un mínimo de derechos en razón de la dignidad humana y mínimo de bienestar social. La justificación parte en lo individual en el concepto de dignidad, y en lo social en la preservación de la propia comunidad tanto para fines de paz y gobernabilidad, así como desarrollo social mínimo. Esto es, la red de seguridad social debe ser en atención para asegurar no sólo un mínimo de bienestar, lo cual recordaría la posición de erradicar la pobreza por caridad propia de la extrema derecha, sino asegurar la igualdad de oportunidades para un desarrollo social, económico y cultural. En el caso del derecho a la ciudad la interrogante queda en el sentido de si es posible clasificar e incluir este derecho dentro de esta red de seguridad social mínima.

### 3. *Antecedentes históricos*

El derecho a la ciudad no es un derecho de larga tradición histórica, sino el resultado del crecimiento desmedido de las ciudades al inicio del siglo xx. En este orden de ideas se encuentra como un primer antecedente del derecho a la ciudad la Carta de Atenas de 1933. En ella se establece la importancia espacial y geográfica que tiene la ciudad, su impacto en el desarrollo humano, como una unidad en el sentido de desarrollo urbano, frente a la realidad de las administraciones o jurisdicciones, así como los aspectos regionales.<sup>18</sup>

El concepto de derecho a la ciudad apareció en 1968 cuando el francés Henri Lefebvre escribió su libro “El derecho a la ciudad” tomando en consideración el impacto negativo sufrido por las ciudades en los países de economía capitalista, con la conversión

<sup>17</sup> Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 14.

<sup>18</sup> Le Corbusier, *Principios de Urbanismo*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 22.

de la ciudad en una mercancía al servicio exclusivo de los intereses de la acumulación del capital. Como contrapropuesta a este fenómeno, Lefebvre construye una propuesta política que parte de la ciudad para reivindicar la posibilidad de que la gente volviera a ser dueña de la ciudad. Frente a los efectos causados por el neoliberalismo, como la privatización de los espacios urbanos, el uso mercantil de la ciudad, la predominancia de industrias y espacios mercantiles, se propone una nueva perspectiva política denominada derecho a la ciudad. Es así que la ciudad fue tomada por los intereses del capital y dejó de pertenecer a la gente, por lo tanto Lefebvre aboga a través del derecho a la ciudad por rescatar el hombre como elemento principal, protagonista de la ciudad que él mismo ha construido. El derecho a la ciudad es entonces restaurar el sentido de ciudad, instaurar la posibilidad del buen vivir para todos, y hacer de la ciudad el escenario de encuentro para la construcción de la vida colectiva.<sup>19</sup>

Ante el desarrollo doctrinario, así como iniciativa de grupos y movimientos sociales, en Latinoamérica se establecen en las constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991, el derecho a la ciudad como un derecho fundamental consagrando así los derechos urbanos y de gestión democrática del espacio público.

Posteriormente se dan las cartas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes y la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad, ambas de 2004. En particular la elaboración de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad articulada por *Habitat International Coalition* (HIC), fue el resultado de un conjunto de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, foros y redes nacionales e internacionales de la sociedad civil, comprometidas con las luchas sociales por ciudades justas, democráticas, humanas y sustentables. De esta forma elaboraron una Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad que busca recoger los compromisos y medidas que deben ser asumidos por la sociedad civil, los gobiernos

<sup>19</sup> Henri Lefebvre, *El derecho a la ciudad*, 4a. ed., Barcelona, Ediciones Península, 1978.

locales y nacionales, parlamentarios y organismos internacionales para que todas las personas vivan con dignidad en las ciudades.

Los antecedentes que dieron pie a esta iniciativa se dieron dentro de las actividades preparatorias de la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente que bajo el título “Cumbre de la Tierra” se realizó en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. El Foro Nacional por la Reforma Urbana (FNRU) de Brasil, la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC) y el Frente Continental de Organizaciones Comunales (FCOC) conjuntaron esfuerzos para redactar y suscribir en esa ocasión el Tratado sobre Urbanización “Por ciudades, villas y poblados justos, democráticos y sustentables”.

Como parte del proceso preparatorio de la Cumbre de la Tierra, HIC organizó ese mismo año, en Túnez, el Foro Internacional sobre Medio Ambiente, Pobreza y Derecho a la Ciudad en el que, por primera vez, miembros de la Coalición provenientes de diversas regiones del mundo debatieron sobre el tema. Unos años más tarde, en octubre de 1995, varios miembros de HIC participaron en el encuentro “Hacia la Ciudad de la Solidaridad y la Ciudadanía” convocado por UNESCO. Este encuentro abrió de hecho la participación de este organismo en el tema de los derechos urbanos. Ese mismo año las organizaciones brasileñas promovían la Carta de Derechos Humanos en la Ciudad, antecedente civil del Estatuto de la Ciudad que promulgaría años más tarde el gobierno de Brasil (1er. Foro Nacional de Reforma Urbana, FNRU) articulando a la sociedad civil en Brasil.

Otro hito importante en el camino que condujo hacia la iniciativa de formular una Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad lo constituyó la Primera Asamblea Mundial de Pobladores, realizada en México en el año 2000. En ella participaron alrededor de 300 delegados de organizaciones y movimientos sociales de 35 países. Bajo el lema “repensando la ciudad desde la gente”, se debatió en torno a la concepción de un ideal colectivo que diera base a propuestas orientadas a la construcción de ciudades democráticas, incluyentes, educadoras, habitables, sustentables,

productivas y seguras. Un año después, ya en el marco del Primer Foro Social Mundial, se abriría el proceso conducente a la formulación de la Carta. A partir de entonces, y en ocasión de los encuentros anuales del Foro Social Mundial y de los Foros Sociales regionales, se ha venido trabajando sobre los contenidos y las estrategias de difusión y promoción de la Carta.

Además en forma paralela algunos gobiernos, en los tres niveles de gobierno, han venido generando instrumentos jurídicos que buscan normar los derechos humanos en el contexto urbano. Destacan, entre los más avanzados a nivel internacional, la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, firmada hasta ahora por más de 400 ciudades, el Estatuto de la Ciudad de Brasil, decretado en julio de 2001; y, a escala local, la Carta de Montreal y la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad en 2010. Cabe destacar también la inclusión reciente del derecho a la ciudad en las constituciones de Ecuador (1er. derecho a la vivienda y la ciudad en la nueva Constitución de Ecuador) y de Bolivia.

Charlotte Mathivet señala que al contener muchos derechos se vuelve muy difícil de exigir e implementar. Por tanto, se ha convertido en bandera de grupos sociales, siendo necesaria la movilización social para incidir en la formulación de políticas públicas. Lo cual se viene dando de manera amplia en varios países de América Latina, sobre todo en Brasil, México y Ecuador. Sin embargo, el derecho a la ciudad tiene un carácter claramente global el cual tiene como objetivo el de difundir las experiencias desarrolladas en distintos países del mundo. El derecho a la ciudad se refiere a la “búsqueda de soluciones contra los efectos negativos de la globalización, la privatización, la escasez de los recursos naturales, el aumento de la pobreza mundial, la fragilidad ambiental y sus consecuencias para la supervivencia de la humanidad y del planeta”.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Charlotte Mathivet, *El derecho a la ciudad: claves para entender la propuesta de crear otra Ciudad Posible*, Fundación Charles Léopold Mayer, COREDEM, <http://base.d-p-h.info/es/fiches/dph/fiche-dph-8034.html>, febrero 2015, pp. 6-7.

#### *4. Carta Mundial del Derecho a la Ciudad*

El antecedente inmediato de la Carta fue el I Foro Social Mundial (2001), en el cual se discutió y asumió el desafío de construir un modelo sustentable de sociedad y vida urbana, basado en los principios de solidaridad, libertad, equidad, dignidad y justicia social y fundamentado en el respeto a las diferentes culturas urbanas y el equilibrio entre lo urbano y lo rural. Desde ese momento un conjunto de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, foros y redes nacionales e internacionales de la sociedad civil, comprometidas con las luchas sociales por ciudades justas, democráticas, humanas y sustentables, se organizaron para crear juntos la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad con la finalidad de formalizar compromisos que deben ser asumidos por la sociedad civil, los gobiernos locales y nacionales, parlamentarios y organismos internacionales para que todas las personas vivan con dignidad en nuestras ciudades.

La Carta Mundial del Derecho a la Ciudad es un nuevo derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización. La motivación de la Carta obedece a la relación que existe entre desarrollo humano y la vida en las ciudades en tanto espacios de encuentro e intercambio, la diversidad económica, ambiental y política, la concentración de las actividades de producción, servicio, distribución y formación frente a múltiples y complejos procesos que plantean grandes desafíos y problemas a la convivencia social. En particular el preámbulo de la Carta señala:

... los modelos de desarrollo implementados en la mayoría de los países empobrecidos se caracterizan por establecer niveles de concentración de renta y de poder que generan pobreza y exclusión, contribuyen a la depredación del ambiente y aceleran los procesos migratorios y de urbanización, la segregación social y espacial y la privatización de los bienes comunes y del espacio público. Estos procesos favorecen la proliferación de grandes áreas urbanas en con-

diciones de pobreza, precariedad y vulnerabilidad ante los riesgos naturales.

Las ciudades están lejos de ofrecer condiciones y oportunidades equitativas a sus habitantes. La población urbana, en su mayoría, está privada o limitada –en virtud de sus características económicas, sociales, culturales, étnicas, de género y edad- para satisfacer sus más elementales necesidades y derechos. Contribuyen a ello las políticas públicas, que al desconocer los aportes de los procesos de poblamiento popular a la construcción de ciudad y de ciudadanía, violentan la vida urbana.<sup>21</sup>

En particular la Carta señala en sus dos primeros artículos que “todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, raza, etnia u orientación política y religiosa, y preservando la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta carta.” Además señala que “la ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes”.<sup>22</sup>

Por tanto, podemos vislumbrar de estos fines que el concepto de dignidad de la persona humana, así como propiciar los elementos para un desarrollo humano equilibrado y sostenible, son pilares fundamentales de este nuevo derecho, tanto en lo individual como en lo colectivo. Para hacer posible estos fines, la Carta se divide en varias partes en las cuales se reproducen una serie de principios y derechos con el objetivo de hacer efectivo este derecho.

En la parte I, relativa a disposiciones generales, comprende los dos primeros artículos relativos al alcance general de la Carta. El artículo primero comprende lo que es el concepto del derecho a la ciudad, el cual comprende que todas las personas tienen derecho a ella sin importar su condición; la ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado; las ciudades, se com-

<sup>21</sup> ONU-Habitat, *Carta Mundial del Derecho a la Ciudad*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, [http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=50&Itemid=3](http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3), febrero 2015.

<sup>22</sup> *Idem.*

prometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, la plena efectividad de los derechos de la Carta; se denomina ciudad a toda villa, aldea, capital, localidad, suburbio, ayuntamiento, o pueblo; y se consideran ciudadanos(as) a todas las personas que habiten en forma permanente o transitoria en las ciudades.

El artículo segundo comprende como temas:

1. Gestión democrática de la ciudad;
2. Función social de la ciudad;
3. Función social de la propiedad;
4. Ejercicio pleno de la ciudadanía;
5. Igualdad, no-discriminación;
6. Protección especial de grupos y personas en situación vulnerable: compromiso social del sector privado; y
7. Impulso de la economía solidaria y políticas impositivas progresivas.

La parte II contiene cuatro artículos que comprenden los derechos relativos a la gestión de la ciudad. Abarcan desde cuestiones de desarrollo urbano, participación ciudadana y transparencia en el ejercicio de los recursos y programas públicos. Los artículos en cuestión son:

Artículo 3. Desarrollo urbano equitativo y sustentable. En el presente numeral destaca en primer orden la siguiente declaración:

1. Las ciudades se comprometen a desarrollar, una planificación, regulación y gestión urbano-ambiental que garantice el equilibrio entre el desarrollo urbano y la protección del patrimonio natural, histórico, arquitectónico, cultural y artístico, así como impida la segregación y la exclusión territorial, y priorizar la producción social del hábitat y el cumplimiento de la función social de la ciudad y de



la propiedad privada. Para ello, las ciudades se obligan a adoptar medidas de desarrollo urbano, en especial de rehabilitación de hábitat degradados o marginales, promoviendo una ciudad integrada y equitativa.

Artículo 4. Participación en el diseño del presupuesto de la ciudad.

Artículo 5. Transparencia en la gestión de la ciudad.

Artículo 6. Derecho a la información pública.

La parte III reproduce cinco artículos sobre derechos civiles y políticos, que van desde la libertad e integridad, diversos derechos políticos, hasta la seguridad pública. En particular estos artículos son:

Artículo 7. Libertad e integridad. En este derecho destaca la siguiente declaración moral:

“Todas las personas tienen derecho a la libertad y a la integridad, tanto física como espiritual. Las ciudades se comprometen a establecer garantías de protección que aseguren que esos derechos no sean violados por individuos o instituciones de cualquier naturaleza.”

Artículo 8. Participación política.

Artículo 9. Derecho de asociación, reunión, manifestación y uso democrático del espacio público urbano.

Artículo 10. Derecho a la justicia.

Artículo 11. Derecho a la seguridad pública y a la convivencia pacífica, solidaria y multicultural.

La parte IV comprende ocho artículos que abarcan desde los derechos económicos, sociales y culturales, el acceso y suministro de servicios públicos, derechos relativos al desarrollo urbano como transporte, movilidad, vivienda, así como derechos culturales y al medio ambiente. En concreto los artículos son:

Artículo 12. Acceso y suministro de servicios públicos domiciliarios y urbanos. En este en particular destaca la siguiente declaración:

1. Las ciudades garantizan a todos los(as) ciudadanos (as) el derecho de acceso permanente a los servicios públicos de agua potable, saneamiento, remoción de basura, instalaciones de atención médica, escuelas, a fuentes de energía y tele comunicación, en corresponsabilidad con otros organismos públicos o privados de acuerdo al marco jurídico de cada país.

Artículo 13. Derecho al transporte y movilidad públicos. Destacando en este numeral:

1. Las ciudades garantizan el derecho de movilidad y circulación en la ciudad a través de un sistema de transportes públicos accesibles a todas las personas según un plan de desplazamiento urbano e interurbano y con base en medios de transporte adecuados a las diferentes necesidades sociales (de género, edad y discapacidad) y ambientales, a precio razonable adecuado a sus ingresos. Será estimulado el uso de vehículos no contaminantes y establecerá áreas reservadas a los peatones de manera permanente o para ciertos momentos del día.

Artículo 14. Derecho a la vivienda.

Artículo 15. Derecho a la educación.

Artículo 16. Derecho al trabajo.

Artículo 17. Derecho a la cultura y al esparcimiento.

Artículo 18. Derecho a la salud.

Artículo 19. Derecho al medio ambiente.

Y la parte V, que contiene cinco artículos es la relativa a las disposiciones finales, estableciendo medidas de implementación y supervisión del derecho a la ciudad, la inclusión de lesiones al derecho de la ciudad, así como la exigibilidad del derecho a la ciudad. Los artículos en concreto son:

Artículo 20. Medidas de implementación y supervisión del derecho a la ciudad. Es de apreciarse en este artículo la declaración siguiente que obliga a las ciudades a tomar medidas:

1. Las ciudades signatarias tomarán todas las medidas normativas necesarias, en forma adecuada e inmediata, para asegurar el derecho a la ciudad de todas las personas, conforme a lo dispuesto por esta carta. Las ciudades garantizarán la participación de los(as) ciudadanos (as) y las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de revisión normativa. Las ciudades están obligadas a utilizar hasta el máximo de sus recursos disponibles para cumplir las obligaciones jurídicas establecidas en esta carta.

Artículo 21. Lesión del derecho a la ciudad. Como concepto de lesión se establece:

1. constituye lesión al derecho a la ciudad las acciones y omisiones, medidas legislativas, administrativas y judiciales, y prácticas sociales que resulten en el impedimento, recusación, dificultad e imposibilidad de:

- Realización de los derechos establecidos en esta carta;
- La participación política colectiva de habitantes y mujeres y grupos sociales en la gestión de la ciudad;
- Cumplimiento de las decisiones y prioridades definidas en los procesos participativos que integran la gestión de la ciudad;
- Manutención de las identidades culturales, formas de convivencia pacífica, producción social del hábitat, así como las formas de manifestación y acción de los grupos sociales y ciudadanos, en especial los vulnerables y desfavorecidos con base en sus usos y costumbres.

2. Las acciones y omisiones pueden expresarse en el campo administrativo, por la elaboración y ejecución de proyectos, programas y planes; en la esfera legislativa, a través de la edición de leyes, control de los recursos públicos y acciones del gobierno; en la esfera judicial, en los juzgamientos y decisiones sobre conflictos colectivos y difusos referente a temas de interés urbano.

Artículo 22. Exigibilidad del derecho a la ciudad.

Artículo 23. Compromisos de la carta del derecho a la ciudad. El cual comprende los compromisos para las redes y organizaciones sociales; los gobiernos nacionales y locales; así como los organismos internacionales.<sup>23</sup>

En resumen, la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad basa su propuesta en tres ejes fundamentales:

1. El ejercicio pleno de la ciudadanía, es decir el ejercicio de todos los derechos humanos que aseguran el bienestar colectivo de los habitantes y la producción y gestión social del hábitat;
2. La gestión democrática de la ciudad, a través de la participación de la sociedad de forma directa y participativa, en el planeamiento y gobierno de las ciudades, fortaleciendo las administraciones públicas a escala local, así como las organizaciones sociales; y
3. La función social de la propiedad y de la ciudad, siendo predominante el bien común sobre el derecho individual de propiedad, lo que implica el uso socialmente justo y ambientalmente sustentable del espacio urbano.

Es así que el derecho a la ciudad amplía el tradicional enfoque sobre la mejora de la calidad de vida de las personas centrado en la vivienda y el barrio hasta abarcar la calidad de vida a escala de ciudad y su entorno rural, como un mecanismo de protección de la población que vive en ciudades o regiones en acelerado proceso de urbanización. Esto implica enfatizar una nueva manera de promoción, respeto, defensa y realización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales garantizados en los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos.

En la ciudad y su entorno rural, la correlación entre estos derechos y la necesaria contrapartida de deberes es exigible de

<sup>23</sup> *Idem.*

acuerdo a las diferentes responsabilidades y situaciones socio económicas de sus habitantes, como forma de promover la justa distribución de los beneficios y responsabilidades resultantes del proceso de urbanización; el cumplimiento de la función social de la ciudad y de la propiedad; la distribución de la renta urbana y la democratización del acceso a la tierra y a los servicios públicos para todos los ciudadanos, especialmente aquellos con menos recursos económicos y en situación de vulnerabilidad.

Por su origen y significado social, la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad es un instrumento dirigido a fortalecer los procesos, reivindicaciones y luchas urbanas. Está llamado a constituirse en plataforma capaz de articular los esfuerzos de todos aquellos actores públicos, sociales y privados, interesados en darle plena vigencia y efectividad a este nuevo derecho humano mediante su promoción, reconocimiento legal, implementación, regulación y puesta en práctica.

### *5. Reto jurídico y social*

Como se puede apreciar el derecho a la ciudad no sólo comprende una serie de derechos sino aspectos políticos, sociales y culturales. Por tanto, el análisis debe comprender además de la dimensión jurídica, las cuestiones socio económicas para su efectiva realización.

En el plano jurídico sobresalen dos aspectos fundamentales. El primero, ya comentado, sobre la naturaleza o alcance que tiene un derecho social como derecho humano constitucional; y, en un segundo aspecto, la esencia propia del derecho a la ciudad. En el primer caso, ya se desarrolló en el marco teórico esa temática, señalando que moralmente se justifican los derechos sociales en tanto sean para establecer una red de seguridad social mínima que sirva de fundamento al concepto de dignidad humana y, en consecuencia, ayuden a evitar la exclusión social.

Inclusive en este nivel de reconocimiento de un solo derecho social, la tendencia de las cortes constitucionales ha consistido en declararlos como derechos prestacionales, esto es, que dependen

de las condiciones financieras y programas sociales de la administración pública. Sin embargo, resulta interesante el desarrollo de la Corte Constitucional de Colombia en el tema del derecho a la vivienda como un derecho prestacional, fundamental y en conexidad con otros que tienen como fundamento el concepto de dignidad humana.<sup>24</sup>

En el segundo aspecto sobre su esencia, el derecho a la ciudad representa un conjunto de derechos sociales que busca mejorar las condiciones urbanas y, especialmente, para los grupos con mayor exclusión social. En atención a la dimensión o alcance del concepto de derecho, podríamos concluir que el derecho a la ciudad cumple efectivamente con esa dimensión conceptual. En un sentido amplio, el derecho como un conjunto de normas que aspira a regular a la sociedad, el derecho a la ciudad si es una norma plena y efectiva, al contar con las características esenciales consistentes en establecer facultades y obligaciones, contemplar los hechos que causan lesión, así como los mecanismos reparatorios del daño.

Sin embargo, desde una perspectiva particular este derecho que estudiamos pudiera quedar incompleto en su esencia. La noción de derecho subjetivo establece que del derecho objetivo o norma, nace el derecho subjetivo como facultad, que se expresa cuando se dice, que derecho es aquello que me es lícito o permitido hacer; que no es sino expresión refinada del deseo de apropiación, que pretende excluir a los demás de algo que pensamos o queremos que nos pertenezca. Además, toda norma jurídica hace referencia a uno o varios derechos subjetivos, razón por la cual estamos frente a otro de los conceptos jurídicos fundamentales. Pero la parte de la norma, que se hace referencia (semejante a la relación entre supuesto y hecho jurídico), se denomina facultamiento, y no se confunde con el derecho subjetivo, que es esa posibilidad de acción a que aludimos. Es así que todo derecho subjetivo es correlativo de una obligación o deber a cargo de otro

<sup>24</sup> María Victoria Santana Londoño, “Avance Jurisprudencial del Derecho a la Vivienda Digna en Colombia”, en *Revista Ratio Juris*, Unaula, Vol. 7, Núm. 15, julio-diciembre 2012, pp. 50-57.

u otros sujetos obligados, por lo que puede afirmarse que no hay ningún derecho sin su correlativa obligación, inclusive en los llamados derechos absolutos.<sup>25</sup> Y, aunque ya citamos la definición de Ferrajoli, para fines prácticos los derechos humanos son aquellos denominados derechos de las personas, siendo las facultades que, formuladas con carácter general y frente al Estado, suponen el reconocimiento expreso de la libertad de la persona. Si en los comienzos de la modernidad tal reconocimiento era el resultado de una liberalidad del poder absoluto, actualmente es una obligación asumida por el poder reconociendo la dignidad de la persona con todas sus consecuencias.<sup>26</sup> Subrayando que si dichos derechos son fundamentales, equivale a su reconocimiento en la Constitución.

Siendo precisamente en esta última dimensión o concepto particular del derecho en el cual el análisis de la posible efectividad del derecho a la ciudad tendrá sentido. Esto es, la posibilidad real de que exista un derecho subjetivo o facultad para demandar una obligación del Estado. En principio el derecho en estudio representa un conjunto de derechos sociales que por sí mismos ya existen cada uno en su propio ámbito. En el sentido amplio de este nuevo derecho, podría decirse que no es un nuevo derecho sino que en realidad es el conjunto de un número importante de derechos sociales para garantizar efectivamente que la ciudad sea un lugar que permita el desarrollo de las personas. Al ser un conjunto de derechos, entonces en realidad no es una norma con las características necesarias, sino más bien un código de leyes; y como tal no puede ser una norma identificable y (aun existiendo su obligatoriedad pública) que pueda ser objeto de un cumplimiento jurídico. Por decirlo así, en materia individual ante una transgresión pública opera uno o dos derechos humanos individuales, pero nunca opera el juicio o garantía ante toda la Constitución o todos los derechos humanos en su conjunto. De ahí, que

<sup>25</sup> Constantinos Stamatoulus, *Enciclopedia jurídica*, abril 2015, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-subjetivo/derecho-subjetivo.htm>.

<sup>26</sup> *Ibidem*, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derechos-humanos/derechos-humanos.htm>.

sea inoperante el concepto por la razón de que dichos derechos sociales ya se encuentran en la propia Constitución y no resulta necesario volver a reproducirlos en otro texto. A menos que este derecho a la ciudad pudiera ser individualizado en forma precisa. La cuestión aquí es cuál es la obligación concreta que se demanda por parte del habitante de la ciudad. La cual no está especificada en forma puntual y precisa como lo apreciamos en el estudio de la Carta del Derecho a la Ciudad.

Sin embargo, si lo consideramos desde la perspectiva reducida del derecho urbano, en el sentido de que la ciudad, o nuestro entorno, debe tener las condiciones materiales mínimas (garantizar movilidad, medio ambiente sano, servicios públicos mínimos, obras públicas mínimas y similar); en este caso si podría llegar a articularse como sólo un derecho público exigible en el sentido de una norma jurídica eficiente al garantizar un mínimo de condiciones urbanas que garanticen el desarrollo humano y eviten la exclusión social. Sin embargo, tanto en lo jurídico como en lo social, la cuestión sigue siendo cuáles son esas condiciones mínimas.

En relación a las cuestiones socio-económicas su articulación presenta mayores retos por ser precisamente un conjunto de derechos sociales y, que además, dependen de distintos niveles de gobierno y de muchas agencias públicas. En lo político o social, Borja señala que para su desarrollo y legitimación dependerá de un triple proceso:

- Un proceso cultural, de hegemonía de los valores que están en la base de estos derechos y explicitación de los mismos;
- Un proceso social, de movilización ciudadana para conseguir su legalización y la creación de mecanismo y procedimientos que los hagan efectivos; y
- Un proceso político-institucional para formalizarlos, consolidarlos y desarrollar las políticas para hacerlos efectivos.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Jordi Borja, *La ciudad conquistada*, Barcelona, Alianza Editorial, 2003.



El mismo autor afirma que los actores principales de este proceso no son las estructuras políticas tradicionales del Estado y los partidos políticos, sino movimientos sociales. Así, el derecho a la ciudad es una respuesta estratégica, un paradigma frente a la exclusión social y a la segregación espacial generado por el neoliberalismo. Es una reivindicación para que la gente vuelva a ser dueña de la ciudad y es un escenario de encuentro para la construcción de la vida colectiva.<sup>28</sup>

Aun considerando que fuera procedente en lo jurídico y político, en consideración de la administración pública aparecen como retos los siguientes:

- a. Su financiamiento y de qué impuesto cobrar este derecho (si es del presupuesto actual, de por sí mermado, entonces a qué servicio o materia pública quitarle ingresos; lo cual nos aleja del derecho a la ciudad);
- b. Qué nivel de gobierno es el responsable; pudiera ser que fuera el gobierno local, pero aún así existen muchos puntos de este derecho que bien pudieran ser responsabilidad de los otros dos niveles de gobierno;
- c. Que secretaría o dependencia es la encargada. La materia de desarrollo urbano al menos tienen injerencia tres secretarías por cada nivel de gobierno.;
- d. Debe ser parte de la administración centralizada o paraestatal; o debe ser un programa de gobierno; y
- e. Cuáles deben ser los mecanismos institucionales y democráticos adecuados para garantizar que efectivamente las peticiones de los ciudadanos sean escuchadas y traducidas en un verdadero derecho a la ciudad.

En consideración de los servicios tradicionales del Estado, los cuales se reflejan en la organización clásica de las secretarías y dependencias, su articulación institucional representa un gran

<sup>28</sup> *Idem.*

reto para la administración pública en el sentido de poder garantizar su continuidad institucional y no quedar como un programa público de moda temporal.

## 6. Conclusiones

El presente trabajo partió del interés por saber si es posible catalogar el derecho a la ciudad como un derecho humano, cuál es su contenido puntual, qué alcance tiene, en qué se distingue de otros derechos sociales y qué ámbito de protección pudiera tener. Desde el punto de vista ético se cuestionó si existe la obligación del Estado de proveer condiciones básicas de desarrollo y justificar moralmente dicha obligación. Se estableció como hipótesis que el derecho a la ciudad no es un derecho humano sino un derecho social emergente que depende de factores institucionales.

En el apartado teórico se describió el concepto de derechos humanos basado en Ferrajoli, así como las categorías que existen. Destacando dentro de su categoría de paz y gobernabilidad, la cual engloba los derechos individuales tales como el de libertad e igualdad, un mínimo de derechos sociales para garantizar las condiciones de paz necesarias en la sociedad.

En ese mismo orden de ideas se desarrolló el concepto de derechos sociales con fundamento en los conceptos filosóficos de dignidad humana y exclusión social. Lo cual se traduce en obligaciones institucionales de ayudar a los que menos tienen brindando un mínimo de protección y oportunidades. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico y constitucional existen serias objeciones para considerarlo como un derecho humano fundamental.

El derecho a la ciudad tiene como antecedentes lejanos la Carta de Atenas de 1933 y el concepto de derecho a la ciudad que desarrolló Lefebvre en 1968. En particular la Carta Mundial de 2004 es un conjunto de derechos sociales que comprenden derechos sobre participación política, a la gestión de la ciudad, derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, así

como medidas de implementación y supervisión de este nuevo derecho.

En cuanto al análisis jurídico destaca en primer término el reto de considerar a un derecho social como un derecho humano constitucional. En este primer aspecto la respuesta es positiva conforme a la justificación moral con base a los conceptos de dignidad humana y exclusión social ya citados. El segundo aspecto, relativo a la estructura o contenido propio de un derecho, se estableció que el problema del derecho de la ciudad, al ser un conjunto muy amplio de derechos sociales que ya existen por su propia cuenta, hace imposible su obligatoriedad al no tener un conjunto preciso o puntual de obligaciones que hacer por parte del Estado. Esto es, cuál es la obligación primaria o principal que el Estado debería hacer para poder decir que ha cumplido el derecho a la ciudad. Cuándo se podría decir que el Estado o gobierno ya cumplió con este derecho. Como tal (derechos políticos, urbanos, gestión, vivienda, movilidad, etc.) resulta un conjunto de derechos que dificulta principalmente su reparación jurídica.

Siguiendo razonamientos similares, Norberto Alvarado menciona que:

El derecho a la ciudad es un derecho humano emergente; esta categorización viene utilizándose desde hace varios años para referirse, habitualmente, a aquellas aspiraciones que todavía no están codificadas como derechos fundamentales. Son reivindicaciones legítimas en virtud de necesidades básicas que requieren de un cauce diferenciador al de otros derechos humanos ya reconocidos o positivizados, porque están basados en el dinamismo de la sociedad y en la movilidad del Derecho internacional, vinculados a la adaptabilidad de los principios de dignidad, autonomía e igualdad humanas.<sup>29</sup>

Señalando como características esenciales de este derecho humano emergente las siguientes:

<sup>29</sup> Norberto Alvarado Alegría, “El derecho a la ciudad como derecho Humano Emergente”, en *Ciencia UAQ*, Querétaro, UAQ, Vol. 7, Núm. 1, enero-junio de 2014, p. 175.

- a) Son derechos nuevos;
- b) Son una extensión de contenidos de derechos humanos ya reconocidos; y
- c) Son derechos extendidos a colectivos que históricamente no los han disfrutado.<sup>30</sup>

Además, en el aspecto institucional y administrativo sobresa- le el alto grado de complejidad para poder cumplirlo. Ya que el ser una serie de derechos sociales intervienen los tres niveles de gobierno clásicos de una federación, además de un sinnúmero de dependencias dentro de cada nivel.

Tan solo por hacer un contraste: con base al concepto de dignidad se podría crear como derecho social un programa institucional de transferencias; las cuales representan un reto administrativo menor, además de poder establecer un mecanismo jurídico que garantice dicho cumplimiento. En cambio en el derecho a la ciudad esas “sencillas” operaciones se vuelven casi imposibles de realizar bajo el Estado constitucional e institucional actual al considerar que intervienen prestaciones urbanas (calles y parques dignos, movilidad, servicios públicos básicos), económicas y políticas, de participación democrática, seguridad pública y demás.

Desde el punto de vista constitucional la pregunta fundamental es si los derechos sociales actuales son garantizados en forma eficiente al estar incluidos en la norma, sin considerar si son o no jurídicamente exigibles. Esto es, el hecho de establecer un derecho social en la Constitución, por ejemplo, el derecho a la niñez y educación; garantiza que cualquier niño pueda contar con la asistencia del Estado para garantizar un mínimo de desarrollo y bienestar. La respuesta con base en la experiencia en la mayoría de países es negativa. Sin embargo, este tampoco puede considerarse como un argumento principal para no elevar a rango constitucional un derecho social. Al contrario, se puede refutar que si un derecho social no estuviera en la Constitución, entonces su aplicación efectiva y jurídica estaría todavía más lejana de ser

<sup>30</sup> *Idem.*

una realidad. Esto es, su consagración constitucional ayudará a una mejor aplicación de tales obligaciones positivas del Estado, aún de no poder cumplirse una eficacia total en su administración.

En el caso que nos ocupa la reflexión está en el sentido de ser un derecho que contiene una variedad de derechos sociales, muchos de ellos ya elevados al rango constitucional, lo cual haría que su aplicación fuera de un reto enorme para las administraciones públicas. Situación que nos llevaría a que la autoridad pudiera “justificar” su aplicación mediante la entrega o aplicación parcial de uno o pocos derechos para señalar que ya cumple con el derecho a la ciudad.

Ante estas reflexiones de índole moral, constitucional y administrativas, se considera que si sería positivo elevar al rango fundamental el derecho a la ciudad, pero sólo bajo las siguientes premisas que tienen por fundamento crear un derecho objetivo que pueda ser identificable y concreto, esto es, que permita la facultad de demandar o exigir al Estado prestaciones precisas, siendo las premisas en particular:

1. Acotar este derecho social a una sola prestación en forma clara, puntual y objetiva.
2. Crear las instituciones públicas necesarias, tanto leyes como áreas o dependencias encargadas, para garantizar la continuidad de este derecho social.
3. Establecer los mecanismos legales, financieros, administrativos y de participación ciudadana para que este derecho tenga plena legitimación.

Bajo este esquema se busca evitar que el derecho a la ciudad fuera una mera declaración de buenas intenciones en la Constitución, así como asegurar el marco institucional adecuado que pueda garantizar una aplicación continua y evitar las modas de programas por administración de gobierno. En este planteamiento, queda abierta la puerta para la discusión de cómo acotar

el derecho a la ciudad, o cual sería el mínimo deseable dentro de un tema como pudiera serlo el derecho urbano.

*Fuentes consultadas*

- ABRAMOVICH, Víctor Y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALVARADO ALEGRÍA, Norberto, “El derecho a la Ciudad como derecho Humano emergente”, en *Ciencia UAQ*, Querétaro, Universidad Autónoma de Querétaro, Vol. 7, Núm. 1, enero-junio de 2014.
- ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, núm. 4.
- BORJA, Jordi, *La ciudad conquistada*, Barcelona, Alianza Editorial, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, núm. 15, julio-diciembre, 2006.
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y libertad*, Madrid, Rialp, 1996.
- HARVEY, David, “El derecho a la ciudad como alternativa al neoliberalismo, Discurso en el FSM”, en *Foro Social Mundial*, Belém, 2010, <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=12286&opcion=documento>.
- HÖFFE, Otfried, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.
- LEFEBVRE, Henri, *El derecho a la ciudad*, 4a. ed., Barcelona, Ediciones Península, 1978.
- MATHIVET, Charlotte, *El Derecho a la Ciudad: claves para entender la propuesta de crear otra Ciudad Posible*, Fundación Charles Léopold Mayer, COREDEM, <http://base.d-p-h>.

- info/es/fiches/dph/fiche-dph-8034.html, febrero 2015.
- NAGEL, Thomas, "Personal Rights and Public Space", en *Concealment and Exposure and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- ONU-HABITAT, *Carta Mundial del Derecho a la Ciudad*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, [http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=50&Itemid=3](http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3), febrero 2015.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, septiembre-diciembre, 1995, pp. 15-38.
- REY PÉREZ, José Luis, "La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos estatutos de autonomía", en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Madrid, núm. 16, junio, 2007, pp. 232-233.
- ROSENKRATZ, C.F., "La pobreza, la ley y la Constitución, en A. BULLARD *et al*, *El Derecho como objeto e instrumento de cambio social*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- SANTANA LONDOÑO, María Victoria, "Avance Jurisprudencial del Derecho a la Vivienda Digna en Colombia", en *Revista Ratio Juris*, Unaula, Vol. 7, Núm. 15, julio-diciembre 2012, pp. 37-60.
- STAMATOULUS, Constantinos, *Enciclopedia jurídica*, abril 2015, <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-subjetivo/derecho-subjetivo.htm>.
- TASIOULAS, John, "The Moral Reality of Human Rights", en THOMAS POGGE (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right*, Oxford, Oxford University Press, 2007.





## SOBRE DEMOCRACIA Y CALIDAD EN EL CÓDIGO MODELO DE ÉTICA JUDICIAL ELECTORAL

Luis Octavio Vado Grajales\*

### 1. *Pórtico*

Las autoridades en materia electoral son de varios tipos. Administrativas, cuya función consiste en organizar los comicios, lo que se manifiesta en distintas acciones tales como ubicación de casillas, sorteo y capacitación de funcionarios de las mismas, entrega del financiamiento público a los partidos, entre otras; penales, en cuyo resorte encontramos la persecución de las conductas delictivas relacionadas con las elecciones, tales como la compra de votos y el acarreo con fines de sufragio; y las judiciales, competentes para conocer, resolver y en su caso, ordenar la ejecución de la sentencia dictada en un litigio electoral.<sup>1</sup>

En el caso de las autoridades del último tipo, y acorde con la reciente reforma constitucional en materia político-electoral, en México tienen dos características. La primera, que se trata de una judicatura especializada y permanente,<sup>2</sup> por lo que a diferencia

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

<sup>1</sup> Parafraseo del concepto de jurisdicción que brinda Niceto Alcalá Zamora y Castillo, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en *Estudios de Teoría general e Historia del proceso*, t. I, México, UNAM-ILJ, 1992, p. 57.

<sup>2</sup> Luis Octavio Vado Grajales, “Federalismo y jurisdicción electoral local”, en Andrés Garrido del Toral, (coord.), *A 190 años del federalismo en México, 1824-2014*, Querétaro, IEC, 2015, pp. 187-208.

de otras naciones en las que es otorgada a las cortes administrativas o constitucionales, en nuestro país es una rama autónoma. La segunda característica consiste en su división en dos ámbitos, judicatura electoral federal y judicatura electoral local

Este modelo de justicia electoral implica que los jueces federales, encarnados en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en sus distintas salas, conocen de litigios respecto de las elecciones de tal ámbito de gobierno, así como en revisión de las resoluciones que dictan los jueces locales sobre las elecciones estatales y municipales.

Apuntado lo anterior, anuncio que el objetivo de este texto es realizar el análisis del Código Modelo de Ética Judicial Electoral, en dos aspectos que me han llamado la atención: democracia y calidad. No se arriba a conclusión alguna, pues mi intención es expresar algunos cuestionamientos que lleven a reflexionar sobre un posible ajuste a dicha normatividad, a partir de señalar vacíos que resultaría óptimo colmar.

## *2. El Código Modelo de Ética Judicial Electoral.<sup>3</sup> Disposiciones sobre calidad y democracia*

Este documento es producto del trabajo entre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y la Asociación de Salas y Tribunales Electorales de la República Mexicana. Consta de exposición de motivos, glosario de términos; y cinco apartados destinados a diversos rubros, de: destinatarios y ámbito de aplicación, principios y valores generales, principios éticos de la función judicial electoral, normas complementarias, así como cultura de control y responsabilidad.

En la exposición de motivos se establece que el definir los principios y valores de la judicatura comicial, contribuirá a una sociedad más equitativa. También se reconoce el papel insustituible de los tribunales de tal jurisdicción, para la consolidación de la democracia, así como el respeto de los derechos político-electo-

<sup>3</sup> Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

rales del ciudadano y la protección de los ordenamiento jurídicos electorales.

Se encuentra en el glosario definido el concepto de función jurisdiccional electoral de la siguiente manera: actividad desarrollada por los tribunales electorales que en ejercicio de su competencia, resuelven las controversias sometidas a su conocimiento.

Acorde con el numeral 1.1, los funcionarios judiciales electorales deben contribuir a un servicio de excelencia, por medio de la calidad de su trabajo, lo que motivará el reconocimiento de la certeza y confianza de la sociedad en la objetividad e imparcialidad de sus resoluciones, idea que se repite casi de manera textual en el punto 3.4.

A su vez, se define la excelencia, como el perfeccionamiento diario del servidor público, que permite mostrar su calidad.

En su apartado 2.1, en el apartado de Principios y valores, se señala que los servidores públicos judiciales deberán desempeñar sus tareas bajo un “riguroso respeto por la democracia”; de igual forma, que los derechos humanos y las prerrogativas político-electorales del ciudadano son fundamento de la sociedad democrática.

El artículo 3.2, señala que los funcionarios deberán, entre otras prohibiciones, abstenerse de portar colores o signos que de alguna manera pudieran sugerir simpatía, afinidad, menosprecio o antagonismo por algún partido o candidato.

Por su parte, el numeral 3.6 señala que los funcionarios judiciales deben ser reconocidos por su conducta activa en favor del bien común.

### *3. La democracia y la labor judicial*

*“... no hay imparcialidad judicial frente a los valores de la Constitución”.*

NÉSTOR PEDRO SAGUÉS<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 4.

Es un tópico afirmar que hay dos tipos de concepciones sobre democracia. Aquellas que atienden a una visión procedimental (los elementos que permiten la periódica renovación de los poderes públicos mediante elecciones competitivas organizadas y arbitradas por instituciones independientes e imparciales) y otras de corte adjetivo (calidad de la democracia, derechos fundamentales, nivel de vida, entre otros). ¿Debe o puede un juzgador electoral tener una concepción de la democracia? ¿Un código de Ética de los funcionarios electorales, debe contener una definición de democracia?

Vamos por partes. En primer lugar, considero que un juez claro que tiene una idea tanto de lo que es la democracia como de la función que con respecto a ella cumple su actividad. Tiene una ideología a partir de la cual se explica los asuntos que resuelve y entiende su labor.<sup>5</sup> Aun quien pretendiera resolver haciendo abstracción de las consideraciones políticas de su función, mantiene una actitud de adhesión al sistema y al *estado de cosas*. No hay neutralidad frente a la norma.

De hecho, me parece que la interpretación que hace el juzgador de los textos normativos, así como la selección de los argumentos que hace, parten de sus convicciones acerca del Derecho,

<sup>5</sup> “...Yo creo que todos tenemos una visión particular de la vida, y tenemos creencias, tenemos valores, cada quien tiene su ideología, sino simplemente seríamos personas muy amorfas; además para ser juez, en casi todo el mundo actualmente, hay que ser abogado; para ser abogado casi todos nosotros estudiamos en una escuela de Derecho, y en esa escuela de Derecho tuvimos clases de Filosofía, Teoría del Estado, de Ciencia Política. Yo creo que todo eso le va dando una forma de ver la vida. Algunos quieren ir a unas escuelas de Derecho porque tienen también cierta ideología o tienen tal condición religiosa, etc. Hay muchas formas de complementar el mundo, y suponer que los jueces somos simplemente unas personas que resolvemos desde un sentido técnico, como si la verdad o como si el valor ya estuvieran totalmente incluidos en la norma. Es una forma que se genera, me parece a mí, como una ideología judicial para hacer sentir tranquilos a los justiciables, pero me parece que es una pésima descripción del mundo”. Palabras de José Ramón Cossío Díaz en entrevista publicada en la revista *Expresiones, letras ciudadanas a favor de la democracia*, Núm. 16, año 5, diciembre 2014-mayo 2015, p. 5.

la interpretación, y en el caso de las judicaturas constitucional y electoral, de la democracia, lo que ya he sostenido en otra parte.<sup>6</sup>

Por tanto, sano ejercicio es que el juez se pregunte sobre tales temas, y verifique si su concepto de democracia es compatible con los que se desprenden del sistema jurídico que aplica. Por ejemplo, ¿considera que la democracia es una forma de vida basada en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, como establece el artículo 3º de la Carta Magna? Y frente a la concepción que tenga de democracia, ¿cómo se inserta la labor de la justicia electoral, en particular la que él mismo realiza?

Me parece entonces que un juez que aspire a ser un mero “técnico” no sería leal a los principios constitucionales, a los que remite incluso el propio Código Modelo en estudio. No estoy planteando la discusión entre jueces activistas y jueces pasivos, ni entre conservadores y revolucionarios,<sup>7</sup> pero sí señalo que no es deseable un juez que no *interiorice* un concepto de democracia, que además debe ser acorde con los que surgen del entramado jurídico, y debe regir su actividad, recordando siempre que hablamos del ejercicio de la jurisdicción, y que por tanto su labor es eminentemente práctica y no especulativa.

Ahora bien, ¿debe existir una definición de democracia en un Código de Ética judicial electoral? Difícil pregunta. Pero en caso de que se responda afirmativamente y se construya el concepto o descripción en comentario, la ventaja inmediata será que el justiciable sabrá qué esperar de la actividad judicial electoral, al menos en cuanto se suponga regida por tal concepto. Una definición que no se reduzca a remitir al texto constitucional, sino que fije un compromiso de los juzgadores comiciales con una idea concreta de democracia. Que fije el sentido de la labor a partir de un com-

<sup>6</sup> Luis Octavio Vado Grajales, “Concepciones de la interpretación del Derecho y la labor judicial. Análisis del argumento analógico en una sentencia electoral”, en *Ciencia UAQ*, vol. 7, Núm. 1, Querétaro, enero-junio 2014, pp. 1261-1271.

<sup>7</sup> Esto en tanto no me ocupo de los límites de la interpretación o de los poderes del juez, ni siquiera planteo una ideología que *deba* tener. Señalo que *alguna idea de democracia* tendrá, y que la misma guía su actividad.

promiso expreso con lo que se entiende por esta huidiza palabra que, de alguna manera, tiene que ver con el gobierno del pueblo bajo su propia voluntad.

Lo anterior, supongo, no es fácil. Conjuntar juristas de distintas entidades, con formaciones variadas, y conseguir el consenso suficiente para establecer un concepto descriptivo al menos, de democracia, no parece una labor fácil. Retomando la referencia de Cossío Díaz, las procedencias ideológicas, las escuelas (de pensamiento) de cada uno harían difícil tal ejercicio. Pero lo complicado no me parece razón suficiente para no hacerlo.

El Código Modelo no contiene una definición de democracia. Del mismo se desprenden sin embargo, las siguientes consideraciones a que ya hice alusión en el apartado anterior:

- a). La judicatura comicial cumple una función importante en la consolidación de la democracia.
- b). Se siguen los principios constitucionales.
- c). Los funcionarios judiciales deben desempeñarse con respeto por la democracia y la justicia.
- d). De igual forma, deben respetar los derechos humanos y prerrogativas político-electorales del ciudadano, que son la base de la sociedad democrática.
- e). Deben tener los funcionarios judiciales particular cuidado en no utilizar colores que los puedan identificar con algún partido o candidato, y<sup>8</sup>
- f). Aspiracionalmente, la sociedad debe reconocer a los funcionarios judiciales, entre otras virtudes, por su conducta activa en favor del bien común.

<sup>8</sup> Dejan en apariencia un reto al funcionario judicial, ya que la paleta de colores que pueda usar para su vestimenta queda sumamente reducida. Recuerde usted los diversos colores que usan los partidos registrados, y trate de evitar en su ropa diaria tales colores...; cierto, se dirá que es costumbre de algunos gobiernos usar corbatas rojas, azules o amarillas, pero en todo caso, no es el color que se usa lo que marca la imparcialidad del juzgador, sino su actuación. Señalar de parcial a un juez por usar un determinado color, es tan válido como considerar bueno a un futbolista por el color de sus zapatos de juego.

Como podemos observar de la lectura del Código, también se hacen diversas referencias a valores propios de la función judiciales, tales como la independencia, imparcialidad y neutralidad.

De lo anterior se desprende que los autores del texto ético, encuentran una relación entre la conducta judicial y el fortalecimiento de la democracia; de igual forma, que los derechos humanos son consustanciales a la misma, así como que su conducta se orienta hacia el bien común.

Así, no existe un compromiso directo con un concepto de democracia. Parece que se apunta a reconocer que la misma requiere ciertas virtudes del funcionariado, tales como la imparcialidad y la neutralidad (lo que apunta en la dirección procedimental) pero también tiene un contenido que se determina a partir de los derechos de las personas así como de la búsqueda del bien común.

Este punto resulta relevante. No se consideró adecuado un concepto de democracia claro en el Código, y se extreman recomendaciones acerca de las medidas a tomar para evidenciar en todo momento la imparcialidad y neutralidad, pero se recoge expresamente un concepto, el de bien común, que se identifica claramente con una visión política, y de hecho, con un partido legalmente registrado, y contendiente asiduo en los certámenes comiciales.

¿Cuál es la razón de tal inclusión? ¿Debe el juzgador electoral actuar conforme los dictados del dicho bien común? ¿Tal obligación se extiende a todos los juzgadores comiciales, aun cuando ideológicamente (no en un sentido partidista) se adscriban a una teoría política diferente? Siguiendo la lapidaria frase de Ságües que enmarca este apartado, ¿el bien común es un valor de la Constitución al que le deban lealtad los jueces electorales?

No deja de ser curioso el cuidado en los conceptos, que salvo el compromiso con los derechos humanos y los político-electorales del ciudadano, pinta una burocracia judicial electoral puramente técnica, al grado de regular los colores de uso en su vestimenta;

al mismo tiempo que se plantea un postulado que directamente hace referencia a la visión ideológica de un partido.

#### *4. La calidad y la labor judicial*

Caso similar se presenta con el concepto de calidad. ¿Qué se entiende por la misma? ¿Es una referencia de tipo administrativo-eficiencia? ¿Atiende más bien a las nociones de “calidad de la democracia”?

Vamos por partes. Como hemos visto, el Código relaciona calidad con excelencia, el perfeccionamiento del funcionario, en abono al principio de certeza. Si entendemos la certeza en tanto principio electoral como el dotar de facultades expresas a las autoridades de manera que todos los participantes en el proceso comicial conozcan previamente las reglas que se aplicarán,<sup>9</sup> ¿cómo abonan las conductas al cumplimiento del Código? Una posible respuesta es que la calidad implica apegar-se a las expresas facultades de manera que sea evidente en el desempeño de las funciones.

Ahora bien, ¿se entiende calidad como un sinónimo de trabajo bien hecho? Parece ser que se presupone como uno de los elementos. Sin embargo, estimo que se va más allá, en tanto se vincula con el cumplimiento de principios y valores.

La calidad de la democracia tiene que ver con la satisfacción del ciudadano con la forma de acceder y ejercer el gobierno. También se relaciona con la manera en que se dan salida o solución a los problemas sociales, y visto así, es una cuestión gradual. Dentro de esta idea de atención a los problemas que plantea la sociedad, y de satisfacción del ciudadano con el sistema político en conjunto, ¿qué debe entenderse por calidad en la judicatura comicial?

Me parece que un elemento necesario para hablar del grado de calidad o excelencia conseguido, tiene que ver con la medición

<sup>9</sup> FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO. Jurisprudencia P/J. 144/2005, Semanario Judicial de la Federación, tomo XXII, noviembre de 2005, p. 111.



del trabajo. Esto es, tener claro en qué consiste la función jurisdiccional electoral y cómo cada uno de sus funcionarios atiende o se relaciona con el cumplimiento de la misa. Esto pasa por fijar estándares de medición, tema que no está presente en el Código Modelo.

Tales estándares pueden (deben) atender a dos aspectos: la calidad de las resoluciones judiciales, y la calidad en el desahogo del trabajo:

a). Calidad de las sentencias:<sup>10</sup> implica la revisión de varios estándares. En primer lugar, los de congruencia interna de la resolución así como la exhaustividad, elementos que de suyo se desprenden de los mandatos legales. En segundo lugar, se relaciona con la exigencia de una adecuada fundamentación y motivación, respecto de aquella, tiene que ver con la construcción completa de la premisa jurídica; en el caso de la segunda, tiene que ver con la construcción adecuada de los razonamientos que utilice el juez, lo que se puede verificar contrastando los argumentos de la sentencia con la forma canónica de construcción de los mismos, a fin de poder identificar falacias. En cuanto al aspecto probatorio, debe exigirse también la corrección en la valoración de las pruebas, así como la elaboración adecuada de los argumentos que sustenten la valoración. Todo esto puede desarrollarse en una matriz que pueda permitir el seguimiento de tales indicadores, y

b). Calidad en el desahogo del trabajo: cumplimiento de los tiempos legales, eficaz y eficiente uso de los recursos financieros y materiales, así como óptima gestión del capital humano.

Los anteriores elementos son meros apuntes que pueden servir para el complemento del Código Modelo con un sistema de

<sup>10</sup> Una interesante propuesta de matriz para el análisis de las interpretaciones en las sentencias electorales se encuentra en Santiago Nieto Castillo, "Margen interpretativo de los tribunales electorales", en *Estándares internacionales de justicia electoral*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal-Democracy Building International, 2014, pp. 483-518.

control de calidad, que conocido oportunamente por el funcionario, permitirá el seguimiento de sus actividades, pudiendo servir incluso como elemento para la carrera judicial electoral.

### *Fuentes consultadas*

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en *Estudios de Teoría general e Historia del proceso*, t. I, México, UNAM-IIJ, 1992.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, entrevista publicada en la revista *Expresiones, letras ciudadanas a favor de la democracia*, Núm. 16, año 5, México, diciembre 2014-mayo 2015.
- NIETO CASTILLO, Santiago, “Margen interpretativo de los tribunales electorales”, en *Estándares internacionales de justicia electoral*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal-Democracy Building International, 2014.
- SAGUÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- VADO GRAJALES, Luis Octavio, “Concepciones de la interpretación del Derecho y la labor judicial. Análisis del argumento analógico en una sentencia electoral”, en *Ciencia UAQ*, vol. 7, Núm. 1, enero-junio 2014.
- \_\_\_\_\_, “Federalismo y jurisdicción electoral local”, en Andrés GARRIDO DEL TORAL, (coord.), *A 190 años del federalismo en México, 1824-2014*, Querétaro, IEC, 2015.

# PRINCIPIOS ÉTICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Bernardo García Camino \*

*The three essential characteristics of modern constitutionalism are limiting the powers of government, adherence to the rule of law, and protection of fundamental rights.*

MICHEL ROSENFELD,  
*Modern Constitutionalism.*

## 1. Introducción

La discusión y argumentos acerca de la existencia o no de valores éticos o morales en el Derecho pudieran parecer para muchos agotada, como también la relativa a la necesidad de existencia de una moral pública o de las autoridades. Para sustentar la necesidad de los mismos, analizaré las transiciones jurídicas como cambios de etapas en las cuales el Derecho adquirió un contenido, el cual se relaciona a valores éticos. Por otra, desde el concepto del Estado constitucional de Derecho, pretendo señalar qué valores se contienen en éste, cómo se interrelacionan y cómo han sido medidos en un estudio de publicación anual de una organización no gubernamental.

Por ello se compone de dos partes: la primera, sustentando la existencia de valores en el Estado constitucional de Derecho, y una segunda, mencionando distintas mediciones y rescatando

\* Profesor de la facultad de Derecho de la UAQ.

la información de temas y subfactores que miden el desempeño de distintos países en el cumplimiento del Estado constitucional de Derecho, para que a partir de su difusión y conocimiento se conviertan en alternativa que permita iniciar un tránsito a su consecución en México.

## *2. Los cambios en el Derecho*

El Derecho ha sufrido transiciones, denominando así evoluciones que han trasladado el origen del Derecho y de la ley a distintos actores y a distintos tratamientos.

Hay un punto coincidente para la existencia de las transiciones: se da el cambio transformador cuando el Derecho se convierte en instrumento de poder, usado en perjuicio de los destinatarios de la misma, cuando el Derecho sirve para dominar y no para regular a la sociedad, mucho menos para fomentar y permitir su avance; la reacción ante el agotamiento social produce la evolución.

Cada transición es el reflejo del estallido ante las carencias que la situación anterior prevaleciente provocaba, sin embargo, los cambios no fueron inmediatos, distintas instituciones permanecen inalteradas por un tiempo y los operadores jurídicos tardan en ajustarse a los nuevos tiempos y figuras legales.

La primera transición se da en el paso del Estado absolutista al Estado de Derecho, que se puede resumir como el tránsito de la discrecionalidad sin freno del monarca al sometimiento del gobierno a la ley expedida por los parlamentos; en ese cambio entra en juego la creación de las normas como principios limitantes, en el cual los parlamentos como espacios de creación sujetan y controlan los excesos de poder que previamente tuvo el gobernante en el absolutismo, caracterizado precisamente por la ausencia de controles al mismo.

Debemos de acotar que esta transición es coincidente con la creación de la teoría de la división de poderes y cuyo complemento, ante el temor del abuso del legislativo, se complementó con la teoría de los pesos y los contrapesos.

Pero, como se temió desde el principio, el Estado de Derecho, también degeneró en el transcurso del tiempo; el positivismo y la obligatoriedad de la norma (confundida con el Derecho) por el simple hecho de estar debidamente legislado (criterios formales de creación de la ley) se interpretaron como suficientes y válidos hasta que vino la debacle: la ley se convirtió en el instrumento de injusticia y de abuso del poder.

Paradójico es que la transición del absolutismo al Estado de Derecho haya sido el intento de evitar el abuso del poder y que el Estado de Derecho haya sido a su vez causa de lo mismo, el límite establecido se convierte en el sustento para volver a lo mismo.

Dice Diego Valadés que si bien el Estado de Derecho es la antítesis del Estado absolutista, el instrumento fundamental de uno y otro es el mismo: la supremacía de la norma. Lo que varía no es el contenido (esto ocurrirá cuando aparezca el Estado social de Derecho) ni la aplicación (esto sólo se presentará cuando surja el Estado democrático de Derecho), sino la fuente de la norma.<sup>1</sup>

Las transiciones colocaron en distintos lugares a los controles y al Derecho, en el absolutismo al estar todo en manos del monarca, que era ejecutor de sus leyes y juzgador con las mismas no existía límites a sus decisiones, la discrecionalidad era la característica de la autoridad, en el Estado de Derecho la ley funcionó para reducirla y además incrementar los derechos que se contienen, de las personas y de los grupos sociales. Al aumentar los controles se reduce el margen de subjetividad en la aplicación de la norma, proponiendo los mínimos indispensables que deben ser cubiertos. Cuando de esa norma se desprendan principios, en el Estado constitucional de Derecho, se expandirá aún más, pues los contenidos serán interpretados para su progresividad.

El Estado de Derecho del siglo XIX trasladó la responsabilidad, como freno al ejecutivo, al legislativo en donde se suponía radicaba la representatividad de la colectividad, del pueblo; en este

<sup>1</sup> Diego Valadés, "La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Vol. XXXV, Núm. 103, enero-abril, 2002, p. 227. Fuente electrónica: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art8.htm>. Consultado el 1 de mayo de 2015.

periodo la supremacía era de la ley, con una aplicación mecánica de la misma por parte de los jueces.

Un doble efecto, la crisis de la representación y el hecho del cumplimiento irrestricto a la letra de la ley del Estado de Derecho, provocaron, como el extremo de exceso, que en las leyes fueran incluidos contenidos arbitrarios que violentaban la lógica de una norma jurídica: en lugar de pensarse como instrumentos de libertad eran expedidas como justificaciones de aberraciones, incluyendo el genocidio.

Insisto, sin abundar en este trabajo, en la crisis de la representación que permitió lo anterior, la ausencia de oposición responsable o de libertad de expresión que cuestionen el actuar de quien detentaba el poder, son el reflejo de que en realidad que en ese lugar prevalecía una dictadura, carente de principios éticos. El carácter despótico del gobierno que antes se manifestaba en el ejecutivo ilimitado ahora se sustentaba en lo que las leyes dictaban. Para algunos<sup>2</sup> esto se podría caracterizar como Estado con Derecho en lugar de Estado de Derecho.

En el Estado constitucional de Derecho, la Constitución emerge como la norma suprema dejando de ser símbolo (tótem) y se convierte en reguladora del Estado y sus elementos a través de su contenido. En este paso, la Constitución no puede ser ya utilizada como medio de dominio de la autoridad a los gobernados, tiene que ser vista como los mínimos indispensables de derechos a favor de los gobernados y como un acuerdo para cumplir los fines teleológicos del Estado a favor de la población. Se convierte así en un instrumento generador de gobernabilidad democrática, al brindar a los gobernados los contenidos de las normas supremas dictadas por el constituyente como máxima expresión de la voluntad popular soberana.

El carácter democrático se entiende como fundamento para que se construya una vía de acceso a todos los ciudadanos al pleno ejercicio de sus derechos organizados bajo una Ética pública que resulte común y aceptada por todos.

<sup>2</sup> Elías Díaz, “Estado de Derecho y derechos humanos”, en *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica*, t. I, Puebla, Ed. Cajica, 2002, *passim*.

Según Kant una Constitución justa aspira a armonizar la libertad de cada individuo con la de los demás. No tiene nada que ver con maximizar la utilidad, la cual no debe interferir por ninguna razón en la determinación de los derechos básicos.

La Ética pública y el Derecho a través de la ley son reguladores de una sociedad, en cada tiempo y espacio, ese grupo social determina cuáles son los contenidos que son válidos y necesarios para alcanzar los fines que determina para alcanzar los fines que se fija.

La moralización de la política sólo es posible a través de un Estado constitucional de Derecho real y efectivo, pues en ese momento las relaciones entre los detentadores del poder quedan circunscritas a las aspiraciones éticas colectivas de la sociedad.

Los jueces tienen que recurrir así, en la interpretación del contenido de las constituciones, a principios de justicia, tradiciones y razones que son más cercanos a la cultura política o a la Ética de la sociedad que al propio Derecho.

No debemos dejar de lado que existen principios de contenido ético universales, considerados así al ser coincidentes en todas las sociedades, mientras que existen otros que han variado dependientes de otros valores, como son los históricos o culturales y que moldean a cada grupo social.

Como cada persona que puede decidir libremente cuáles son los medios para alcanzar sus objetivos, no debe sustentarse propiamente en un utilitarismo individual para fundamentar la idea de justicia o de los derechos, si fuera así la sociedad tendría que imponer una idea colectiva de los fines comunes y con ello impediría la consecución individual, pues como refirió Kant cada quien pues cada uno puede buscar la felicidad de la manera que crea oportuna mientras no infrinja la libertad de los demás de hacer lo mismo.<sup>3</sup>

Debiera resultar lo más común, y máxime en una sociedad moderna, que cada persona sea capaz de elaborar sus propios juicios de valor, pero debemos acotar que no necesariamente cual-

<sup>3</sup> Michael Sandel, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Madrid, Ed. Debate, 2011, p. 159.

quier ponderación que la persona realice contenga valores éticos y sean responsable y socialmente bien elaborados. La capacidad individual de realizar esos juicios de valor no lleva implícita o forzosamente la subjetividad, la intencionalidad o la forma de elaborarlos. Lo más simple —cuando cada persona hace sus juicios— es que se hagan *a priori*, con prejuicios y que se busquen después argumentos que lo sustenten, restándose así la objetividad en su formación. De esta misma manera, pero pensando en que sea responsabilidad del Poder Legislativo formaba el legalismo, característico del Estado de Derecho, como se mencionaba, daba pauta para una hipocresía, moral, democrática y jurídica, pues era la vía para apuntar objetivos desvirtuados que de otra forma no se convertirían en norma jurídica.

Por ello, en el Estado constitucional de Derecho lo que cuenta es la sustancia, los principios, el contenido y los fines que se desprendan de la ley y no la ley formal, en cuanto a la legalidad intrínseca necesaria para su expedición y validez.

Ello acarrea muchas consecuencias, se mueve de nuevo el responsable de controlar los abusos, pasando del legislativo al judicial quien determina ya no la letra de la norma sino el contenido de la misma, llevando la expresión escrita a la intención de protección para los gobernados.

Retomando la crisis de la representación el Estado constitucional de Derecho abre una correlación directa con la democracia, dándoles a ambas contenidos sustanciales más allá de la formalidad, a partir de ahí le damos al Estado constitucional de Derecho un sentido ético, en la medida del respeto a valores como son la tolerancia, la libertad, igualdad y certeza jurídica para todos. Con ellos se redunda la idea democrática, como la aspiración común.

Insistiendo un poco en ello, el Estado constitucional y democrático de Derecho adosa a la formalidad legal de creación de la norma, un contenido que asegure su fin teleológico, para que sea un instrumento garante de la sociedad.

Ante la correlación de conceptos el Estado constitucional de Derecho debería de convertirse en la aspiración de cumplimiento a todo país que se precie de ser democrático.



La democracia como coparticipación para la búsqueda de la felicidad e los gobernados, es el vehículo para pasar del Estado de poder del más fuerte a un Estado constitucional de Derecho, no solo creando la regulación jurídica necesaria para velar por las relaciones y la búsqueda de dicha felicidad, sino aplicándolas efectivamente. En un sistema plural y de verdadera separación de poderes se minimiza el riesgo de la corrupción autoritaria e impune. Esta característica de la democracia constituye una forma específica de fortalecer la cultura moral de la sociedad.<sup>4</sup>

La moral pública es moral común, sin que pueda convertirse en una verdad parcial en manos de algunos que pretendan imponer la propia a los demás, no puede soslayarse que los derechos son de las personas y de los grupos sociales, no de otras categorías artificialmente construidas, esta es otra de las cualidades que le da el carácter democrático al Estado constitucional de Derecho.

Debe entenderse que el Estado constitucional de Derecho le establece límites a la democracia representativa en aras de la protección de los derechos de la colectividad; de lo contrario, las mayorías parlamentarias se podrían transformar en turbas sin control que alterasen los contenidos mínimos necesarios para la adecuada convivencia social. Es además la única oportunidad para que los gobernados —sobre todo los más desprotegidos y por ende vulnerables— encuentren un mecanismo que les dé equidad, justicia, igualdad, transparencia y erradique violencia, corrupción, epidemias y otras amenazas a la población.

Donde el Estado constitucional de Derecho es solamente un discurso del gobierno en turno para aparentar que se ciñe al cumplimiento de la norma y a los fines que fija la sociedad y no se cumple, ahí la sociedad está a merced de las autoridades; la pobreza extrema aumenta cada año y las posibilidades de salir de ella son escasas; la opacidad de las autoridades, tanto en el manejo de información sensible como en el manejo de los recursos públicos, es común y el quehacer cotidiano —la agenda pública— no es transparente; las políticas públicas son diseñadas a

<sup>4</sup> Luis Guerrero Martínez, *¿Quién decide lo que está bien y lo que está mal? Ética y racionalidad*, México, UIA-Plaza y Valdés, 2008, p. 51.

veces desde un escritorio sin el consenso de los actores o de los involucrados; la justicia es selectiva, oprime a los desprotegidos y exime a los privilegiados, respondiendo también a un patrón cultural arraigado por el cual se consideran por encima de la ley,<sup>5</sup> lo que provoca a la vez la permanente percepción de injusticia en la población, lo cual genera que se prefiera tomarla por propia mano,<sup>6</sup> por la desconfianza que se tiene a las autoridades constituidas; existe una confusión de los grupos criminales con las policías, estando en duda quien detenta la fuerza pública; los derechos fundamentales son plenamente discursivos o en realidad un amplio catálogo constitucional de buenas intenciones; los medios de comunicación no emiten libremente las noticias; en resumen, cuando no hay Estado constitucional de Derecho, la sociedad se encuentra en circunstancias similares a las de un Estado absolutista. Ni siquiera es un Estado de Derecho, cuando el contenido de la norma es utilizado por la autoridad como instrumento de dominio —y habría que incluir en esto hasta los textos constitucionales— se está en la presencia de un gobierno al que no lo limita la ley, ni su contenido. Ese gobierno no busca cumplir los fines de la sociedad, sus intenciones son únicamente del grupo en el poder.

<sup>5</sup> César Rodríguez Garavito (coord.), *El Derecho en América Latina, un mapa del pensamiento del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, *passim*. Disponible en: [http://www.dejusticia.org/cesar/files/r2\\_cesaractividade\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.6.pdf](http://www.dejusticia.org/cesar/files/r2_cesaractividade_recursos/fi_name_recurso.6.pdf). Consultado el 3 de febrero de 2015.

<sup>6</sup> Síntesis del informe del CIDE sobre justicia cotidiana: “En efecto, la falta de mecanismos efectivos para dar solución a los conflictos interpersonales, así como entre la autoridad y las personas, genera incentivos para la autocomposición (justicia por propia mano), la intervención de terceros que toman beneficio del conflicto, o simplemente para dejar a las personas en virtual estado de desprotección y con ello generar alicientes para la impunidad. Un sistema de impartición de justicia que funciona bien permite en cambio que las personas recobren la confianza tanto interpersonal como en las instituciones, que encuentren respuestas adecuadas a sus problemas y faciliten la salida de la informalidad y la marginación jurídica”. Disponible en: [http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Documento\\_JusticiaCotidiana\\_VoBo\\_270415.pdf](http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Documento_JusticiaCotidiana_VoBo_270415.pdf). Consultado el 1 de mayo de 2015.

No hay control legal válido y efectivo cuando la autoridad decide hacer excepciones para justificar la inaplicación de las normas; ni tampoco cuando la autoridad estando obligada decide ser omisa en el cumplimiento de la ley. El Estado constitucional de Derecho requiere indispensablemente que las leyes sean efectivas para regular las conductas sociales que prevén.

El Derecho se convierte en el organizador social consensuado en el Parlamento que representa a la sociedad, con sus necesidades y características de época y espacio, y el poder es quien imbuje de la Ética pública a la norma, siendo el poder quien brinda la eficacia en la aplicación de la Ética pública.

Sin ese instrumento, el poder y sin su sometimiento a las reglas que la normativiza, la moralidad quedaría por encima del Derecho reduciendo validez a la justicia de las conciencias de las personas o grupos y por otra parte, quedaría petrificada en un ordenamiento que daría legitimidad con su sola positivización al reduccionismo contrario, es decir, el de la justicia de la validez.<sup>7</sup>

La moralidad y la dignidad como valor intrínseco a la naturaleza de los hombres, su libertad, seguridad, igualdad y equidad como contenidos políticos sociales, se trasladan por el poder como factor de cohesión social al Derecho, como partes dogmáticas y también orgánicas de las constituciones, sin que se encuentren cerradas las normas y sólo se apliquen a la letra, pudiendo abrirse a las condiciones individuales de los integrantes de la sociedad.

La fundamentación e incluso la fundación democrática del poder, así como su ejercicio se convierten en el primer requisito para que el Derecho sea justo, ya que le brinda la eficacia y validez en el contenido ético del uso de la fuerza pública.

Nos refiere Gregorio Peces Barba:

La moralidad pública positivizada no contradice la tesis de la separación conceptual, porque se incorpora al Derecho por los cauces de

<sup>7</sup> Ángel Llamas Cascón, “*Algunas consideraciones en torno a los derechos fundamentales*”, en *Entre la Ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, Vol. I, Madrid, Ed. Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, pp. 714 y 715.

producción normativa (Derecho legal en sentido amplio y Derecho judicial) y actúa como Derecho y no como moral. Sigue siendo conceptualmente distinta del Derecho la moralidad pública crítica que presiona sobre el Derecho, que critica al Derecho, pero que no es Derecho. Por consiguiente, aún cuando considerásemos que la moral pública está comprendida en el ámbito abarcado por la separación conceptual entre Derecho y moral, a efectos dialécticos, al incorporarse al Derecho, pierde, de alguna manera, su condición de moral y adquiere los rasgos del Derecho.<sup>8</sup>

El sometimiento del poder al Derecho tiene en el Estado constitucional una doble vertiente, la formal y la material... En la segunda, los contenidos de Ética pública incorporados a la Constitución, en forma de valores, de principios y de derechos, limita la posibilidad de mandar del poder en el legislativo ordinario, y en el poder reglamentario. Dentro de esos contenidos suelen existir una pluralidad de opciones donde la elección de la adecuada la escoge el poder político ordinario. Solamente en el caso de zonas de penumbra o de textura abierta en los contenidos materiales incorporados a la Constitución, entra en juego la interpretación del Tribunal Constitucional, poder que crea Derecho en esos casos, al señalar el sentido correcto de las normas constitucionales controvertidas.<sup>9</sup>

La Ética pública debe tener un consenso social en el uso legítimo del poder, del Derecho y de la fuerza pública racional, al menos de la gran mayoría que los aceptan como instrumentos de la convivencia en el pluralismo, aun en la diversidad ideológica que sustentan cuál debe ser el interés general o el objetivo común de la sociedad. Aquí la Ética pública debe reconocer las ofertas políticas y que los ciudadanos puedan escogerlas libremente — estando presente de nuevo la idea democrática— en donde la premisa es la aceptación de las reglas del juego en la que cuando se participa se puede ganar o perder, aceptando la legitimidad de quien obtiene el triunfo electoral.

<sup>8</sup> Gregorio Peces Barba, *Derecho y poder: el poder y sus límites*, Ed. Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1999, p. 21. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1325>. Consultado el 15 de abril de 2015.

<sup>9</sup> *Idem*.

La Ética pública no es Derecho si no se incorpora a través de los cauces de producción normativa que se establezcan en cada sociedad, pudiendo incorporarse esta moralidad a la vida jurídica en rangos constitucionales, legales o incluso de la jurisprudencia.

La generalización de los sistemas de control moral individual está estrechamente ligada a la construcción de un aparato estatal de control social capaz de garantizar el monopolio de la violencia legítima y el establecimiento de un sistema unificado de normas. Por tanto la generalización de pretensiones morales no es un paso previo sino simultáneo a la garantía política y jurídica de expectativas.<sup>10</sup>

Dicho de otra forma, la aspiración moral de los individuos trasciende al grupo y se convierte en exigencia para el Estado que lo debe incorporar al Derecho; la carencia de acciones o de principios en los individuos, su apatía o indiferencia ante lo que hace el gobierno, permite y fomenta que la autoridad sea a su vez lejano a las necesidades o aspiraciones de la población.

Cuando una pretensión moral sea presentada como una necesidad general de la sociedad y se incorpora al sistema normativo, acompañada de los instrumentos necesarios para garantizar su eficaz aplicación y exigibilidad, cerraríamos el círculo en el reconocimiento pleno de un Derecho. La sociedad lo demanda, la ley lo reconoce y la autoridad lo aplica o vigila.

El Estado constitucional de Derecho representa una condición irrenunciable a los países democráticos, no solo porque es el catalizador de las conflictos sociales o el regulador de las relaciones colectivas, sino justificándose en que es la vía para la defensa de las libertades políticas y de la democracia, de los derechos fundamentales de toda la población y que sirve como mecanismo que controle y someta a las propias condiciones del Derecho a los detentadores del poder en su uso. Reuniendo estas tres con-

<sup>10</sup> Ignacio Aymerich Ojea, “¿Puede el Derecho reflejar valores morales?”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Ed. Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, pp. 119 y 120.

diciones el Estado pasa de ser gobernado por la ley a un Estado constitucional y democrático de Derecho.

### *3. Las mediciones o índices*

Estando establecida la premisa de la necesidad de los valores éticos y el contenido de las normas en el Estado constitucional de Derecho se dejó patente también la necesidad de su aplicación eficaz y que no fuera meramente parte de la postura oficial, por ello, a nivel mundial se han establecido distintos medios de medir a los países en el cumplimiento de indicadores relacionados con los factores demandados por la sociedad.

Pero más allá del discurso, ¿cómo saber si en un país se cumple o no el Estado constitucional de Derecho? Para lo anterior es necesario, como forma de comprobación en las ciencias sociales de parámetros de evaluación que sirvan para homogenizar criterios y establecer las referencias necesarias para la evaluación del cumplimiento.

En abril de 2015 fue presentado el Índice Global de Impunidad por el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Universidad de las Américas de Puebla, México.<sup>11</sup>

En él se coloca a México en el lugar 58 de los 59 que tienen información confiable y fueron incluidos, como el penúltimo con mayor índice de impunidad.

También en abril de 2015, el Centro de Investigación y Docencia Económicas presentó el Informe de Resultado de los Foros de Justicia Cotidiana.<sup>12</sup>

En éste se presenta el diagnóstico de los problemas que enfrenta la sociedad mexicana en la “ausencia de incentivos y condiciones para el cumplimiento regular de los acuerdos entre las personas, para la reivindicación efectiva de sus derechos, y para

<sup>11</sup> Informe disponible en: [http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI\\_2015\\_digital.pdf](http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI_2015_digital.pdf). Consultado el 1 de mayo de 2015.

<sup>12</sup> Disponible en: <http://justiciacotidiana.mx/swb/JusticiaCotidiana/conclusiones>. Consultado el 1 de mayo de 2015.

que quienes los violenten o incumplan sus obligaciones, tengan consecuencias por su comportamiento.”<sup>13</sup>

Aunado a ellos, el *World Justice Project*, como una organización no gubernamental elaboró la medición acerca de la aplicación real y la práctica de las condiciones que constituyen el Estado constitucional de Derecho, denominándolo *WPJ Rule of Law index*.<sup>14</sup> Esta organización ha emitido 4 reportes (2010 a 2013, emitidos un año después) estando pendiente el correspondiente a 2014 que se expedirá este año.

Los tres informes reflejan la preocupación de instituciones, públicas y privadas, de establecer diagnósticos, mediciones y comparativos que señalen la situación real de los países y permitan el mejoramiento de las condiciones prevalecientes en beneficio de la sociedad.

El informe denominado *Rule of Law Index 2014* será analizado a mayor detalle al estar vinculado de forma más específica al Estado constitucional de Derecho. Por otra parte representa el de mayor antigüedad y con más países medidos.

La organización que lo realiza se define como independiente, multidisciplinar en la búsqueda del avance del cumplimiento del Estado constitucional de Derecho como herramienta de oportunidad, equidad y desarrollo económico a las comunidades y respeto a los derechos fundamentales. Buscan provocar reformas legales, desarrollar programas prácticos a nivel comunidad y elevar la conciencia pública de la importancia fundamental del Estado de Derecho. Fundada con el apoyo de la Asociación de la Barra Americana y otros 21 socios es una organización no gubernamental sin fines de lucro.

Analiza y evalúa 47 subfactores relacionados con 9 temas principales: Límites o restricciones a los poderes gubernamentales, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos funda-

<sup>13</sup> [http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Sintesis\\_JusticiaCotidiana-version-final.pdf](http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Sintesis_JusticiaCotidiana-version-final.pdf). p. 8. Consultado el 1 de mayo de 2015.

<sup>14</sup> Disponible en: [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp\\_rule\\_of\\_law\\_index\\_2014\\_report.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf). Consultado el 30 de marzo de 2015.

mentales, orden y seguridad, reforzamiento regulatorio, justicia civil, justicia penal y justicia informal.

Ha incrementado cada año el número de países en medición, la metodología para el análisis fue elaborada desde 2010, en ella se incluyen encuestas a dos grupos, a paneles de expertos y a población común, así como entrevistas. Consideran métodos de mínimos y máximos y toman en cuenta el rango de ingresos de la población.

Muchos de los criterios se sustentan en condiciones que solo son comprobables mediante instrumentos de medición subjetivos como son la entrevista, no en todos los casos la estadística u otras fuentes comprobables alcanzan para ser sujetas de evaluación.

Como se puede advertir en la lectura del informe los parámetros medibles con cuestiones que la sociedad ha planteado, universalmente, como parte de la Ética pública, y se convierten además en cuestiones que de no cumplirse provocan conductas a su vez lacerantes para la propia comunidad. El incumplimiento de los parámetros provoca peores condiciones a los gobernados.

Para efectos de su criterio definen al Estado constitucional de Derecho sustentada en cuatro principios universales derivados de estándares aceptados internacionalmente, siendo un sistema en donde se confirma que:

1. El gobierno y sus integrantes, las personas físicas y morales son responsables ante la ley.
2. Las leyes son claras, publicadas, estables y justas; son aplicadas en igualdad y protegen los derechos fundamentales incluyendo la seguridad de las personas y la propiedad.
3. El proceso de promulgación, administración y aplicación de una ley es accesible, justo y eficiente.
4. La justicia es administrada a tiempo, por autoridades competentes, éticas, independientes, neutrales y suficientes en número, con recursos económicos adecuados y que reflejan la composición de la comunidad a la cual sirven.



Cabe hacer notar que la medición efectuada no es en leyes, sino en la aplicación práctica del Derecho.

Los nueve temas principales que se evalúan se traducen en lo siguiente:

1. Límites o restricciones a los poderes gubernamentales.

La medición de cuanto están obligados los que gobiernan a cumplir la ley. Comprende el significado, constitucional e institucional, por el cual los poderes, sus integrantes están limitados y son sujetos responsables bajo la ley. Incluye los controles no gubernamentales en el poder del gobierno, tales como la prensa libre e independiente.

Los controles gubernamentales tienen muchas formas, no operan de forma aislada en sistemas en los cuales se establece la división de poderes, sin que necesariamente estén establecidos en la ley. Sin embargo, lo que es esencial, es que la autoridad esté distribuida por reglas formales o por convenio, de tal forma que se asegure que ninguna autoridad puede ejercer poderes discrecionales o irrestrictamente. Este factor se direcciona a la efectividad de los controles del poder por el Legislativo, el judicial y los organismos independientes de revisión o medición, así como la observancia y vigilancia de los medios de comunicación y de la sociedad civil, que sirven para monitorear al gobierno y mantener a los gobernantes en la responsabilidad. Se examinan también los poderes de transición y mide también que servidores públicos fueron responsabilizados por conductas indebidas.

2. Ausencia de corrupción.

Mide la ausencia de corrupción en un número de instituciones oficiales, considerando tres formas de corrupción: soborno, influencia indebida o conflicto de interés público o privado y desvío de recursos públicos u otros bienes. Se analizan a los funcionarios del ejecutivo, el judicial, la milicia o la policía y el legislativo, abarcando un amplio rango de posibilidades en las cuales desde el pequeño soborno hasta el gran fraude pueden ocurrir.

3. Gobierno abierto (transparente).

Mide la naturaleza abierta del gobierno, indispensable para su evaluación o vigilancia pública. Específicamente revisa en qué medida la sociedad tiene reglas claras, publicadas, accesibles y estables; qué tanto el gobierno permite la participación ciudadana; si la información legal, incluyendo proyectos de ley está disponible al público. Los dos primeros factores se relacionan a efecto de que las personas sepan y conozcan que está prohibido o permitido por la ley. Los otros dos subfactores abarcan la oportunidad de las personas de participar en el proceso de creación y aplicación de las normas. Además del grado de participación se agrega qué tanto las personas solicitan al gobierno, si los procedimientos de respuesta son rápidos y públicos, y qué tanto los documentos oficiales son públicos.

#### 4. Derechos fundamentales.

Mide el cumplimiento de derechos fundamentales. Reconoce que un sistema de leyes positivas que falla respecto al núcleo de derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales de regulación por el Derecho no merece sistema de Estado de Derecho. Toda vez que hay muchos índices que catalogan derechos fundamentales sería imposible evaluar el cumplimiento de todos, se limita a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los que más se vinculan o relacionan al Estado de Derecho. Los derechos a evaluar son: cumplimiento de la ley y protección para todos, derecho a la vida y seguridad personal, debido proceso y derechos del acusado, libertad de opinión y expresión, libertad de creencias y religión, derecho a la privacidad, libertad de reunión y asociación, y derechos laborales fundamentales, incluyendo libertad de asociación colectiva, prohibición a trabajo forzado o infantil y la eliminación de la discriminación.

#### 5. Orden y Seguridad.

Mide qué tanto la sociedad tiene seguros sus bienes y a su persona. Es uno de los aspectos que definen a cualquier sociedad que se rige bajo el Estado constitucional de Derecho y el funcionamiento esencial del Estado. Es una precondition para el respeto de los derechos humanos también evaluados. Incluye tres factores de cobertura: crimen ordinario (aunque se miden los

de mayor impacto por violencia), violencia política (terrorismo, conflictos armados y agresión a la autoridad) y violencia como mecanismo socialmente aceptado de aplicación de justicia (linchamientos, autodefensas).

#### 6. Refuerzo regulatorio.

Mide la extensión de que regulaciones son justas y efectivamente implementadas para reforzar. Regulaciones legales o administrativas estructuran conductas dentro y fuera del gobierno. Requieren de una eficacia regulatoria y ser aplicada sin conflicto de interés por gobierno y particulares. Requiere que los procedimientos administrativos sean ágiles, sin retrasos injustificados, que respeten el debido proceso y que no existan expropiaciones sin pago o compensación adecuados.

No se establece en este tema qué actividades deben ser reguladas por el gobierno, o cuántas conductas de la actividad privada deben controlarse. Para permitir el comparativo señala áreas donde todos los países regulan de alguna forma, como salud pública, seguridad laboral, protección al ambiente o actividades mercantiles.

#### 7. Justicia Civil.

Mide si la gente común puede resolver sus diferencias de forma pacífica y efectiva a través del sistema de justicia civil. Uno de los requisitos es que sea accesible y gratuita, libre de discriminación, corrupción y ausente de influencias del poder. Requiere también que sea pronta, expedita y sin retrasos injustificados, que los jueces tenga el apoyo necesario. Reconociendo el valor de los medios alternos de solución de conflictos, mide la accesibilidad, imparcialidad y eficiencia de la mediación y arbitraje que puedan resolver conflictos de naturaleza civil.

#### 8. Justicia Penal.

Evalúa el sistema penal, siendo una de las cuestiones torales del cumplimiento del Estado constitucional de Derecho, constituye el mecanismo de solución de quejas y tomar acciones en contra de las agresiones a la sociedad. Los sistemas de justicia penal son capaces de investigar de forma rápida y eficiente, de forma imparcial y sin discriminación, libres de corrupción y de

tráfico de influencias, y asegura los derechos de las víctimas y de los acusados. También requiere de un sistema de sanciones que reduzca la criminalidad. Este factor considera a todo el sistema, policía, abogados, ministerio público, jueces y funcionarios de readaptación social.

#### 9. Justicia informal.

Se refiere al papel que juegan otros sistemas de justicia, incluyendo los étnicos, religiosos o comunitarios, para resolver las diferencias.

Por lo general estos sistemas sustituyen a los institucionales cuando la población los percibe como lejanos, inaccesibles, ineficientes o corruptos. Cubre tres factores, si la resolución es expedita y eficiente, si son imparciales y si también protegen derechos fundamentales.

### 4. Conclusiones

Del análisis de las noticias cotidianas en México se puede advertir el incumplimiento a distintos de los puntos establecidos y con los cuales podemos aseverar que aún estamos transitando del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho.

La revisión de los criterios que como nación consideramos de Ética pública y su debida incorporación al sistema normativo es la opción para fomentar y facilitar la transición.

La determinación de los derechos fundamentales que deben ser acompañados de mecanismos efectivos que inicien con el compromiso de la autoridad de que su cumplimiento sea la regla general y no la excepción forzada mediante la activación de juicios de protección ante el poder judicial federal, que, como se advierte del informe de justicia cotidiana resulta en un trámite difícil e inaccesible a la mayoría de la población.

La aplicación ley puede ser opresiva en su cumplimiento estricto a los desprotegidos y en la inaplicación a los privilegiados que genera impunidad.

No es ético —ni democrático— establecer esas desigualdades; se agrede a la dignidad colectiva.

Para lograr el adecuado cumplimiento del Estado constitucional de Derecho hay que dar muchos pasos, para los ciudadanos implica cambios de fondo en la cultura del cumplimiento de la ley, de exigir derechos pero de asumir responsabilidades, para las autoridades implica apertura y orientación y aplicación adecuada del presupuesto. Si quisiéramos resumir los pasos en una palabra sería: Ética.

### *Fuentes Consultadas*

#### *Fuentes impresas*

- AYMERICH OJEA, Ignacio, “¿Puede el Derecho reflejar valores morales?”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Vol. II, Ed. Universidad Carlos III-Dykinson, 2008.
- DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y derechos humanos”, en *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica*, t. I, Puebla, Ed. Cajica, 2002.
- GUERRERO MARTÍNEZ, Luis, *¿Quién decide lo que está bien y lo que está mal? Ética y Racionalidad*, México, Ed. UIA-Plaza y Valdés, 2008.
- LLAMAS CASCÓN, Ángel, “Algunas Consideraciones en torno a los derechos fundamentales”, en *Entre la Ética, la política y el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces Barba*, Vol. I, Madrid, Ed. Universidad Carlos III-Dykinson, 2008.
- PECES BARBA, Gregorio, *Derecho y poder: el poder y sus límites*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1999. Fuente electrónica <http://earchivo.uc3m.es/handle/10016/1325>.

- \_\_\_\_\_, *Ética, poder y Derecho*, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2004.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El Derecho en América Latina, un mapa del pensamiento del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. Fuente electrónica [http://www.dejusticia.org/cesar/files/r2\\_cesaractividade\\_recursos/fi\\_name\\_recurso.6.pdf](http://www.dejusticia.org/cesar/files/r2_cesaractividade_recursos/fi_name_recurso.6.pdf)
- SANDEL, Michael, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Madrid, Ed. Debate, 2011.
- VALADÉS, Diego, “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Vol. XXXV, Núm. 103, enero-abril, 2002. Fuente electrónica: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art8.htm>

#### *Fuentes electrónicas*

- <http://justiciacotidiana.mx/swb/JusticiaCotidiana/conclusiones>
- [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp\\_rule\\_of\\_law\\_index\\_2014\\_report.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf)
- [http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI\\_2015\\_digital.pdf](http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI_2015_digital.pdf)
- [http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Documento\\_JusticiaCotidiana\\_VoBo\\_270415.pdf](http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Documento_JusticiaCotidiana_VoBo_270415.pdf)
- [http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Sintesis\\_JusticiaCotidiana-version-final.pdf](http://justiciacotidiana.mx/work/models/JusticiaCotidiana/Resource/101/1/images/Sintesis_JusticiaCotidiana-version-final.pdf)

## ÉTICA Y DERECHO AMBIENTAL: LA IDEA DE NATURALEZA EN LA LEY

Gerardo Ribeiro \*

*Hamlet: ¿No tendrá ese hombre  
conciencia de su oficio,  
que canta mientras abre una fosa?*

*Horacio: La costumbre le ha  
familiarizado con la tarea.*

WILLIAM SHAKESPEARE

### *1. La idea de naturaleza en la ley ambiental*

**L**a Ley general del equilibrio ecológico y la protección ambiental, en su artículo 3, aporta una serie de definiciones relacionadas con su materia. Si bien no existe en la ley una definición de naturaleza de manera particular, sí existe la definición de *Elemento natural* entendido como: *Los elementos físicos, químicos y biológicos que se presentan en un tiempo y espacio determinado sin inducción del hombre*. El ser humano, entonces, no forma parte de los elementos naturales dado que cualquier inducción realizada por él estaría fuera del elemento natural, incluyendo, claro está el ser humano mismo que, al parecer, no es un elemento natural. Porque la “inducción” que realizan los elementos físicos, químicos y biológicos –por sí mismo y entre ellos- sí forma parte de los elementos naturales. Ahora bien, estos elementos naturales, que evidentemente conforman a la naturaleza y que no incluye al hombre en su definición, constituyen *Recursos Biológicos* y *Recurso Natural*. La ley ambiental

\* Profesor en la Universidad de Guanajuato.

define al concepto de *Recurso biológico* como *Los recursos genéticos, los organismos o parte de ellos, las poblaciones o cualquier otro componente bioético de los ecosistemas con valor o utilidad real o potencial para el ser humano*. Y la misma ley define al *Recurso Natural* como *El elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre*.

La naturaleza, entonces, es un conjunto de elementos naturales —físicos, químicos y biológicos— que tienen valor o utilidad real o potencial para el ser humano y que son susceptibles de ser aprovechados por parte del hombre. La naturaleza es un bien y, por lo tanto, la idea de naturaleza en el corpus jurídico es patrimonialista.

## *2. Crítica a la idea de naturaleza en la ley ambiental*

La naturaleza es un bien y por lo tanto se la regula desde el punto de vista patrimonialista, es decir, la naturaleza desde el concepto de patrimonio es un derecho real. Conocer el concepto de derecho real permitirá conocer jurídicamente el concepto de naturaleza en la ley ambiental.

Para Ortolán “el derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho (...) Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa un beneficio mayor o menor”.<sup>1</sup> Para Mackeldey “derecho real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos los conceptos o bajo algunos solamente”.<sup>2</sup> Para Demolombe, por su parte, “el derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, a saber: la persona, que es el sujeto activo del derecho y la cosa, que es el objeto”.<sup>3</sup> Aubry y Rau afirman que “Los derechos reales son aquellos que

<sup>1</sup> Citado por Edmundo Gatti y Jorge Alterini, *El derecho real*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 33.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 34.



crean una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona al poder del cual ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, siendo, por eso mismo, susceptible de ser ejercidos no solamente contra tal persona determinada, sino contra todos”.<sup>4</sup> Para Maynz el derecho real es “nuestra voluntad dirigiéndose hacia una cosa con abstracción de todo otro individuo humano fuera de nosotros”.<sup>5</sup> Gatti y Alterini proponen su definición de derecho real en los siguientes términos: “El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud de la cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas o alguna de sus utilidades, con exclusión de injerencias externas y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado”.<sup>6</sup>

Juan Iglesias al tratar el tema de los derechos reales en el Derecho romano se refiere a las concepciones actuales que predominan al definir el derecho real, mismas que transcribimos con anterioridad, y las critica afirmando que estas teorías sólo consideran a la relación jurídica como la actuada por razón del derecho personal, sin embargo, el derecho real naciente se define en puro sentido material.<sup>7</sup> “La verdad —dice Iglesias— es que no hay relación jurídica que no se dé entre personas, en la comunicación y en el tráfico que ellas establecen. No cabe hablar de relación entre persona y cosa”. Finaliza Iglesias su crítica apuntando que el “derecho real establece una relación jurídica entre el titular y los no titulares [...] El deber de los demás se traduce en observar una conducta negativa, esto es, en no entorpecer el libre ejercicio del derecho conferido a otro sobre la cosa”.<sup>8</sup> Iglesias concluye su razonamiento afirmando que “entre el derecho y el deber se da un justo equilibrio: el titular tiene derecho a que se le respete la esfera de su disponibilidad; los demás no se obligan sino por razón de ese respeto”.

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Juan Iglesias, *El Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 241.

<sup>8</sup> *Idem.*

Kant, por su parte, también hace una crítica a este modo de conceptualizar el derecho real y afirma que la definición ordinaria del derecho a una cosa (*ius reale, ius in re*) es el derecho frente a todo poseedor de la misma. Pero la pregunta que nos debemos hacer dice Kant es: ¿qué es lo que hace que yo pueda, en relación a un objeto externo a mí, dirigirme a todo tenedor del mismo y forzarle a reponerme en su posesión? Y Kant contesta que “puesto que al derecho de una parte corresponde un deber de la otra, la cosa exterior, aunque la haya perdido el primer poseedor, permanece siempre, sin embargo, obligada a él; es decir, se resiste a cualquier otro presunto poseedor, porque ya está unida a aquel”.<sup>9</sup> Finaliza Kant la idea afirmando que: “Es, por tanto, absurdo imaginar obligaciones de una persona con respecto a cosas y viceversa, aún cuando sea lícito de todos modos hacer sensible la relación jurídica mediante tal imagen y expresarse así”. Por lo tanto, se debe entender que el derecho real no es la relación entre un sujeto y la cosa, sino la obligación de todos los hombres, por ser un derecho absoluto y *erga omnes* (frente a todos) que impone la obligación de abstenerse a todos los sujetos pasivos. Es una obligación negativa: no interferir en la propiedad, posesión, usufructo, etcétera, de la cosa objeto del derecho real.

Planiol profundiza en esta crítica y afirma que entre una persona y una cosa no puede existir un vínculo jurídico dado que esta relación carecería de sentido dado que, como se observó en Kant, todo derecho es un vínculo entre personas que en este caso impone una abstención a los sujetos pasivos de no interferir en el derecho del sujeto activo sobre la cosa. Por lo tanto, la verdadera relación jurídica en el derecho real se establece entre un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto y no como los primero citados suponen que la relación es solo entre el sujeto activo y la cosa.

En términos personales defino al derecho real como una relación jurídica por virtud de la cual se impone a todos los sujetos pasivos una obligación negativa (la de abstenerse y no interferir) ante el dominio de la cosa (objeto) por parte del titular del derecho (el sujeto activo).

<sup>9</sup> Emmanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 75.

Este derecho real se expresa, entre otras figuras jurídicas, en derechos tales como:

**La posesión:** Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho (...) Posee un derecho el que goza de él. (Código Civil Federal, Art. 790)

**La accesión:** La propiedad de los bienes da derecho a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente. (Código Civil Federal, Art. 886)

**La copropiedad:** Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecer pro-indiviso a varias personas. (Código Civil Federal, Art. 938)

**El usufructo:** El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos. (Código Civil Federal, Art. 980)

**El uso:** El uso da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque esta aumente.

**Las servidumbres:** La servidumbre es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. (Código Civil Federal, Art. 1057) La servidumbre consiste en no hacer o en tolerar. (Código Civil Federal, Art. 1058)

**La propiedad:** El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes. (Código Civil Federal, Art. 830) El artículo 27 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos impone las limitaciones y modalidades a la propiedad privada con base en los principios de interés público, beneficio social, distribución equitativa de la riqueza pública, conservación, desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la población rural y urbana. Las modalidades y limitaciones referidas a la naturaleza desde la perspectiva del equilibrio ecológico y la protección ambiental tienen su propio corpus jurídico reglamentario. La imposición de limitaciones y modalidades a la propiedad de la naturaleza desde el cuidado ambiental no es óbice de que, en última instancia, la naturaleza se considera de un bien objeto de derecho real que puede y debe ser objeto de apropiación y, por lo tanto, la relación

de los seres humanos es bajo la premisa mayor de que la relación que establece con la naturaleza es una relación patrimonialista. Que tiene modalidades y limitaciones bajo principios ambientales, es verdad, pero siempre sobre la base de que es un bien, un patrimonio personal al que los demás deberán abstenerse frente a mi derecho personal del *ius utendi, fruendi et abutendi*.

### 3. *Ética y Derecho ambiental*

Para la ley la naturaleza es un conjunto de bienes denominados recursos naturales que son susceptibles de apropiación por parte de los particulares, con modalidades y limitaciones, es verdad, pero la concepción jurídica de la naturaleza, es la de ser un patrimonio y por tanto regulado como bien dentro o fuera del comercio. Este bien será objeto tanto de la disputa judicial por su titularidad, como objeto registral y bienes que se pueden transmitir tanto por herencia como por donación, etc. La idea ética que proponen tanto la ley como reglamentación y el derecho entendido en este caso como reivindicación de derechos subjetivos consignados en la ley a la naturaleza, es que los recursos naturales son bienes propiedad de sujetos activos que exigen de los demás seres humanos abstenerse de interferir en su derecho sobre la cosa. La relación que las personas establecen con la naturaleza es una relación de propiedad, usufructo, uso, es decir, relaciones patrimonialistas. El hombre domina la naturaleza desde la ciencia para su provecho, pero también la domina desde el punto de vista de la propiedad: es su dueño y la puede explotar —con limitaciones— es verdad, pero bajo la premisa fundacional de que es un objeto y es susceptible de apropiación. La idea ética sobre la naturaleza que construye la ley ambiental es que ella es un objeto, una cosa y es distinta a mí, yo como ser humano no soy naturaleza, sino que soy el propietario de ella como alguien externo a la que domino. Si por dominio jurídicamente se entiende que éste es un derecho por virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, entonces, entenderemos que la relación del hombre con los recursos naturales está

sometida a su voluntad y su acción. El discurso legal no se limita a ser un regulador aséptico entre los individuos, es, además, portador de vocablos por medio del cual una generación expresa su moral, expresa su forma de valorar o desvalorar actitudes dentro de la comunidad. Si la naturaleza son elementos naturales susceptibles de apropiación, entonces la relación que la comunidad establece con esos elementos naturales es patrimonialista. Ello significa, entonces, que la naturaleza son elementos que se pueden reivindicar en juicio, se pueden registrar como propiedad privada o copropiedad, usar, disfrutar, pignorar, rentar, etcétera.

#### 4. Epílogo

Si esto es así, entonces el poseedor de elementos naturales –físicos, químicos y biológicos- puede exigir a todos los demás seres humanos que se abstengan de interferir en el uso que le da a esos bienes. Esto significa que la relación de dominio que establecen los hombres sobre los elementos naturales está sostenida y legitimada por el concepto de naturaleza como patrimonio lo que implica una obligación negativa para todos los sujetos pasivos: abstenerse de interferir en ese derecho, es decir, abstenerse de hacerse responsable de la naturaleza, su cuidado y protección. Será la ley, la voluntad del legislador, en última instancia quien por medio de la represión imponga cuidados al medio ambiente y a los recursos naturales como así lo establece el artículo 27 constitucional al afirmar que “*La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación (...)*”. Sin embargo, lo que se discute aquí no es la facultad del Estado para imponer regulaciones que protejan la naturaleza y repriman su uso indiscriminado, lo que aquí se plantea es la concepción patrimonialista de la naturaleza. Primero, el hombre no parece formar parte del concepto de naturaleza y, en segundo lugar, dado que: “*La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacio-*

*nal, corresponde originariamente a la Nación (...) y ésta tiene el derecho de imponerle modalidades que dicte el interés público*". Lo anterior significa que los seres humanos no forman parte de la naturaleza y su propiedad es de un ente jurídico que impone regulaciones. De lo que se trata, entonces, es que la ley reivindique a los seres humanos como parte inherente de la naturaleza y que su cuidado y protección no es un derecho de una construcción jurídica sino que es una obligación moral y un imperativo de supervivencia de los propios seres humanos.

Mientras la naturaleza sea un bien susceptible de apropiación, mientras la naturaleza sea algo distinto al ser humano, su protección y cuidado tendrá que ver con la coacción y la represión penal y administrativa. Como el sepulturero de Hamlet que canta —feliz— mientras entierra la vida. Así la ley, “canta” feliz porque protege a la naturaleza, cuando en realidad la está enterrando al concebirla como un bien susceptible de regulación arbitraria y coyuntural, cuando, en realidad, el ser humano es parte constitutiva de la naturaleza y la ley debería, precisamente por ello, concebir a la naturaleza desde una idea holística en la que incluya, claro está, al ser humano como elemento inherente a la naturaleza. Cuando la ley asuma que el hombre forma parte inherente de la naturaleza entonces el cuidado de la naturaleza no será el cuidado de una cosa externa cuyo descuido se reprime con cárcel o multas. Si yo soy parte de la naturaleza entonces su cuidado pasará a ser el cuidado de mí mismo y el cuidado responsable y solidario de los otros. El cuidado de mí mismo implica, necesariamente, el cuidado de los demás, de los otros, sean cualesquiera sus elementos naturales constitutivos.

### *Fuentes consultadas*

Código civil federal. [www.Diputados.gob.mx](http://www.Diputados.gob.mx) Consultado el 6 de marzo de 2015.

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. [www.Diputados.gob.mx](http://www.Diputados.gob.mx) Consultado 6 de marzo de 2015.

- GATTI, Edmundo y Jorge ALTERINI, *El derecho real*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- IGLESIAS, Juan, *El Derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1990.
- KANT, Emmanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Ley general del equilibrio ecológico y la protección ambiental.  
[www.Diputados.gob.mx](http://www.Diputados.gob.mx). Consultado el 6 de marzo de 2015.





# II

## DERECHOS HUMANOS



# ÉTICA, DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN MORAL

Luis Eusebio Alberto Avendaño González \*

De ahí que las virtudes no surgen en nosotros  
ni por naturaleza ni contra naturaleza;  
más bien pudiéramos decir que estamos  
adaptados por naturaleza para recibirlas, y  
que se perfeccionan mediante la costumbre

ARISTÓTELES,  
*Ética Nicomaquea.*

## *1. Consideraciones generales*

La dialéctica entre la Ética y el estudio de los derechos humanos no es nueva, sin embargo, más que suponer una contradicción, pareciera un fenómeno consecuencialista. La inserción de ambos conceptos en el paradigma de la Constitución moral, refiere que el estudio de los derechos humanos representa, la columna vertebral del Estado constitucional. Al igual que su antecesor, el Estado liberal, el Estado constitucional no se propone como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para que los individuos disfruten de sus derechos y particularmente [los humanos] en la mayor medida posible desde una óptica de eticidad en todos sus extremos.

Durante las primeras décadas del siglo xx se impuso la tendencia no a la vinculación, sino a la separación entre la Ética y las ciencias humanas y sociales. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos: el de Lionel Robins

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

en economía con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de 1935; el de Hans Kelsen en derecho con su *Teoría pura del derecho*, de 1934; y el Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica*, de 1936, sin olvidar los trabajos que en el ámbito político y social desarrollaba Max Weber.

El estudio de los derechos humanos y su relación con la ética, constituye el origen del debate en torno a si los derechos humanos han de considerarse desde una perspectiva estrictamente jurídica, o bien desde una perspectiva previa, es decir, una perspectiva ética y moral. Lo cual compromete el estudio de las relaciones entre el derecho estricto y la moral o la ética; así como la cuestión general de las relaciones entre las normas éticas y las normas morales<sup>1</sup> a partir de lo cual se define el objeto del derecho de los humanos.

Así, el estudio de los derechos [humanos] constituye la base de todo orden político democrático liberal y son la clave del pensamiento contemporáneo sobre las cuestiones éticas y morales.<sup>2</sup> Por ello, cualquier diálogo sobre los derechos humanos debe ser sustentado, en última instancia, en la comprensión de los fines y propósitos humanos, que a su vez debe fundamentarse los conceptos de naturaleza humana, dignidad e igualdad.

Para tales efectos, las constituciones deben separar las funciones para ejercer el poder, reconocer y garantizar los derechos fundamentales, encauzar las negociaciones propias del juego político, sumar e incluir las fuerzas reales de la sociedad participativa, y, estructurar el principio de jerarquía normativa [la Constitución como norma de normas].<sup>3</sup> De forma tal que, los textos constitucionales habrían de aperturar en abstracto una

<sup>1</sup> <http://www.filosofia.org/filomat/df481.htm>

<sup>2</sup> Francis Fukuyama, *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Sine qua non, Barcelona, 2002, p. 176.

<sup>3</sup> Ulises Schmill, La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad, *Analisi e diritto 2007*, Università degli studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, 2007, pp. 92-122.

multiplicidad de expectativas como punto de equilibrio,<sup>4</sup> por lo anterior, resulta necesario describir que el Estado constitucional de Derecho trae aparejada como suerte de legitimación la justicia constitucional, pues evidencia que los actos del poder público que no sean acordes a la protección y eficacia de los derechos fundamentales deben ser sancionados.

Dadas las consideraciones anteriores, la Constitución debe resultar un esquema infiltrado a nivel axiológico, pues constituye una exigencia el reconocer valores en sí misma, dada la evolución del derecho que ha sido llevada de la mano con la migración de la moral a los textos jurídicos positivos,<sup>5</sup> lo cual viene a entonar que la función integradora de la Constitución opera también a partir de valores. Aceptada la idea de que en la genuina Constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor, se advierte que de la función social del máximo ordenamiento se desprende la prevención de los peligros probados, sistema mismo que requiere de una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.<sup>6</sup>

En México, a partir de la reforma constitucional del 10 y 11 de junio de 2011, se constituyó el eje a partir del cual habría que ser modulado el concepto de los derechos humanos y el derecho en general. El principio de dignidad, en su tratamiento filosófico, doctrinal y jurídico ha permitido modular lo que 'dice el derecho' o 'debe decir el derecho' como la herramienta racional, en la aplicación del derecho 'de los humanos'. Así, la jurisprudencia constitucional mexicana, describe en sus criterios, el discurso a partir del cual reconoce la migración de la moral a los textos jurídicos positivos, la cual en el caso mexicano entona que la función integradora de la Carta Magna opera también a partir de valores.

<sup>4</sup> Aguiló, Josep, *Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional*, *Isonomía*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 289.

<sup>5</sup> Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*, *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1988, p. 43.

<sup>6</sup> Kay, Richard, *Constitutional Chrononomy*, *Ratio Juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Connecticut, Vol. 13, Núm. 1, 2000, p. 39.

Así, constituyen objetivos del presente trabajo el describir e identificar los alcances de la Ética en la definición de los derechos humanos, así como el llamamiento que están llamados a ejercer los textos constitucionales en la definición de un instrumento no visto como normas de normas en sentido positivo, sino como la integración de normas-principio, a partir del cual, su interpretación y ubicación conceptual constituya un valor moral supremo.<sup>7</sup>

## 2. *Ética y naturaleza de los derechos humanos*

### 2.1. *Ética*

A la pregunta ¿qué es la Ética? suelen darse diversas respuestas atendiendo igual número de perspectivas humanas y sociales. Así, desde una perspectiva filosófica, la Ética trata de la justificación de las decisiones sobre el comportamiento. Desde la psicología, la Ética es la manera de pensar en la que el individuo toma ciertas decisiones. Desde la sociológica, la Ética es un acuerdo social sobre el comportamiento, el cual sostiene es un patrón de solidaridad social, y por último, desde la política, la Ética es el sistema de normas formales [la ley] e informales [la Moral] que hace posible una sociedad ordenada.

En términos de García Máynez, las costumbres que integran lo que se denomina moralidad positiva de un pueblo o de una época no son simple reiteración de determinadas formas de conducta, sino prácticas a las que se halla unida la convicción, en quienes las realizan, de que lo normal, lo acostumbrado, es, al propio tiempo, lo obligatorio o lo debido. Así, el carácter normativo de la Ética no deriva de su método, sino de su objeto. La Ética no crea normas, como el legislador, sino que las descubre y explica.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Luis Eusebio Alberto Avendaño González y Ramsés Samael Montoya Camarena, “Coherencia interna y sincretismo teórico en la fundamentación constitucional mexicana”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 13, Núm. 26, julio-diciembre, Colombia, Universidad de Medellín, 2014, pp. 81-90.

<sup>8</sup> Eduardo García Máynez, *Ética*, 19<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1971, p. 12.

En el mismo sentido, si bien las palabras ética y moral tienen, etimológicamente, igual significado. Ethos, en griego, y mos, en latín, quieren decir costumbre, hábito. La Ética sería, pues, de acuerdo con el sentido etimológico, una teoría de las costumbres. Por lo cual, el objeto de la Ética, en cuanto a disciplina filosófica, se propone definir y explicar, la moralidad positiva, es decir, el conjunto de reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales tiende el hombre a realizar el valor de lo bueno. También, la moralidad social es lo que Hegel reconoce como los criterios éticos transmitidos a nivel de la historia en cada sociedad como moralidad objetiva. Así, en términos de Durkheim, la moral es un fenómeno social.

Así, el estudio de la Ética o filosofía moral, se había considerado como una disciplina filosófica que sólo reflexionaba sobre la moral. La Moral es comprendida como la serie de normas y principios, o modelos de conducta, que se van construyendo históricamente por una sociedad determinada. Por lo que en principio, la filosofía moral era entendida como una disciplina cuyo ámbito de reflexión era la justificación de los conceptos y teorías morales, pero permanecía alejada de la intención de resolver casos particulares.

Actualmente existe un consenso entre los filósofos al tratar de comprender la Ética y considerarla como una forma de argumentar y dar razones para establecer un marco propicio donde el ser humano pueda vivir mejor. La Ética, en este sentido, es entendida como la actividad de dar y aceptar argumentos [a través de los derechos humanos] para guiar las acciones entre los sujetos implicados en una relación social.

Por último, la necesidad de un giro de la Ética hacia una 'Ética aplicada' surgió durante la segunda mitad del siglo xx, y fue provocada por el menos cuatro fenómenos no resueltos: la implicación de seres no humanos en los problemas morales, la aparición de nuevos dilemas morales, la globalización y el avance de la tecnología, así como la descentralización de la prescripción moral.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Salvador Arellano Rodríguez, *Teoría ética para una Ética aplicada*, Querétaro, UAQ, 2013, p. 13.

## 2.2. Los derechos humanos como exigencias éticas

El concepto de derechos humanos se ha enfrentado ideológica y filosóficamente a diversas sinonimias,<sup>10</sup> entre las que destacan conceptos tales como derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho o derechos fundamentales. Sin embargo, los mismos aluden a una forma específica de entender lo que es la persona humana y cuál es la posición que guarda respecto de las otras en lo individual y lo colectivo. Se trata así de una concepción ética que del ser humano guardan e intentan aplicar las sociedades en diversas dimensiones o prácticas de vida común. Los derechos humanos representan una toma de posición moral<sup>11</sup> con repercusiones en los órdenes político, jurídico, filosófico y artístico, y determinan comportamientos de individuos y sociedades. Los derechos priman sobre los intereses por que están dotados de una mayor significación moral. A partir de ello Mario I. Álvarez Ledesma define que los derechos humanos son: aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.<sup>12</sup>

En cuanto a su dimensión filosófica, los derechos humanos se delatan como un problema conceptual y de fundamentación. En esta dimensión se busca discernir sobre las razones de los derechos humanos. Ésta podría ser denominada dimensión teórica y, más específicamente, axiológica, toda vez que en su primera

<sup>10</sup> Gregorio Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, p. 13.

<sup>11</sup> La palabra Derecho implica un juicio moral y constituye la idea principal al debate relativo a la naturaleza de la justicia y sobre aquellos fines esenciales para la humanidad en un sentido utilitarista.

<sup>12</sup> Mario I. Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto derechos humanos*, México, Mc Graw Hill, 1998.



manifestación los derechos humanos se conciben como valores éticos de singular importancia que se traducen en principios como los de dignidad, inviolabilidad, igualdad y autonomía de la persona humana.

Aunque Alexy,<sup>13</sup> refiere que en los derechos humanos se trata de reglas o normas para la esfera de la acción. Los derechos humanos solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo.<sup>14</sup> Su tesis básica es el entendimiento de los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos humanos implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad.

La definición clásica de validez jurídica que dispone el paradigma positivista se apoya en tres condiciones *sine qua non*: órgano competente, procedimiento establecido y compatibilidad con la norma superior. Sin embargo posterior a Núremberg en Alemania, se distingue entre ‘derecho’ y ‘ley’, a partir del cual se sancionó penalmente a funcionarios alemanes cuya conducta ‘ilícita’ consistió en cumplir la ley vigente y válida.<sup>15</sup>

Al respecto, existen diversos modelos y teorías a partir del cual se pretende fundamentar la *ratio* de los derechos humanos,

<sup>13</sup> Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 14-15.

<sup>14</sup> Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 93.

<sup>15</sup> Frente a esa visión iuspositivista de la validez del Derecho el tribunal invocó la fórmula Radbruch y, en consecuencia concluyó en esas normas cuestionadas en su juridicidad eran inexistentes o inválidas *ab initio* dada su injusticia o la inmoralidad extrema en que habían incurrido. En Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 6.

ya sea que si lo que se pretende es llevarlos a la práctica de manera sustantiva, real y comprometida. Así, su fundamentación suele ser construida en teorías legales, es decir, la teoría del derecho positivo como fundamento de los derechos; teorías subjetivas, como la justificación de los derechos en la autonomía individual; teorías intersubjetivas, como un fundamento dialógico para los derechos humanos; y las teorías éticas o axiológicas de los derechos humanos como derechos morales.

En términos de Eusebio Fernández, las denominadas teorías éticas de fundamentación de los derechos humanos parten de un señalamiento básico: el origen y la justificación de estos derechos 'nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico',<sup>16</sup> e igualmente previo a lo político. En todo caso, el derecho positivo y la política tienen como función única la de reconocerlos y garantizarlos, a fin de darles plena efectividad.

Por consecuencia, si el origen de los derechos humanos no es jurídico o político, luego entonces el espacio de su gestación es la Ética, es decir, la reflexión a partir de la cual es posible identificar un parámetro universal para calificar las conductas como buenas o malas. En el caso de los derechos humanos, se trata de una reflexión 'en torno a exigencias que consideramos imprescindibles', como condiciones inexcusables para una vida digna.

Para ese modelo de fundamentación, los derechos humanos deberían ser denominados derechos morales teniendo en mente el propósito de destacar su fundamentación ética, en concreto, la exigencia de que se establezcan normas jurídicas al prescribir medios para protegerlos, por un lado, y un límite en el número y contenido de mismos, por otro. Esto quiere decir que la fundamentación ética de los derechos humanos parte del reconocimiento de la existencia de condiciones morales mejores que otras para lograr el propósito, indiscutible, de generar condiciones de vida digna, y son precisamente los derechos humanos los que contribuyen a ese estado de cosas deseable al que hacemos referencia.

<sup>16</sup> Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 106.

Así, con mayor precisión se argumenta, desde este modelo de fundamentación, que los valores a partir de los cuales surgen los derechos humanos son la seguridad-autonomía, la libertad y la igualdad. El primero fundamenta los derechos personales y de seguridad individual y jurídica; el segundo, los derechos civiles y políticos, y el tercero, los derechos económicos sociales y culturales.

### 2.3. La reforma constitucional en materia de derechos humanos

En términos de la teoría constitucional contemporánea, los derechos humanos, obedecen a un reconocimiento específico en un tiempo y lugar determinado; responden a una vigencia, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de coordenadas espaciales y temporales determinadas. También, responden a una serie de aspiraciones y mutaciones morales, éticas, sociales, culturales, económicas y de carácter eminentemente políticas, consideración que en todos los Estados democráticos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. Así, el ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, un déficit de legitimidad.

La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, describe una serie de cambios sustantivos, mismos que inciden en una armonía entre el Derecho constitucional con el Derecho internacional de los derechos humanos, y que incluyen entre otros la modificación del título primero, capítulo I, del texto constitucional,<sup>17</sup> el otorgamiento a rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como la ampliación de la hipótesis de no discriminación, educación, asilo y refugiados, política exterior y sistemas penales. Los cambios operativos,

<sup>17</sup> Luis Eusebio Alberto Avendaño González, *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Una revisión al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de Justicia en México*, Querétaro, UAQ, 2014, p. 250.

en cambio permiten incidir procesalmente de hacer efectivos los derechos humanos ante los operadores jurídicos, tales como la interpretación conforme a la Constitución, el principio pro persona, la garantía de previa audiencia en materia de extranjeros, el desplazamiento de la facultad de investigación asignada a la Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, entre otras; sin embargo este catálogo de cambios no es funcional, en tanto no se precise un concepto más o menos definido de los derechos humanos, mismos que para su cabal cumplimiento no deben constituirse en un apartado etéreo y superficial, ya que para un país con profundas diferencias y marcadas desigualdades como el nuestro, es necesario que dichos derechos se coloquen a ras de suelo y sean los grupos minoritarios y clases más desprotegidas los receptores finales y garantes efectivos de dicho apartado.

Las consideraciones anteriores, obligan a deducir la naturaleza de los derechos humanos, misma que, puede ser objeto de estudio desde dos posiciones, la positivista, que define que son aquellos que el Estado otorga en un orden jurídico determinado, y la naturalista, en donde son aquellos que el Estado reconoce y garantiza en alguna medida. Para el Dr. Jorge Carpizo:

En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, la mujeres, por razones de razón o por preferencias sexuales. En cambio, en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esa situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos.<sup>18</sup>

De las consideraciones anteriores podríamos sintetizar que la naturaleza de un derecho humano debe ser definida como: aque-

<sup>18</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>

lla exigencia ética de importancia fundamental que se adscribe a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencia sustentada en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.

A lo anterior, es necesario agregar que la dignidad humana, que es lo que singulariza a la persona de otros seres vivos debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad y, que los mismos derechos humanos son por sí mismos, el conjunto de atribuciones reconocidas por instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las personas, lo que permite una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural.

### *3. La moral en el Derecho constitucional*

El modelo nuevo Derecho constitucional o neoconstitucionalista dispone que la interpretación de la Constitución se encuentra estrechamente conectada con la forma de concebirla, es decir, la metodología interpretativa y las correspondientes exigencias interpretativas no dependen de una configuración, neutra, objetiva y verdadera de la Constitución, sino más bien, y cada vez más, de una reconstrucción peculiar por parte de los intérpretes. En el mismo sentido, dado que el derecho del Estado constitucional está caracterizado por la supremacía de la Constitución, la voluntad política debe estar subordinada al contenido de las normas constitucionales.

Razón por la cual la interpretación de la Constitución ha sido ‘re materializada’,<sup>19</sup> a partir de la incorporación de normas sustantivas que encaminan su objeto a limitar el ejercicio del poder mediante imperativos positivos; dichas normas reciben variadas denominaciones como valores, principios, directrices o derechos

<sup>19</sup> Luis Prieto Sanchís, “Derecho y Moral en la época del constitucionalismo jurídico”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Río de Janeiro, Núm. 10, 2007, p. 67.

fundamentales, los cuales aglomerados producen un efecto de irradiación sobre el sistema jurídico.

Lo anterior destruye el modelo positivista,<sup>20</sup> dado que sencillamente esas normas sustantivas no son otra cosa más que normas morales; ya que en lugar de verter un juicio moral sobre la justicia de la norma, como anteriormente se hacía, ahora se realiza un juicio jurídico sobre la validez de la misma, dado que la Moral ya no es ajena a Derecho. Por el contrario, la moral pública en la modernidad impregna la Constitución de eticidad, pues constituye nada menos que el puente de unión entre el Derecho y la política democrática,<sup>21</sup> así que en nada beneficia disociar el Derecho y la Moral, pues ambos encarnan expectativas de justicia, al invocar que los derechos son un consenso jurídico acerca de lo permitido por hacer, más que un consenso moral de lo que se debería hacer, dado que es un reclamo evolutivo del sistema jurídico.

Esos cambios representan una extensión de la conciencia jurídica, que por su operatividad requieren dotar de valor las propiedades estructurales en el constitucionalismo, ya que las percepciones que le recorren se ven de manera diferente desde la perspectiva de quien ejerce el poder político está sometido a dicho poder; esto es, las vértebras que componen ese paradigma deben obtener legitimidad desde un concepto valorativo.

Entonces el sistema jurídico mexicano se impregna crucialmente en el hecho de que los problemas de interpretación constitucional son, en lo más profundo, problemas de principios morales,<sup>22</sup> no de hechos legales o estrategias como el enfoque

<sup>20</sup> El Estado legal, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y por tanto del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho válido y antes aún existente, el cual sufrió tres distintas alteraciones, que dieron como resultado un triple cambio del paradigma a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de la ciencia jurídica y c) en la de la jurisdicción. Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*; en Miguel Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 14.

<sup>21</sup> Carlos Santiago Nino, *Derecho, Moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 387.

<sup>22</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, España, Ariel Derecho, 2009, p. 51.

profesional sugiere. De ese modo, es comprensible que se hable de la Constitución mexicana desde una perspectiva axiológica. Es decir, los problemas de interpretación constitucional son de principios morales.

Así pues, la Constitución mexicana contiene un sistema de valores, aunque en el contexto histórico del Constituyente que-retano de 1917, la Ley fundamental incluía sólo elementos declarativos que reflejaban la forma de Estado, asimismo también tenían la intención de buscar jurídicamente un cambio social, es decir, la Constitución desde entonces contenía determinaciones normativas para ejecutar tal proyecto político, una vez que el mismo se había hecho norma jurídica constitucional, pues en aquel entonces la Constitución fue más una idea política que una normativa, pero al cabo de la evolución del Derecho, los alcances jurídicos de las normas desde un sentido prescriptivo<sup>23</sup> han contribuido a la edificación de una construcción interpretativa que no habría de confrontarse desde sus entrañas, o mejor dicho, desde su reconocimiento de validez normativa: la Constitución, como primordial manifestación del sistema de valores.

#### 4. Principios y normas

La academia ha realizado una distinción relevante entre reglas y principios. Tanto las reglas como los principios son normas.<sup>24</sup> Al

<sup>23</sup> En otras palabras: no se limita a describir, o sea, a manifestar un juicio de hecho, sino que sin darse cuenta exactamente asume también otra función, la de expresar uno o más juicios de valor, la de orientar las preferencias ajenas, en una palabra la de prescribir. Como se sabe, la propiedad de cualquier juicio de valor con base en el cual decidimos que cierta cosa es buena o mala, es la de externar preferencia con el objeto de modificar el comportamiento ajeno en el sentido que nosotros deseamos. Es una tipología axiológica, que se emplea para establecer sistemáticamente un cierto orden de preferencia. En Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2<sup>a</sup> ed., México, FCE, 2007, pp. 10 y 11.

<sup>24</sup> La clasificación de Atienza y Ruiz Manero: a) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, entendido como expectativa; b) Principio en el

respecto Dworkin afirma que al razonar sobre derechos y obligaciones jurídicas, se echa mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.<sup>25</sup> Constituye una afirmación que al emplear principios deba verse implicada la función jurisdiccional, concretamente la interpretación. Aseveraciones mismas que se insertan como enunciados prescriptivos, e incluso coinciden con que los principios son normas constitucionales sobre derecho y justicia, a diferencia de las reglas que son meras normas legislativas.<sup>26</sup>

Sin emplear un efecto reduccionista, el ordenamiento constitucional está integrado por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por su producción, sino por la adecuación de su contenido moral en la imposición que generan los operadores jurídicos, ello trae como consecuencia la ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’,<sup>27</sup> pues todas las normas ordinarias resultan impregnadas por las normas constitucionales.

sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son reflejo de una determinada forma de vida; c) Principio en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo; d) Principio en el sentido de norma de elevada jerarquía; e) Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable en su interpretación; y, f) Principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. En Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 10, 1991, pp. 104 y 105.

<sup>25</sup> Dworkin diferencia que directriz política es el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad; por su parte principio, es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

<sup>26</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 109.

<sup>27</sup> La constitucionalización de la que se habla, a diferencia del momento en que se introduce una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía



Los principios, en sentido estricto, pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero que a diferencia de las reglas, configuran el caso de forma abierta, mientras que estas últimas lo hacen de manera cerrada. Esto es, mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un caso cerrado, en los principios no hay lista de periferia menor, sino que su indeterminación requiere de ejercicios densos en la creación operativa del derecho en cuestión. Para Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización,<sup>28</sup> que se caracterizan por ser normas que ordenan la realización de determinado fin, de acuerdo con la gradación necesaria en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas; es decir, por un lado son susceptibles de cumplirse en diferentes grados; mientras que por otro, las reglas sólo pueden ser cumplidas o incumplidas.

Así, los principios despliegan sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, conduciendo a una eficacia horizontal frente al poder, y como tal, adquieren mayor jerarquía al interior de ese mismo ordenamiento. Por ejemplo, los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional son principios, en sentido cualitativo o sustancial, pues mediante éstos se defienden y legitiman los asuntos fundamentales para la comunidad que se esté regulando.

Las reglas jurídicas constituyen razones protegidas, pues ordenan realizar una acción exigida, que a su vez excluyen o suprimen cualquier deliberación por parte de su destinatario respecto

de ella con anterioridad, se trata en realidad del proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. Véase Riccardo Guastini, “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*”; en Carbonell, (*Neoconstitucionalismo(s)*), cit., pp. 49 y 50.

<sup>28</sup> Carlos Bernal Pulido, Epílogo, a la *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy, Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 13.

al cumplimiento o no de la acción ordenada; de ese modo: las reglas están destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla, lo cual implica que los principios doten de sentido al Derecho, incluyendo la sistematización de las reglas que los confronten; la polémica salta cuando entre principios habrá de racionalizarse el derecho mediante el método de la ponderación, pues contienen en sí una mayor fuerza expansiva de alcance justificatorio concreto; empero, qué sucede al identificar contradicciones encerradas en el texto constitucional como válidas precisamente por su ubicación normativa, y que sugieren igualmente una refutación obligada al evolucionado paradigma del neo constitucionalismo, abriendo brecha a un choque contra el sistema constitucional de valores, ya que simplemente no pueden oponerse dos directrices indeterminadas que marcan el punto de partida, que es precisamente donde se centra la discusión de este trabajo.

De modo que el punto toral para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, es decir, en sistema de gradación; por su parte, las reglas son normas que simplemente exigen su cumplimiento, y en esa medida pueden o no ser cumplidas. Así que aquella Constitución que incorpore los seis principios elementales: dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, estado de derecho y estado social, significa que su sistema jurídico es racional.<sup>29</sup>

Además es imposible crear una lista completa de los principios de un sistema jurídico, pues inclusive no hay determinación sobre el valor superior entre ellos, es decir, no hay relación de prioridad, ya que su gradación no depende de la preferencia en sí, sino del resultado mismo en el caso concreto.

<sup>29</sup> Robert Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1988, p. 144.

Por esa circunstancia no es posible establecer un orden que conduzca en cada caso a un resultado; ya que dicha medición de intensidad o peso del principio tiene su expresión calculable hasta en tanto su colisión se resuelva mediante la ponderación; dado así que las condiciones de prioridad se establezcan hasta la decisión de esa confrontación, bajo una inclusiva participación de la teoría de la argumentación jurídica al momento de decidir, que en realidad explica la argumentación práctica aplicada al Derecho, bajo reflexiones de contenido moral [con valoraciones susceptibles de racionalidad], pues la cuestión finalmente trata de fundamentar adecuadamente los juicios prácticos y morales insertos en el paradigma constitucional. Sin embargo, de la misma implicación se deduce que los principios entran en conflicto al aplicarse en un caso delimitado, lo cual conlleva a la inquieta interrogante de si disposiciones constitucionales a simple vista son contradictorias entre sí, sucede que la propia Carta Magna sufre una confrontación interior, y por tanto, ataca el nuevo paradigma constitucional, lo cual obstaculiza la fidelidad teórica de la Ley Suprema.

### *5. La incorporación de la moral en la función interpretativa constitucional*

Antes el análisis jurídico de las normas constitucionales en México se caracterizó por la insuficiencia de estudios teóricos sobre la Constitución; a fin de identificar no sólo sus funciones, sino las mismas normas que la componen y, consecuentemente, el tipo de contenidos que a tales normas corresponde,<sup>30</sup> lo que involucró que la resolución de conflictos respecto de normas constituciona-

<sup>30</sup> José Ramón Cossío, "Régimen político e interpretación constitucional en México", en *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1996, p. 44. En él se explica que la Carta Magna en realidad se caracterizó más como fenómeno político que como fenómeno jurídico, y entre las posibles causas enumera tres: el ambiente político y social vivido en el país en los últimos cincuenta años, la situación jurídica prevaleciente en México durante el mismo periodo, y la necesaria aceptación de un específico punto de vista teórico sobre las normas constitucionales.

les fuese ineficiente para colmar de sentido o sustancia la norma misma, a la luz del planteamiento de la problemática.

En nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es pieza fundamental para elevar el discurso jurídico en la interpretación constitucional, en la que destaca la racionalidad de la argumentación en sus decisiones, en su evolución como tribunal constitucional y frente a recomendaciones de tratadistas, haciendo coincidir la propia interpretación de las normas de la Constitución en sentido sustancial, laborando arduamente para que la dogmática constitucional desarrollada cumpla con la auténtica función “recreativa del texto constitucional”. Entre las significativas interpretaciones que contribuyen con cierta eficacia a la incorporación axiológica al texto constitucional [juicios de reflexión moral] se encuentra las resoluciones siguientes:

- a) La controversia constitucional 19/95, promovida por el Ayuntamiento de Río Bravo, Tamaulipas, contra los Poderes Legislativo y Ejecutivo del propio Estado relativo a la invalidez de la fracción X del artículo 132 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, por ser conculcatorio por omisión con lo dispuesto con lo dispuesto por el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La cual básicamente fortaleció el principio pro actione en tal medio de defensa, pues se cuestionó si la demanda presentada fue extemporánea, según el argumento que hizo valer el gobernador demandado, a lo cual, con una decisión ejemplar el Alto Tribunal impulsó el funcionamiento axiológico de los derechos fundamentales, pues contó el plazo para la presentación de la demanda a partir de que el municipio actor tuvo conocimiento del acto impugnado, circunstancia que pone de relieve la benefactora interpretación del ejercicio del derecho de acción, subrayando la calidad axiológica de la Constitución, según la totalidad de tareas que ésta tiene encomendadas. A partir del cual se constituyó el criterio denominado: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.

LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN, DEBE RESPETARSE A LAS PARTES PARA INTERPRETAR SI LA DEMANDA FUE PROMOVIDA OPORTUNAMENTE”, Tesis P./J.65/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, noviembre de 1996, p. 327.

- b) De igual forma la controversia constitucional 31/97 conocida como caso Temixco, en su resolución se estableció que el criterio de protección de la controversia constitucional incluía el bienestar de la persona; esto es, incluyó que la utilización de este medio de defensa para la regularidad constitucional también protegía los derechos fundamentales; de la misma manera se atribuyó el protagónico papel de Tribunal constitucional explicando tácitamente que tales derechos pertenecen al sistema de valores del Código supremo, pues racionalizó con tendencia argumentativa axiológica la defensa integral del orden fundamental. A partir del cual se constituyó el criterio denominado: “CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER”, Tesis P./J.101/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. X, septiembre de 1999, p. 708.
- c) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 10. constitucional, establece que sólo con base en una disposición constitucional podrán limitarse las garantías individuales, “evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les

atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación”, aún extendido hasta las acciones legislativas, lo que intensifica la potencialización de los iusfundamentalistas. A partir del cual se constituyó el criterio denominado: “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Tesis 1ª./J.37/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175.

- d) Desde esa óptica destaca, que de la misma forma la Segunda Sala de la Corte ha sentado el criterio de que la validez de la presunción de inocencia “no se limita a dicha rama jurídica, sino se extiende a cualquier materia y opera también en las situaciones extraprocesales”, con lo cual efectiviza el sistema de valores de la Constitución, pues optimiza el principio de que se habla. A partir del cual se constituyó el criterio denominado: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, Tesis 2ª./XXXV/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.
- e) Así se aprecia que el resultado de dichas resoluciones, contiene implícita o explícitamente contenidos de índole valorativo, como el carácter axiológico de las disposiciones constitucionales respecto de los derechos fundamentales, además del papel que le corresponde dentro del esquema estructural que diseña la Constitución, contienen una fuerte justificación ética, se confiere plena eficacia a dicho ordenamiento supremo aún en la procedencia de la contro-

versia constitucional. Pero su análisis no es exhaustivo, por esa razón, se enlistan únicamente otras de trascendencia jurídica: acción de inconstitucionalidad 10/2000, controversia constitucional 6/96, y recientemente la controversia constitucional relativa a la invasión de competencia de la federación al estado de Jalisco, por imponer la obligación de ofrecer la píldora post-coital a las víctimas de una violación, mecanismo de protección amparado en la Norma Oficial Mexicana 046 que la Corte determinó constitucional. Estableció que la norma penal no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, pues en dado caso se generaría un trato discriminatorio [aunado al hecho del profundo análisis de la dignidad humana]. A partir del cual se constituyó el criterio denominado: “ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN”, Tesis P.IX/2002, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XV, febrero de 2002, p. 415. Así como el criterio: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON EL ACTO O LA LEY RECLAMADOS”, Tesis P./J.23/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. V, abril de 1997, p. 134.

El panorama dibujado sobre la función interpretativa de la Corte [desde una perspectiva axiológica] puede establecerse como un progreso simultáneo y paralelo entre el papel de la jurisdicción y el estado constitucional democrático, pues en una democracia avanzada, se relaciona la expansión del derecho como técnica de regulación de los poderes públicos.

Esto implica un aumento en los espacios de la jurisdicción, que derivó de diversos fenómenos político-sociales como la introducción de las Constituciones rígidas en la postguerra de la Segunda Guerra Mundial, pues a partir de allí se incorporaron principios y derechos fundamentales, como límites y vínculos a los poderes públicos. Entonces la interpretación ahora autoriza la validez de las leyes [y se supera la afirmación del principio de legalidad], pues el legislador no es ya omnipotente en la creación de leyes, sino que dichos ordenamientos jurídicos deben ser coherentes con los principios constitucionales, que son los que imponen la dimensión sustancial al Estado constitucional democrático.

Así, es que resulta, que la Corte se haya transformado en un tribunal garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador que pretenda censurar el goce de esos derechos, puesto que su función cualitativa es la eficacia de la Constitución, al sopesar la interpretación compatible a dicho ordenamiento elemental. Como es el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que a través de los años ha recopilado una importante edificación de precedentes para maximizar los derechos fundamentales, como la sentencia “Brown v. Board of Education of Topeka”, en el que declaró que el derecho de educación proporcionada por el Estado sea igual tanto para afroamericanos como para blancos, además de que todas las personas, cualquiera que sea su raza dispongan de la misma protección de las leyes, eliminando toda discriminación por razón de estirpe, pues no debería existir discriminación racial en una sociedad democrática.

El anterior precedente, así como los pronunciados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resalta la capacidad misma de invalidar la producción legislativa que viole la dimensión sustancial del Código supremo. En esa medida deviene una legitimación jurídica interna o formal, como su justicia o legitimación política o externa sustancial, ya que el juez constitucional en realidad es un contrapoder a la mano del justiciable, pues abre la brecha para legitimar al poder judicial y también posibilita la completa instrumentación del “sistema de garantías” a



los gobernados en un estado democrático; entonces resulta cardinal destacar que el Alto Tribunal, mediante la interpretación constitucional, ha intensificado los avances para resolver la contradicción de leyes frente a la Constitución, pero su parcial activación contextual vista desde el nuevo paradigma del que se ha venido hablando, deja entrever la importancia de dar respuesta a la forma de proceder, por contradicciones intrínsecas de la Ley suprema, que contrarían toda fundamentación sobre la que se cimienta el paradigma del constitucionalismo postpositivista o neoconstitucionalista.

## *6. Los principios de dignidad e igualdad como parámetros de la interpretación constitucional*

### 6.1. El principio de dignidad

El trato digno implica un trato respetuoso. La dignidad humana para estar presente no amerita necesariamente palabras sino actitudes de reconocimiento. En términos de Becchi el concepto de dignidad humana puede circunscribirse a dos ideas generales: ‘por un lado, dignidad indica la posición especial del hombre en el cosmos; por el otro, la posición que ocupa en la vida pública’.<sup>31</sup> A partir de ello, la idea general de la dignidad ontológica pertenece y es la misma para todos, al propio tiempo única ya que representa un valor residente en el solo hecho de existir, por ello todo hombre, cualquiera que sea su condición, es digno de su condición de humano, suponer lo contrario, la visión del ser humano se limitaría a un hecho biológico y social.

Si bien los derechos humanos constituyen el referente a partir del cual se modulan los derechos humanos. El origen y fundamento de los derechos fundamentales descansa en el concepto de la ‘dignidad humana’. La dignidad humana no solo doctrinal sino jurisprudencial, son un medio para modular y en su caso

<sup>31</sup> Paolo Becchi, *El principio de dignidad humana*, México, Fontamara, 2014, p. 11.

condicionar la interpretación, ejercicio y aplicación de los derechos humanos.

La misma también comprende el rango distintivo de los seres humanos respecto a los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada como un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.

De las consideraciones anteriores podríamos sintetizar que la naturaleza de un derecho humano, a partir del discurso jurisprudencial, debe ser definida como aquella exigencia ética de importancia fundamental que se adscribe a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencia sustentada en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de Derecho nacional e internacional en cuanto parámetro de justicia y legitimidad política.

A lo anterior, es necesario agregar que por una parte la noción de dignidad humana es lo que singulariza a la persona respecto a otros seres vivos debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad; por otro lado los derechos humanos son por sí mismos el conjunto de atribuciones reconocidas por instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las personas. Ambas circunstancias permite, una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural.

## 6.2. El principio de igualdad

El principio de igualdad, es una construcción jurisprudencial que subyace a la estructura constitucional.<sup>32</sup> También, la igualdad es un mandato fundamentado en la axiología, que desde el punto de vista jurídico es indeterminable, aunque siempre será un deber

<sup>32</sup> Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, 1991, p. 9.

condicional inderrotable.<sup>33</sup> Se habla de un juicio que recae sobre la pluralidad de elementos, términos de comparación entre los cuales debe existir una diversidad espacial y/o temporal, así que los elementos comparados son condición imprescindible para generar el juicio de igualdad,<sup>34</sup> sugiriendo un sistema reflexivo sobre los rasgos o calidades en los objetos discernibles.

El Derecho por sí, es una estructura dotada de sentido que como fin último pretende ser justo lo cual conduce directamente al principio de igualdad, como un sistema de equivalencia equilibrador. Es por esto y más que, la positivización del principio de igualdad es importante en el modelo neoconstitucional, ya que juridifica una condición de trascendencia para la justificación del nuevo paradigma. Por la misma razón el principio de igualdad como garantía en la aplicación judicial del derecho, excluye toda posibilidad de discriminación o distinciones de trato. Es pues la igualdad un fundamento indiscutible del derecho, y por tanto de la norma condicional de validez del sistema jurídico: la Constitución, la cual tiene el deber de contemplar ese principio desde todas sus facetas: igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley, principio genérico de igualdad y mandato antidiscriminatorio.

Es así que el principio de igualdad tiene que corresponder en congruencia la extensión del texto constitucional, es decir, no debe permitir el recogimiento de ecos que distorsionen el verdadero sentido de la Constitución, cuando tal ordenamiento al interior consienta la juridificación de la desigualdad; ya que solo y sólo si todos los ciudadanos son iguales ante la ley, son igualmente admisibles a la dignidad humana, mientras que de esa manera potencialmente se suprimen las distinciones irrazonables y arbitrarias. Tanto que para optimizar el mandato antidiscrimina-

<sup>33</sup> Jorge Rodríguez y Germán Sucar, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho", en *Análisis e Diritto 1998*, pp. 277-305.

<sup>34</sup> Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

torio,<sup>35</sup> pueden utilizarse como eje las acciones positivas,<sup>36</sup> que tienen su justificación en la reparación de las desigualdades, pues al final del camino tal principio como de superior importancia en el sistema de valores, es la condición imprescindible para el ejercicio de los derechos fundamentales, que son el contenido moral de las democracias. Dichas acciones son legítimas al constituir el remedio por excelencia para la discriminación, cuando ésta se encuentra arraigada en un determinado sector social, incluso porque tienen la función resarcitoria a la víctima discriminada, aunque el tema es inagotable por la cantidad de conjugaciones lingüísticas de un concepto viajero.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> La lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. Así, la dignidad humana es la premisa antropológico-cultural del Estado constitucional y conduce a la democracia como consecuencia orgánica u organizativa en tanto que la división de poderes como principio organizativo fundamental deriva de la garantía de la dignidad humana proyectada al pueblo como conjunto libre y plural de ciudadanos. En Peter Häberle, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1988, p. 45.

<sup>36</sup> Las acciones positivas o *affirmative action* se entienden como "...estrategias temporales dirigidas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de una serie de medidas coherentes que permitan combatir, corregir, o contrastar aquellas desigualdades de hecho o discriminaciones de que son resultado de prácticas, comportamientos o sistemas sociales". Véase Paloma Durán, "Una aproximación comparada a las acciones positivas. El caso de Italia, Noruega y Argentina", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Núm. 34, 2000, pp. 279-298.

<sup>37</sup> La terminación de las acciones positivas pueden inducir a una confusión por su diversidad terminológica, pues en Inglaterra se prefiere llamarles *affirmative action*, aunque en Norteamérica empleen los conceptos *reverse discrimination* o *benign discrimination*, lo cual es común pues en ciencia política comparada así como en política internacional, hay una preocupación perenne por cambios semánticos, por los accidentes, las pérdidas, las desviaciones semánticas, que ocurren cuando mandamos a conceptos políticos de viaje. Los conceptos viajan cuando cambian de contexto, de lenguaje, de cultura, muchas veces cambian sus significados. En Andreas Schedler, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2003, p. 32.

Entonces, tanto la construcción jurisprudencial como los postulados del paradigma neoconstitucional, sostienen *a priori* la necesidad de la igualdad como principio normativo abstracto, que el derecho mismo ha de respetar por principio, pues condiciona la sustancialidad y eficacia del texto constitucional, resultando obligación de un sistema inserto en la constitucionalización el denunciar las posibles inconsistencias del mismo, por quiebras en las distintas líneas teóricas, para que prevalezca su pretensión de fidelidad.

### 7. Conclusiones

La discusión teórica y por lo tanto filosófica de los derechos humanos, debe tener lugar a través del discurso moral y no del discurso jurídico. Así, la naturaleza de los derechos humanos descansa en principios éticos, que se materializan en la Constitución como normas-principio, así la fidelidad teórica de la Constitución debe resultar un esquema infiltrado a nivel axiológico, pues constituye una exigencia el reconocer valores en sí misma, dada la evolución del derecho que ha sido llevada de la mano con la migración de la moral a los textos jurídicos positivos.

Lo anterior, permite establecer que el texto constitucional mexicano es un híbrido normas-regla y normas-principio, que descansa a su vez en principios tales como la dignidad e igualdad. En consecuencia, los problemas de interpretación constitucional, son también problemas de principios morales. De ese modo, es comprensible que se hable de la Constitución mexicana desde una perspectiva axiológica. Es decir, los problemas de interpretación constitucional son problemas de principios morales.

*Fuentes consultadas**Libros*

- AGUILÓ, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 26, 2003.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- \_\_\_\_\_, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1988.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Acercas del concepto derechos humanos*, México, Mc Graw Hill, 1998.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Éxodo, 2009.
- ARELLANO RODRÍGUEZ, Salvador, *Teoría ética para una Ética aplicada*, Querétaro, UAQ, 2013.
- ATIENZA, Manuel, y Juan RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 10, 1991.
- AVENDAÑO GONZÁLEZ, Luis Eusebio Alberto, *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Una revisión al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de Justicia en México*, Querétaro, UAQ, 2014.
- \_\_\_\_\_, y Ramsés Samael MONTOYA CAMARENA, “Coherencia interna y sincretismo teórico en la fundamentación constitucional mexicana”, en *Opinión Jurídica*, Vol. 13, Núm. 26, julio-diciembre, 2014, Universidad de Medellín, Colombia.
- BECCHI, Paolo, *El principio de dignidad humana*, México, Fontamara, 2014.

- BERNAL PULIDO, Carlos, Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert ALEXY, Madrid, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 2ª ed., México, FCE, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- COSSÍO, José Ramón, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Madrid, Ariel Derecho, 2009.
- DURÁN, Paloma, “Una aproximación comparada a las acciones positivas. El caso de Italia, Noruega y Argentina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Núm. 34, 2000.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Teoría de la justicia y de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984.
- FUKUYAMA, Francis, *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Barcelona, Sine qua non, 2002.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Ética*, 19ª ed., México, Porrúa, 1971.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1988.
- HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Isonomía*, Alicante, Núm. 5, 1988.
- KAY, Richard, “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris: An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Connecticut, Vol. 13, Núm. 1, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, Moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.

- PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Derecho y Moral en la época del constitucionalismo jurídico”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Río de Janeiro, Núm. 10, 2007.
- RODRÍGUEZ, Jorge y Germán SUCAR, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”, en *Analisi e Diritto*, 1998.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 31, 1991.
- SCHEDLER, Andreas, *¿Qué es la rendición de cuentas?*, México, IFAI, 2003.
- SCHMILL, Ulises, “La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad”, en *Analisi e Diritto 2007*, Università degli studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, 2007.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, 3ª ed. México, Porrúa, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

### *Páginas electrónicas*

<http://www.filosofia.org/filomat/df481.htm>

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>



## CRÍTICA Y FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

*José Alfredo Rentería Estrada \**

*El hombre conoce actuando.*

ADAM SCHAFF.

### *1. Introducción: El conocimiento, la razón y la racionalidad jurídica*

**M**e resulta un tanto paradójico entender cómo la humanidad al mismo tiempo que reivindica el valor supremo de la libertad, de la democracia, de los derechos humanos y que teóricamente elabora y concreta el conocimiento para poder realizar dichos fines, somete a los más desfavorecidos a la explotación mediante el uso de la fuerza, la intolerancia y la arbitrariedad mediante la supuesta defensa de ciertos valores auténticos y legítimos. Con este panorama valdría preguntarse: ¿Por qué analizar y entender el papel que juega el conocimiento en la humanidad? Una respuesta inicial sería en el sentido de que el papel que juega el conocimiento para las sociedades es fundamental dado que es la base y plataforma para las decisiones humanas cualquiera que éstas sean. Todas las sociedades asignan al conocimiento un valor determinado. Todas las sociedades finalmente deciden qué sentido e implicaciones prácticas quieren darle al conocimiento.

En otro momento afirmé que la manera en que el sujeto conoce la realidad, es decir, la manera en que percibe se liga al lenguaje y

\* Doctorante de la Facultad de Derecho de la UAQ.

a su aparato conceptual que el sujeto recibe de la sociedad. Pero no solamente el hombre conoce culturalmente —y por lo tanto dotado de una historicidad— sino que además transforma las informaciones que recibe por medio del lenguaje, gracias al cual el sujeto piensa a través de su situación de clase y de los intereses de grupo al que pertenece, a través de motivaciones conscientes y subconscientes y sobre todo, a través de su acción social.<sup>1</sup>

Soy de la idea de que, todavía una de las tareas pendientes de la mayoría de las sociedades consiste en extender el conocimiento a todas las personas. Sin embargo, el conocimiento se ha convertido en patrimonio de unos cuantos, situación que parece ha quedado demostrada a lo largo de la historia de la humanidad. Desafortunadamente, hoy en día todavía no se inventa la forma de romper con el monopolio del saber, a diferencia de la invención de la imprenta que generalizó y redujo los precios del conocimiento de una manera real y significativa.

El conocimiento se deposita en la racionalidad. Los parámetros y las reglas para la obtención y utilización del conocimiento vienen determinados por la racionalidad. Es gracias a la racionalidad como producto del conocimiento mismo que las personas pueden elegir el curso de sus decisiones y acciones. El problema aquí es que la racionalidad me parece, ha perdido su función social, es decir ha dejado de establecer una determinada perspectiva o cosmovisión sobre una colectividad para orientarse al servicio de intereses distintos y contrarios a los de la sociedad misma. La racionalidad instrumental ya sea ilustrada, tecnocrática, positivista, técnica, científica o sistémica debe convertirse en una verdadera herramienta en beneficio de toda la sociedad y no de ciertos grupos que ostentan el poder. El error de pretender un mundo globalizado es suponer que sólo hay una forma de entender el mundo y pone a la economía neoliberal por encima de todas las políticas de los países y de la propia sociedad. Quiere hacernos creer que “la mano invisible del mercado” es una ley

<sup>1</sup> José Alfredo Rentería Estrada, “La racionalidad de los casos judiciales”, en *Iuris tantum*, México, Año XXVIII, Tercera época, Núm. 24, 2013, p.123.

natural y descarta de entrada a todas las corrientes filosóficas externas a la lógica mercantil.

Lejos de buscar *a priori* los principios de la racionalidad, se trata de describirla como un fenómeno de construcción históricamente condicionado por la sociedad. Sin duda, el hombre está dotado de una capacidad extraordinaria, la razón. Las sociedades en todo momento han encontrado diversas formas de pensar y construir el conocimiento. Y de esta manera, ha encontrado también maneras de interpretar la realidad y resolver sus propias interrogantes. La palabra razón viene del latín *ratio* que significa pensar, creer, calcular. La racionalidad es una cualidad de la razón. Es gracias a la razón que los hombres podemos conocer y pensar el mundo. La razón es una facultad que nos permite formar ideas, juicios y representaciones de la realidad en nuestra conciencia y relacionarlas entre sí. Al efecto sostiene Rolando Tamayo y Salmorán que la razón es la capacidad de los seres humanos para obtener conocimiento acerca del mundo.<sup>2</sup> De este modo, podemos entender a la razón, como la capacidad intelectual de los hombres por medio de la cual juzgamos a la realidad.

El Derecho como producto de la razón, representa una forma de conocer y por lo tanto, una forma de conceptualizar la realidad. Por tal motivo, hoy en día, cualquier investigación de teoría del conocimiento adquiere una gran relevancia en cualquier estudio del Derecho en la medida que permite profundizar, analizar y criticar el conocimiento mismo del Derecho. Sin embargo, las discusiones sobre el conocimiento del Derecho no deben estar orientadas a su naturaleza o esencia. Me parece que hoy en día no tiene sentido analizar si el Derecho es en sí mismo racional o no. Lo que si tiene mayor sentido, es reflexionar si los diversos aspectos del Derecho son descriptibles y hasta qué punto es posible mediante el uso de determinadas teorías jurídicas. Creo que existen personas que no se están dando cuenta de que el Derecho constantemente está cambiando y creen inocentemente que

<sup>2</sup> Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y argumentación jurídica, el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 2004, p. 16.

la administración de justicia todavía es un servicio público que brinda el Estado. El Derecho hoy en día y sus infinitas relaciones de poder parecen confirmar que se trata de un sector que obedece a intereses particulares y distintos a los de la sociedad.

Quiero pensar que todavía se encuentra vigente el pensamiento de R. von Ihering cuando explica que todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha.<sup>3</sup> La idea de fuerza o resistencia de las personas frente al Derecho —Estado— es un trabajo sin descanso. En la medida que la gran mayoría no ha sido beneficiada con las riquezas heredadas y que han recogido sin pena el fruto del trabajo de otros, por lo que está plenamente justificada la necesidad de someter a examen la constante relación del Derecho y los abusos del poder. Desafortunadamente, el Derecho se encuentra enajenado como muchas otras cosas. Por ello, el Derecho necesita o mejor dicho, las personas necesitan constantemente reflexionar sobre el Derecho. Y qué mejor que discutir sobre el Derecho si no es desde sus bases, desde sus principios, desde sus teorías y modelos. La actitud de los operadores jurídicos frente al Derecho debe estar orientada a la crítica y a la reflexión. El operador jurídico debe esforzarse por adquirir el hábito de la crítica constructiva del conocimiento jurídico y de las constantes valoraciones e implicaciones teóricas y prácticas del Derecho, cualquiera que éstas sean.

Pero volviendo a la cuestión introductoria del primer capítulo, con el tema de la crítica y fundamentación epistémica de los derechos humanos pretendo demostrar que la tesis “los derechos humanos son intrínsecos a la personas” y que “el Derecho reconoce a los derechos humanos” son falsas. En el presente estudio sostengo que dichas afirmaciones desde el punto de vista epistemológico son insostenibles. A lo largo de la investigación, intentaré de explicar y justificar primero, que el sentido de ambos enunciados jurídicos descansa en un profundo error epistemológico y segundo, que constituye un obstáculo a los operadores

<sup>3</sup> Rudolph von Ihering, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 2.

jurídicos para realizar un proceso de conocimiento crítico, libre y transformador del Derecho.

Creo que hasta el momento muchas personas han sobrevalorado y exagerado la idea de los derechos humanos. La implementación obligatoria de los derechos humanos al sistema jurídico mexicano no es un cambio de paradigma en el Derecho como la gran mayoría opina, pienso que a lo más es un cambio de método. No hay que perder de vista que los derechos humanos son una fuente de Derecho válida —aunque con ciertas características específicas al resto de los derechos— en proceso de ser definidos en cuanto a su alcance y protección para las personas. Es decir, hoy en día se encuentran en proceso de construcción. La gran mayoría sostiene la idea de que los derechos humanos son intrínsecos a las personas y que son reconocidos por el Derecho y que ambas ideas, descansan bajo el concepto de la dignidad humana. Esto quiere decir de algún modo que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y que además son superiores al poder del Estado. De este modo, me interesa realizar un estudio a la luz de la teoría de conocimiento de dichas ideas a fin de demostrar su falsedad y que hoy en día resultan deficientes y un obstáculo para el desarrollo teórico y práctico del Derecho. Pero antes, es necesario abordar aunque sea brevemente algunos conceptos que han sido estudiados por la epistemología en general.

Primeramente, la teoría del conocimiento es fundamental para abordar el Derecho puesto que cuestiona la verdad del pensamiento. De manera contundente plantea Johan Hessen que la teoría del conocimiento puede ser definida como la teoría del pensamiento verdadero.<sup>4</sup> Se trata pues, de una reflexión y crítica directa del conocimiento humano. La inteligencia —en adelante razón— es el instrumento mediante el cual conocemos el mundo y por el cual analizamos la realidad, pero también es la facultad cognoscitiva que sirve para someter a examen el conocimiento mismo. Por ello, es importante no perder de vista que gracias a la

<sup>4</sup> Johan Hessen, *Teoría del conocimiento*, trad. José Gaos, México, Editores Mexicanos Unidos, 2003, p. 19.

teoría del conocimiento podemos cuestionar la verdad del saber del Derecho. La importancia de la epistemología jurídica radica en que pone especial énfasis en la manera en que los operadores jurídicos adquieren el conocimiento y la manera en que justifican sus afirmaciones, o en otras palabras, la manera en que los operadores jurídicos construyen la verdad jurídica.

Pienso que una pregunta fundamental que debemos hacernos constantemente respecto al Derecho, puede formularse del siguiente modo: ¿Cómo conocemos el Derecho? O en otras palabras: ¿Cómo podemos pensar y entender el Derecho? Dichas interrogantes lejos de resultar triviales o aburridas y que no tienen ninguna implicación práctica, me parece que guardan una profunda trascendencia para cualquier profesional del Derecho por una razón fundamental: puesto que, según la manera en que contestemos dichas preguntas, las respuestas constituyen el punto de partida y fundamento sobre el cual habremos de predicar sobre una realidad jurídica determinada.

Una de las más importantes y profundas cuestiones que se plantea la epistemología son los problemas del conocimiento. De esta manera, Johan Hessen describe cinco problemas principales; primero es la posibilidad del conocimiento humano, el segundo problema es la cuestión del origen del conocimiento, el tercer problema versa sobre la esencia del conocimiento humano, la cuarta cuestión trata sobre las formas del conocimiento humano, y el quinto problema, sobre el criterio de la verdad.<sup>5</sup>

Durante el proceso de conocimiento se establece una relación entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento de algún tipo. El sujeto aprehende al objeto. De aquí surge la necesidad de preguntar si esta concepción de la conciencia natural es precisa, es decir, si el contacto entre el sujeto y el objeto es absolutamente real. ¿El sujeto puede aprehender al objeto realmente? Ésta es la cuestión de la posibilidad del conocimiento. Otro problema surge cuando se cuestiona la fuente del conocimiento. Se afirma que por un lado que el origen del conocimiento es la razón y por el otro, es la experiencia. Se pretende averiguar cuál de los principios obtie-

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 31-33.

ne sus conceptos la inteligencia. ¿El origen del conocimiento está en la razón o en la experiencia? Ésta es la cuestión del origen del conocimiento. Cuando se atiende a la naturaleza misma del proceso del sujeto y el objeto se ha establecido dos posturas importantes. Se puede considerar primeramente la existencia de una relación en la que el objeto determina al sujeto. Pero aquí vale preguntar si dicha postura es totalmente correcta. Sin embargo, otra corriente de pensamiento plantea lo contrario, pues sostiene que la auténtica determinación del conocimiento consiste en la determinación del sujeto al objeto, que la razón no actúa receptivamente ante el objeto sino de manera activa. Por lo tanto, la cuestión se centra en preguntar cuál de las interpretaciones es la correcta. Se trata de la cuestión de la esencia del conocimiento. Por otro lado, vale siempre la pregunta si no existe otra especie de conocimiento además del conocimiento racional, por ejemplo el conocimiento intuitivo. Se trata de la cuestión de las formas del conocimiento humano. Finalmente el último problema versa sobre el criterio de la verdad. Si existe un pensamiento verdadero, ¿en qué podremos conocer la verdad?, ¿cuál es el criterio que indica, en un caso concreto, si un conocimiento es verdadero o falso? Gregorio Fingermann, de una manera clara y muy esquemática, aborda cada uno de estos problemas que a lo largo de la historia ha buscado resolver la teoría del conocimiento.<sup>6</sup>

La rama de la filosofía, precisamente que aspira a aclarar todas las anteriores cuestiones es la teoría del conocimiento. Por ello, siempre será válida la pregunta que interroga y cuestiona al propio conocimiento. Hasta aquí es posible distinguir que en el proceso de conocimiento hay dos factores que entran en juego; primero el sujeto y segundo el objeto. Es decir, la interrelación de una persona y el objeto de conocimiento que es además, distinto e independiente al sujeto que conoce. Durante el conocimiento se hallan frente a frente el sujeto cognoscente y el objeto, elementos que se encuentran al mismo tiempo unidos y separados. El pro-

<sup>6</sup> Gregorio Fingermann, *Lógica y teoría del conocimiento*, 26<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1972.

ceso de conocimiento es una interrelación necesaria entre estos dos factores: el sujeto y el objeto.

Juzgando al objeto de conocimiento, el sujeto cognoscente conoce. El proceso de conocimiento además consiste en una especie de configuración de la realidad. Las personas pueden determinar la realidad gracias a que poseen la facultad para hacerlo. La razón es la facultad intelectual por medio de la cual, las personas tienen la capacidad cognoscitiva de conocer. De esta manera, las personas permanentemente se encuentran juzgando e interpretando la realidad mediante el uso de la razón. Desde los griegos se ha definido al hombre como un ser racional. En Grecia la idea de razón se identificaba con la palabra *logos* y dicho término en griego significa palabra, habla, lenguaje. En este sentido dice Juan José Prado que el hombre es racional porque posee lenguaje. Que al poseerlo es capaz de expresar la realidad y ello significa que es capaz de captarla. Que la característica distintiva del ser humano es la razón en tanto que es el animal que tiene la capacidad de captar y expresar mediante el uso del lenguaje, la realidad.<sup>7</sup> Fue gracias al primer Ludwig Wittgenstein que se insistió nuevamente en el estudio del lenguaje donde su tesis fundamental de corte analítica consistía en mostrar la estrecha vinculación formal o estructural entre el lenguaje y el mundo al afirmar categóricamente que: “Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”.<sup>8</sup>

Tal y como propone Francisco R. Dávila, la epistemología debe estudiar la realidad desde el punto de vista totalizador.<sup>9</sup> Es decir que nos dé cuenta tanto de lo real, del mundo de la naturaleza independiente de los sujetos y de lo real social, o sea aquello que existe socialmente como expresión y resultado concreto de las relaciones y situaciones sociales. En este sentido, la realidad

<sup>7</sup> Juan José Prado, *Manual de introducción al conocimiento del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 54.

<sup>8</sup> Ludwig Wittgenstein, *Tratado lógico-filosófico*, trad. Luis M. Valdés Villanueva, Madrid, Tecnos, 2007, p. 119.

<sup>9</sup> Francisco R. Dávila Aldás, *Teoría, ciencia y metodología en la era de la modernidad*, 2ª ed., México, Fontamara, 1996, p. 66.



de la naturaleza y la realidad social tienen su existencia propia y son por ello, independientes de los sujetos cognoscentes.

Cuando digo que la epistemología es una rama de la filosofía no debe identificarse que sólo se ocupa de los conocimientos científicos —filosofía de las ciencias— sino que se ocupa de todo tipo de conocimientos humanos, incluso de los conocimientos comunes, o esa aquellos propios de la vida cotidiana que nos permiten situarnos en el mundo y en la sociedad, y que a su vez constituyen la base de los conocimientos científicos. Lo que hace el conocimiento científico respecto al conocimiento vulgar es que rompe con el carácter utilitario, especulativo y pragmático de éste. Además de poseer una función cognitiva, esto es, opera en el sentido de criticar, aclarar, precisar, controlar y superar los conocimientos comunes y los científicos mismos ya que no pueden dar cuenta de la riqueza compleja de lo real.<sup>10</sup>

Pero respecto al conocimiento científico, soy de la idea de no considerar a la ciencia como la máxima expresión del conocimiento y dar por sentado que el resto de conocimientos carezcan de valor alguno. A la fecha son ya muchas las críticas que se han hecho respecto al método científico. Quizá el autor más reconocido sea Thomas Khun, mediante su teoría de las revoluciones científicas.<sup>11</sup> En efecto Kuhn, en la misma línea de los filósofos de la ciencia Hanson R.D., Putnam H. y Chalmers, A., afirma que el hecho de que la ciencia comience con la observación no es del todo exacto, o por lo menos es ingenuo, dando la razón a Nietzsche, con su observación de que no existe una percepción inmaculada de los hechos; la observación está cargada de teoría. Dice que todos los científicos operan dentro de una cosmovisión, una visión del mundo y de las cosas, una escala de valores, una estructura o armazón de presupuestos básicos que Kuhn llama

<sup>10</sup> Vale aclarar que en ningún momento sostengo la superioridad del conocimiento científico sobre otro tipo de conocimientos, ni mucho menos que la ciencia sea la única portadora de la verdad sino que solamente me interesa explicar una ventaja del conocimiento científico sobre el conocimiento cotidiano.

<sup>11</sup> Thomas S. Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contín, México, FCE, 2006.

paradigmas. En su obra capital “La estructura de las revoluciones científicas” el autor sostiene que la ciencia tiene periodos que van cediendo paso a épocas de crisis, cuando surgen acontecimientos que no se pueden explicar en el paradigma anterior. El paradigma no puede apoyar una investigación, los puntos de vista opuestos saltan a la vanguardia y se produce lo que Kuhn llama ciencia extraordinaria, que termina alcanzando el consenso de la comunidad científica. Los científicos se ponen de acuerdo en aceptar otro paradigma, es una revolución científica y que el nuevo paradigma debe explicar las áreas anómalas de investigación. Que la revolución que implica la adopción de un nuevo paradigma no es sólo un cambio de teoría, una explicación diferente que se ve inserta en las antiguas; las revoluciones son cambios radicales, cambios de forma o *gestalt* en la opinión mundial de la comunidad científica, como si los científicos vieran los hechos por primera vez, es un cambio gestáltico o cambio de paradigma.

Si Thomas Khun nos recuerda que todos los científicos operan dentro de una cosmovisión, es entendible resaltar la importancia que el operador jurídico aborde el tema de los derechos humanos apoyándose en alguna de las diversas corrientes epistemológicas que explican, a través de sus propios modelos, los fundamentos de tales derechos. La adopción de una teoría en particular que fundamente los derechos humanos desde el punto de vista epistémico resulta interesante para los operadores jurídicos dada su reciente adopción obligatoria por el sistema jurídico mexicano, ya que hace indispensable su construcción jurídica en la medida que deben ser definidos mediante la solución de los casos judiciales. Los derechos humanos son el ejemplo por excelencia de que los conceptos jurídicos deben construirse.

Los derechos humanos existen del mismo modo que otro tipo de derechos como por ejemplo, los derechos subjetivos. Ambos conceptos o tipos de derechos están formulados en un lenguaje. Entonces, si los derechos humanos están formulados en lenguaje, es posible conocerlos y describirlos, pero también es factible predicar sobre su respeto, su violación, su sanción, su reivindicación, etc. En otras palabras, son susceptibles de construcción jurídica.

El conocimiento es una producción social como muchas otras cosas. El proceso del conocimiento en general y por supuesto el jurídico, es resultante de una serie de condicionamientos históricos. En otras palabras, ningún conocimiento nace, crece, desarrolla o perece fuera de un contexto cultural. Y es el lenguaje la estructura que resume y expresa ese contexto. Con todo esto, puedo afirmar que el Derecho representa una forma de conocer y por lo tanto, una forma de conceptualizar la realidad. Sin duda, la tarea fundamental de los operadores jurídicos a mi modo de ver, consiste en juzgar y construir la realidad jurídica desde su propia historicidad. Para esto es necesario revisar enseguida la manera en que los operadores jurídicos conocen el Derecho.

## *2. ¿La esencia del Derecho o la construcción del conocimiento jurídico?*

En el Derecho existe el paradigma cognitivo que ha condicionado la manera en que conocemos el Derecho: el formalismo jurídico en su acepción de normativismo. El formalismo jurídico como explica Norberto Bobbio es aquella teoría de lo jurídico, o sea de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc.<sup>12</sup> Es decir, el formalismo jurídico es una teoría del Derecho que aspira en última instancia a una definición del Derecho tal como es, a fin de distinguir el Derecho de la Moral y de la costumbre. Es innegable que todas las posturas que se califiquen de formalistas presentan al Derecho como una forma generalmente constante respecto a un contenido generalmente variable. En este sentido, la forma en el Derecho es una característica que no participa del cambio y fija ciertos parámetros conceptuales a la realidad jurídica.

El formalismo jurídico se sustenta en una tesis de la ley, es decir el concepto de Derecho tiene que ser definido a través de las normas jurídicas. Así pues, el normativismo como una versión

<sup>12</sup> Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004, p. 18.

del formalismo jurídico es aquella doctrina según la cual un hecho —en su sentido más amplio— es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. En otras palabras, la forma de una norma jurídica es aquello que es ordenado, prohibido o permitido. El normativismo podemos concluir, es un modo de concebir la realidad jurídica a partir de la norma jurídica. La tesis normativista como escriben Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin considera que el Derecho está compuesto exclusivamente por normas y que, por lo tanto, todos los artículos de un texto legislativo como una Constitución, un código, un decreto o una ley, son normas ya que su función es la de prescribir conductas.<sup>13</sup> Por ende, una de las finalidades principales del normativismo es que, a partir de la existencia o elaboración de las normas jurídicas, se logre motivar la conducta de los hombres mediante el proceso de aplicación del Derecho. Sin duda, el modelo cognitivo de la racionalidad del formalismo jurídico comparte la tesis de la ley y el de neutralidad que define Norbert Hoerster. La tesis de la ley sostiene que el concepto de Derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley. Y la tesis de la neutralidad afirma que el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido.<sup>14</sup>

Ahora bien, es preciso hacer un paréntesis respecto al paradigma cognitivo del normativismo que identifica el conocimiento de la realidad jurídica a partir de la existencia de la norma jurídica para examinar de un modo general las distintas posturas que a lo largo de la historia se han sostenido para abordar el problema de la esencia del conocimiento.

El conocimiento se manifiesta como una interrelación entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento. Por lo que el problema central del conocimiento se sitúa en la correlación del sujeto con el objeto. La pregunta respecto a la esencia del conocimiento sería ¿El objeto determina al sujeto o es el sujeto quien

<sup>13</sup> Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *El lenguaje del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 12.

<sup>14</sup> Norbert Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 11.

determina al objeto? Para entender dicho dilema, Johan Hessen nos muestra diferentes respuestas: el objetivismo, el subjetivismo, el realismo, el idealismo y el fenomenalismo.<sup>15</sup> Brevemente analizaré cada una de ellas.

Un primer intento de respuesta es la que defiende el objetivismo —como solución premetafísica—. Para esta corriente de pensamiento, el objeto es el factor más importante de los dos elementos involucrados en la relación cognoscitiva. El objeto determina al sujeto. El sujeto debe ser regido por el objeto. En cierto modo supone que el sujeto recibe las propiedades del objeto y las reproduce sobre sí. De aquí se infiere que el objeto se presenta ante la conciencia del sujeto como algo perfecto, ya definido por naturaleza. Ésta es, precisamente, la idea central del objetivismo puesto que para esta forma de pensamiento, los objetos son entidades dadas y poseen una esencia definida, la cual es reproducida en la capacidad intelectual del sujeto.

El objetivismo entendido bajo esta forma recién descrita, fue expuesto por primera vez por Platón. Su teoría de las ideas es la clásica exposición del objetivismo. Para Platón, las ideas son realidades objetivas. Constituyen un orden sustantivo y objetivo. El mundo sensible es correspondido por un mundo suprasensible. Y en la misma forma en que descubrimos los objetos del primero por la intuición sensible, por la perfección, descubrimos, a la vez, los objetos del segundo por la intuición no sensible, por la intuición de las ideas.

El argumento fundamental de la teoría platónica de las ideas, nuevamente aparece en la fenomenología creada por Edmund Husserl. Al igual que Platón, establece una distinción estricta entre la intuición sensible y la intuición suprasensible. La primera tiene por objeto las cosas concretas, individuales; la segunda, las esencias generales de las cosas. Husserl llama esencia a lo que Platón idea. Y la misma manera en que las ideas constituyen un mundo que existe por sí, según Platón, las esencias de Husserl forman un cosmos peculiar, un orden independiente. El acceso a este orden se consigue por una intuición no sensible. Ésta, que

<sup>15</sup> Hessen, *op. cit.*, pp. 78-98.

en Platón puede ser identificada como intuición de las ideas, en Husserl toma el nombre de intuición de las esencias. Un término que con frecuencia emplea Husserl, es el de ideación, con el que se manifiesta más nítidamente la afinidad con la doctrina platónica.

Otra respuesta a la esencia del conocimiento es el subjetivismo –como solución premetafísica–. El objeto es el núcleo de todo conocimiento en el objetivismo; en otras palabras, el orden objetivo de las ideas o esencias es el cimiento del conocimiento. Por el contrario, el subjetivismo intenta radicar el conocimiento humano en el sujeto cognoscente. Para conseguirlo, instala las ideas en el sujeto. Éste se convierte en la plataforma que sostiene la verdad del conocimiento humano. Pero cuando habla de sujeto, no designa a un sujeto concreto, individual, sino a un sujeto superior, trascendente del pensamiento.

El tránsito del objetivismo al subjetivismo se realizó cuando San Agustín modificando la teoría de Plotino, fijó el universo flotante de las ideas platónicas en el espíritu divino, determinando que las ideas esenciales, entidades con existencia propia, sean contenidos lógicos de la razón divina, ideas de Dios. Así las cosas, la verdad ya no reside en un orden de entidades suprasensibles, en un orden objetivo espiritual, sino en un sujeto, en una conciencia. La esencia del conocimiento no se encuentra en el enfrentamiento con el mundo objetivo sino en la contemplación del sujeto supremo. De Dios, no del objeto, recibe sus conceptos la conciencia cognoscente. Sobre estos conceptos supremos, principios y conceptos generales, la razón construye el edificio del conocimiento. Por lo tanto, el conocimiento tiene su fundamento en lo absoluto, en Dios.

En la filosofía moderna aparece nuevamente el pensamiento central del subjetivismo. Pero ahora surge del neokantismo, más concretamente de la escuela de Marburgo. Sin embargo, en sus afirmaciones, el pensamiento central del subjetivismo es liberado de todos los accesorios metafísicos y psicológicos. El sujeto en quien se apoya el conocimiento en último término, no es un sujeto metafísico, sino un sujeto meramente lógico, por la conciencia

en general. Con este nombre se significa el conjunto de las leyes y de los conceptos generales de nuestro conocimiento. La conciencia cognoscente determina los objetos al utilizarlos como medios. Esta determinación se manifiesta como una producción del objeto. Ningún objeto es independiente de la conciencia, pues todos los objetos proceden de ella, son productos de la razón. Según San Agustín, al producto de la razón, originado de las leyes y de los conceptos supremos, o al concepto, para decirlo en otras palabras, corresponde exteriormente algo real, un objeto; pero en la escuela de Marburgo, se confunden el concepto y la realidad, el ente y la razón. Para ella sólo existe un ser conceptual, racional, no un ser real, independiente de la razón. En consecuencia, se niega la posibilidad de realidad en relación al objeto. Por lo tanto, el subjetivismo aquí descrito se orienta hacia la síntesis con el realismo en la teoría platónica-cristiana, pero tiende hacia un idealismo estricto en los neokantianos. Lo que prueba que el subjetivismo, considerado en sí mismo, no es una solución metafísica, sino una solución premetafísica.

Otra posición frente a la problemática de la esencia del conocimiento es el realismo. Se trata de una postura epistemológica que afirma que existen cosas reales, independientes de la conciencia. Esta actitud filosófica admite varias corrientes. La primera se conoce como realismo ingenuo. Este realismo se manifiesta cuando no se ha presentado la influencia de una reflexión crítica sobre el conocimiento. Todavía no ha surgido el problema del sujeto y del objeto. No establece distinción alguna entre la percepción, contenido de la conciencia y el objeto percibido. Ignora que las personas no perciben las cosas inmediatamente, como son en sí mismas, es decir, no en su corporeidad; sino que sólo las percibimos como contenidos de la percepción. Y como confunde los contenidos de la percepción con los objetos, considera que éstos poseen todas las propiedades que aparecen en los contenidos de la percepción. Para este realismo, las cosas son exactamente iguales a como las percibimos. Los colores que vemos en ellas, les pertenecen como cualidades objetivas propias. Lo mismo debe decirse de su sabor, olor, dureza, blancura, etc. Todas las propie-

dades radican en los objetos con total independencia de la conciencia que las percibe.

El realismo natural es diferente al realismo ingenuo. En el ya no aparece la credulidad absoluta, pues inmediatamente se manifiestan algunas reflexiones críticas sobre el conocimiento. Esto se nota porque ya no confunde el contenido de la percepción con el objeto percibido. A pesar de esto afirma que los objetos corresponden totalmente a los contenidos de la percepción. Al igual que el realista ingenuo, el favorecedor del realismo natural considera que es absurdo sostener que la sangre no es roja o que el azúcar no es dulce y afirmar que lo rojo o que lo dulce sólo existen en nuestra conciencia. Por lo tanto, en su opinión, estas cualidades pertenecen realmente a los objetos. Y como tal opinión es la de la conciencia natural, es por lo que se llama realismo natural.

Una tercera forma de esta postura filosófica es el realismo crítico, así llamado porque se apoya en algunas reflexiones críticas sobre el conocimiento. El realismo crítico no acepta que en las cosas residan todas las cualidades comprendidas en los contenidos de la percepción; por el contrario, sostiene que todas las propiedades o cualidades que únicamente pueden ser percibidas por un sentido como los colores, los sonidos, los sabores, los olores, etc., sólo existen en nuestra razón. Estas propiedades sólo pueden ser notadas cuando sobre los órganos de nuestros sentidos actúan ciertos estímulos externos. Esto es, son reacciones naturales de nuestra conciencia cuyo origen debe situarse en la distribución orgánica de la misma. En consecuencia, carecen de valor objetivo y lo adquieren en el sujeto. Sin embargo, es necesario juzgar que en las cosas existen ciertos principios objetivos y causales que expliquen la manifestación de tales cualidades. El hecho de que la sangre nos parezca roja y el azúcar dulce, debe ser originado por la naturaleza de los objetos.

Los tres tipos de realismo pueden ser encontrados en la filosofía antigua. El realismo antiguo es la tendencia general durante la primera época del pensamiento griego. Sin embargo, en Demócrito se localiza el realismo crítico. Para Demócrito sólo existen átomos con propiedades cuantitativas. En consecuencia,



son nuestros sentidos los que añaden todo lo cualitativo. El color, el sabor y todos los principios contenidos en la percepción y que son distintos de los elementos cuantitativos como la forma y el tamaño, pertenecen absolutamente al sujeto. Esta teoría de Demócrito, jamás tuvo preponderancia en la filosofía griega. Lo que se debe, principalmente, a la importancia e influencia ejercida por Aristóteles. Éste, contra Demócrito, defiende el realismo natural. Aristóteles piensa que todas las propiedades percibidas tienen una correspondencia en las cosas, independientemente de la conciencia cognoscente. Esta teoría fue generalmente aceptada hasta la Edad Moderna. En ella volvió a la vida la doctrina de Demócrito. La ciencia natural acogió tal regreso. Galileo fue el primero que sostuvo nuevamente la afirmación de que la materia únicamente posee propiedades cuantitativas espacio-temporales, por lo que las demás cualidades deben ser consideradas subjetivas. Descartes y Hobbes fundamentaron con mayor solidez esta doctrina. Y John Locke fue quien más favoreció la difusión de la misma, al establecer la división de las cualidades sensibles en primarias y secundarias. Las cualidades primarias son aquellas que podemos percibir por varios sentidos, entre ellas; el tamaño, la forma, el movimiento, el espacio, el número. Estas cualidades son características objetivas, son propiedades que residen en el objeto. Las cualidades secundarias son todas aquellas que sólo pueden ser percibidas por un sentido; los colores, los sonidos, los olores, los sabores, la blancura, la dureza. Todas ellas son características subjetivas que sólo existen en nuestra conciencia, pero es necesario suponer que en las cosas existen elementos objetivos que corresponden a ellas.

El realismo crítico apoya sus afirmaciones, especialmente su teoría de las cualidades secundarias, en argumentos que proceden de las ciencias naturales. Estos argumentos se originan en primer lugar de la física. La física entiende el mundo como un sistema de sustancias determinadas únicamente por cualidades cuantitativas. En el universo del físico no hay lugar para lo cualitativo, razón por la que todas las cualidades secundarias son expulsadas de ahí. Sin embargo, el físico no las expulsa simple

y llanamente. Pues aunque juzga que aparecen sólo en la conciencia, piensa que su causa debe ser ubicada en ciertos procesos objetivos. Por ejemplo, las vibraciones atmosféricas constituyen la condición objetiva en que aparecen las sensaciones de color o claridad. Atendiendo a esto, la física moderna estima que las cualidades secundarias sólo son respuestas o reacciones de la conciencia a ciertos estímulos; estos estímulos no son la misma cosa, sino una acción causal de la cosa que obra sobre los órganos de los sentidos.

El sistema con que el que el realismo crítico defiende su posición acerca de las cualidades secundarias y que la hace apartarse del realismo ingenuo y natural, es la tesis fundamental de que existen objetos totalmente independientes de la conciencia. En opinión de Johan Hessen son tres los argumentos más importantes del realismo crítico a saber:<sup>16</sup> Primero, el realismo crítico establece una distinción básica entre las percepciones y las representaciones. Las percepciones recaen sobre objetos que pueden ser captados simultáneamente por varios sujetos, mientras que las representaciones sólo son captadas por el sujeto que posee contenidos. Si alguien enseña a otros la pluma que tiene en la mano, varios sujetos la perciben a la vez, pero si alguien recuerda un paisaje visto antes y en otra parte, o si su fantasía forja un paisaje cualquiera, el contenido de esta representación sólo existe para él. Por lo tanto, los sujetos de la percepción son perceptibles para muchos individuos y los contenidos de la representación, sólo son perceptibles para un individuo. Basándose en esta observación, el realismo crítico opina sobre la interindividualidad de los objetos de la percepción sólo puede ser explicada por la teoría de la existencia real de los objetos que obran sobre los distintos sujetos provocando en ellos las percepciones. La segunda razón propuesta por el realismo crítico, es la independencia de las percepciones en relación con la voluntad. En efecto, al parecer siempre es posible recordar, modificar o retirar las representaciones voluntariamente, pero no es posible hacer lo mismo con las percepciones. Totalmente independientes de la voluntad son

<sup>16</sup> Hessen, *op. cit.*, pp. 87-88.

su arribo, su transmisión, su contenido y su fuerza. Por esto, para el realismo crítico, la única explicación admisible de tal independencia es que las percepciones son producidas por objetos que existen con absoluta independencia del sujeto que las percibe, es decir, por objetos que existen en la realidad. Pero la razón de mayor fuerza que expone el realismo crítico, es a independencia de los objetos de la percepción en relación a nuestras percepciones. Que los objetos de la percepción conservan su existencia aun cuando hemos dejado de percibirlos por haber retirado nuestros sentidos de su influencia. Por la mañana encontramos en el mismo sitio la mesa de trabajo que abandonamos en la noche anterior. Este concepto de la independencia de los objetos de la percepción en relación a la misma, se presenta con mayor claridad cuando los objetos se transforman durante el tiempo en que no los percibimos. Si en la primavera arribamos a un paraje que visitamos por última vez durante el invierno, lo encontraremos totalmente transformado. La transformación se ha realizado sin que haya sido necesaria la participación. En este caso, sostiene que se manifiesta la independencia de los objetos de la percepción en relación a la conciencia que percibe. Por esto, el realismo crítico deduce de aquí que en el acto de la percepción nos enfrentamos a objetos que existen fuera de nosotros, que tienen una existencia real.

Otra vertiente del realismo es el volitivo. Las experiencias de la voluntad son, específicamente, las que nos proporcionan la certeza de la existencia de objetos independientes de la conciencia. Es una forma parecida a aquella en que el entendimiento se enfrenta al modo de ser de las cosas, a la esencia, la voluntad se pone en relación directa con la realidad de las cosas, con su existencia. Que si nuestra naturaleza fuese puramente intelectual, no tendríamos conciencia de lo que es la realidad. El descubrimiento de ella debe ser atribuido totalmente a la voluntad. Las cosas presentan resistencia a nuestros deseos y voliciones y en opinión del realismo volitivo, estamos viviendo la realidad de las cosas. Ante la conciencia, las cosas se manifiestan como reales precisamente porque aparecen como factores contrarios den-

tro de nuestra vida volitiva, por ello el nombre de realismo volitivo. Este tipo de realismo es producto de la filosofía moderna, aparece por primera vez en el siglo XIX. Maine de Biran, filósofo francés, es considerado su primer representante. Después de él, quien más se ha esforzado por fundamentarlo y difundirlo es Wilhelm Dilthey. Discípulo de este último es Frischeisen Köhler, quien ha proseguido su obra ampliando sus argumentos en un intento por superar, desde esta tendencia, el idealismo lógico de los neokantianos. Por último, el realismo volitivo también ha surgido en la fenomenología de tendencia realista, especialmente en Max Scheler.

Una cuarta posición que propone resolver el problema de la relación entre el sujeto y el objeto, es decir, la cuestión de la esencia del conocimiento, es el idealismo. Éste sustenta la teoría de que no existen cosas reales que sean independientes de la conciencia. Y que al suprimir las cosas reales, sólo restan dos clases de objetos: los de la conciencia, tales como las representaciones, imágenes, sentimientos y los ideales, tales como los objetos de la lógica y de la matemática. De ahí que el idealismo necesariamente, debe considerar que los objetos llamados reales pertenecen a la conciencia o al ideal. De esta consideración surgen dos tendencias del idealismo: el subjetivo o psicológico y el objetivo o lógico.

El idealismo subjetivo o psicológico enseña que toda la realidad está comprendida dentro de la conciencia del sujeto. Que las cosas no son algo más que contenidos de la conciencia. Que todo su ser depende de que sean percibidas por nosotros, de que se conviertan en contenidos de nuestra conciencia. Inmediatamente después de que cesa la percepción, cesa también su existencia. Las cosas por lo tanto, no tienen una existencia independiente de nuestra conciencia. Que lo único real es la conciencia y lo que ella contiene. Atendiendo a esto, a tal doctrina se le ha denominado también consciencialismo. George Berkeley, filósofo inglés es el máximo representante de esta teoría. Señaló la máxima: “ser o existir es igual a ser percibido”. De acuerdo a tal principio, una pluma por ejemplo que se posea en la mano, sólo es un conjunto de sensaciones táctiles y visuales. Tras ellas no hay una cosa real

que las produzca en la conciencia, ya que todo el ser de la pluma se consume cuando se la percibe. Debe notarse que Berkeley sólo aplicaba su principio a las cosas materiales, pero no a las almas, a las cuales atribuía una existencia independiente. En igual forma procedía al hablar de Dios, pues consideraba que es la causa de que surjan las percepciones sensibles en las personas. Al argumentar en esta forma, pensaba que así se explica la resistencia de estas últimas al relacionarse con nuestros deseos y voliciones. En consecuencia, el idealismo de Berkeley posee un fundamento metafísico y teológico. Dicho fundamento se pierde en las justificaciones del idealismo subjetivo. Entre ellas, está el empiriocriticismo sostenido por Avenarius y Mach, cuya tesis afirma que no existe otra cosa que las sensaciones. La filosofía de la inmanencia, propuesta por Schuppe y Schubert-Soldern, para quienes todo es inmanente a la conciencia. Este último, el idealismo subjetivo se convierte en solipsismo al considerar que la conciencia del sujeto cognoscente es lo único que existe.

El idealismo objetivo o lógico arranca de la conciencia objetiva de la ciencia, tal como se manifiesta en las obras científicas. El contenido de esta conciencia no es un complejo de procesos psicológicos, sino un conjunto de pensamientos, de juicios. Que cuando se pretende determinar lo que es la realidad por esta conciencia ideal, por la conciencia general, las cosas no pueden ser reducidas a simples datos psicológicos, sino que deben ser convertidas a principios ideales, a elementos lógicos. El idealista lógico no cree que todo ser de la cosa sea lo que es percibido, por el contrario, distingue entre el contenido de la percepción y la percepción misma. Sin embargo, con el contenido de la percepción no encuentra una referencia a un objeto real, lo que sostiene el realismo crítico; sino que juzga que tal contenido más bien es una incógnita, es decir, estima que el problema del conocimiento consiste en determinar lógicamente lo recibido en la percepción para que pueda convertirse en objeto del conocimiento. Contra el realismo, que afirma la existencia real de los objetos del conocimiento con la independencia del pensamiento, el idealismo lógico afirma que los objetos son engendrados en alguna forma por

el pensamiento. En cambio, el idealismo subjetivo juzga que el objeto del conocimiento es una entidad psicológica, un contenido de la conciencia; el realismo considera que se trata en algo real, de algo que tiene una correspondencia parcial en el mundo exterior; el idealismo lógico estima que se trata de una entidad lógica, de un producto del pensamiento. Por ello, al reducir la realidad a entidades lógicas, el idealismo lógico es llamado panlogismo y es sostenido por los neokantianos principalmente por la escuela de Marburgo. En Hermann Cohen, fundador de la escuela, encontramos esta frase que comprende la tesis fundamental de su teoría del conocimiento: “El ser no se apoya en sí mismo; es el pensamiento quien lo hace surgir”. Finalmente, la tesis idealista ya sea subjetiva u objetiva sostiene que los objetos del conocimiento no son realidades, sino entidades ideales.

Una quinta posición que propone resolver el problema de la relación entre el sujeto y el objeto, es el fenomenalismo. En el problema del origen del conocimiento, inversamente se enfrentan el racionalismo y el empirismo. En el problema de la esencia del conocimiento, chocan el realismo y el idealismo. Pero igual que en el primer caso, también en el segundo se han realizado esfuerzos tendientes a mediar entre las dos corrientes. El fenomenalismo de Kant. Se trata de una teoría que afirma que no podemos conocer las cosas como son en sí, sino tan sólo su apariencia. El fenomenalismo acepta la existencia de las cosas, pero niega que podamos conocer su esencia. Únicamente podemos conocer que las cosas son, pero no podemos saber lo que son. De tal suerte, que el fenomenalismo coincide con el realismo cuando admite la existencia de las cosas reales; pero coincide con el idealismo cuando ciñe el conocimiento a la sola conciencia, al mundo de la apariencia, pues al hacerlo, declara la imposibilidad de conocer las cosas en sí mismas. Que cuando pensamos en el mundo como un complejo de cosas dotadas de propiedades, esto es, cuando aplicamos el concepto de sustancia a los fenómenos; o cuando juzgamos que un proceso ha sido producido por una causa, es decir, cuando utilizamos el principio de causalidad, o cuando nos ocupamos de la realidad, de la posibilidad, de la necesidad; para

el fenomenalismo todo esto es sino la manifestación de ciertas formas y funciones *a priori* del entendimiento que al ser estimuladas por las sensaciones, actúan independientemente de nuestra voluntad. En consecuencia, los conceptos supremos o categorías con que determinamos los fenómenos, no son propiedades de las cosas sino formas lógicas y subjetivas de nuestro entendimiento, el cual con su auxilio, ordena los fenómenos y produce, en cierto modo, el mundo objetivo. Entonces, pueden resumirse en tres proposiciones las ideas del fenomenalismo: Primero, la cosa no puede conocerse en sí. Segundo, nuestro conocimiento está limitado al mundo fenoménico. Y tercero, este mundo aparece en nuestra conciencia porque ordenamos y elaboramos el material sensible según las formas *a priori* de la intención y del entendimiento.

Ahora bien, volviendo al tema del conocimiento jurídico, la pregunta es qué teoría sigue el normativismo y al parecer la teoría del realismo es la que más se asemeja a sus ideas. Es decir, supone que el operador jurídico conoce directamente a la norma jurídica como un acto reflejo. El normativismo se basa en la creencia de que las normas jurídicas tienen un significado intrínseco que no depende en absoluto del uso de las palabras. Así las cosas, la búsqueda de la verdad es inmediata y directa. Es decir, la verdad está determinada al momento en que el operador jurídico conoce directamente el contenido del texto de la ley de manera clara y evidente.

El conocimiento del Derecho es posible gracias a que se refleja en la mente de los operadores jurídicos tal cual es la norma jurídica. Para el normativismo el conocimiento del Derecho es un reflejo y de esta manera entre el pensamiento del que conoce y la realidad no existe discrepancia alguna. Cuando afirman algo los operadores jurídicos respecto a una norma jurídica es verdadero —entre el objeto y el sujeto— cuando existe una perfecta adecuación. Es decir, la verdad se define en el normativismo por la adecuación entre el pensamiento de los operadores jurídicos y las normas jurídicas gracias a la recta formación de los conceptos jurídicos. En este sentido y en clara defensa de la existencia

del Derecho natural, se sitúa el pensamiento de Javier Hervada cuando sostiene que existen ciertos derechos naturales que son atribuidas a la persona humana por naturaleza. Al respecto dice que la existencia de cosas propias del hombre que le corresponden por título de naturaleza, se deduce de modo inmediato del hecho mismo de que el hombre es persona. Que en realidad, la deducción no es sólo inmediata, sino también evidente, esto es, sin necesidad de demostración porque se contiene en la definición de persona. Que la noción misma de persona conlleva en el hombre la existencia de derechos por título natural que si esto no se ve con evidencia, se debe a que no se ha penetrado suficientemente en la esencia de la persona y por ello no se capta en toda su extensión cuanto está contenido en la definición de persona.<sup>17</sup>

Por su parte, Riccardo Guastini dice que la teoría formalista de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognitivo. Es decir, que interpretar es verificar empíricamente el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores, típicamente la autoridad legislativa. Y que esto equivale a decir que los enunciados de los intérpretes —el texto T significa S— son enunciados del discurso descriptivos, o sea, enunciados de los cuales se puede comprobar la veracidad o falsedad.<sup>18</sup> Lo anterior, significa que para los formalistas los operadores jurídicos deben limitar su interpretación a lo que establecen los textos legales por su sentido corriente u objetivo o de las intenciones de sus autores. Sin embargo, dicha postura me parece guarda un profundo error epistemológico que trataré de profundizar enseguida. Para esto, conviene es analizar a detalle los elementos que existen en todo proceso de conocimiento.

De acuerdo a lo que propone Adam Schaff, todo proceso de conocimiento está integrado por lo menos de tres elementos: el

<sup>17</sup> Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho natural*, 3ª ed., México, Minos, 1999, pp. 82-83.

<sup>18</sup> Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y otro, 5ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 13.



sujeto cognoscente, el objeto de conocimiento y el saber —como producto del conocimiento—.<sup>19</sup>

En el proceso de conocimiento se requiere necesariamente de una interacción entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, cuyo resultado de dicha relación es propiamente el conocimiento. Conocer tiene lugar cuando el sujeto cognoscente aprehende o se apropia del objeto conocido. La coexistencia de ambos factores es fundamental y el énfasis puesto en uno u otro de los dos componentes, ha determinado a lo largo de la historia del pensamiento una gran variedad de teorías brevemente tratadas en el presente capítulo y que nos permiten estudiar qué tipo características implica la forma de conocer el Derecho que defiende el normativismo.

El normativismo sostiene que el Derecho se conoce conforme al sentido objetivo de los textos normativos o de las intenciones de los legisladores, es decir, que el objeto de conocimiento —la norma jurídica— actúa sobre el aparato perceptivo del sujeto cognoscente —el operador jurídico— como un elemento pasivo, contemplativo y receptivo, donde el resultado del proceso de conocimiento —el saber—, es la copia del objeto y la génesis de este reflejo reside en la influencia mecánica ejercida por el objeto de conocimiento sobre el sujeto. Dicho modelo ha aparecido efectivamente a lo largo del pensamiento filosófico y epistemológico y a partir de allí se ha extendido a todos los dominios de la investigación y del saber. Se trata pues, de un modelo de conocimiento que reduce el papel del sujeto al de un instrumento que registra los impulsos que vienen de la realidad, podría decirse que su papel es semejante al de un espejo, si se le compara con la percepción visual.

El modelo mecanicista del conocimiento como suele llamarse, está estrechamente vinculado con la definición clásica de la verdad que sostiene: es verdadero el juicio que estatuye una correspondencia exacta sobre el objeto de conocimiento. A esta posición clásica de la verdad se le conoce como la teoría de la

<sup>19</sup> Adam Schaff, *Historia y verdad*, trad. Ignasi Vidal Sanfeliu, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Grijalbo, 1976, p. 102.

correspondencia o adecuación de la verdad. Según esta teoría, la verdad consiste en una relación de adecuación o concordancia entre el entendimiento del sujeto y la realidad.

Entonces, el normativismo se basa en la creencia de que las normas jurídicas tienen un significado propio, intrínseco que no depende en absoluto del uso de las palabras, sino precisamente de la relación o concordancia entre el operador jurídico y el texto normativo.

Del mismo modo, el normativismo descansa sobre la idea de que los jueces y el resto de los operadores jurídicos, tienen una voluntad unívoca y reconocible. Que el objetivo de la interpretación consiste en descubrir el significado objetivo de la ley. También hace suponer que si descubrimos el verdadero sentido de la norma jurídica, entonces todo texto normativo admite una y sólo una interpretación verdadera.

El normativismo se basa en la creencia de que las normas jurídicas tienen un significado intrínseco que no depende en absoluto del uso de las palabras. El punto de contacto entre los operadores jurídicos y las normas jurídicas son los conceptos jurídicos y en la medida de que dichos conceptos estén bien formados, entonces reflejan exactamente de la realidad. El conocimiento de las normas jurídicas es perfectamente posible gracias a su esencia, la cual es accesible al pensamiento de los operadores jurídicos porque coincide completamente con ella. Tal como explica Manuel García Morente, la inteligibilidad de las cosas mismas es uno de los postulados esenciales del realismo.<sup>20</sup> Así las cosas, la búsqueda del normativismo de la verdad es inmediata y directa. Es decir, la verdad está determinada al momento en que el operador jurídico conoce exactamente el contenido del texto de la ley de manera clara y evidente.

Hoy en día, la idea de una naturaleza o esencia del Derecho debe ser una cuestión poco trascendente, incluso creo que no tiene sentido analizar si el Derecho es en sí mismo racional o no, ni mucho menos preocuparnos tanto por la predecibilidad de

<sup>20</sup> Manuel García Morente, *Fundamentos de filosofía e historia de los sistemas filosóficos*, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1973, p. 113.

las decisiones judiciales. Lo que sí tiene sentido es reflexionar si los diversos aspectos del Derecho son descriptibles y hasta qué punto es posible justificarlas mediante el uso del lenguaje y determinadas teorías jurídicas que soporten el punto de vista del operador jurídico.

El concepto de dignidad humana en la que se fundamentan los derechos humanos debe descartarse como algo intrínseco de las personas. Por ello es importante que cuando el operador jurídico aborde el tema de los derechos humanos necesariamente debe apoyarse en alguna o algunas de las diversas corrientes epistemológicas que explican, a través de sus propios modelos, los fundamentos de tales derechos.

Los derechos humanos al suponerlos con la noción de dignidad humana conlleva a ligarlos con ciertos atributos absolutos, inalterables y eternos. Es decir, que poseen una esencia a todas las personas, independientemente de la época y lugar del que se trate. Simplemente los derechos humanos son ahistóricos y atemporales. Sin embargo, se pierde de vista que las personas como sujetos cognoscentes asignan al conocimiento un valor determinado. Que todas las sociedades en última instancia deciden qué sentido e implicaciones prácticas quieren darle al conocimiento y al Derecho. La esencia de las cosas no existe aunque en pleno siglo XXI lo digan la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y los defensores del iusnaturalismo. Al contrario defendiendo la postura que la manera en que el sujeto conoce la realidad se liga al lenguaje y al aparato conceptual que el sujeto recibe de la sociedad. Que el hombre además de conocer culturalmente y por lo tanto dotado de una historicidad, transforma las informaciones que recibe por medio del lenguaje, gracias al cual el sujeto piensa a través de su situación de clase y de los intereses de grupo al que pertenece, a través de motivaciones conscientes y subconscientes y sobre todo, a través de su acción social.

Pero ahora es momento de fundamentar a los derechos humanos y profundizar en ciertas herramientas epistemológicas para lograrlo.

### 3. *La fundamentación epistémica de los derechos humanos*

Para buscar el fundamento de los derechos humanos, lo primero que hay que hacer es descartar lo que no son. No es posible sostener la existencia de una naturaleza humana abstracta, fija e inmutable que implica la idea de dignidad humana por un motivo fundamental: el hombre en su pensamiento y en sus acciones está históricamente determinado por las relaciones sociales. En otras palabras, los derechos humanos han sido de un tipo especial de derechos en una época y tiempo y totalmente diferentes en otro.

De hecho, no solamente la idea de la dignidad humana sino cualquier principio, institución, concepto, juicio o norma jurídica pertenecientes al Derecho, carecen de un valor abstracto, absoluto y eterno porque no se tratan de ideas independientes de lo que ocurre en el mundo exterior, sino paradigmas que corresponden a las diversas etapas de la sociedad, que poseen siempre un valor concreto, circunscrito y condicionado a las situaciones reales de la existencia material de una sociedad y de sus luchas internas en un momento determinado de la historia de los pueblos. Por eso, afirma Roberto Atwood que es falsa la noción de un Derecho absoluto que sea el mismo para todos los hombres de todos los tiempos y de todos los países.<sup>21</sup> De esta forma, el Derecho puede entenderse según explica el propio Roberto Atwood como un fenómeno histórico-sociológico de carácter irreversible porque se desarrolla en el tiempo y en una sola dirección: del pasado al futuro, transcurriendo invariablemente hacia adelante.<sup>22</sup> Por ello, la cosmovisión de los operadores jurídicos sin duda influye en el proceso de conocimiento del Derecho y en la toma de decisiones. Sin duda, la razón teórica o epistémica y la razón práctica determinantes en el proceso de construcción de la racionalidad jurídica se despliega en dos situaciones: en las formas de explicación y en las formas de comprensión de la realidad jurídica.

<sup>21</sup> Roberto Atwood, *Derecho y contraderecho (disyunción histórica)*, México, Editor Vicente Cadena, 1973, p. 18.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 17.

No es correcto tratar a los principios de los derechos humanos desde el enfoque esencialista como los de la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad previstos en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo primero.<sup>23</sup> El operador jurídico debe abandonar dicha forma de pensar y entender el Derecho. Lo que debe ahora es pretender construir el alcance y descripción de los derechos humanos. El alcance se logra al momento de respaldar un caso judicial con los derechos humanos. Es el propio operador jurídico quien debe fundamentar a los derechos humanos, pero sin dejar de considerar que éstos ya están determinados por las normas jurídicas. Los esfuerzos de la fundamentación de los derechos humanos no deben enfocarse totalmente a lograr una “definición satisfactoria para todos” sino en contrastar los derechos humanos establecidos en las normas jurídicas con los casos judiciales.

Es precisamente el caso judicial la herramienta epistémica fundamental con que el operador del Derecho puede conocer el Derecho, y en esa medida juzgar la realidad. El caso judicial implica un conflicto de intereses que representa, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, la problematización por excelencia del Derecho. En efecto, en un caso judicial están en juego dos posiciones encontradas a partir de las cuales se juzga la realidad y sobre la cual habrá de tomarse una decisión que se pretende verdadera. No se debe perder de vista que la verdad en el Derecho no está definida, o mejor dicho predeterminada. Prueba de ello es la propia existencia de los derechos humanos, en la medida de que requieren ser contruidos frente a un caso judicial. La constante relación entre la solución de los casos judiciales frente a los derechos humanos debe ser permanentemente contruida. Si los derechos humanos ya están establecidos en diferentes cuerpos normativos como en las constituciones y en los tratados internacionales, la atención de los operadores jurídicos debe estar focalizada en determinar los alcances de los derechos humanos frente a los modos de solución en los casos judiciales.

<sup>23</sup> *Cfr.* artículo primero de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entonces, lo que se denomina “dignidad humana” es una característica de los hombres que se construye, pero no es ninguna esencia inherente a las personas. El concepto de dignidad humana remite al ser, inmutable, atemporal. Sostener que los derechos humanos son intrínsecos a las personas y que son reconocidos por el Derecho supone que el conocimiento es un reflejo, y que entre el pensamiento del que conoce y la realidad no existe discrepancia. La verdad que se presume bajo esta perspectiva es de una correspondencia. Es decir, el pensamiento es verdadero porque existe una perfecta adecuación entre el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento. El proceso del conocimiento no funciona así. El proceso de conocimiento no es resultado de una receptividad del sujeto cognoscente sino que el conocimiento es resultado de una participación activa del sujeto que conoce. No hay que perder de vista que el modelo de conocimiento activista son necesarias al menos dos elementos importantes: primero la idea de que el sujeto cognoscente forma parte de una sociedad que lo condiciona culturalmente y segundo, la consideración del conocimiento como actividad práctica del sujeto que conoce. En la construcción jurídica como proceso de conocimiento necesariamente supone que el sujeto cognoscente al juzgar la realidad, altera y transforma de algún modo el objeto de conocimiento, es decir el Derecho.

Situar al caso judicial como la pregunta básica de la racionalidad jurídica permite pensar y conocer al Derecho como una *quaestium* —pregunta—, es decir como la constante búsqueda de respuestas a problemas concretos, donde las normas jurídicas no son algo que nos venga dado sino que es algo que hay que buscar incesantemente. Se trata de racionalizar el Derecho no a partir de la existencia y validez de las normas jurídicas sino a partir de la construcción de los casos judiciales. La actividad cognitiva de los operadores no debe consistir en la descripción de la realidad jurídica sino en una intervención y configuración del Derecho al introducir nuevas respuestas a los problemas concretos.

Por lo que ve a la elección de una racionalidad por parte del intérprete del Derecho, se trata de una condición necesaria para

dotar de sentido al Derecho, puesto que su utilización permite al sujeto cognoscente allegarse de un marco teórico o metodológico que le permita, a su vez, construir, a partir de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, una realidad jurídica mediante la expresión de enunciados jurídicos. La importancia del uso de la racionalidad en el Derecho radica en el hecho de que permite construir un enfoque y una aproximación sobre el cual se ha de resolver un problema, un caso judicial. El intérprete del Derecho mediante el uso de la razón —capacidad de conocer— puede elegir libremente el curso de acción que considere más conveniente según su propia historicidad para dotar de significado una norma jurídica y predicar sobre una realidad jurídica determinada. Todo problema dada su propia naturaleza plantea una serie de preguntas. Y toda pregunta dice Hans-Georg Gadamer es a su vez una respuesta.<sup>24</sup> Por eso, lo decisivo de cualquier operador del Derecho en su carácter de investigador y sujeto cognoscente consiste en identificar las preguntas. Pero para ver las preguntas que se encuentran inmersas y diseminadas en un problema —caso judicial— es fundamental la apertura intelectual del intérprete del Derecho para construir nuevas respuestas. La verdad en el Derecho está relacionada directamente con el método utilizado para obtenerla.

Vale aclarar que en ningún momento niego la existencia de una posible fundamentación de los derechos humanos, ya sea filosófica, ética, histórica, sociológica, etc. Lo que digo es que los derechos humanos son derechos, o si prefiere un tipo especial de derechos, y por lo tanto, representan la fuente formal del Derecho. Por mucho que se sostenga que los derechos humanos son valores, por ejemplo, es imposible que bajo esa premisa puedan ser llevados a la práctica en la medida que el Derecho está formado bajo un aparato conceptual iuspositivista. Dicho de otra manera, hoy en día no existen los conceptos, teorías y modelos para que el Derecho resuelva cuestiones morales.

<sup>24</sup> Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método II*, trad. Manuel Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 58.

#### *4. Conclusiones: La construcción y transformación del Derecho*

Los derechos humanos están previstos en las normas jurídicas y por lo tanto están formulados en un lenguaje, pero conviene precisar una característica fundamental y es que una norma no es solamente un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan. Una cosa es la formulación de la norma como enunciado y otra cosa es el sentido de la norma que sostiene el operador jurídico. La construcción del sentido de la norma jurídica es condición necesaria para que el texto normativo pueda cumplir con el papel que le asigna el legislador, es decir motivar determinadas conductas. Las normas jurídicas lejos de representar simples textos lingüísticos como la mayoría de los operadores jurídicos están acostumbrados a pensar, representan la construcción del intérprete, es decir muestran el sentido como resultado de un proceso de interpretación. De este modo, son las funciones del lenguaje jurídico, es decir los papeles o roles que desempeñan las palabras mediante su articulación —grupos sintácticos— lo que hace posible en primera instancia, la polisemia o multiplicidad de sentidos en el Derecho mediante la formulación de enunciados jurídicos. Los problemas más frecuentes que se presentan en la interpretación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos —casos judiciales—. También la interpretación supone la existencia de ciertas reglas y esto no puede lograrse si no es mediante la ayuda de las reglas propias del metalenguaje del Derecho.

Lo que está en juego en un caso judicial es la verdad y la trascendencia de la verdad en un caso judicial estriba en que es condición necesaria para juzgar. Y no sólo eso, me parece que el problema fundamental del proceso de construcción del Derecho radica en la imposibilidad absoluta del conocimiento jurídico. En otras palabras, existe la dificultad de todos los operadores jurídicos de tener un pleno y cabal conocimiento de la realidad jurídica, sin embargo al mismo tiempo, existe la pretensión de juzgar la realidad jurídica conforme a la verdad. En este sentido y con-



trariamente a lo que se piensa, la verdad no se encuentra ni en los hechos ni en las normas jurídicas. El proceso de conocimiento se encuentra muy lejos por un lado, de la simple selección de la norma jurídica y del otro, de la constatación de los hechos. De hecho, no es posible siquiera deslindar radicalmente la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* en un caso judicial. La gran problemática del Derecho a lo largo de la historia ha radicado principalmente en descifrar cuál de los enunciados jurídicos que se proponen es el verdadero.

El intérprete del Derecho juzga a la realidad jurídica mediante la formulación de enunciados jurídicos conforme a una intencionalidad propia, circunstancia que hace necesario que defienda su postura frente a la interpretación de su oponente si desea tener éxito en su cometido. Para esto, el intérprete del Derecho debe construir consistentemente sus enunciados jurídicos a partir de un modelo racional que le sirva de base metodológica que le permitan explicar, proponer y defender su posición. La razón entendida como la capacidad de conocer y que permite por tanto, juzgar la realidad hace necesario comunicar en un modo específico su racionalidad, es decir, mediante enunciados, proposiciones o juicios. Dicho de otra manera, el lugar donde se encuentra la verdad es en los enunciados, no en los hechos ni en las normas jurídicas. Puntualiza Hans-Georg Gadamer que el juicio se caracteriza frente a todos los otros modos de discurso por la pretensión de ser verdadero.<sup>25</sup> Ahora bien, una característica no siempre reconocida por todos y que perturba la concepción del conocimiento objetivo, es la idea de que el hombre se encuentra históricamente moldeado. En efecto, sostengo que la conciencia del hombre es resultado de la historia y por lo tanto, nos encontramos insertos plenamente en la cultura e historicidad de un tiempo y lugar determinado. En consecuencia, el prejuicio o la intencionalidad del sujeto cognoscente es una parte importante que condiciona el proceso de conocimiento de la realidad jurídica. El sujeto cognoscente en un modelo activista y de interacción del conocimiento subraya el papel activo del sujeto y sólo puede

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 53.

explicarse a partir de su condicionamiento biológico y social y en esa medida participa en el proceso intelectual. Ahora lo decisivo no es solamente que el hombre posea una razón —capacidad de conocer— sino que a través del proceso de conocimiento, el hombre es a la vez producto y productor de la cultura.

Una parte fundamental del conocimiento a diferencia del modelo mecanicista es la idea de que el conocimiento es una práctica, es decir como una actividad concreta humana. De tal suerte que, el papel activo del sujeto en el proceso de conocimiento, es condición necesaria para la interpretación de la realidad jurídica y no quedarnos simplemente en el plano de las percepciones y descripciones de las normas jurídicas. En este sentido afirma de manera contundente, Adam Schaff que el carácter activo del sujeto cognoscente se halla vinculado primordialmente al hecho de que el hombre conoce actuando.<sup>26</sup> Por ello, cuando el operador jurídico se limita juzgar la realidad no está construyendo ningún tipo de verdad en el Derecho. Lo que sostengo es que en el Derecho, para que pueda hablarse de verdad como una propiedad de los enunciados jurídicos, es necesaria la existencia de un problema y la elección de una racionalidad determinada que nos permita responder satisfactoriamente a dicho problema. La racionalidad define las acciones de los operadores jurídicos en tanto suponen el apego a ciertas reglas para lograr ciertos fines. En el campo del Derecho, la interrogante básica que propongo de la racionalidad jurídica es: qué hacer frente a un caso judicial.

La construcción del Derecho nos impulsa a reflexionar más allá del simple objetivismo y relativismo. Una nueva visión del lenguaje, una nueva racionalidad está emergiendo y tiende a integrar dialécticamente la realidad jurídica. Todos los campos del saber del Derecho, o mejor dicho, los niveles del conocimiento jurídico deben estar dirigidos hacia la razón práctica. El uso del lenguaje del Derecho cobra sentido en el contexto de una solución del caso judicial. La construcción jurídica tiene como especial característica que permite generar un número caso infinito de nuevos enunciados jurídicos. La orientación del conocimiento

<sup>26</sup> Schaff, *op. cit.*, p. 111.

jurídico lejos de diversificarse debe unificarse. La mejor manera de unificar el conocimiento del Derecho es la solución a los casos judiciales.

Los derechos humanos son todo lo que se quiera pero menos intrínsecos y mucho menos reconocidos. A mi modo de ver, afirmar que los derechos humanos son intrínsecos y reconocidos es un retroceso a la evolución del pensamiento. La incorporación de los derechos humanos y la manera en que se conceptualizaron al sistema jurídico positivo, me parece que son más útiles para conservar y perpetuar los errores que se presentan en el Derecho que para construir la verdad. La realidad jurídica no es un objeto de conocimiento terminado sino que el Derecho debe construirse y transformarse. El Derecho se conoce construyéndolo. El proceso de conocimiento es lo mismo que la construcción. La importancia de los derechos humanos en el Derecho no radica en su reconocimiento por el Derecho, sino en que constituyen la base de la fundamentación legal de las decisiones judiciales.

A partir de las reformas del año de 2011 en México relativa a la incorporación de los derechos humanos como principal premisa de fundamentación del Derecho, corresponde a todos los operadores jurídicos, construir y transformar el Derecho existente por otro mejor. Se trata de un quehacer que apenas comienza, con el paso del tiempo y con la solución de los diversos casos judiciales, poco a poco se irá construyendo una racionalidad y razonabilidad jurídica de los casos judiciales a la luz de los derechos humanos. La obtención de conocimiento está ligada a una racionalidad teórica o epistémica, mientras que ante la pregunta, qué hacer con el conocimiento se responde con la ayuda de la racionalidad práctica al justificar racionalmente las acciones de los hombres. Me parece que la distinción entre la razón teórica y la razón práctica, al menos los operadores jurídicos la hemos tomado de manera tajante como si en verdad la realidad fuera partida en dos ámbitos completamente diferentes e irreconciliables. La idea que del Derecho deben tener los operadores jurídicos debe estar orientada a la unidad, es decir pensar el Derecho tomando en cuenta al mismo tiempo el saber teórico y el saber práctico.

Me parece que hoy en día debemos abandonar la idea que desde Kant se implantó para el conocimiento y no tomarnos tan en serio dicha distinción.

El problema básico relativo a los derechos humanos no es su fundamentación, sino su puesta en práctica y protección. Esto es precisamente lo que finalmente debe importar más a todos los operadores jurídicos, tomar la responsabilidad de defender los derechos humanos frente a los abusos del poder y alcanzar una verdadera transformación y evolución del Derecho.

### *Fuentes Consultadas*

#### *Libros y revistas*

- ALCHOURRÓN, Carlos E. *et al.*, *El lenguaje del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- ATWOOD, Roberto, *Derecho y contraderecho (disyunción histórica)*, México, Editor Vicente Cadena, 1973.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2004.
- DÁVILA ALDÁS, Francisco R., *Teoría, ciencia y metodología en la era de la modernidad*, 2ª ed., México, Fontamara, 1996.
- FINGERMANN, Gregorio, *Lógica y teoría del conocimiento*, 26ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1972.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método II*, trad. Manuel OLASAGASTI, Salamanca, Sígueme, 1977.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Fundamentos de filosofía e historia de los sistemas filosóficos*, 7ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1973.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina GASCÓN y otro, 5ª ed., México, Porrúa, 2003.

- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, 3ª ed., México, Minos, 1999.
- HESSEN, Johan, *Teoría del conocimiento*, trad. José GAOS, México, Editores mexicanos unidos, 2003.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Ernesto GARZÓN VALDÉS, Barcelona, Gedisa, 2000.
- IHERING, R. von, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo POSADA Y BIESCA, 2ª ed., México, Porrúa, 2002.
- KHUN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. Agustín Contín, México, FCE, 2006.
- PRADO, Juan José, *Manual de introducción al conocimiento del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- RENTERÍA ESTRADA, José Alfredo, “La racionalidad de los casos judiciales”, en *Juris tantum*, México, Año XXVIII, Tercera época, Núm. 24, 2013.
- SCHAFF, Adam, *Historia y verdad*, trad. Ignasi VIDAL SANFELIU, 2ª ed., Barcelona, Grijalbo, España, 1976.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica, el paradigma de la racionalidad y la ciencia del Derecho*, México, UNAM, 2004.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tratado lógico-filosófico*, trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEBA, Madrid, Tecnos, 2007.

### *Legislación*

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013, México.



## LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO LA MIRADA DE UNA ÉTICA TOTALIZANTE

*Teresita de Jesús Arroyo Córdova \**

### *1. Introducción*

**I**ndagar en el presente implica un compromiso con la historia y la reflexión constante sobre fenómenos, causas, prácticas sociales o conceptos situados bajo contextos culturales y políticos. Ante ello, resulta por demás evidente que los discursos que abordan a los derechos humanos desde hace algunas décadas están impregnados de una opacidad lingüística, ideológica y de poder, factores que han provocado un sinnúmero de interpretaciones sobre su función, origen, tendencias y finalidades.

Dichas circunstancias no pueden ser menospreciadas, puesto que a partir de ellas se maquilan teorías, pensamientos y realidades, mismas que atrapan en su interior un cúmulo de sensaciones, tragedias, guerras y epistemicidios; tópicos que sin lugar a dudas se han mantenido ausentes del relato oficial, postrándolos en la mayoría de ocasiones al tenor de dinámicas estatales que lejos de encontrar un espacio para su representación, han permitido el exterminio de los procedimientos por medio de los cuales lograrían adquirir un lugar dentro del debate público.

Bajo ese contexto, el presente trabajo transitará por un sendero alterno, provisto de un análisis crítico que otorgará al lector una mirada diversa sobre los derechos humanos, específicamente bajo una perspectiva analítica que fincará las bases para com-

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

prender que éstos son resultado de una Ética totalizante, trazados ideológicamente desde lo económico e impulsados bajo una corriente política de tinte liberal.

Así, en pleno siglo XXI, las estrategias para contemplar un mínimo de derechos por medio de los cuales resulte factible edificar a la persona, han tejido finas telas de exclusión, donde la palabra que abarca a la otredad, ha sido maniatada por una postura epistemológica que tiende a recobrar una tendencia secular de derechos. Por ende, deviene necesario el adentrarse en terrenos inhóspitos, constituyentes de una amplia representación de lo que implica la vida, así como de aquella oportunidad para incluir en la mesa de diálogo a los sectores que por generaciones han permanecido ocultos o sujetos a un Derecho que no los toma en cuenta y que, lejos de ello, imposibilita el desarrollo de una verdadera autodeterminación, tanto individual como colectiva.

De esta forma, la palabra será expuesta a un continuo recorrido, expondrá las debilidades y los alcances de este constructo humano (derechos humanos) que por muchos años ha estado presente en la cotidianidad, visible en cuanto a su representación, pero carente de un marco de comprensión para el grueso de la población, la genealogía que lo ha acompañado ha retomado vestimentas de muchos colores, algunas inspiradas en un iusnaturalismo clásico o moderno, sin que con ello se haya alcanzado una legitimación universal de los postulados que lo conforman.

Por ende, para seguir una línea de congruencia con lo mencionado en supralíneas, debe decirse que los contenidos plasmados a lo largo de las presentes hojas, distarán de presentarse como una verdad única, mónada, sino que constituyen una apuesta más por alcanzar un diálogo real, bajo condiciones que implican una inclusión de los numerosos sectores en los cuales se divide la sociedad doméstica e internacional.

La apertura en el conocimiento se vislumbra entonces como una de las herramientas más poderosas para concretar cambios, estilos de vida, deconstrucción de utopías, así como para otorgar la posibilidad de adentrarse de lleno en el terreno del asombro, de aquella magia que desafortunadamente se ha intercambiado por certeza e imposición.



## *2. Relatos en la historia*

Hoy en día, el acto de pensar en los derechos humanos se ha convertido en una actividad frecuente, la cantidad de textos, artículos y presentaciones que los contemplan se multiplican por cientos, sin que en la mayoría de los casos exista un adentramiento sobre los factores ideológicos, históricos y de poder que los conforman; sin embargo, su aceptación en un alto porcentaje es total, aunque resulta paradójico que cuando se cuestiona sobre su posible origen, finalidad o legitimidad, el discurso se vuelca hacia el silencio.

¿Por qué ocurre esto? Las respuestas pueden ser tomadas desde diversos ángulos, aunque quizá con un factor en común, la opacidad, es decir, aquel discurso que no es claro, transparente, sino turbio, construido intencionalmente con tales características para que el entendimiento sea nulo, obstaculizando entonces, la posibilidad de entablar una crítica considerable. En esa tesitura, al hablar de los derechos humanos se presenta una dosis automática de aprobación, lo que hace suponer que con el simple hecho de pronunciarlos se legitima un acto, pensamiento o sanción, actitud que sin lugar a dudas en el ámbito académico resulta preocupante, puesto que no existe conocimiento alguno que no se encuentre expuesto a la crítica.

Ahora bien, la opacidad en comentario no es presentada como un desconocimiento pleno, sino como la apropiación del conocimiento bajo esquemas de totalidad, certeza o normalidad, edificada por dominios del saber que influyen en la constitución de un tipo de sujeto que a la postre se mantendrá ausente de los debates o criterios interpretativos que en todo caso pudieran darle una mirada diversa a lo que es catalogado como inmodificable. De esta forma, el relato de la historia sirve como ejemplo para hacer patente la manera en la que la opacidad ha influido en la construcción de un determinado lenguaje y cosmovisión, desplazando los recortes de la realidad emitidos por grupos minoritarios o ajenos a la política económica imperante; provocando entonces, que la narrativa sobre los eventos producidos en el tiempo, impongan una interpretación unívoca de los hechos.

Así, el planteamiento de los derechos humanos es situado de forma lineal, con tintes evolucionistas, impulsados bajo un principio de universalidad, sin que en lo particular se hayan logrado justificar tales postulados, circunstancia que indudablemente ha afectado de modo considerable su validez o legitimidad, denostando todo aquello que no encuentre similitud en la escala de valores construida por éstos.

En ese contexto, conviene recordar que la primera generación de los derechos humanos fue resultado de una lucha por parte de la sociedad civil contra el Estado, ya que este fungía como el principal violador de estos principios, sin embargo, no puede pasar desapercibido el hecho de que la ideología imperante era la liberal, con tendencia plena al desarrollo del comercio y a la consagración del concepto de ciudadano como pilar indispensable para el soporte de tal sistema, lo que indudablemente enmarcaba un vertiginoso tipo de pensamiento y realidad. De Sousa Santos describe este escenario de la siguiente manera:

Los dobles criterios, la complacencia hacia los dictadores aliados, la defensa de concesiones mutuas entre los derechos humanos y el desarrollo, todo esto provocó que los derechos humanos despertaran sospechas en cuanto guión emancipatorio. Tanto en los países del centro como en el mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas prefirieron el lenguaje de la revolución y del socialismo a la hora de formular una política emancipatoria. No obstante, con la crisis aparentemente irreversible de estos proyectos para la emancipación, aquellas mismas fuerzas progresistas se encuentran en la actualidad teniendo que recurrir a los derechos humanos a fin de reconstruir el lenguaje de la emancipación. Es como si se acudiera a los derechos humanos en busca de apoyo para llenar el vacío dejado por las políticas socialistas. ¿Puede en realidad el concepto de derechos humanos llenar semejante vacío? Solamente podrá si se adopta una política de derechos humanos radicalmente distinta de la hegemonía liberal y solamente si tal política se concibe como parte de una más amplia constelación de luchas y discursos de resistencia y emancipación en vez de cómo la única política de resistencia contra la opresión...<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Bogotá, Trotta, 2009, p. 509.

Al tenor de la cita previamente transcrita, Boaventura de Sousa Santos imprime una huella significativa, algo que podríamos denominar “la contienda por los derechos humanos”, pugna en cita cuya trascendencia descansa en el posicionamiento de un tipo de política cultural en manos del sector triunfante, hago la aclaración en el sentido de que empleo la locución lucha o pugna para hacer palpable que lo que ahora se vislumbra como una realidad absoluta, fue materia de violentas transformaciones, en su mayoría impuestas, controladas por grupos hegemónicos que poco a poco fueron edificando un tipo de sujeto, así como valores por medio de los cuales se consagraría éste.

Pues bien, tales ingredientes suelen estar lejanos del debate jurídico, lo que influye en una repetición constante, así como autorreferente de las principales problemáticas que rodean a los derechos humanos, aspecto que se ve reflejado en una producción interminable de textos que lejos de incentivar un diálogo multi e intercultural, favorecen una continuidad objetiva del discurso de poder.

Como es de observarse, la trascendencia de analizar el contexto histórico incide en una comprensión multi e intercultural cuya magnitud está inmersa en la incorporación de distintas epistemologías o formas de construcción del conocimiento, mediante las cuales se esté en la posibilidad de fijar acuerdos reales e incluyentes, con una tendencia clara a enmarcar un concepto de derecho humano producto de la participación comunicativa (Habermas).<sup>2</sup>

Si observamos la historia de los derechos humanos en el periodo de posguerra, no es difícil concluir que las políticas de derechos humanos han estado, en conjunto, al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El generoso y tentador discurso sobre los derechos humanos ha consentido atrocidades indescriptibles, las cuales han sido evaluadas y tratadas a través de un repugnante doble rasero (Falk, 1981). Pero la impronta occidental y en realidad liberal occidental del discurso dominante sobre los derechos humanos se puede rastrear en muchos

<sup>2</sup> Véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010, *passim*.

otros ejemplos: en la Declaración Universal de 1948, cuyo borrador fue elaborado sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del Derecho colectivo a la autodeterminación (que, sin embargo, se restringió a los pueblos sometidos al colonialismo europeo); en la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, durante muchos años, el único derecho económico...<sup>3</sup>

La tendencia es clara, por una parte se emiten ordenamientos jurídico-políticos cuya finalidad descansa en otorgar legitimidad a los valores estipulados por éstos y, por otra, se conforma un puñado de reglas con sustento en las cuales se anudará el andamiaje ideológico que servirá como soporte para la construcción de sociedades, ideales y modelos de comportamiento.

En esa línea de pensamiento, cabe preguntarse: ¿de qué hablamos cuando nombramos a los derechos humanos? La respuesta suele girar alrededor de supuestos genéricos, encumbrados desde un sector cuya presencia permite otorgarles vigencia dentro del sistema jurídico, es decir, los establece como criterios de optimización (Alexy) sin que para ello se obsequien los fundamentos de identificación colectiva que les puedan dar un soporte real.

Ante ello, los cuerpos normativos se vuelven esclavos de una tendencia económica, pues se adolece de un marco de referencia que pueda permitir la presencia de la diferencia, tal referente se identifica de manera contundente en la cita previa, donde se menciona que la Declaración Universal de 1948 no contó con la participación de la mayoría de países del mundo, aspecto que denuncia públicamente que la construcción de un concepto siempre dependerá del contexto histórico, ideológico y de poder. Referencias que contrastan con el empleo de una narrativa que vende lo que al final del camino no otorga, impulsando en cada acto el desarrollo de la opacidad.

Es así como el peso de cada relato dentro de lo que hemos denominado historia, tendrá la oportunidad de vislumbrarse como

<sup>3</sup> De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 515.

una puerta que conduzca a mil senderos, entendiendo que cada uno de ellos, se posiciona como garante de su propio contexto. Asimismo, es vital reconocer de antemano que la forma de establecer una cronología de hechos no puede plasmarse de forma lineal, puesto que de ser así, estaremos condenados a dejar en las proximidades planteamientos que nombran algo distinto, con sustento en una epistemología o construcción alternativa del conocimiento.

### 3. *Lo totalizante*

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua<sup>4</sup>, el significado de la palabra total en su primera acepción implica: lo general, universal, lo que comprende todo en su especie. Referencia gramatical que nos conduce a una diversa locución, lo universal, cuya suerte en su segunda y cuarta acepción indica: aquello que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno y, que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos.

Bajo ese contexto, resulta asombroso percibir que desde pequeños, las estructuras lingüales, conceptos o ideas son aceptados de forma tajante sin que para ello se realice una labor interpretativa que nos conduzca a diversos usos y significados; solemos estar en presencia de clases magistrales donde se repite afanosamente que la historia y literatura adquieren un componente universal, sin que para ello emitamos algún dejo de incertidumbre o duda; no obstante, bajo la temática que he referido en estas páginas, conviene preguntar ¿qué implica el suponer que los derechos humanos son totalitarios?

Recuerdo un texto de Heidegger titulado ¿Qué significa pensar?,<sup>5</sup> en el cual el autor se hace acompañar de Hölderlin, destacando que éste, en un esbozo de su himno, había contemplado que somos un signo por interpretar; sublime expresión que nos

<sup>4</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua [fecha de consulta: 13 de abril 2015]. Disponible en: < <http://www.rae.es> >.

<sup>5</sup> Martín Heidegger, *¿Qué significa pensar?*, Madrid, Trotta, 2010, p. 21.

invita a colocarnos en una constante reflexión implícita en las conductas o escenificaciones donde transita el ser, mismas que no pueden asegurarse como algo estable o permanente, sino que son consecuencia de un intrincado número de simulacros, planteados desde específicas estructuras de poder, aunque presentadas en forma de libertad, pluralismo o democracia.

El sabernos como un signo por interpretar, aduce la eliminación de lo que se extiende a todo el mundo, construye con base en lo modificable, asume la tarea de exégeta sin condición y posiciona la crónica mediante la dependencia de las variables. Un signo por interpretar implica la duda, el espacio poco certero que enmarca al ser, constriñe al pensamiento en una dinámica múltiple, lo que notoriamente se contrapone al término universal.

Ahora bien, en lo que se ha denominado la lucha por los derechos humanos, se observa de forma nítida que el peso de una ideología, en el presente caso el sistema económico liberal, compuesto por valores, principios, ideales y derechos, que sirven como eslabones para su perfecta aplicación, plasma sus concepciones al resto de la colectividad de forma avasallante, implantando terminologías, usos, conceptos, escalas de valores, cosmovisiones, así como un entramado jurídico que hace vigentes tales postulados.

Mauricio Beuchot refiere que en 1992 se reunieron algunos profesores de la facultades de Filosofía y Letras y de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Autónoma de México, para dilucidar algunas cuestiones relativas a los “llamados derechos humanos”. En sus conversaciones encontraron dos vertientes que debían explorar:

...una de ellas era, precisamente, la de los fundamentos filosóficos de tales derechos; esto, debido a que, al examinar sus diversos enunciados, los ya clásicos norteamericano y francés del siglo xviii y el de la ONU en 1948, encontramos que resultaba necesario distinguir entre esos enunciados y su concreción en leyes positivas. Tales enunciados no son leyes, no son propiamente derechos; más bien constituyen una sucinta descripción de la naturaleza humana y la formulación

de una Ética, a la cual debe ajustarse la conducta individual en sus relaciones de coexistencia...<sup>6</sup>

En esa tesitura, como bien lo indica Beuchot, cuando hacemos uso del concepto derechos humanos, no se estipulan leyes ni propiamente principios, sino una sucinta descripción de la naturaleza humana, así como la formulación de una Ética; categorías que, hasta la fecha, distan de tener un concepto universalmente definido (estático), sino que dependen de múltiples contextos y pensamientos, aspecto que no es tomado en cuenta al momento de establecer nociones como dignidad humana, que en sí misma incorpora una visión predeterminada bajo un aspecto ideológico, que dista de un encuentro comunitario.

Es decir, para establecer máximas de comportamiento o definiciones sobre lo que implica el ser o la humanidad, el hombre se ha hecho valer de un marco ideológico que ha tenido tras de sí un esquema totalitario, que le ha permitido unificar una idea, otorgándole un origen o respaldo mediante el cual no puede ser criticado o deconstruido; sino por el contrario, legitimado, sobre todo al presentarse como un cimiento indeleble con el cual se sujetará a la sociedad misma. De esa forma, al observar la trascendencia que adquiere la vigencia de un modelo epistemológico en el diario acontecer de la vida, no podemos mantenernos al margen de su estudio, sino contribuir a la amplitud del diálogo, la incorporación de minorías o modelos que logren situar dentro del reflector tanto la expresión de los menos aventajados como la oportunidad de nutrirse con modelos de conocimiento acordes a la historia y devenir del tiempo por parte de los integrantes del planeta.

Así las cosas, conviene recordar la complejidad que revierte aseverar una definición, ello al tenor de los múltiples significantes y significados que envuelven una práctica social, comportamiento o fenómeno a dilucidar; su trazo a pesar de ser expuesto como certero está compuesto por ingredientes provenientes de

<sup>6</sup> Mauricio Beuchot, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2004, p. 9.

numerosas latitudes, historias y fragmentaciones, que forzosamente conducen a un destino indeterminado.

Por consiguiente, al inmiscuirnos en el debate de los derechos humanos, será necesario incorporar un plano de conocimiento que denuncie la tendencia que tienen éstos para estipular ciertas bases como indispensables, forjadoras de una razón particular, permeada con factores que lejos de incitar la puesta en práctica de una libertad, la anudan a un tipo de expresión cultural, aspecto que no es conocido por el grueso de la comunidad y, si, por el contrario, aceptado como soporte para la existencia misma.

Para De Sousa Santos, el concepto de derechos humanos se basa en un conjunto bien conocido de presupuestos, todos los cuales son claramente occidentales, a saber:

...hay una naturaleza humana universal que se puede conocer por medios racionales; la naturaleza humana es esencialmente distinta de, y superior a, la del resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida frente a la sociedad y al Estado; la autonomía del individuo requiere una sociedad organizada de una manera no jerárquica, como una suma de individuos libres (Panikkar, 1984: 30). Puesto que todos estos presupuestos son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de otras concepciones de la dignidad humana en otras culturas, uno se puede preguntar por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos ha generado un debate tan intenso o, en otras palabras, por qué la universalidad sociológica de esta pregunta ha acabado siendo más relevante que su universalidad filosófica...<sup>7</sup>

¿Qué repercusiones tiene el plantear un conocimiento universal? Conlleva un dejo de reclusión, genera brechas infranqueables, enaltece su labor en aras de institucionalizar un conglomerado de normatividades que tienden a exhibir un presente que sabe a deuda histórica, fortalece los designios maquinados por grupos minoritarios que deciden en todo momento cómo y en qué dirección se habrá de regular la conducta del hombre.

<sup>7</sup> De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 515.



En esa línea de pensamiento, al postular una idea como universal, ésta se impregnará de homogeneidad, enmarcando en todo acto, un espacio para lo repetitivo, sin lugar para la construcción de singularidades o muestras que abarquen otro tipo de expresiones, hablar sobre lo que es común en la especie, requiere de un mismo entendimiento, alcance paralelo de objetivos y metas, así como una certeza sobre la zona causal de la cual emerge.

Así, en el instante mismo en el que los derechos humanos se hacen cubrir por túnicas absolutistas, emanadas de juicios previos sobre la naturaleza de la humanidad o marcando la pauta sobre lo que es considerado como valioso, se marca una separación que adquiere legitimidad únicamente por el ejercicio pleno de poder, más no así, por un acuerdo o aceptación de las personas inmersas en su aplicación.

Ante tales supuestos, el Derecho debe responder en primer término con una cuota de reconocimiento sobre la tendencia ideológica que presentan los derechos humanos, así como obsequiando los medios por medio de los cuales, las partes puedan hacer valer su voz, sentido de la vida y, cosmovisión. Tarea que indudablemente no le compete exclusivamente al área jurídica, sino que necesita del Estado, a través de políticas públicas que incidan en una autodeterminación efectiva.

#### *4. La eticidad de los derechos humanos en México*

En el año 2011, la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada de forma trascendente, lo que antaño era considerado como una escuela del Derecho expectante y agazapada (Derecho natural), se tornaba en protagonista de una nueva realidad; la citada reforma constitucional no incluyó solamente un apartado nuevo de dispositivos legales, sino que dio paso a una mirada distinta del Derecho, aquella que contraponía de nueva cuenta sus postulados frente al positivismo.

Debate que en realidad devenía poco novedoso, ya que a lo largo de la construcción del Derecho, podemos encontrar enfrentamientos álgidos, como el que protagonizó Antígona a través de

la tragedia sofocliana que le dio vida. En ésta, la protagonista al darle sepultura a su hermano, violentó las leyes positivas (humanas) que le impedían realizar tal acto, clara contraposición teórica que reflejaba descripciones distintas del derecho, puesto que Antígona descansaba su decisión en un cúmulo de leyes que regían para todos los tiempos, desde Zeus y para toda la humanidad, independientemente de las decisiones caprichosas que tuviera el rey o quien ostentara el poder.

Mucho tiempo después, específicamente al concluir la Segunda Guerra Mundial, el sistema jurídico retomó la postura por parte de la escuela del Derecho natural, al incorporar valores para la conformación del propio Derecho; Radbruch fue famoso por cambiar drásticamente su postura, ya que en primera instancia defendió un medio legal desde lo válido, vigente, claramente con una tendencia positivista, empero, al observar las consecuencias del régimen nazi, así como la derrota de este país, modificó su postura, señalando que el Derecho debe respetar ciertos principios mínimos, lo que tiempo después fue nombrado como fórmula Radbruch, bajo la frase “la injusticia extrema no es Derecho”.

A partir de entonces, fue más visible el hecho de que los valores preponderantes giraban alrededor del concepto ciudadano, una marca imborrable que le hacía presentarse como una versión perfeccionada y más adecuada del proyecto denominado ilustración, pasando por la revolución francesa a través de una sociedad burguesa, y concretándolo en la construcción de un sujeto de derechos propicio para poner en marcha un sistema económico liberal.

Ahora bien, el planteamiento que es preciso contemplar, es el relativo a que la estructura de los derechos humanos se debe a un tipo de naturaleza humana, una específica que ha sido trazada desde una epistemología definida, eurocentrista y norteamericana, cuya magnitud se ve reflejada en la conformación de principios (valores) estipulados como fundantes de la persona, sin los cuales se rompe lo que también se ha denominado como dignidad humana; sin embargo ¿quién ha sido el responsable de señalar que los valores señalados por Occidente deben ser admitidos

como universales?, ¿bajo qué argumentos podemos imponer un concepto de naturaleza humana a otras civilizaciones?

Si profundizamos en las respuestas, sabremos que se carece de un marco justificatorio mediante el cual se pueda legitimar un acto valorativo con miras a la totalidad, pues en la propia configuración de la humanidad, lo que ha sido catalogado como universal, ha partido de genocidios y destrucciones masivas de cultura, que sin lugar a dudas provocan inquietudes cada que los ordenamientos jurídicos se hacen acompañar de tal concepto.

De esta forma, es claro que el valor que una sociedad deposita en un acto, comportamiento, idea, pensamiento, etcétera, conlleva una particular perspectiva del entorno, sobre la levedad del ser, tiempo, espacio, vida, sin que con ello podamos estar en posibilidad de generalizar los resultados de tal actividad. La Ética imperante en México a partir del 2011, se ha llevado al plano constitucional, como la mayoría de los países que se encuentran sujetos al sistema económico vigente, es decir, a una ideología imperante, que en el caso de no aceptarse, los dejará varados en un sitio que les imposibilitará comerciar, pactar y adquirir reconocimiento por parte de la comunidad internacional, que valga el comentario, se encuentra bajo los mismos dominios de poder.

Pues bien, lo preocupante es que dichas consideraciones son relegadas al campo del olvido, en la mayoría de ocasiones se ocultan, no son presentadas dentro del discurso que envuelve a los derechos humanos, sino relegadas de la comprensión de la población, sintonía que desde la plataforma académica se vuelve una obligación, al fomentar la supresión de aquellos elementos que facilitan lo que hemos denominado en las primeras páginas como opacidad.

La Ética, entendida por muchos teóricos como la investigación general sobre lo bueno o valioso, nos lleva de la mano para denotar que lo que se juzga es un hecho, mismo que es imposible que pueda alcanzar un grado absoluto de representación, puesto que no existe correlatividad entre ese pequeño instante y una valoración que se imponga de forma rotunda sobre las demás. Wittgenstein explicaba que no había mayor diferencia en-

tre la descripción de un asesinato, con todos los detalles tanto físicos como psicológicos, y el caer de una piedra, pues ambas concretarían un ámbito fáctico, pero una no se elevaría por encima de la otra.

Análisis que de nueva cuenta nos permite asegurar que no obstante que hay una imposibilidad para asegurar la eticidad de una sociedad, en el sentido de jerarquizar lo que es considerado como valioso o correcto para la vida, y adjuntarle la característica de universal, la misma también adolece de legitimidad al estar fundamentada en una ideología concreta que destierra cualquier esquema valorativo que se le oponga. Desafortunadamente, la puesta en marcha del modelo económico en comento, ha aniquilado cientos de expresiones sobre lo que puede entenderse por naturaleza humana, misma que ha impregnado de utopías al sujeto, para que a través de ellas, se estructuren políticas de gobierno, educativas, económicas y, prácticamente, todo aquello que se ejecute de acuerdo a los principios que acompañan al sistema económico en vigencia.

Así, tanto los tribunales internacionales como los domésticos, han tomado como medio para juzgar conductas a los valores establecidos por parte de los derechos humanos, lo que resulta altamente injusto al relegar otros esquemas de igual importancia que la construida por la civilización occidental. De esa forma, es por demás evidente que la citada reforma constitucional del año 2011, no trajo consigo una simple referencia jurídica, sino un lenguaje nuevo que gira alrededor de un posicionamiento ético.

Aunado a lo anterior, una vez que el sistema jurídico ha incorporado tales principios, ha fabricado en palabras de Robert Alexy, criterios de optimización, cuya aplicabilidad adolece de las políticas públicas mediante las cuales se puedan hacer valer. Por ende, se acumulan dos consideraciones realmente trágicas, la imposición ideológica y el desarrollo de un discurso que presenta lo que al final del camino niega.

En el día a día, las sociedades determinan su actuar con base en máximas de comportamiento, principios a través de los cuales se configuran vidas, ideales, sueños y esperanzas. El hecho

de trazar un camino bajo estándares de idoneidad, revierte algo complejo si al finalizar el trayecto se pregona como la única vía para alcanzar objetivos, supuesto que formaliza y etiqueta al ser, prohibiéndole en consecuencia, una emancipación verdadera.

### *5. Alternativa al liberalismo ético*

Considero necesario emplear la palabra alteridad en vista de que ofrece un espejo dialéctico, contribuye al empleo incesante de la voz perdida en la historia, recubre espacios con letras que saben a entendimiento multi e intercultural, posicionando la mirada en lo que la otredad tiene por decir. Sin embargo, su uso se encuentra restringido al saberse materia de cambio y enfrentamiento con modelos previos que le aseguraban una estabilidad; es pues la significación idónea para iniciar una propuesta de cambio en los derechos humanos, que, en términos generales, requerirá del abandono respecto al interés supremo que implica lo individual.

Al pensar en una alternativa epistemológica, debemos conocer históricamente qué se puede oponer al liberalismo, indudablemente, la parte marxista y comunicativa mediante el tinte social pueden sentar las bases para adquirir una conciencia colectiva que se adentre en una mecánica grupal, poseedora de una concepción diversa de la naturaleza humana e impulsando prácticas sociales que respondan a finalidades distintas. De Sousa Santos plantea así la cuestión:

En el caso de un diálogo transcultural, el intercambio no es sólo entre diferentes saberes sino también entre diferentes culturas, es decir, entre universos de significado diferentes y, en un sentido fuerte, inconmensurables. Estos universos de significado consisten en constelaciones de *topoi* fuertes. Los *topoi* son lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, y que, por lo tanto, no son objeto de debate. Funcionan como premisas para la argumentación, posibilitando de esta manera la producción e intercambio de argumentos. Los *topoi* fuertes se vuelven sumamente vulnerables y problemáticos cuando se los “utiliza” en una cultura diferente. Lo mejor que les puede ocurrir es que

sean “degradados” de premisas de la argumentación a argumentos. Comprender una determinada cultura desde los *topoi* de otra cultura puede resultar muy difícil, si no imposible. Por tanto, propondré una *herramienta diatópica*. En el campo de los derechos humanos y de la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipatorias que éstas potencialmente contienen sólo se puede lograr si tales reivindicaciones se han hecho propias en el contexto cultural local. La apropiación, en este sentido, no se puede obtener por medio de la canibalización cultural. Requiere un diálogo intercultural y una *hermenéutica diatópica*...<sup>8</sup>

Al observar los efectos palpables que aporta la sociología jurídica crítica al entendimiento del Derecho actual, podemos realizar un ejercicio memorístico para comparar la forma en la cual se estructuraba el Derecho hace veinte años; en primer término, el positivismo reinaba, era por demás frecuente encontrar posicionamientos teóricos que giraban alrededor de un modelo newtoniano de causa y efecto, lo que hacía pensar que el conocimiento era exacto, exento de elementos axiológicos o sociológicos.

Hans Kelsen, fue uno de sus principales ponentes, quien al construir la Teoría Pura del Derecho, identificó como único objeto de estudio a la norma, lo que forzosamente marcó un camino para la significación de lo legal; dicha postura, recogía de lo certero su margen de aplicabilidad, haciéndose acompañar de un sistema de validez y vigencia que descansaba en una norma hipotética básica, sintomatología que buscaba justificar de nueva cuenta una forma de conceptualizar lo legal, aspecto que en casi todas las estructuras del pensamiento se presenta, puesto que para otorgarle legitimidad a una decisión, el hombre se ha basado en lo divino, social, natural, convencional, soberano, etc.

De esa forma, el mapa temporal expuesto sirve para observar la forma en la que opera la construcción del conocimiento jurídico, específicamente a través de elementos como la ideología, historicidad y poder; aspecto que en el tema principal que nos ocupa, vuelca su atención hacia los valores que sirven de legitimidad para fundamentar todo un sistema jurídico que respalda

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 518.

la economía liberal planteada por los países que desde la culminación de la Segunda Guerra Mundial, posicionaron un tipo de discurso basado en una maquinaria económica.

Ahora bien, el suponer que la presencia de las corrientes económicas se puedan mantener al margen del derecho, deviene en un pensamiento quimérico, sin embargo, resta el establecer las bases para enfrentar una plataforma mínima de derechos fundamentales sustentados en el ejercicio pleno del diálogo, bajo representaciones que faculten una real autodeterminación, con el peso del uso de la propia lengua, costumbres, y con base en formas de construir el conocimiento que no descansen exclusivamente en la razón.

En ocasiones, asombra percatarse lo impregnado que está la ideología en nuestras concepciones sobre la cultura; el derecho, como una muestra más, se ve atravesado por el peso de una identidad valuada en métodos de producción, generación de riquezas, sin que para ello pueda construir una fuente alterna que sienta precedentes en la conformación de la alteridad. En efecto, las herramientas que proporciona el marco jurídico están provistas de los mismos ingredientes con los cuales se garantiza la política liberal, lo que resulta a todas luces preocupante, puesto que se limita la capacidad para suprimir el velo de ignorancia que permite tal continuidad.

Bajo esa tesitura, al hacer valer el diálogo como estrategia para la consagración y fundamentación de normas, se piensa en la apertura cognitiva, en el disfrute pleno a saber qué papel juegan las ideologías en la formación de subjetividades, así como los lugares que aguardan a la supresión de la opacidad que las rodea; al emplear el intercambio de experiencias, la vida misma se nutre de significaciones que la hacen andar, adquiriendo al efecto, un punto de certeza para quien crea en ellas, lo cual bajo ninguna circunstancia puede ser llevado al ámbito de lo universal, al representar una parte mínima de lo que el conocimiento puede llegar a ser.

Las expectativas relacionadas con un interés real en la voz emitida por la diferencia, llevará a terrenos donde la propia cultura no sea jerarquizada e impuesta en el día a día, así como en

los tribunales encargados de velar por el cumplimiento de tales rangos de valor; emplear un diálogo requiere de un entendimiento depositado en la forma y estilo con el cual se asocia a la vida, así como las explicaciones de todo lo que nos rodea.

Concretar puntos de acuerdo sobre lo que podemos clasificar de valioso o correcto en la conducta humana, vincula al lenguaje, lo nubla de aquella capacidad para adentrarse en los confines de la dialéctica, sobre un plano de lucha, irreverencia y deconstrucción; manipula la razón al presentarla como el único medio que brinda la capacidad analítica para establecer un parámetro absoluto de comportamiento.

Así, mediante la convención, cuya premisa inicial descansa en el despojo del velo ideológico de ignorancia, se propiciará el recorrido del discurso, mismo que en su trazo gráfico u oral, contendrá la incorporación de voluntad por hacer de lo valorado, algo representativo del espacio, tiempo y lugar en el que es construido.

## *6. Conclusiones*

Como ha quedado expuesto, los derechos humanos revisten características cuyo peso específico no descansa exclusivamente en lo jurídico, sino que recobran de la Ética, ideología y poder, una base que les ha permitido situarse en la propia Constitución; apuntalamiento con el cual la toma de decisiones por parte de los jueces, adquirirá un dejo de supuesta legitimidad, al postularse como una descripción de la propia naturaleza humana, lo que invariablemente incide en la escala de valores aplicable a la sociedad en general.

Ante ello, se vuelve a preguntar ¿por qué la Ética construida desde Occidente, cuya tendencia es desarrollar al liberalismo, es aceptada por el grueso de los países?, ¿cómo es que una declaración supuestamente universal del año 1948, dejó a la mayoría de los países sin poder participar en ella?

Interrogantes que provocan una herida grave para el marco ideológico que detenta los derechos humanos. Ahora bien, hay



que recordar que una vez que el relato religioso, así como el proveniente del socialismo vinieron a la baja, los derechos humanos lograron posicionarse formalmente en el escenario público, trayendo consigo la perfecta justificación para impulsar lo que desde la Revolución francesa se había fraguado.

Bajo ese contexto, suelen advertirse incongruencias desde el campo jurídico, al manifestar el peligro que envuelve basar los postulados legales sobre escalas de valor, ya que automáticamente, la racionalidad del Derecho se pondría en duda.

Vivimos en tiempos expuestos a un constante devenir. Dentro del marco de las ideologías se recubren tendencias que lejos de ayudar a formalizar un Derecho claro y comprensible, esconden una opacidad terrible, propia para el cumplimiento de un sistema económico que introduce al hombre como un engranaje indispensable.

Con esto no se pretende decir que los derechos humanos no hayan traído beneficios, claro que los hay, pero como lo estableciera Michel Foucault, el poder no deja de serlo por el hecho de conceder facultades, trabaja con ellas para impulsar una microfísica que abarque las relaciones donde el hombre tiene cabida. De esta forma, estamos en posibilidad de afirmar que si bien el esquema de libertades aduce una garantía, también adolece de las herramientas prácticas con las cuales se hagan valer tales postulados.

Dicha manifestación se ejemplifica con el derecho humano a la autodeterminación, que bajo un análisis real, adquiere un tinte de ficción, ya que una comunidad indígena preguntaría ¿cómo es que puedo alcanzar el derecho a la autodeterminación, si las reglas del juego social están estructuradas desde una plataforma ideológica liberal?

Sin duda alguna no existe la posibilidad concreta de hacer valer el derecho humano en mención, quizá, a partir de un diálogo donde la palabra sea constituida por los propios personajes, acto que llevará a rescatar las significaciones que se tengan sobre la vida y, como consecuencia, la oportunidad para expresar derechos mínimos inter y multiculturales. De otra forma, estaremos

condenados a someter a las mayorías, hechos que han sido clasificados como absolutos por parte de los grupos hegemónicos.

Afortunadamente contamos con epistemologías que trabajan con hipótesis distintas, pensadas desde la subjetividad, como la hermenéutica, dialéctica crítica, lingüística, que en muchos supuestos, han permitido darle un lugar a los que históricamente han sido relegados del campo visual de lo social.

Finalmente, debo decir que el hecho de denunciar públicamente la carga económica que traen consigo los derechos humanos, así como el peso político que emana de ellos al señalar como punto de referencia al individuo, influye en la deconstrucción del pensamiento humano, que hará de éste un vehículo para la liberación de las cadenas que someten al ser.

### *Fuentes consultadas*

#### *Impresas*

BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 2004.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010.

HEIDEGGER, Martín, *¿Qué significa pensar?*, Madrid, Trotta, 2010.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Colombia, Trotta, 2009.

#### *Electrónicas*

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en: <<http://www.rae.es>>.

## PEDAGOGÍA EN LA ÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pedro Morales Zavala\*

### *1. Los fines en la educación*

La educación es un fenómeno social que caracteriza la cultura de una comunidad social determinada, a través de la cual pretende transmitir sus valores que pondera, adecuando a ello el comportamiento de los sujetos que la integran. La estructuración de esta actividad social no es simple, y al no serlo se torna difícil su comprensión, la educación es compleja y se cimienta sobre diversas prácticas sociales emprendidas en cada cultura, que permite formar a las siguientes generaciones,<sup>1</sup> pero a pesar de su complejidad, se puede apreciar, que la actividad educativa de cualquier sociedad tiene el objetivo común de adentrar a los sujetos sociales en los valores sancionados por ésta, y es que como dice Amaya Serrano:

La cultura es recibida por el individuo a través del proceso de socialización, absorbiéndola por decirlo así, del medio ambiente; a este proceso también se le llama aculturación, en el sentido en que el individuo se apropia los valores culturales vigentes en la conducta que observan la sociedad o el grupo al cual pertenezca. La cultura puede ser definida... como el fruto del influjo total de todas las instituciones...<sup>2</sup>

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

<sup>1</sup> Guillermo Hoyos Vásquez, *Filosofía de la educación*, Madrid, Trotta, 2008, p. 110.

<sup>2</sup> Mariano Amaya Serrano, *Sociología General*, México, McGraw Hill, 1988, p. 45.

La educación es trasmisora de valores, porque se trata de un fenómeno cultural del que depende la subsistencia social, preservar la cultura es garantía de vida para las comunidades sociales y para los sujetos que las integran. Por eso le es vital a cualquier proceso educativo su determinación, debido a que dan cuenta de las prioridades sociales en función del referente epistémico que representa para el sujeto social, pues es a partir él, que habrá de interpretar sus necesidades.

Los valores no son conceptos, solo son ideas cuya sede se encuentra en la mente, mismos que hacen significación de la relación que puede tener un sujeto con diversos objetos en el ámbito del conocimiento, de la volición y de la acción, diría María Teresa Yurén.<sup>3</sup> Esta realidad epistémica es determinante en el comportamiento, pues es un referente principal para la toma de decisiones, así pues, la actividad educativa en la medida que se dedique a enseñar valores, estará garantizando formas de vida futura, toda vez, que se trata de un mecanismo de socialización, dice Francisco Gutiérrez que educar es preparar individuos para una sociedad bien determinada ideológicamente<sup>4</sup>, por lo que se debe ser entendida en una de sus facetas, como una efectiva herramienta de control social con la capacidad de regular el comportamiento de los integrantes sociales. Desde luego esta es una visión estática que lleva a comprender que esta actividad puede ser usada con mero propósito ideológico en aras de conservar intereses de una clase social.

No obstante, hay otras alternativas conceptuales del fenómeno educativo, por ejemplo la referida a, que se trata de una práctica que involucra todo un proceso de transformación de los sujetos sociales<sup>5</sup> en seres autónomos a través de la entrega de herramientas que los hacen racionalmente críticos de su entorno y de su cultura, apreciando en la educación, algo más que una

<sup>3</sup> María Teresa Yurén Camarena, *La filosofía de la educación en México*, México, Trillas, 2008, p. 32.

<sup>4</sup> Francisco Gutiérrez, *Educación como praxis política*, México, Siglo XXI editores, 1993, p. 20.

<sup>5</sup> Yurén, *op. cit.*, p. 12.

mera estrategia clasista de conservación y transmisión de valores. Lo importante de esta faceta de la práctica educativa, es que se destaca que, a través de ella el sujeto social adquirirá conciencia de su autonomía para tomar decisiones fundadas en la racionalidad.<sup>6</sup>

Las sociedades buscan a través de la cultura, el que los sujetos miembros, asuman un comportamiento futuro determinado sobre base valorativa, de tal forma que el fenómeno cultural se erige como un conjunto prescriptivo del actuar social, mismos que constituyen códigos morales, en el entendido de que todo lo moral se refiere a el conjunto de principios, normas y valores transmitidos de generación en generación para orientarlas en lo que cada núcleo social considera como bueno y justo,<sup>7</sup> cuyo incumplimiento acarrea sanciones que no sólo quedan en el plano de la conciencia al trascender en el plano de lo social, en el momento de considerar como desviados sociales a quienes irrumpen la moralidad cultural.<sup>8</sup>

Si el poder es una relación social entre un mandante y un obediente, caracterizada por la legitimación de sus condiciones de posibilidad que hacen probable, el acato de la voluntad impuesta aun en contra de toda resistencia,<sup>9</sup> y en el entendido de que la legitimidad es una creencia favorable respecto a la necesidad de obedecer,<sup>10</sup> es entonces, que la cultura se puede interpretar como auténtico control de carácter social y político, en el que la educación juega un papel central, debido a que se constituye en una herramienta de acceso a los saberes, al deber ser, al poder hacer, a las creencias y pautas morales de una comunidad

<sup>6</sup> José María Enríquez *et al.*, *Educación plena en derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 272.

<sup>7</sup> Adela Cortina y Emilio Martínez, *Ética*, Madrid, Akal, 2008, p. 22.

<sup>8</sup> Amaya, *op. cit.*, p. 235.

<sup>9</sup> Jorge Sánchez Azcona, *Introducción a la sociología de Max Weber*, México, Colofón, 1991, p. 78.

<sup>10</sup> Maurice Duverger, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 28.

cultural,<sup>11</sup> con el objetivo de enculturar a los integrantes de una comunidad, estableciendo un cierto orden al imponer valores y modelos deseados de conducta,<sup>12</sup> así es que la educación es un aliciente generador de las condiciones psíquicas para el afianzamiento de poder de una clase dominante, razón por la cual Louis Althusser la clasificó como un aparato ideológico del Estado, en el sentido de identificar que a través de esta práctica se aseguran las superestructuras que justifican y requieren los modos productivos.<sup>13</sup> Desde luego esta concepción, hace referencia a la función ideologizadora estrictamente enajenante al servicio de una clase dominante, sin embargo, generalizar que toda la práctica educativa tiene estas pretensiones, sería negarle su capacidad racionalizadora y transformadora.

Lo cierto es que la educación al ser solo una actividad, no tiene una finalidad inmersa, lo que genera, ésta pueda ser utilizada atendiendo a los propósitos de quien la ejecute, pues son los contenidos educativos los que constituyen un discurso eminentemente de poder, de tal forma que las prácticas educativas llevadas a cabo en una cultura, pueden orientarse hacia fines alienantes, pero también hacia fines habilitadores de facultades que lejos de ser alienadores, más bien permiten al sujeto educado racionalizar su entorno para así poderlo transformar positivamente.

## *2. Fin en la educación, según el discurso moderno.*

La educación es parte de un ejercicio político, independientemente de que sea un medio de socialización o un medio de control social. Es evidente, que en la formulación de un proyecto educativo se deben plasmar los fines del proyecto político de una sociedad, mismos que aspiran, por un lado, a conducir de manera planeada sus esfuerzos,<sup>14</sup> y por el otro, a que quienes ejercen la profesión

<sup>11</sup> Enríquez, *op. cit.*, p. 272.

<sup>12</sup> Amaya, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

<sup>13</sup> Louis Althusser, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, México, Reforma de la Escuela, 2004, pp. 34 y 35.

<sup>14</sup> Yurén, *op. cit.*, pp. 41-56.

de la actividad educativa, sean conscientes de su compromiso con la comunidad social, pues es de ellos que dependerá el cumplimiento de los fines que dan rumbo al conjunto de prácticas educativas. La educación al ser un fenómeno social, se refiere a una serie de prácticas de enculturación provenientes de diferentes fuentes, tales como la televisión, los grupos sociales, las costumbres y tradiciones, las leyes, las instituciones y otras, lo cual impacta en que la educación no sea constitutivo de un cuerpo único y homogéneo, sino un fenómeno compuesto de prácticas completamente heterogéneas al no tener una finalidad delimitada, solo cumple con ciertos propósitos particulares y difusos de quienes las ejecutan y serán dependientes de las culturas locales.<sup>15</sup>

Émile Durkheim, por el contrario aprecia en la educación un cuerpo de prácticas sociales bien organizado, a partir de propósitos sociales bien determinados, prácticas que no son aisladas y con objetivos particulares y que constituyen un todo unido; es por lo tanto una acción que aspira a desarrollar en los educandos aptitudes intelectuales y valorativas para poder cumplir una exigencia política, y que es llevada a cabo por las generaciones adultas sobre las que aún están en la inmadurez.<sup>16</sup> De esta aseveración se puede colegir, que aun cuando el fenómeno educativo consista en múltiples prácticas con propósitos heterogéneos, es posible que estas adquieran unidad en tanto que se vinculen con los objetivos del poder, pues de otra manera, seguirán siendo prácticas aisladas.

Las afirmaciones de Durkheim corresponden a un periodo histórico de pleno desarrollo industrial en Europa, y por ende, el discurso desde el cual aborda el fenómeno de la educación, contiene claros indicios de que su lenguaje corresponde ideológicamente al de una clase social dominante al cual el filósofo pertenece, lo que quiere decir, que su conceptualización educativa está permeada por una visión epistémica que le da un orden y coherencia lógica a todas esas prácticas individuales que de origen no tienen unidad, en pocas palabras, el que este autor hable de

<sup>15</sup> Hoyos, *op. cit.*, p. 112.

<sup>16</sup> Émile Durkheim, *Educación y sociedad*, México, Coyoacán, 2012, p. 49.

la educación, significa que está emitiendo un discurso de verdad generado desde las prácticas de poder de la modernidad, y es ahí, no antes, donde al fenómeno educativo se le asigna un fin unificador y propio del discurso y no de los hechos.<sup>17</sup>

Por lo tanto, si el concepto de educación es un término propio del lenguaje de la clase dominante de la modernidad, significa que ha sido la burguesía la interesada en unificar esas prácticas que de origen eran aisladas, que con la clara intención de poder, ha venido a fortalecer los sistemas productivos imperantes. Desde luego este concepto en la actualidad ha tenido una evolución que ha obedecido a la misma inercia; hoy más que de educación, se habla de sistemas educativos, lo cual refleja que persiste el objetivo de insertar este concepto en el lenguaje de la economía, ciencia por antonomasia capitalista.<sup>18</sup> Sin embargo, si la educación pretende contribuir al proyecto político de una sociedad, y ser efectiva en la solución de los problemas sociales concretos, tiene que superar y fijarse otras metas que las estrictamente alienadoras y disciplinarias, y arribar a los fines de transformación racional del entorno, para lo cual, una buena alternativa para lograrlo, es el que la educación se auxilie de la filosofía, fundamentalmente de la moral, para que guíe su ejercicio e impida afanes hegemónicos y por el contrario fortalezca la habilitación de facultades racionales en los educandos; de esta manera si bien la educación es un discurso propio de la burguesía, ello no obsta para impedir que sea alienante, sino que, por el contrario, sea una actividad crítica y racional.

### *3. Educación y Pedagogía*

Es un hecho actual, el que el progreso social e individual sea la bandera de justificación de los procesos educativos promovidos por las instituciones del Estado, por ello al fenómeno educativo se le concibe desde el lenguaje económico, asimilándolo como una estrategia de globalización y como tal como una vía hacia el de-

<sup>17</sup> Hoyos, *op. cit.*, p. 110.

<sup>18</sup> *Idem.*



sarrollo. Bajo esta óptica la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unesco, han promovido la unificación del fenómeno educativo de América Latina, y han encontrado que la planeación es una buena oportunidad para sistematizarla,<sup>19</sup> y más aún, para garantizar resultados, pues se trata de un instrumento previsor de las consecuencias de la intervención dirigida e intencionada de la actividad educativa,<sup>20</sup> razón por la cual, con el afán de prevenir resultados, es que cobra importancia la elaboración de los planes educativos diseñados a partir de fines vinculados a todo un andamiaje discursivo de poder moderno y que el discurso es la plataforma epistémica y axiológica para la asignación de fines a las prácticas educativas, por lo que la actividad de planeación educativa, consiste en la elaboración discursiva de los objetivos educativos, diseñados y jerarquizados en función de una plataforma conceptual y valorativa.

Una disciplina epistémica que viene a reforzar la estructuración de este instrumento de previsión es la pedagogía, misma que se constituye como un saber sobre el fenómeno educativo, al cual tiene como objeto de estudio y de reflexión,<sup>21</sup> es pues un discurso teórico-científico y por ende epistémico y filosófico que aglutina ciertos valores desde los cuales plantea al fenómeno educativo, dándole unidad en un ambiente de dispersión y heterogeneidad. Por supuesto que la disciplina pedagógica ha impactado en los cambios del pensamiento humano, ya que como dice Javier Sáenz, son las concepciones pedagógicas y las prácticas de enseñanza en las escuelas, las que han moldeado el pensamiento del sujeto,<sup>22</sup> razón por la cual, es evidente la gran influencia que esta disciplina ha tenido en los procesos de cambio. Sin embargo la pedagogía no siempre ha sido aliciente de las transformaciones, ya que también ha sido utilizada con propósitos conservadores,

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>20</sup> Víctor Quevedo y David González, *Planificar y programar en los centros educativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2012, p. 40.

<sup>21</sup> Hoyos, *op. cit.*, p. 123.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 172.

como cuando se usó como un trasmisor de la fe a través de la memoria y la imitación,<sup>23</sup> lo que hace referencia a una aplicación estrictamente alienante para la preservación de intereses clasistas, y no necesariamente impulsados por la clase religiosa de una sociedad, como es el caso del positivismo mexicano, el cual en realidad se trata de un discurso propio de la burguesía del siglo XIX en México, que pretendió inculcar por medio de la educación, las verdades de la ciencia como una forma de interpretación de la realidad a través de la unificación de las verdades de la ciencia, tesis filosófica en el que la educación es vista como un fenómeno predecible como lo es cualquier otro susceptible a ser objeto de estudio científico, y que por lo tanto debe ser planeada para prever sus consecuencias,<sup>24</sup> situación que ha permitido la educación mexicana sea dirigida hacia los propósitos deseables y determinados de la clase gobernante que fundamentalmente ha sido el responsable de hacerlo, evidenciando un nítido instrumentalismo ideológico pedagógico, que a la fecha ha sido de bastante utilidad para el sostenimiento de las políticas sistémicas y económicas como discurso asumido por el Estado mexicano desde el triunfo de Benito Juárez sobre los grupos conservadores. Situación que permea en la actualidad, pues ante las constantes necesidades financieras del gobierno mexicano auspiciadas por las grandes potencias económicas, han quedado condicionado el Estado a la adecuación de su aparato educativo en función de los requerimientos de una economía globalizadora,<sup>25</sup> razón por la cual aún hoy se promueve esa educación fundada en la pedagogía conceptual, disciplinaria y dogmática que involucra el positivismo.

Pero hoy, es necesario que la disciplina educativa se deslinde de los propósitos alienantes positivistas, para dejar de ser un instrumento de dominación ideológico alienante, para convertirse

<sup>23</sup> Rodolfo Bórquez Bustos, *Pedagogía crítica*, México, Trillas, 2012, p. 84.

<sup>24</sup> Leopoldo Zea, *El positivismo en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 122-133.

<sup>25</sup> Ángel Xolocotzi y José Antonio Mateos, *Los bordes de la filosofía, educación, humanidades y universidad*, México, Itaca, 2013, pp. 20 y 21.

en un protagonista de la orientación racionalizador de los educandos de México, sin desconocer el papel ideológico que juega, lo que no significa que necesariamente sea alienante de una clase social y económica.

#### 4. *La Ética como propuesta pedagógica*

En México existen las condiciones constitucionales para la asimilación del discurso humanista, para lo cual el trabajo educativo puede ser significativo en su consolidación. Es aquí donde la pedagogía cobra especial importancia, pues como discurso epistémico que es, puede contribuir a la formación de una idea de humanidad no alienante, sino racional y crítica. Para tal encomienda, es necesario definir cuál habrá de ser la corriente pedagógica más apropiada, que de acuerdo al conjunto de teorías que aglutine, de coherencia y solidez al discurso<sup>26</sup> tendiente a la construcción de una educación en derechos humanos, la cual debe estar orientada en la dotación de conocimientos conceptuales y sobre todo actitudinales, a través de actividades de aprendizaje y enseñanza que informen y formen prospectivamente en la cultura universal que propone el proyecto de los derechos civilizatorios.<sup>27</sup>

Una pedagogía que tenga como propósito educar en los derechos humanos, debe fundarse en la racionalidad, pues esta debe ser el sostén de sus propuestas teóricas, por lo que es posible que la Ética, sea ese instrumento racional sobre la cual se construya su modelo teórico que de orden y coherencia a su propuesta para educar en derechos humanos. Si la disciplina filosófica de la Ética tiene el objetivo de reflexionar sobre el porqué del comportamiento moral, a diferencia de la Moral que sólo se dedica

<sup>26</sup> Martín Suárez, “Las corrientes pedagógicas contemporáneas y sus implicaciones en las tareas del docente y en el desarrollo curricular” en *Acción Pedagógica*. 9 (1-2), 2000, pp. 42-51 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2973287>. Consultado el 25 de septiembre de 2015.

<sup>27</sup> UNESCO, Programa mundial para la educación en derechos humanos de 2010, [www.ohchr.org/documents/publications/wphre\\_phase\\_2\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/documents/publications/wphre_phase_2_sp.pdf). Consultado el 24 de septiembre de 2015.

a conminar sobre lo que se debe hacer sin reflexión o cuestionamiento alguno sobre su pertinencia racional,<sup>28</sup> es entonces que la pedagogía fundada en la Ética, tenderá a impactar directamente en la práctica educativa, con resultados prometedores en el comportamiento futuro de los educandos, de quienes con seguridad se formaría un juicio crítico y racional. De esta manera una pedagogía ética, es el modelo más adecuado para cumplir cabalmente con la expectativa práctica de la Unesco, respecto a su objetivo de educar en todos sus niveles en derechos humanos, situación que hasta ahora no ha quedado bien definida en sus propios programas de acción. Un estudiante que es educado con una perspectiva ética, se le estará formando un carácter, es lo que significa que le estarán proporcionando diversas herramientas que le habilitarán en el futuro las condiciones de posibilidad interpretativa, lo que le permitirá siempre racionalizar su entorno, y optar por las decisiones más apegadas a la razón y no sólo a los lineamientos de un código moral.

Una educación que aspire a ser en derechos humanos, debe habilitar a los estudiantes, para que asuman sus valores como bases de interpretación ética, que sirvan para dar solución a las problemáticas sociales propias de sus comunidades sociales, para en todo caso desde ahí se elaboren las propuestas de solución. La importancia de que exista una obra pedagógica ética, radica en su contribución al proyecto político a través de la planeación de la educación, la cual puede ser bien orientada desde la teoría que se dedique a ser congruente con los fines que se fije una sociedad, tal y como pueden ser los que propone el proyecto de los derechos humanos, pues como dice Miguel de la Torre:

Todo proyecto educativo es también un proceso moralizador; en él se reproducen continuamente y no sin cambios, el sistema y la jerarquía de valores que rigen la vida de los miembros de una comunidad y, por tanto, es el reflejo de los intereses y las expectativas de quienes definen, para el proceso educativo, finalidades que responden al

<sup>28</sup> Cortina, *op. cit.*, p. 22.

modo como esa comunidad entiende el para qué del ser humano, del mundo, de la vida colectiva...<sup>29</sup>

Sólo hay que advertir que la corriente pedagógica que se nutra de los fines del discurso de los derechos humanos no los puede considerar como referente absoluto en la interpretación de la realidad social, debido a que los constituyen en meros instrumentos de dominación ideológica, alienante y dogmática. Por el contrario una pedagogía que se fundamente en estos derechos, debe involucrar imprescindiblemente una enseñanza de la dignidad, desde la que se armonice lo universal con lo particular, a partir de una consideración valorativa de contenido mínimo para la interpretación,<sup>30</sup> así la pedagogía en la Ética de los derechos humanos debe fomentar en los educandos la autonomía de la voluntad, facultad toral para la toma decisiones éticas,<sup>31</sup> que utilicen estos derechos como un de contenido mínimo para interpretar la realidad social.

Es cierto que el establecimiento de un proyecto educativo requiere atienda a los valores de una comunidad social, pero si pretende evitar, se forme un pseudoproyecto con meros propósitos de clase, como bien diferencia Ma. Teresa Yurén Camarena,<sup>32</sup> requiere que la valorativa local sea tamizada con los criterios de contenido mínimo del discurso universal y humanístico, y esto es precisamente lo que la pedagogía ética ofrece, una conciliación desde la educación, entre el discurso de los derechos humanos y los valores comunitarios, evitando la colonización imperial y por el otro la cerrazón de la moral localista, dando garantía a que los proyectos educativos gocen de una auténtica prospectiva social.

<sup>29</sup> Xolocotzi, *op. cit.*, p. 87.

<sup>30</sup> Adela Cortina, *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 245 y 246.

<sup>31</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Las cuarenta, 2012, pp. 111 y 112.

<sup>32</sup> Yurén, *op. cit.*, p. 39.

### 5. *La práctica docente como actividad ético-política*

Según la óptica aristotélica, el trabajo docente es una actividad eminentemente política, debido a que son los políticos los que están facultados a ejecutarla, dada su sabiduría social.<sup>33</sup> Desde luego que este filósofo se está refiriendo a aquél profesional que además de conocer las normas de la comunidad en la que vive, las hace y las practica, con el objetivo de que se cumpla como bien supremo la felicidad social, por eso dice que el hombre es el mejor de los animales, cuando se ha perfeccionado, pero es el peor de todos cuando se ha alejado de la justicia.<sup>34</sup> Para dicho pensador la necesidad de pulir la virtud es para que el hombre pueda convivir en sociedad, pues sólo el que es virtuoso lo puede hacer, responsabilidad que en gran medida recae en el magisterio, pues son los docentes los que de manera firme, segura y eficaz habrán de contribuir en la formación del carácter de los hombres que requieren ser conocedores de la norma y practicantes de la virtud. La actividad del docente no puede, ni debe dedicarse exclusivamente a la instrucción disciplinar, como erróneamente lo ha hecho la educación positivista, por el contrario el docente debe asumir que es un actor político y que su labor es por antonomasia ética, al reconocer que en sus manos está la formación del *ethos* de las personas, de las instituciones y de la sociedad a la que sirve.<sup>35</sup>

Si ante, las condiciones constitucionales del Estado mexicano, los derechos humanos se ofrecen como una forma de convivencia social pertinente y racional, significa que están puestas las condiciones para que la Ética sea la base pedagógica de las prácticas docentes, debido a que la propia Constitución mexicana exhorta a que todas las autoridades, incluyendo las educativas, promuevan, protejan, respeten y garanticen estos derechos. Aquí es donde la

<sup>33</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 1994, pp. 145 y 146.

<sup>34</sup> Aristóteles, *La Política*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1988, p. 11.

<sup>35</sup> Adela Cortina, *Para qué sirve realmente la Ética*, Madrid, Paidós, 2013, p. 19.

planeación educativa se constituye como un factor determinante, pues es la que permitirá definir el rumbo del tipo de sociedad que se desea, y si el docente es consciente de su responsabilidad política, habrá de asumir que la Ética es la herramienta prospectiva de su labor, pues un educador de los derechos humanos, además de dar clases, es el que elabora, desarrolla, aplica y evalúa los programas en función de ellos, por lo tanto es su referente profesional<sup>36</sup> en el afán de contribuir para que la sociedad se dirija por un sendero cuyo horizonte se vislumbra como posible y deseable, al generar en los educandos la capacidad crítica sobre sus propias estructuras de convivencia social.<sup>37</sup>

## 6. Planeación para la Ética de los derechos humanos

Para la concreción de un proyecto educativo y político es necesario echar mano de la planeación educativa, pues en general cualquier tipo de planificación tiene como meta la previsión racional de objetivos previamente determinados, así que si la educación es conducida de manera consciente a través de planes, bien se logran resultados deseables y anticipados, propios de una prospectiva educativa, pero ¿qué significa esto?, para empezar, en el trabajo de conjunto de Tomás Miklos, Edgar Jiménez y Margarita Arroyo definen que:

La prospectiva trabaja con expectativas, propone los caminos idóneos hacia el futuro, es decir, no sólo es una brújula (que diga por dónde ir), sino un mapa (que ordena las alternativas y permite vislumbrarlas y contrastarlas): no trata de predecir los eventos, sino proporcionar pistas acerca de la posible, probable y deseable ocurrencia de éstos, y 'hace un mapa del futuro' que sirva de referencia.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> UNESCO, *op. cit.*, p. 18.

<sup>37</sup> Hoyos, *op. cit.*, p. 244.

<sup>38</sup> Tomás Miklos, Edgar Jiménez y Margarita Arroyo, *Prospectiva, gobernabilidad y riesgo político*, México, Limusa, 2008, p. 22.

Por lo tanto, la planeación puede encuadrar perfectamente como una herramienta prospectiva en la orientación de las prácticas educativas hacia la construcción de un futuro social promimente, con las bases de un escenario posible y deseado, y aunque esta acción no puede abarcar todo fenómeno educativo por ser de naturaleza compleja, la asumida por el Estado es la que bien puede ser objeto de una orientada consciente y racionalizada, situación que se muestra viable con el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, y lo es porque dicha reforma abre las puertas a la Ética como base de la hermenéutica jurídica, en la que la educación ocupa una parte imprescindible para arribar a esta nueva expectativa de derecho como forma de convivencia.

Por supuesto que no es nueva la propuesta de una educación en derechos humanos; la Unesco la propuso con toda anticipación y además ha sido señalada por diferentes autores de la filosofía de la educación y de la pedagogía. Sin embargo, hasta ahora no ha quedado bien determinado cómo hacerlo, razón por la que mi propuesta es que, con los instrumentos que proporciona la pedagogía, se introduzca la Ética a que puede dar lugar los fines inmerso en el discurso de estos derechos, como una herramienta práctica que oriente la formación de los educandos, tanto en conocimientos teóricos como actitudinales. La propuesta primaria es el aterrizaje de esta Ética en la planificación educativa, pues actualmente no se sabe cómo integrar los derechos humanos en los planes y programas de estudios que forman parte de un currículum formal de cualquier nivel educativo, como dice Alma Delia Torquemada.<sup>39</sup> No basta con enseñar en el aula el contenido de los derechos humanos, porque únicamente contribuye a una educación disciplinar, que no necesariamente implica la asimilación de estos derechos, lo más importante es que se fomente en el educado un carácter que condicione un modelo de comportamiento en la vida cotidiana y/o profesional, lo cual sólo será posible si en la planeación educativa se insertan los mecanismos éticos para una formación integral.

<sup>39</sup> Alma Delia Torquemada González, “La práctica educativa de derechos humanos en educación primaria”, en *Eikasia*, Revista de Filosofía, año III, de septiembre de 13, <http://revistadefilosofia.com/13-13.pdf> p. 184.



### 7. *Importancia del perfil de estudios.*

Tal vez en la práctica docente, al plan de estudios se le haya asignado poco o nulo valor; sin embargo, de acuerdo a la prospectiva anhelada desde el documento constitucional, y en aras de contribuir al proyecto político de la sociedad mexicana, es que esta herramienta adquiere la mayor relevancia, de tal forma que ya no se le puede considerar más como un simple instrumento aislado que establece meramente disciplinares. De hecho se trata de un instrumento político e ideológico que debe ser correspondiente a las demandas sociales,<sup>40</sup> motivo por el cual su diseño debe ser tomado con la mayor responsabilidad, pues su redacción debe corresponder por un lado a los requerimientos sociales y por el otro al tipo de sociedad al que aspiramos, por lo que de ninguna manera es una tarea sencilla. Hoy es imprescindible que el timón de la planificación educativa se dirija hacia objetivos actitudinales fundados en fines que la filosofía moral haya seleccionado del discurso humanístico.

Una educación que se centra en la formación actitudinal y no sólo en la instrucción disciplinar prepara a sus educandos para ser hermeneutas prácticos de la realidad, es decir, sus acciones estarán necesariamente impregnadas de una consciencia humanística, los fines de los derechos humanos serán los criterios mínimos bajo los cuales habrá de referenciar sus decisiones. Con esta visión, el trabajo docente dotará a las comunidades sociales de ciudadanos y profesionales política y éticamente responsables, con la capacidad de anticipar y dar solución a problemas sociales, en un ambiente ético.<sup>41</sup>

Con esta visión, el docente deja de tener un papel secundario y se convierte en un protagonista, en un auténtico legislador en

<sup>40</sup> Margarita Pansza, "Notas sobre planes de estudio y relaciones disciplinarias en el currículo", en *Perfiles educativos*, 1987, Núm. 36, p. 21.

<sup>41</sup> Carlos Ibáñez Bernal, "Diseño curricular basado en competencias profesionales: una propuesta desde la psicología interconductual." en *Revista de Educación y Desarrollo*, 2006, Núm. XIX (6), [http://www.cucs.udg.mx/revistas/edu\\_desarrollo/antecedentes/6/006\\_Bernal.pdf](http://www.cucs.udg.mx/revistas/edu_desarrollo/antecedentes/6/006_Bernal.pdf), p. 47.

cuyas manos estará parte de la articulación de un futuro deseado y posible.

### *8. Las competencias en la planificación educativa en derechos humanos.*

Actualmente la educación a nivel internacional tiene una clara tendencia a la formación de competencias, fenómeno del cual México no ha sido la excepción, prueba de ello es que en el mes de diciembre de 2008, se formó el Comité de Gestión del Proyecto Alfa Tuning por varias universidades públicas del país y la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), con el objetivo de establecer criterios de implementación de competencias genéricas y específicas para los planes de estudio. Las competencias son una herramienta de la pedagogía que puede ser utilizada en el ámbito de una educación en la Ética de los derechos humanos. Las competencias se refieren al desarrollo de capacidades para el dominio de tareas precisas en la solución de problemas de la vida común,<sup>42</sup> y bien pueden quedar incluidas en ese instrumento de las instituciones educativas que guía la formación de los educandos según la ponderación de intereses y valores sociales, llamado currículum académico,<sup>43</sup> El modelo de educación en competencias tiene el propósito central de dirigirse a la solución de problemáticas específicas, por eso su diseño debe considerar que el aprendizaje de los estudiantes deba ser significativo, el cual se cumple en la medida que incorpore como objetivo la capacitación en habilidades y destrezas, aunado conceptos y procedimientos relevantes para la ejecución de múltiples acciones, en aras de formar ciudadanos resolutivos. Las competencias consisten en el desarrollo de ciertas capacidades psicomotoras y afectivas, abarcando saberes,

<sup>42</sup> Niria Loerit Romero Torres, “¿Y qué son las competencias?, ¿quién las construye?, ¿por qué competencias?” en *Educación: Revista de Educación*. 35, 2005, pp. 9-18.

<sup>43</sup> Ibáñez, *op. cit.*, p. 46

aptitudes y sobre todo actitudes,<sup>44</sup> definición que se acopla perfectamente, a la redacción de los programas de acción de Unesco en el que fija como propósito la implementación en la actividad educativa de conocimientos sobre los derechos humanos para los países civilizados o en vías de civilización, pero también de las de las técnicas y medidas para su defensa y promoción, así como la asunción en los educandos de los valores, actitudes y comportamientos correlativos,<sup>45</sup> lo que quiere decir que las competencias son la estrategia didáctica y pedagógica más apropiada para cumplir los objetivos de una educación en derechos humanos fundada en la ética del discurso humanístico, pues una educación que se basa en competencias cumple el propósito de que los estudiantes aprendan significativamente, porque exhorta a la transformación del mensaje oral o escrito de los conocimientos adquiridos en estructuras mentales propias de su asimilación.<sup>46</sup>

Hay qué definir cuáles serán las competencias más apropiadas que deban implementarse en los planes de estudio, en el currículo, y en general, en cualquier instrumento de planeación educativa para dar garantía a la prospectiva de propender hacia una sociedad civilizada. De manera inicial, lo más apropiado será definir las competencias básicas, porque éstas, al ser las que deben estar presentes en la planeación académica de cualquier nivel educativo y de cualquier área del conocimiento, por lo tanto es prioritario se concreten para no únicamente definir el tipo de habilidad o destreza esperada, sino para definir el fin hacia el que irán dirigidas. Por esta razón, considero apropiado correlacionar los fines del discurso de los derechos humanos evidenciados por la filosofía, con el tipo de competencia más respecto a la actitud que se pretenda fomentar en la vida futura, no sólo sujetos, sino de las comunidades sociales. En este sentido propongo las siguientes competencias:

<sup>44</sup> Rocío Andrade Cázares. “El enfoque por competencias en educación”, en *Revista Ideas*, CONCYTEQ, Año 3, Núm. 39, 2008, pp. 53-62.

<sup>45</sup> Enríquez, *op. cit.*, pp. 257-268.

<sup>46</sup> Enrique García González, *Pedagogía constructivista y competencias*, México, Trillas, 2010, p. 35.

a) Si uno de los fines apreciados desde la filosofía consiste en la dignidad humana, es prioritario que los planes de estudio se preocupen por la habilitación de una competencia que desarrolle la autonomía de la buena voluntad,<sup>47</sup> que como una actitud ética se vincula la con actitud crítica y autocrítica requerida para la toma de decisiones a que hace referencia el Proyecto Tuning.<sup>48</sup> Esto significa que al estudiante se le despierta y desarrolla la facultad para hacer uso de su propia razón, capacitándolo para valorar, argumentar, juzgar, analizar racionalmente cualquier dilema moral al que se enfrente.

b) También es necesario se habilite la competencia argumentativa, derivado de que el reconocimiento de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, ha dado las bases de una nueva hermenéutica jurídica, que ya no será exclusiva de la profesión jurídica, sino que requiere que gobernados y gobernantes estén enterados de ella, pues a partir de que se ha eliminado el monopolio interpretativo a partir de la famosa cadena jurídica de validez normativa, es preciso se identifiquen las posibles interpretaciones jurídicas que se le pueda dar una norma, con el objetivo de decir la más apropiada, misma que se tiene que sostener no por su apego a la normatividad, sino por su sagacidad argumentativa, sobre todo ante la expectativa generada con el principio *pro homine*.

c) Si los derechos humanos se conciben como una protección a bienes comunales, es necesario que los miembros de una comunidad social tengan habilitada la competencia de solidaridad y trabajo en equipo, pues solo con ella ser conscientes de

<sup>47</sup> Kant, 2012, *op. cit.*, p. 33.

<sup>48</sup> Liberio Victorino Ramírez y Guadalupe Medina Márquez, “Educación basada en competencias y el proyecto Tuning en Europa y Latinoamérica, su impacto en México”, en *Ideas*. CONCYTEQ, 2008, Núm. 3, Vol. 39, <http://www.observatorio.org/colaboraciones/2007/TuningEuropayAL-LiberoVictoriono-Ramirez%2011oct07.pdf>. pp. 97-114.

su pertenencia a una comunidad universal y de que sus acciones afectan o benefician a todo habitante de este planeta.

d) Como un complemento, también es requerida la competencia de la responsabilidad social, pues es fundamental que el comportamiento futuro de cualquier sujeto en su vida cotidiana, interprete su entorno a partir de los fines de contenido mínimo que le proporciona el discurso de los derechos humanos, con la firme convicción de ser su responsabilidad para mantener una convivencia social racionalizada.

e) Por último, la planeación educativa debe ponderar la habilitación de la competencia consistente en la participación política, debido a que el contexto en el que se desarrollan los derechos humanos inexorablemente es una forma de convivencia de tipo democrático, donde para el fortalecimiento del discurso humanístico, se requiere de la actividad de todos y cada uno de los miembros de las diferentes comunidades sociales.

### *9. Bases jurídicas para la planificación educativa en derechos humanos en México.*

Para refrendar lo que ya he afirmado, las bases jurídicas sobre las cuales en México existe la posibilidad de pensar y trabajar en la planeación educativa fundada en la Ética humanística que tenga el propósito de contribuir al proyecto político de la sociedad mexicana, parten invariablemente de la base de la actual redacción del artículo primero de la Constitución mexicana, reformada desde el 10 de junio de 2011; no obstante, hay tomar en cuenta lo que dice Ángel Díaz Barriga: "...la legislación para la aceptación de planes y programas de estudios, en este país, se encuentra totalmente alejada de los desarrollos que se realizan en el ámbito de la investigación curricular".<sup>49</sup>

Dicha expresión permite apreciar que la sola redacción constitucional, no será suficiente para consolidar que la educación

<sup>49</sup> Ángel Díaz Barriga, *Didáctica y Currículum*, México, Paidós, 2013, p.28.

mexicana se planee según sus exigencias, muestra de ello es que en la actualidad, a pesar de ser vigente el reconocimiento de los derechos humanos en México, las instituciones educativas privadas o públicas continúan en el sendero del positivismo pues siguen planificando de manera aislada y con objetivos estrictamente disciplinares alejados de los requerimientos sociales y de las propuestas pedagógicas, filosófica y éticas.

Sin embargo, pese a esta situación desalentadora, son muchos los referentes normativos adicionales a la Constitución que se abren a la posibilidad de planear una educación, desde la plataforma ética de los derechos humanos, en principio porque su reconocimiento constitucional hoy obliga a la interpretación en función también de los tratados internacionales que se le consideran parte de la constitucionalidad del Estado. De esta manera enuncio algunos de los instrumentos internacionales de los cuales se puede desprender la obligación que se tiene para llevar a cabo un ejercicio educativo proclive al discurso civilizador de los derechos humanos, por ejemplo:

- a) La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948;
- b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966;
- c) La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989;
- d) La Convención sobre los Derechos del Niño y las directrices conexas aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño;
- e) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las directrices conexas aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- f) La Declaración y Plan de Acción Integrado de la UNESCO sobre la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia;
- g) La Recomendación de la UNESCO sobre la convalidación de los estudios, títulos y diplomas de enseñanza superior y las convenciones regionales conexas;

- h) La Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior;
- i) El Plan de Acción para la Segunda Etapa (2010-2014) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos;
- j) El Comunicado de la Conferencia Mundial de Educación Superior 2009 de la UNESCO titulado “Las Nuevas Dinámicas de la Educación Superior y de la Investigación para el Cambio Social y el Desarrollo”;
- k) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984;
- l) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979;
- m) La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006;
- n) La Declaración y Programa de Acción de Viena;
- o) La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, de 2001, en sus párrafos 95 a 97 y Programa de Acción;
- p) El Documento Final de la Conferencia de Examen de Durban, de 2009;
- q) El Documento Final de la Cumbre Mundial, de 2005;
- r) La Declaración y Plan de Acción Integrado de la UNESCO sobre la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia;
- s) La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza;
- t) El Comunicado de la Conferencia Mundial de Educación Superior 2009 de la UNESCO titulado “Las Nuevas Dinámicas de la Educación Superior y de la Investigación para el Cambio Social y el Desarrollo”;

Marco internacional que, sin estar acotado, da lugar a que la planificación ética sea una estrategia de conexión entre las disposiciones jurídicas y la teoría pedagógica.

### *10. Racionalidad de la educación en derechos humanos.*

Los conceptos sobre los cuales se cimenta el discurso humanístico permite a cualquier intérprete de la realidad social, ejercer plenamente la racionalidad ética para plantear y resolver sus problemáticas, a diferencia del positivismo que caracterizándose por la utilización de una hermenéutica moral y dogmática, ocasiona en sus intérpretes sociales se configuren en meros guardianes del orden, situación acaecida en la educación mexicana desde Gabino Barreda, que con el objetivo de unificar conciencias a través del monopolio de la educación gratuita,<sup>50</sup> se generó una doctrina de Estado bajo la cual aún en la actualidad se sigue educando.

La Ética al ser el tipo de racionalidad que prepondera en el discurso de los derechos humanos, su finalidad no se finca en el orden social, sino en la armonía al pretender constituirse como una forma de convivencia social. Por ello cuando este conjunto discursivo habla de universalidad, se denota que a diferencia de pretender una hegemonía ideológica y de poder, se dirige a ser un elemento de interpretación mediante enunciados declarativos que sin ser necesariamente normativos de contenido mínimo,<sup>51</sup> se adaptan a cualquier cultura, ideología, creencia y sistema normativo local, lo cual permite sea instrumento dialógico, más que normativo. La existencia de estos derechos no depende del reconocimiento de los sistemas normativos. De hecho las declaraciones internacionales son referentes discursivos y hermenéuticos, pero no normas, son más bien pactos entre los países que forman parte y que aspiran a ser civilizados, por lo tanto, son sólo expectativas de derecho que se concretan en algo jurídico, en la medida que sirvan de base para la resolución de una problemática

<sup>50</sup> Zea, *op. cit.*, pp. 124-129.

<sup>51</sup> Cortina, *op. cit.*, p. 244.



específica, o mejor aún, prevengan problemas sociales a partir de la construcción de un escenario posible y deseable de sociedad. Desde luego que los derechos humanos no dejan de ser un discurso moderno, y como tal está interesado en el futuro y el progreso, pero a diferencia del positivismo, no le es de su interés el regular la conducta del hombre al estilo de las sociedades disciplinarias que intentan normalizar el comportamiento del hombre a partir de la imposición de la homogeneidad, de la corrección, y la vigilancia como lo aborda Michel Foucault.<sup>52</sup>

Por el contrario, si la intención de estos derechos es la de adaptarse a cualquier sociedad, éstos requieren deslindarse de cualquier indicio imperialista si es que el objetivo es sólo interpretar respetando la particularidad cultural, social, económica y biológica, para lo que se requiere que de la redacción de los derechos humanos se extraigan los fines que persiguen, para que éstos sean los referentes mínimos de interpretación, constituyéndose como condiciones de posibilidad para el ejercicio de la razón práctica, y orientar su sendero, lo cual da garantía de que cualquier código moral esté matizado y estructurado de manera racional, y que ante cualquier problemática social vinculada a una disputa moral inmersa exista la posibilidad de que las sociedades y sus integrantes tomen las mejores decisiones fundadas en la racionalidad y con un amplio sentido de responsabilidad social y política. Así es que la justicia, la igualdad, la solidaridad, la libertad, la equidad y otros principios que se pueden extraer de esa redacción internacional humanística y civilizada, y que son resultado del proceso de evolución del pensamiento filosófico, no hay porque considerarlos como valores apriorísticos, hacerlo obliga a comprenderlos como si tuvieran una existencia en el mundo de las ideas con independencia del sujeto que los concibe, lo cual sólo daría lugar a la mera especulación metafísica precursora de falacias. Más bien, hay que entenderlas como palabras que son capaces de integrar un discurso, y que han tenido una evolución conceptual y que hoy pueden emplearse como parte de

<sup>52</sup> Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI editores, 2004, pp. 175-189.

un discurso ético, en la medida que se les utilice como meros referentes de interpretación, en ese sentido, bien pueden integrarse como discurso universal, integrarse a un discurso particular como lo puede ser un proyecto educativo como parte de un gran proyecto político de una sociedad determinada, y esa posibilidad es latente para una sociedad como la mexicana, pues la puertas del Derecho hoy se han abierto a la posibilidad de interpretarlo más allá de una simple norma jurídica; hoy la educación es parte esencial no para la regulación de un comportamiento futuro al viejo estilo del positivismo, sino como una forma de convivencia presente pensando garantizar un futuro posible y deseable, por lo que la Ética hoy es condición de posibilidad latente en la interpretación de nuestro Derecho, y la educación puede ser un auténtico baluarte hermenéutico.

### *11. Epílogo*

La educación mexicana continúa bajo la inercia del positivismo, debido a que este pensamiento se consolidó en las estructuras del poder público y privado de nuestro país, desde el siglo XIX, de tal forma que la práctica educativa se ha ejercido desde ese entonces como mero aparato ideológico dedicado a fortalecer las existentes relaciones de poder de la clase dominante, las de la burguesía mexicana como la denominaba Justo Sierra. Esta situación es la que permea en el artículo 3º constitucional, pues establece, que es el Estado el que dará garantía de que los mexicanos tengan una educación básica con el propósito de unificar la conciencia, por eso la gratuidad y la educación pública son los instrumentos mediante los cuales esta pretensión se habrá de garantizar, además de que esa homogeneidad anhelada girará en torno a las verdades de la ciencia en aras de un progreso social, palabras sin duda pertenecientes al discurso positivista. Si a ello sumamos, que de acuerdo a esta redacción constitucional y la correspondiente a las leyes educativas, el Estado no se responsabiliza de emprender un proyecto educativo como tal, en este sentido, lo poco que puede haber de planeación en México es simplemente

lo enunciado en los planes de desarrollo de cada sexenio presidencial que desde luego tiene tintes ideológicos muy definidos. Legalmente la planeación educativa corre a cargo de las instituciones educativas, las cuales además de ceñirse a los preceptos constitucionales para su elaboración, ya de por sí positivistas, se tienen que adherir a la política pública del gobierno en turno, el cual generalmente tiene fuertes compromisos con la clase dominante, razón por la que esta actividad se ve trastocada por los intereses empresariales y por lo tanto su orientación estará más en función de la demanda laboral que por las necesidades de la sociedad, y por ello es que actualmente se educa a los mexicanos en el desarrollo de habilidades y capacidades para el trabajo y para el caso de la superior más al desarrollo de los conocimientos disciplinarios.

Sin embargo la reforma al artículo 1º de la Constitución desde junio de 2011 da pauta a que se dé un vuelco a la inercia del positivismo que hasta ahora no se ha concretado, debido a que se trata de una redacción que cimienta las bases para una interpretación del Derecho diferente, aunque depende de la construcción de un nuevo escenario político sobre el cual se habrá de llevar a cabo la nueva hermenéutica no sólo jurídica, sino sobre todo social. Lo que propone el discurso de los derechos humanos dentro del sistema jurídico mexicano es una manera diferente de convivencia social, y por lo tanto una manera diferente de ejercer el poder, siendo aquí el momento en el que se debe destacar nuevamente la importancia de la práctica educativa, pues gracias a ésta es que se hace posible la legitimación de las nuevas relaciones de poder a las que aspira el Estado mexicano. Por eso el reconocimiento de los derechos humanos es algo más que una ampliación de un catálogo de derechos, es más bien un cambio de racionalidad en torno al fenómeno jurídico.

La educación no tiene una existencia en sí misma y mucho menos tiene fines inherentes, se trata más bien de una actividad que suele ser utilizada como mecanismo ideológico en favor de la clase dominante dentro de un contexto social, con el propósito de garantizar culturalmente un esquema del ejercicio de poder

que les es conveniente. Ahora bien, sin desconocer la influencia legitimadora de la educación sobre el poder es que se puede aprovechar esta cualidad para garantizar que éste sea ejercido de manera racional, que sin buscar la felicidad, debido a las implicaciones ideológicas a que esto llevaría, su objetivo sea conseguir un bienestar mínimo para los integrantes de un cuerpo social a través de los cauces de la racionalidad discursiva propuesta por la comunidad de países civilizados.

El nuevo discurso que se adhiere al sistema jurídico mexicano viene a contribuir, pero de ninguna manera significa eliminar por completo al positivismo, su plataforma básica conceptual; más bien significa la apertura a más expectativas de posibilidad hermenéutica. Por esta razón es que la educación representa el campo más propicio para que desde ahí se estructure un nuevo paradigma hermenéutico; en este sentido, es que la pedagogía, al ser una disciplina conceptual que trata y orienta a la práctica de la educación, representa un espacio oportuno para que la futura enseñanza se vea impactada por los propósitos del discurso humanístico.

Los derechos humanos no pueden ser interpretados desde el dogmatismo; hacerlo implicaría un ejercicio de poder no diferente al establecido desde el positivismo, y aun cuando este discurso tiende a ser un discurso universal, ello no implica que se deba imponer ni por el sometimiento, ni tampoco por el adoctrinamiento de los pueblos. La universalidad representa una aspiración, en todo caso representa un criterio sobre el que se puede construir un proyecto político, que se funde en la racionalidad de condiciones de posibilidad universales, pero sobre todo que se adapte a las propiedades de cada comunidad social.

Los derechos humanos no son una Ética propiamente, sin embargo las experiencias históricas y la especulación filosófica sobre la que se ha erigido su construcción han generado reglas de racionalidad discursiva que dan lugar a un ejercicio racional de carácter ético en la interpretación de la realidad social, que bien sirve para prevenir y para resolver problemas, pero sobre todo para orientar a las sociedades hacia una prospectiva de conviven-

cia política posible y deseable, de tal forma que si la educación a través de la pedagogía asimila esas condiciones de posibilidad ética, la consecuencia imprescindible será que los estudiantes estructuren durante su proceso educativo una mentalidad fundada en los fines racionales como condiciones mínimas de convivencia social, lo cual inexorablemente les habilitará a emprender decisiones racionales sobre el futuro de la sociedad en la que viven, lo cual se traduce en la formación de un carácter, en la formación de un *ethos*. Una educación cuyo fundamento pedagógico sea el de los fines en derechos humanos es una educación que habilita en la dignidad, o sea que permite a los futuros ciudadanos no solamente el goce de derechos, sino permite la construcción de una autosuficiencia racional para hacerlos valer, y para edificar el mundo que desea para sí y para la comunidad en la que vive, pues la ventaja de educar éticamente es que los futuros ciudadanos de una comunidad social se hacen responsables de su actuar, son conscientes de que su comportamiento individual no es aislado y que por ende tiene amplias repercusiones con los demás. Lo más importante es que si con este tipo de educación se le habilita éticamente, ello le dará al futuro ciudadano la capacidad de ir construyendo día con día más y mejores expectativas de vida.

Ese reconocimiento constitucional es sólo el principio, lo cierto es que México aún tiene mucho camino que recorrer. Para el Estado mexicano, ese reconocimiento es apenas un paso de tipo cosmético, lo que quiere decir que no es suficiente, de tal forma que si se desea que los derechos humanos sean una verdadera postura epistémica de interpretación de la realidad social de las comunidades sociales mexicanas, se requiere algo más que reformas normativas, por eso mi propuesta es la de formalizar una educación en derechos humanos, pues con ella se darán pasos agigantados para lograr una sociedad verdaderamente humanista, cuyo Estado, autoridades, instituciones y la sociedad en general tengan como forma de vida el respeto, la protección, la promoción y la defensa de todos y cada uno de los derechos que sean base de una sociedad deseable, y la pedagogía puede ser una buena oportunidad para comenzar esa formalización y empre-

der los cambios que requiere la actual práctica educativa que a la fecha sigue siendo positivista.

### *Fuentes consultadas*

- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, México, Reforma de la Escuela, 2004.
- AMAYA SERRANO, Mariano, *Sociología general*, México, McGraw Hill, 1988.
- ANDRADE CÁZARES, Rocío, “El enfoque por competencias en educación”, en *Revista Ideas*, CONCYTEQ, Año 3, Núm. 39, 2008.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 1994.
- \_\_\_\_\_, *La Política*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1988.
- BÓRQUEZ BUSTOS, Rodolfo, *Pedagogía crítica*, México, Trillas, 2012.
- CORTINA, Adela y Emilio MARTÍNEZ, *Ética*, Madrid, Akal, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Para qué sirve realmente la Ética*, Madrid, Paidós, 2013.
- DÍAZ BARRIGA, Ángel, *Didáctica y currículum*, México, Paidós, 2013.
- DURKHEIM, Émile, *Educación y sociedad*, México, Coyoacán, 2012.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ENRÍQUEZ, José María *et al.*, *Educación plena en derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI editores, 2004.

- GARCÍA GONZÁLEZ, Enrique, *Pedagogía constructivista y competencias*, México, Trillas, 2010.
- GUTIÉRREZ, Francisco, *Educación como praxis política*, México, Siglo XXI editores, 1993.
- HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo, (coord.), *Filosofía de la educación*, Madrid, Trotta, 2008.
- IBÁÑEZ BERNAL, Carlos, “Diseño curricular basado en competencias profesionales: una propuesta desde la psicología interconductual”, en *Revista de Educación y Desarrollo*, Núm. XIX (6), 2006, [http://www.cucs.udg.mx/revistas/edu\\_desarrollo/antiores/6/006\\_Bernal.pdf](http://www.cucs.udg.mx/revistas/edu_desarrollo/antiores/6/006_Bernal.pdf).
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, Las cuarenta, 2012.
- MIKLOS, Tomás, Edgar JIMÉNEZ y Margarita ARROYO, *Prospectiva, gobernabilidad y riesgo político*, México, Limusa, 2008.
- PANSZA, Margarita, “Notas sobre planes de estudio y relaciones disciplinarias en el currículo”, en *Perfiles educativos*, 1987.
- QUEVEDO, Víctor, y David GONZÁLEZ, *Planificar y programar en los centros educativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2012.
- RAMÍREZ, Liberio Victorino y Guadalupe MEDINA MÁRQUEZ, “Educación basada en competencias y el proyecto Tuningen Europa y Latinoamérica, su impacto en México”, en *Ideas CONCYTEQ*, Núm. 3, Vol. 39, 2008, <http://www.observatorio.org/colaboraciones/2007/TuningEuropayAL-LiberioVictorinoRamirez%2011oct07.pdf>.
- ROMERO TORRES, Niria Loerit, “¿Y que son las competencias?, ¿quién las construye?, ¿por qué competencias?”, en *Educación: Revista de Educación*, Núm. 35, 2005.
- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Introducción a la sociología de Max*

Weber, México, Colofón, 1991.

SUÁREZ, Martín, “Las corrientes pedagógicas contemporáneas y sus implicaciones en las tareas del docente y en el desarrollo curricular”, en *Acción Pedagógica*, Dialnet, 9 (1-2), 2000, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2973287>.

TORQUEMADA GONZÁLEZ, Alma Delia, “La práctica educativa de derechos humanos en educación primaria”, en *Eikasia, Revista de Filosofía*, año III, de septiembre de 13, <http://revistadefilosofia.com/13-13.pdf>

UNESCO, Programa mundial para la educación en derechos humanos de 2010, [www.ohchr.org/documents/publications/wphre\\_phase\\_2\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/documents/publications/wphre_phase_2_sp.pdf).

XOLOCOTZI, Ángel y José Antonio MATEOS, *Los bordes de la filosofía, educación, humanidades y universidad*, México, Itaca, 2013.

YURÉN CAMARENA, María Teresa, *La filosofía de la educación en México*, México, Trillas, 2008.

ZEA, Leopoldo, *El positivismo en México*, México, FCE, 2005.



## HACIA UNA ÉTICA INTERPRETATIVA

Javier Rascado Pérez \*

### *1. Introducción*

**E**l positivismo jurídico se impuso como discurso dominante para la justificación de nuestra realidad social, construyendo el discurso normativo que fija las pautas de conducta de una comunidad y regula su cumplimiento. A mediados del siglo pasado, la crítica al positivismo desde el interior y exterior de esta corriente de pensamiento hizo grandes aportaciones al desarrollo y estudio de la ciencia jurídica, pero como paradigma siguió prevaleciendo, al menos en los países cuya tradición jurídica se inscribe en la familia jurídica romano-germánica.

Hoy resulta claro lo insostenible del discurso positivista de la ciencia jurídica, al menos en su visión primigenia y más radical. Aunque si bien es cierto, el positivismo es esencial para el orden en cuanto a la existencia de un sistema de reconocimiento y validez de los actos, también lo es que sus postulados rígidos resultan obsoletos en la explicación de nuestra realidad jurídica.

Pasada también la Segunda Guerra Mundial con la globalización de la economía, un desarrollo acelerado de la tecnología y mayor impacto de los medios de comunicación, las sociedades comienzan a vivir una transformación acelerada que configura un nuevo modelo de comunidad. De sociedades homogéneas con necesidades y exigencias simples, transitamos a sociedades heterogéneas cuyas necesidades se vuelven complejas y retan al Esta-

\* Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

do a un mayor dinamismo para atender a todos los extractos del conglomerado social.

Se pone a prueba al Estado por medio de la tensión y la exigencia, y en consecuencia se transita de un Estado de Derecho, cuya principal preocupación es la limitación al ejercicio del poder, a un Estado ya no solamente protector de los individuos, sino garante de sus necesidades y atento a garantizar su dignidad por medio de la maximización de los derechos fundamentales. Hablamos del Estado constitucional.

Con ello, a partir de la segunda mitad del siglo XIX se pone en evidencia lo insostenible que resulta la inmutabilidad de los conceptos jurídicos, cuya rigidez otorga respuestas a una comunidad pero no del todo satisfactorias y regularmente desfasadas de sus necesidades. El Estado de Derecho se limita a dirimir controversias entre sus partes, a ordenar el Estado, su estructura y el ejercicio del poder público, pero poco se ocupa de satisfacer las necesidades de los individuos no de una manera general, sino atendiendo a las concretas necesidades de los individuos.

El Estado constitucional está atento a estas necesidades, es su fin último. Por ello, los operadores del Derecho ya no pueden resolver desde la mecanicidad de un modelo rígido y obsoleto, sino que tienen que atender los valores y principios de la comunidad a la que pertenecen, y esto solamente lo podrán realizar alejándose de la tradicional y rebasada escuela de la Exégesis.

El operador del Derecho ante cada situación de la cotidianidad se enfrenta a un problema a resolver. Realiza una actividad cognitiva que lo lleva a valorar y decidir, pero estas decisiones tienen que ser para garantizar un estado de igualdad entre desiguales y de equidad que genere equilibrio en la sociedad.

Ello sólo se puede lograr desde una visión moderna del Derecho, que no sirva ya como simple instrumento de control social, sino que garantizando la dignidad de las personas logre sujetos plenos que en el ejercicio de sus derechos fortalezcan el Estado democrático y limite en consecuencia el ejercicio del poder.

## *2. Crisis del positivismo*

El positivismo como paradigma que explica la realidad, no sólo se impuso en el campo de la investigación de las llamadas ciencias duras, sino que se extendió hacia las ciencias sociales. Es por ello que la ciencia jurídica lo padeció en todas las latitudes del pensamiento occidental, con mayor énfasis en aquellos países pertenecientes a la familia jurídica romano-germánica, lo que ocasionó un retraso en la evolución de nuestro conocimiento científico.

Pero los acelerados cambios que modificaron el panorama occidental, acentuados a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, obligaron necesariamente a una reconceptualización distinta del Estado, en donde la pretensión clásica de limitar el ejercicio del poder es insuficiente. Ahora, las comunidades anteriormente homogéneas en sus necesidades, comienzan a tener una conformación heterogénea que enfrenta al Estado a una manera distinta de satisfacer las necesidades de la comunidad.

El postulado originario de la soberanía popular, en donde la población mandata a los representantes para que en ejercicio del poder público satisfagan sus necesidades se transforma. En la visión primigenia el Estado se constituye más para limitar el ejercicio del poder, que para en realidad satisfacer necesidades de una comunidad. La realidad de la Posguerra entendió que el postulado resultaba incompleto y ahora transita hacia una necesaria satisfacción de las necesidades de la comunidad. Garantizar la dignidad de las personas con una satisfacción mínima de sus necesidades materiales y maximizando el ejercicio de los derechos de libertad e igualdad. Tal fue la postura del “Estado de bienestar” europeo.

Ante esta realidad, el paradigma positivista comienza a debilitarse, ya que desde lo teórico no logra justificar la nueva realidad. Ya la confrontación se había dado desde el interior de esta postura, disfrazado por la evolución de sus conceptos.

Los cuestionamientos son muchos, comienzan desde los mismos positivistas como se dio entre Hart y sus cuestionamientos a

Kelsen, pero el debate clave en esta discusión lo ha representado posiblemente la crítica que Dworkin hiciera a Hart.

Dworkin se centra en el papel trascendental del juez y el impacto que sus resoluciones causan en la comunidad, entendiendo que son los “principios” los que finalmente prevalecen en las resoluciones<sup>1</sup>, y que no solamente deben de atender a una regla de reconocimiento en términos de lo planteado por Hart. Pero Dworkin abunda más su crítica, cuando:

...expresa o implica que no hay espacio para una teoría descriptiva del Derecho sustantiva, detallada e interesante (que no sea interpretativa). Esta lucha puede ser vista no sólo en la insistencia de Hart para crear el espacio para y la necesidad de una teoría descriptiva (no-interpretativa) del Derecho en general, sino también en su desacuerdo con cualquier intento de caracterizar el positivismo jurídico como algo acerca de la justificación de la coerción presente/futura...<sup>2</sup>

En esto se puede resumir el conflicto que enfrenta el positivismo. Desde la regla de reconocimiento no pueden ser aceptados los principios si no son reconocidos en ésta, lo que niega el carácter político y cultural de la Constitución, o de lo contrario, tendrían que aceptar que algunas normas sin ser validas cumplirían principios abstractos o generales, lo que sería sacrificar su postura. Tal es la encrucijada que enfrenta el positivismo.

El positivismo, ya desde la posición más rígida de Kelsen, pretende reducir el Derecho a la simple disposición normativa (ley) suponiendo que así se facilita su estudio. Con ello, elementos como cultura, moral, política o economía contaminaban el objeto de estudio, con lo cual eran excluidos del análisis que realizaba el positivismo. En síntesis “Los juicios morales, los prejuicios políticos, y las conclusiones sociológicas fueron dejadas de lado

<sup>1</sup> Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 16-39.

<sup>2</sup> Brian H. Bix, *Filosofía del Derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México, UNAM, 2010, p. 126.

como impropias para una descripción ‘científica’ de la institución social del Derecho”.<sup>3</sup> Se pretendió la objetivización del conocimiento jurídico.

Resulta sencillo derribar este argumento. La propia realidad y la transformación de las necesidades de una comunidad hicieron insostenible dicha postura “mecanicista” del Derecho. En ella, el juez era un mero instrumentador de la ley, entendido por Montesquieu como la “voz de la ley”.

Pero no solamente ha existido una confrontación o evolución en la teoría jurídica del positivismo desde el interior, también otras corrientes del pensamiento jurídico, así como otras disciplinas lo han hecho.

A esta transformación paradigmática también abonó la evolución del pensamiento científico. La visión rígida que difundió el conocimiento científico, entró también en crisis alterando con ello todos los campos del conocimiento.

Fue Kant quien con mayor solidez postula los cuestionamientos al conocimiento científico “rígido”, sosteniendo la subjetividad del conocimiento, afirmando con ello la imposibilidad del conocimiento de una realidad “en sí”, es decir de una realidad objetiva. Concluye que “...el procedimiento discursivo válido es sólo el del entendimiento, cuyo concepto deriva inmediatamente de la experiencia, y que el procedimiento discursivo racional, con sus pretensiones totalitarias, no da lugar más que a nociones ficticias”.<sup>4</sup> Es decir, el conocimiento científico finalmente es una construcción discursiva que lejos está de ser una verdad absoluta.

Con ello comienzan a establecerse duras pruebas para el sostenimiento de la teoría del conocimiento científico, por lo menos desde la rigidez que se plantea en sus inicios.

Surge entonces un pensamiento crítico que necesariamente llevó a transformar la “solidez” del conocimiento científico entendiendo con ello, que si bien este discurso nos da una mejor descripción de la realidad, no con ello puede pretender convertirse en una verdad absoluta.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>4</sup> Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, México, FCE, 2012, p. 888.

La ciencia es un modelo paradigmático de conocimiento caracterizado por su sistematización y rigurosidad, pero debe también en ella mostrarse la acción interpretativa del conocimiento. La ciencia interpreta. Tiene axiomas y forma distintos *corpus* interpretativos llamados teorías, recoge muestras de la realidad para analizarlas según los principios y métodos incorporados en sus teorías, lo cual ya es interpretación.

No existe una verdad afuera, una verdad que nos observe. Existe acaso una realidad que es ajena a nosotros, inaccesible, y nos podemos conformar en cualquier caso con su descripción por medio del lenguaje. Lo que logró el conocimiento científico fue dar una explicación más exacta de la realidad, pero no por ello podemos pretender que sea una verdad absoluta. Existe una verdad en términos de la demostración de un enunciado por medio de una construcción lógica, pero que el mismo es derrotable.

Esto fue siendo cada vez más evidente y las críticas transformaron de a poco esta visión paradigmática. Además de ello, en la actualidad la ciencia teórica presenta un problema político de la vida práctica. Es decir, los postulados teóricos no atienden a las necesidades que nos plantea la realidad.

La Moral y la Ética que durante mucho tiempo fueron alejados del conocimiento científico como si su subjetividad imposibilitara atender a un verdadero conocimiento “objetivo” comienza de pronto a ser necesarios en el debate científico. Resultó imposible su exclusión, surge con ello un problema ético de constitución del sentido de las ciencias en cuanto a su producción y aplicación.

Una vuelta al mundo primero de la experiencia básica, esto es al mundo de la vida, parece ser un camino adecuado para la producción y el empleo de la ciencia. El problema básicamente no es un problema técnico de producción de conocimiento funcional sino un problema ético de constitución del sentido de las ciencias en cuanto a su producción y aplicación.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Luis Augusto Panchi Vasco, *De Ética económica a economía ética*, Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2004, p. 165.

El conocimiento científico se aleja de la rigidez para su estudio y necesariamente tiene que satisfacer las necesidades que impone una comunidad, por lo menos, dicha necesidad tienen que ser atendida en el campo de las ciencias sociales. Se debe entonces transitar a “...un esquema ético interpretativo de las ciencias que busca adecuar la producción y aplicación científica a las necesidades de la experiencia concreta de los individuos en sociedad.”<sup>6</sup>

La ciencia como todos los conceptos necesita adecuarse a la nueva realidad, además de que es innegable que su construcción, aún con su pretendida rigurosidad en el método, parte desde la observación de la realidad y por medio de la construcción discursiva y la evidente interpretación de quien observa el fenómeno.

Incluso Popper va más allá afirmando “...que no existe, en absoluto, un método lógico de tener nuevas ideas, ni una reconstrucción lógica de este proceso. Puede expresarse mi parecer diciendo que todo descubrimiento contiene ‘un elemento irracional’ o una ‘intuición creadora’ en el sentido de Bergson”.<sup>7</sup>

Por lo tanto, basados en esa interpretación para la construcción del discurso teórico, al menos en el campo de las ciencias sociales, se torna necesario fijar principios y valores que nos permitan hacer una construcción que atienda a las complejidades de la comunidad. Es decir, la Ética en la elaboración de la interpretación de los fenómenos y su construcción discursiva.

Panchi Vasco propone un esquema de comprensión ética de la ciencia:

1. Realidad teorizada (ciencia);
2. Mundo de la vida (Ética), y
3. Adecuación de la ciencia (ciencia ética o humana).<sup>8</sup>

La Ética como valor necesario en la construcción del conocimiento científico como reconocimiento de la “otredad”.

<sup>6</sup> *Ibidem* p. 165.

<sup>7</sup> Karl R. Popper, *La lógica de investigación científica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 31.

<sup>8</sup> Panchi Vasco, *op. cit.*, p. 180.

La Ética como apertura al otro despierta ya con su presencia en el mundo de la vida del imperativo categórico de acogida y respeto se realiza por medio del acto comunicativo. Allí en el hecho del habla, del diálogo y la escucha el ser humano, se abre al otro ser humano y se rompe el solipsismo de una razón autónoma.<sup>9</sup>

Se tornan insostenibles los discursos rígidos por lo menos en las ciencias sociales, y con ello todas las disciplinas que giran en torno a la sociedad comienzan una necesaria transformación para ser vigentes.

Bajo esta inercia, postulados tradicionales que describían el Derecho como el positivismo comienzan a ser insostenibles. Los positivistas atienden sólo a las fuentes del Derecho, "...reducen el Derecho a la simple norma jurídica por lo que es identificado por su origen (forma de creación), descuidando su entorno".<sup>10</sup> Con ello, el Derecho en la concepción positivista no deja de ser un conjunto de reglas atrasadas que en nada atienden las necesidades de la realidad.

Las nuevas conformaciones sociales caracterizadas por la heterogeneidad de sus necesidades, ya no son atendidas desde un sistema jurídico basado tan sólo en la ley como principal fuente del Derecho, que contiene las hipótesis con las pautas de conducta que son permitidas, prohibidas u obligatorias. Ya no puede el juez hacer una "interpretación literal"<sup>11</sup> de la disposición normativa, sino que ante cada situación enfrenta la problemática del Derecho, valora y decide.

Finalmente, pretender una definición del Derecho resulta impensable por ser un objeto de estudio que no se encuentra dentro de la realidad, sino que es una construcción discursiva por un lenguaje no referencial, y al ser la ley un material jurídico es consecuencia también una construcción discursiva.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>10</sup> Javier Rascado, "El Derecho, instrumento del poder", en Javier Rascado *et al.* (coord.), *Pensar el Derecho*, Querétaro, FUNDAP, 2007, p. 25.

<sup>11</sup> Suponiendo que tal interpretación fuera posible, ya que el acceder a cualquier texto necesariamente exige una actividad interpretativa.



...la ley [...] es lenguaje, que se expresa por medio del lenguaje y que la discursividad que sobre ella recae (argumentación, decisión judicial, doctrina, jurisprudencia, etcétera) es lenguaje. No es lo fáctico ni la moral lo inmanente a la ley (esas son interpretaciones de la misma), es el lenguaje (oral o escrito) el único rasgo inherente a la ley.<sup>12</sup>

El positivismo jurídico resulta vencido al pretender limitar la existencia del Derecho o bien a su principal fuente, la ley, o bien al restringirla a una norma de reconocimiento que ambos casos genera actos de validez. Indudablemente la validez de los actos resulta necesaria para otorgarle seguridad y certeza, pero no por ello pretender que los actos son mecánicos y la construcción de los actos ajenos a los principios, emociones y circunstancias de sus creadores.

“Se trataba de un punto de llegada que la ciencia jurídica no podía superar si no era cuestionando la ideología jurídica positivista entonces dominante, esa ideología que reducía los derechos a las leyes y atribuía a éstas un carácter omnipotente”.<sup>13</sup>

Filósofos y juristas sostienen la crisis del positivismo jurídico, principalmente por la incuestionable necesidad de la eticidad del Derecho y los principios que se encuentran en la construcción discursiva de los actos de validez. Pero sobre todo, la principal crisis se motiva en la incapacidad para dar respuestas a los más complejos problemas ético-jurídicos de la sociedad, los “casos difíciles” de que nos habla Dworkin.

Damos por agotado el discurso del positivismo jurídico para la descripción de las sociedades contemporáneas, dando paso a la construcción de un nuevo discurso teórico que si bien pretende actos de validez para la certeza de la comunidad, contempla también los valores y principios como parte de la construcción discursiva para dar satisfacción además a las complejas necesidades de la sociedad.

<sup>12</sup> Gerardo Ribeiro Toral, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdés, 2003, p. 31.

<sup>13</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, p. 49.

El mismo modelo del Estado de Derecho es rebasado, escenario principal del positivismo jurídico, dando paso a la construcción del llamado Estado constitucional, con la consiguiente necesidad de la construcción de un nuevo discurso justificativo.

### *3. Del Estado de Derecho al Estado constitucional*

La segunda mitad del siglo pasado, marcada por la Segunda Guerra Mundial, se enfrenta ante la posibilidad de dos paradigmas político-económicos que se acentuaban finalizado el episodio bélico. Por un parte el más radical capitalismo que proponía la individualización de la realidad y, consecuentemente un Estado mínimo interventor que se limitara a corregir las transgresiones que se cometieran en el ámbito de las libertades individuales. Y por otra, un Estado absolutista que niega cualquier identidad individual para privilegiar a una colectividad abstracta.

Diversos países, principalmente europeos, optaron por una vía alternativa de carácter intermedio, que amplía el ámbito de reconocimiento de los derechos fundamentales en sus respectivas constituciones, sustentados principalmente los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto a su vez, con el diseño de sistema jurisdiccional para su adecuada protección, el llamado neoconstitucionalismo.

Este nuevo modelo neoconstitucional, se traduce en una corriente de pensamiento que se caracteriza por un distinto entendimiento de la legislación y su relación con la Constitución. Evidentemente en total oposición al positivismo, ya que éste entiende al legislador como sujeto primordial del Estado, que depositario de la voluntad soberana asume por medio de la legislación las mejores decisiones para una comunidad. El neoconstitucionalismo por otra parte, defiende la supremacía de la Constitución, como documento no solamente jurídico, sino también con contenido moral y de principios.

Con ello, la Constitución no es vista ya como un documento rígido en el tiempo y en la estructura, sino que se vuelve en el

documento referencial de todo un sistema jurídico, cuyos principios deben plasmarse en todos los actos de validez.

El Derecho ahora, es entendido en un sentido amplio en donde se hace referencia a principios morales, que además no necesariamente deben aplicarse en la legislación secundaria, sino que pueden ser aplicados desde la misma Constitución, desde una interpretación basada en la ponderación y progresividad de cada caso concreto, persiguiendo la maximización de los derechos fundamentales, fin último del Estado constitucional.

Ello nos aleja de la visión rígida del Derecho que pretendieron primero los iusnaturalistas, pero con mayor énfasis los positivistas, para concebir un pluralismo de principios y una ductilidad en el Derecho. Aquella visión que del juez tenía Montesquieu, como mero aplicador (sirviente) de la ley, queda rebasada por un posicionamiento más importante, trascendental en el Estado constitucional, en donde se vuelve un defensor de la Constitución.

El Estado legislativo está transitando hacia un modelo alternativo, el llamado Estado constitucional. El sistema jurídico no se agota ya en actos de validez, sino que además estos actos deben tener un reconocimiento en la Constitución en cuanto a su objeto, atender sus principios y la coherencia de sus contenidos; la ciencia jurídica ha rebasado la pretensión del iusnaturalismo centrada tan solo en el deber ser, así como la pretensión del positivismo de atender tan solo a la legalidad, ahora va más allá de la intención del legislador, y atiende a las necesidades concretas de las personas desde los principios generales plasmados en la Constitución.

Transitamos hacia un sistema jurisprudencial, donde no sólo se apuesta a la legalidad de los actos, sino a la aceptación de las propuestas normativas que se hacen, en palabras de Dworkin, la “fidelidad política”.

Superado el Estado de Derecho, en donde solamente se persiguen actos de validez, nos encontramos en la existencia de un Estado constitucional en donde los derechos fundamentales son

la justificación misma del Estado ya que garantizan una vida digna a sus integrantes.

La conclusión es simple, en el Estado constitucional:

Los límites entre el Derecho, la moral y la política tienden a desvanecerse o, al menos, las fronteras entre esos tres clásicos campos de la ‘razón práctica’ se hacen más fluidas: los principios y valores morales y políticos (incorporados a la Constitución) forman parte del Derecho y, en consecuencia, el razonamiento jurídico, a partir de esos materiales, no puede verse como un razonamiento ‘insular’: los elementos morales y políticos juegan también un papel, aunque eso no signifique desconocer las peculiaridades de la argumentación jurídica (judicial).<sup>14</sup>

Uno de los principales factores que detonaron esta transformación es la globalización, que no sólo ha generado que interactuemos en lo económico y político, sino que estamos unidos además en lo jurídico, “la globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica”.<sup>15</sup> Con ello, pretender valores universales resulta complejo, por decir lo menos, y en realidad tenemos que atender a actos y decisiones que satisfagan las necesidades de distintos colectivos en distintas latitudes.

Aquí intervine necesariamente la Ética. Las decisiones en el ámbito privado y público, deben partir desde reglas mínimas que nos permitan garantizar el mismo ejercicio de derechos y satisfacción de necesidades para todos.

No es menor la complejidad y se presenta ante nosotros un gran reto. Transitar desde un modelo rígido en donde el sistema de fuentes desdeña la subjetividad en el discurso jurídico, hacia un sistema de garantías plenas en donde se privilegie la satisfacción de las necesidades de los individuos, y que en cada acto

<sup>14</sup> Manuel Atienza, *Constitucionalismo, globalización y Derecho*, p. 3. Consultado en línea el 03/03/16 en <[http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_MA\\_7783.doc](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_7783.doc)>.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 7.

de validez del sistema jurídico, se maximice la protección de sus derechos. Pero el reto aunque complejo acepta soluciones relativamente simples, "...el conformarse como principios mínimos susceptibles de ampliación mediante un sistema de reenvíos, y de integración con otros ordenamientos..."<sup>16</sup>

Ya no es la Constitución solamente el pacto político que la da identidad a una sociedad del pasado, sino que se convierte en una referencia de principios y valores que se adaptan a la comunidad. Ya no sólo se persiguen actos de validez como fin último, sino la maximización de derechos.

"Las categorías del Derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un 'centro' de ordenación"<sup>17</sup>.

El Estado de Derecho es insuficiente y con ello la teoría positivista. La ley limitada para atender las necesidades complejas de la comunidad cede ante la Constitución y los tratados internacionales por ella reconocidos para la protección efectiva y garantista de las prerrogativas de los individuos.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.<sup>18</sup>

El paradigma se ha transformado. Ahora la Constitución es el marco referencial pero desde los valores y los principios, priorizando la protección máxima de los individuos en detrimento del fortalecimiento de las instituciones y la limitación del poder como fin primordial.

<sup>16</sup> José Luis Caballero Ochoa, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 105.

<sup>17</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009, p. 13.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 40.

#### 4. *Ética interpretativa*

Hasta la primera mitad del siglo pasado la interpretación jurídica era impensable. Como se señaló, el discurso positivista desconoce la interpretación ya que la ley como construcción derivada de la voluntad popular se constituye en *corpus* perfecto que por un ejercicio “objetivo” del juez materializa con sus resoluciones en un acto mecánico.

Sin embargo, la interpretación dentro del Derecho ha tomado una importancia significativa a partir de la segunda mitad del siglo XIX poniendo en evidencia lo insostenible que resulta la inmutabilidad de los conceptos jurídicos, derrotando el discurso positivista y la escuela de la Exégesis.

Desde éstos, la ley se entiende como conjunto de normas escritas, abstractas y generales producidas por un cuerpo legislativo especial, que en su carácter impersonal y abstracto se satisfacen los ideales de “Estado de Derecho” e igualdad ante la ley. Podríamos hablar de un “Estado legislativo” en donde es el legislador quien transmite la voluntad de los ciudadanos a la ley.

Con ello surge la escuela de la Exégesis, resultado de la legislación como producto racional y resultado de la soberanía, cuyas características son:

1. Culto al texto de la ley;
2. Considerar la pauta del legislador como pauta suprema de interpretación, y
3. El legislador como omnipresente y omnisciente.

Desde esta escuela, la interpretación permitida de los textos jurídicos, es la literal o declarativa. La primera, pretende desprender un significado propio de las palabras, y la segunda atender a la intención del creador del discurso normativo: el legislador.

Es claro, que lejos de lo que han pretendido las distintas corrientes del pensamiento jurídico, no puede establecerse una definición del Derecho, sino solamente descripciones en cuanto a sus elementos, su construcción o su utilidad. Sin embargo, sí

existe un consenso en cuanto a dos cuestiones: el Derecho es una construcción discursiva y, en donde el Derecho existe la conducta deja de ser optativa.

Es decir, el Derecho no es un elemento que se encuentre dentro de la realidad, sino que es una construcción discursiva. El Derecho es lenguaje y surge al ser dicho. Como construcción discursiva, el Derecho como objeto de estudio, se enfrenta a las mismas características del lenguaje.

El lenguaje como instrumento que nos sirve para generar comunicación, se caracteriza por tres elementos: es arbitrario, no es unívoco y es mutable. Es arbitrario porque se construye por un consenso aceptado dentro de una comunidad, para que por medio de signos lingüísticos o gráficos nombremos a las cosas de la realidad, o bien realicemos construcciones abstractas. Pero es claro que no existe una relación entre la cosa mencionada y la palabra que lo menciona.

El lenguaje no es unívoco, porque las palabras tienen diversos significados que podrán ser atribuidos atendiendo al contexto en que se utilice. Y es mutable, porque según evoluciona una comunidad también lo hace su lenguaje. Las palabras son susceptibles de aceptar nuevos significados según los consensos que se generen una comunidad.

Con ello, desprendemos claramente que aunque el lenguaje ha sido una herramienta importante para poder hacer una descripción de la realidad y compartirla en una comunidad, también sabemos que por sus características no podemos pretender la construcción de una verdad absoluta.

Por otra parte, las palabras en sí no dicen nada, sino que cada vez que nos acercamos a ellas realizamos un trabajo cognitivo esencial: la interpretación. Es decir, aunque pretendamos una supuesta literalidad no hay tal, ya que cada vez que nos acercamos al texto por medio de la interpretación atribuimos significado a las cosas. El intérprete valora y decide entre una posibilidad de significados que son reconocidos.

Las cosas, los signos, etc., no significan nada, solamente tendrá el significado que se le atribuya por medio de la interpretación.

Interpretar [...] consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). De ahí que interpretar consista en un acto [...] por el cual se asigna significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras.<sup>19</sup>

Descartada entonces la pretensión de la escuela de la Exégesis, en donde les atribuye un significado propio a las palabras, transitamos hacia la posición contemporánea que nos coloca en la necesidad del trabajo cognitivo.

Así las cosas, el Derecho como construcción discursiva, se enfrenta a las mismas complejidades que el lenguaje. En consecuencia en el Derecho no hay nada dicho, en realidad, cada vez que nos enfrentamos a él no enfrentamos a un problema a resolver, a una decisión a tomar. Dice Tamayo al respecto:

Tenemos así, el planteamiento del pensamiento problemático del Derecho. Desde esta postura, al enfrentarse el intérprete ante la disposición normativa, se encuentra necesariamente ante un problema a resolver, mismo que no atiende a valores lógicos, sino a criterios directivos de la conducta. Es decir, se valora y decide.<sup>20</sup>

El intérprete del Derecho ante cada decisión se encuentra ante una gama de posibilidades para emitir su resolución; el Derecho no es algo dado sino dándose.

Pero si la aceptación de interpretar la ley fue complicado, el de la Constitución lo fue aún más. Desde el constitucionalismo moderno, hasta la primera mitad del siglo pasado, la Constitución era entendida como un documento político, que plasmaba los principios e ideales de comunidad que se desprendían de una

<sup>19</sup> Rolando Tamayo y Salmorán, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2006, p. 92.

<sup>20</sup> Javier Rascado Pérez, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Javier Mijangos González *et al.*, *Estado constitucional y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010, p. 337.



voluntad popular primigenia que la convertía en un documento rígido e inmodificable, por lo menos en algunos apartados.

Desde el periodo de entreguerras, madurándose la idea de manera posterior a la Segunda Guerra Mundial, la Constitución cambia en su percepción, dejando de ser vista como un documento político, para entenderse como una disposición jurídica, jerárquicamente superior en el sistema jurídico, pero finalmente una ley.

Así con ello, ahora la Constitución es un documento vivo, sensible a la pluralidad de la comunidad que describe y su constante evolución, por ello, desde ella se puede legislar, operar, materializar la satisfacción de las necesidades de una comunidad.

En todo caso, la Constitución se compone de principios y valores que son textos abiertos al contexto político, social y cultural de una comunidad. La Constitución no puede ser concebida como documento rígido inalterable en el tiempo y en el espacio. Zagrebelsky postula lo siguiente: “...las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino de realizar las condiciones de posibilidad de la misma”.<sup>21</sup>

La Constitución más que documento inerte, debe concebirse como un texto viviente. Con ello, la interpretación constitucional no puede ser concebida en términos de la lógica y la rigidez, sino, por el contrario, deberá de ser resuelta a la luz de los planteamientos que exigen el momento de su interpretación.

Ante ello, cada vez que nos enfrentamos ante las disposiciones normativas y en su caso a la Constitución, requerimos realizar una elección entre el significado que le hemos de atribuir.

La sola existencia de órganos jurídicamente reconocidos que interpreten la Constitución demuestra que no existen valores absolutos cuyo significado sea incuestionable, sino por el contrario, que constantemente y a la luz de las circunstancias y el tiempo, se tendrá que realizar una significación de los mismos.

<sup>21</sup> Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 13.

Asimismo, aceptadas las constituciones como documentos cuya naturaleza es de carácter político, jurídico y cultural, nos conlleva entonces a la aceptación de valores de carácter moral, sin entender a la Moral como un valor iusnaturalista, sino como las costumbres y usos reconocidos en una comunidad. Estos usos y costumbres se encuentran en una dinámica de cambio marcada por la misma sociedad, por lo mismo su significado habrá de adecuarse.

Imposible objetivizar la Constitución en su contenido, ya que plasma valores universales concebidos en otro tiempo. Ahora se parte de una visión plural e integradora que debe dar respuesta a todas las necesidades de la comunidad, sin generar la exclusión de sus miembros.

La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus contenidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.<sup>22</sup>

Con la interpretación y valoración no se niega en consecuencia las existencia de actos de validez, no se excluye del todo la teoría positivista, sino que exige que dentro de los actos de reconocimiento, exista un espacio de valoración y decisión, en la cual el operador del Derecho con debe solamente argumentar sus resoluciones. Donde además dicha argumentación tendrá que realizarse desde la Ética como valor que no solamente dé respuestas, sino que además genere satisfacciones en los individuos, en la maximización de sus derechos.

Como señala Nino:

El desarrollo de una jurisprudencia normativa —o sea de una labor intelectual frente al Derecho que no se limite a describirlo y sistematizarlo, sino que encare también en forma abierta la justificación de sus regulaciones y la propuesta de interpretaciones valorativamente

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 14.

satisfactorias— debe enfrentar dos problemas filosóficos fundamentales.<sup>23</sup>

Es claro que la simple justificación de pautas de conducta y en consecuencia de sanciones ante su incumplimiento ya no soporta una justificación natural o positivista desde la rigidez normativa, sino que necesariamente exige una justificación que dé una satisfacción a la colectividad que ya no es pasiva.

Los problemas a que se refiere Nino son el determinar si hay procedimientos racionales para justificar los juicios de valor y cuáles son los principios de justicia y moralidad que permiten enjuiciar las regulaciones e instituciones jurídicas. El primero, nos dice, es llamada Ética analítica y el segundo Ética normativa.<sup>24</sup>

Pero no sólo Nino detecta este problema. El jurista peruano José Ramos Pascua se refiere a Dworkin, ya desde su crítica al positivismo, cuando señala lo insostenible de este discurso:

...recuerda que el Derecho no está integrado sólo por un conjunto de normas mecánicamente identificables, como tienden a pensar autores positivistas, sino que también está integrado por principios que controlan la aplicación de las normas, entre otras cosas porque rigen o inspiran su interpretación.<sup>25</sup>

La interpretación, como se señaló, es una actividad inherente al lenguaje y en consecuencia al Derecho. Los problemas del Derecho son esencialmente interpretativos. Es justamente en este trabajo interpretativo, en donde la Ética se presenta como un elemento esencial para cargar de contenido el discurso jurídico, tratando siempre de atender a los valores que le dan identidad a una comunidad, y que vayan en este caso a la maximización de los derechos de las personas. Sigo con Ramos Pascua:

<sup>23</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Madrid, Ariel, 2003, p. 353.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 353-354.

<sup>25</sup> José A. Ramos Pascua, *La ética interna del Derecho*, Sevilla, Desclée De Brouwer, 2011, p. 24.

Una vez demostrada la presencia operativa, activa, de los principios en la vida del Derecho, Dworkin da un paso más arriesgado. Sostiene que los principios y valores que inspiran el orden jurídico, orientando la interpretación de sus normas, colmando y resolviendo sus lagunas y contradicciones, etc., son exigencias de justicia que, por tanto, hunden sus raíces en la moral, en las convicciones ético-políticas socialmente compartidas.<sup>26</sup>

Coincidiendo con el autor en cita,<sup>27</sup> en la Constitución se desprenden principios que son objetivamente formulables, los que a su vez se desprenden entre otros de las relaciones jurídicas, agregando a las sociales, que finalmente juegan un papel fundamental en el Derecho. Estos principios “...forman parte activa del sistema jurídico como pautas interpretativas de las normas y como fuentes supletorias...”<sup>28</sup>

Ahora la Constitución es el pacto en donde se plasman los valores y principios que protegen a las personas, pero no desde una visión local, sino de un entendimiento universal cuyo objetivo es garantizar el bienestar de los miembros de una comunidad. No son conceptos abstractos con marcado contenido político como lo es “supremacía” los que condicionan el orden jurídico, sino valores y principios que garantizan el ejercicio pleno de los derechos de los individuos.

La Constitución ahora como documento referencial, pero no en cuanto a validez, sino en principios y valores.

“Los deberes y los derechos de los miembros de una comunidad política sólo pueden justificarse a partir de las convicciones ético-políticas dominantes en dicha comunidad; convicciones que se reflejarán en los principios básicos de su Derecho”.<sup>29</sup>

Ahora, debemos centrarnos desde una visión crítica del Derecho, superadas ya, por insostenibles, teorías como el positivismo y iusnaturalismo. Los valores y principios de la Constitución no son inmutables, sino por el contrario, debe

<sup>26</sup> Ramos, *op. cit.*, p. 25.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 144.

atender a necesidades concretas de los integrantes de una comunidad. Ahora, los temas que se deben de atender, entre otros, son los siguientes:

1. El rechazo a la idea de un parámetro fundacional o trascendental para la verdad o la justificación.
2. El rechazo a la noción de establecer un significado único para las expresiones, textos o eventos.
3. La tesis de que la verdad y la identidad son construidas socialmente o culturalmente.<sup>30</sup>

De estos temas, se desprende que las posturas críticas se enfocan en el desconocimiento tradicional de cuestiones dadas, y entendiendo en realidad al Derecho como algo vivo, abstracto, intangible. El Derecho es algo en permanente construcción.

El Derecho dúctil de Zagrebelsky nos lleva necesariamente a la transformación de todo nuestro sistema jurídico, persiguiendo siempre la garantía máxima de los derechos fundamentales. Un Estado moderno que no privilegia a las instituciones y a los elementos objetivos del Estado, sino que se vuelca a los elementos subjetivos y su satisfacción abstracta que se materializan en una mejor calidad de vida.

Retomar la ética del laberinto de Bobbio que exige:

...coordinar los esfuerzos, no arrojarse de cabeza a la acción, y al mismo tiempo no demorarse en la inacción, hacer elecciones razonadas, proponerse, a título de hipótesis, metas intermedias, corrigiendo el itinerario durante el trayecto si es necesario, reconocer los caminos equivocados y abandonarlos una vez reconocidos como tales.<sup>31</sup>

No se pretende desdeñar las acciones y las leyes del pasado. No es demeritar los valores y principios originarios, sino en realidad transformarlos para que atiendan a las necesidades y reali-

<sup>30</sup> Brian H. Bix, *Filosofía del Derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México, UNAM, 2010, p. 317.

<sup>31</sup> Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 22.

dad de las comunidades actuales. No anclarnos en el pasado con un pretendido significado de las cosas o una intención incierta de sus autores. Adecuar valores y principios, cuya característica es la abstracción y la generalidad, por medio de la interpretación.

Entender finalmente, que “La actitud del Derecho es constructiva; su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado”.<sup>32</sup>

### 5. Conclusiones

La evolución y complejidades que han caracterizado a las sociedades modernas han llevado al agotamiento de una teoría que anteriormente describía nuestra realidad. En el caso del conocimiento jurídico lo era el positivismo.

Se ha dado un cambio paradigmático, cuya principal característica es ser una teoría o conjunto de teorías con una fuerte orientación antipositivista. Una nueva descripción del Estado que no persigue ya el límite del ejercicio del poder por sí mismo, sino la maximización de los derechos fundamentales, lo que en sí mismo limita al poder.

Este cambio doctrinal, supone un nuevo modo de pensar el Derecho y de aproximarse a su estudio y, en consecuencia, a la forma en que se interpreta y aplica. Un importante cambio en nuestro objeto de estudio, y de todo el entendimiento del sistema jurídico.

Ya no es la ley la fuente esencial del Derecho como el positivismo pretendió ni es tampoco ésta un conjunto de postulados rígidos que son inalterables ante las cambiantes necesidades de una comunidad.

Desde el neoconstitucionalismo, las fuentes del Derecho sufren un reacomodo y es ahora la Constitución el documento referencial de todo el sistema jurídico, caracterizada por valores generales y abstractos que por medio de la interpretación impactan todo el sistema jurídico siempre en beneficio de las perso-

<sup>32</sup> Dworkin, *op. cit.*, p. 290.

nas. Hablamos de un documento vinculante, que genera efectos jurídicos inmediatos y es además fuente directa de derechos y obligaciones.

Es ahora la interpretación un ejercicio no sólo reconocido sino necesario dentro del nuevo paradigma. El intérprete abandona el papel mecanicista que el positivismo le había atribuido para colocarlo en el centro de la construcción normativa en detrimento del legislador. Éste, sin lugar a dudas ostenta la representación de los detentadores originarios del poder, y cumple una de sus funciones que es la de legislar. Pero la ley, ya no es de ninguna manera este *corpus* normativo rígido que plasma las hipótesis que imponen las pautas de conducta que se le atribuye a un significado objetivo. Por el contrario, hemos transitado a un sistema “jurisprudencial” en donde las normas creadas por el juez, basadas desde la interpretación, concretan los materiales jurídicos de las comunidades modernas.

La ley pasa ahora ser una fuente secundaria. Ya la misma Constitución y los tratados internacionales hablan de una interpretación conforme, la cual tiene que realizarse desde los valores y principios, privilegiando siempre la máxima protección de los derechos fundamentales.

De la rigidez constitucional e interpretativa, pasamos, sustentados en la ductilidad del Derecho, a la adecuación de los valores y principios de la Constitución, a las necesidades de una comunidad, caracterizada por sujetos libres, y cuyo objetivo es mejorar su calidad de vida por la maximización en la protección de sus derechos.

Ahora, el intérprete oficial del Derecho asume una actitud moral frente al Derecho. Por vía de la Constitución, el ordenamiento jurídico es revalorizado, caracterizado por los valores que le dan identidad e irradiado por los principios constitucionalmente determinados.

Existe ahora una dimensión valorativa en el Derecho, en donde la Ética en la interpretación ya no sólo genera actos legales, sino además legítimos.

*Fuentes consultadas*

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, México, FCE, 2012.
- BIX, Brian H., *Filosofía del Derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México, UNAM, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar, (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- MIJANGOS GONZÁLEZ, Javier *et al.*, *Estado constitucional y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010.
- PANCHI VASCO, Luis Augusto, *De Ética económica a economía ética*, Ecuador, Ediciones Abya-Yala, 2004.
- POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 2004.
- RAMOS PASCUA, José A., *La ética interna del Derecho*, Sevilla, Desclée, 2011.
- RASCADO PÉREZ, Javier y Jacqueline Zapata Martínez, (coord.), *Pensar el Derecho*, Querétaro, FUNDAP, 2007.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdés, 2003.
- SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2003.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2009.



# ÍNDICE

Nota introductoria.....	7
I. ÉTICA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	
1. <i>La eticidad en las relaciones contractuales y la responsabilidad civil. Proyecciones</i> Juan Ricardo Jiménez Gómez.....	19
2. <i>Derecho, Ética de mínimos y principio de igualdad</i> Raúl Ruiz Carnizales.....	51
3. <i>¿Ética en la voluntad anticipada? Una decisión contra la vida</i> Gerardo Servín Aguillón.....	87
4. <i>Teoría y acción de la Ética en el Derecho social</i> Ricardo Ugalde Ramírez.....	119
5. <i>Pacifismo: un deber ético en el derecho internacional</i> José Carlos Rojano Esquivel.....	139
6. <i>La Ética de las mayorías versus la Ética de las minorías</i> José Martín Hurtado Galves.....	175
7. <i>La Ética en el derecho a la ciudad</i> Enrique Rabell García.....	207
8. <i>Sobre democracia y calidad en el Código modelo de Ética judicial electoral</i> Luis Octavio Vado Grajales.....	241

9. <i>Principios éticos del Estado constitucional de Derecho</i> Bernardo García Camino.....	251
10. <i>Ética y derecho ambiental: La idea de naturaleza en la ley</i> Gerardo Ribeiro.....	271
II. DERECHOS HUMANOS	
11. <i>Ética, derechos humanos y Constitución moral</i> Luis Eusebio Alberto Avendaño González.....	283
12. <i>Crítica y fundamentación epistemológica de los derechos humanos</i> José Alfredo Rentería Estrada.....	313
13. <i>La construcción de los derechos humanos bajo la mirada de una Ética totalizante</i> Teresita de Jesús Arroyo Córdova.....	351
14. <i>Pedagogía en la Ética de los derechos humanos</i> Pedro Morales Zavala.....	371
15. <i>Hacia una Ética interpretativa</i> Javier Rascado Pérez.....	401
Créditos.....	427

# CRÉDITOS

<i>Coordinación de la obra</i> .....	Juan Ricardo Jiménez Gómez Ricardo Ugalde Ramírez
<i>Coordinación editorial</i> .....	Juan Ricardo Jiménez Gómez
<i>Corrección de estilo, diseño y maquetación</i> .....	Rodrigo Jiménez Olmos



*Ética y Derecho. Discusiones sobre  
los valores y su postulación en lo normativo jurídico,*  
terminó de imprimirse el 30 de noviembre de 2016  
en la ciudad de Querétaro en IMPRESOS GUILLÉN.  
La edición consta de 1,000 ejemplares, y estuvo  
al cuidado de Juan Ricardo Jiménez Gómez  
& Rodrigo Jiménez Olmos.

