

LO LÓGICO, LO ÉTICO Y LO ESTÉTICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PARA LA REFLEXIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Amelia GASCÓN CERVANTES*

SUMARIO: I. *¿Para quién escribimos?* II. *¿Cuál es el Problema?* III. *¿Qué hacer?* IV *Conclusiones parciales.* V. *Bibliografía.*

I. ¿PARA QUIÉN ESCRIBIMOS?

Dado que el tiempo es el bien máspreciado con el que contamos (eterno en abstracto, pero irrecuperable y finito en lo concreto), no sería prudente distraerles en reflexiones “inútiles”, sea esto por no tener un punto de interés común, o bien, porque no existe un punto de coincidencia sobre cómo abordar el problema que nos interesa, en común, resolver. Partimos, pues, del planteamiento que hace el profesor italiano Paolo Grossi, quien con una “buscada serenidad crítica” en la *primera lección de Derecho*¹ informa al novel estudiante sobre el estado actual que guarda su objeto y objetivo de estudio, destacando como problema central que el Derecho en nuestro tiempo es un ente ajeno al hombre de la calle, por estar alejado de la cultura y situado fuera de la historia, lo que le ha condenado a ser asociado más a la arbitrariedad que a la justicia, porque ha sido visto como *contenedor social* y no como *ordenador* de la realidad cultural condicionada por la historia de cada comunidad². Entonces este escrito, pretende ser una colaboración modesta para “la producción de

* Docente de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit, México e integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en la Sección Mexicana.

¹ Extraordinario trabajo de síntesis histórico-jurídico producto, creemos, de la experiencia individual vinculada al conocimiento científico de lo social e histórico de las culturas y la observación profunda de la práctica jurídica a lo largo de los años. Grossi, Paolo, *La primera lección de Derecho*, trad. de Clara Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 16.

² *Ibidem*, nota 2, pp. 21- 26.

los juristas sensibles y abiertos”³ que consideran una necesidad social y una responsabilidad individual contribuir a rectificar el rumbo actual del Derecho, pues la dirección dada por el absolutismo jurídico moderno que “nos ha acostumbrado a leyes que repugnan la conciencia común, que quizá también son rechazadas en su fuero interno por el hombre de sentido común pero, al fin, leyes sufridas y observadas para evitar reacciones del poder constituido”,⁴ no está facilitando o entorpeciendo, la labor del Derecho.

II. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

En palabras de Gustavo Zagrebelsky el problema y, a su vez, el reto a superar con el nuevo esquema Constitucional se plantea de la siguiente manera:⁵

El siglo XX ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha “mecanizado” y “tecnificado”. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del ordenamiento jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del Derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido” “Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de *principios y valores* constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.

Pero entonces surge la necesidad de reflexionar sobre la base, fundamento y naturaleza de ese conjunto de *principios y valores*, puesto que “proponer una forma de conducta sin discutir su base, equivale a ocultar más o menos hábilmente, una mandamiento que no tendría más valor para la

³ *Ibidem*, p. 21.

⁴ *Ibidem*, p. 28.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6a. ed., trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trota, 2005, pp. 39 y 40.

libre personalidad del hombre que el Decálogo de Moisés”.⁶ ¿Cómo evitar este riesgo en el paradigma Constitucional actual? Desgraciadamente no es este documento el que contiene la respuesta integral pero sí —esperamos— un bosquejo que nos permita anticipar potenciales inconvenientes de la nueva estrategia del Derecho para cumplir su función de regulador de conducta humana en nuestro tiempo a través de dicha unidad de principios y valores.

Hemos organizado las ideas considerando, *lo lógico, lo ético y lo estético* en el trabajo constitucional actual, por representar *lo verdadero, lo bueno y lo bello* respectivamente, es decir, tres aspiraciones fundamentales y permanentes que (como motor inspirador o de reclamo), han definido el desarrollo y evolución de la humanidad.

1. *Lo lógico*

Lo lógico, para el tema que nos ocupa, lo deducimos de tres aspectos: A. La experiencia histórica-jurídica. B. El diagnóstico de la realidad humana actual. C. Los contenidos, necesidades y posibilidades derivadas del conocimiento científico.

A. *La experiencia histórica-jurídica*

Si como señala Cuauhtémoc Manuel de Dienheim “la expansión de los Derechos Humanos más allá de las fronteras nacionales y la interacción entre el derecho comparado y el derecho internacional han venido a configurar, de esta manera, un nuevo *ius commune* de los derechos humanos”⁷ entonces resulta necesario por lógico apreciar la experiencia histórica, porque en otros tiempos ya hemos tenido la iniciativa del unificar criterios normativo con validez general en espacio y tiempo, por ejemplo, como señala el historiador del Derecho José Sánchez-Arcilla:⁸

El recuerdo del Imperio Romano no desapareció nunca de la Europa altomedieval. La idea de un gobierno único para toda la cristiandad intentó llevarse a la práctica con la restauración del Imperio verificada por la dinastía de los

⁶ Lombardo Toledano, Vicente, *Breve historia del problema moral*, México, Centro de estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, 1994, p. 148.

⁷ Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo Universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 88.

⁸ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Cálamo, 2001, pp. 185, 186, 304 y 305.

Otones en Alemania. Implícita en la idea del *unum imperium* se hallaba la doctrina defendida por los glosadores del *unum ius*: sólo el derecho romano justinianeo y moderno emanado por los emperadores medievales eran el único y verdadero derecho. Las restantes fuentes legislativas no tenían el carácter de derecho y, en consecuencia, no podían derogar al derecho romano. La concepción del *unum ius, unum imperium* no era más que una utopía. Los glosadores comprendieron que intentar negar la validez de los ordenamientos jurídicos de todos los reinos, principados y repúblicas, era algo tan antihistórico como imposible, por ello invirtieron el planteamiento: todos esos derechos tenían, en definitiva su origen en el derecho romano [entonces] si los siglos XVI y XVII marcaron el momento de auge y esplendor del *ius commune*, el siglo XVIII está presidido por la reacción con éste y su declive. A esto contribuyó el triunfo del absolutismo regio desencadenando la tensión *Estado moderno-ius commune*, que en nuestras fronteras [España] adquirió dimensión real. El propio Estado fue el que libró la batalla de la prioridad —y casi exclusividad del derecho regio —estatal— sobre el viejo *ius commune*... [en 1713] se intentó que las universidades introdujeran en sus planes de estudio la enseñanza del derecho regio, sin que esta medida llegara a tener efectos prácticos ante la actitud de resistencia de las universidades... las críticas contra el derecho romano por parte de los juristas no cesaron porque el *ius commune* había acabado por desembocar en la rutina y el vulgarismo. Por otro lado, el divorcio existente entre los estudios universitarios y la práctica cotidiana y forense acabó por generar toda una literatura de prácticas civiles y criminales en las que se manifestaba lo innecesario del derecho romano y canónico.

Se dice comúnmente que “quien no conoce la historia está condenado a repetirla” y aunque es imposible la repetición concreta de los acontecimientos, se puede observar cada uno de esos acontecimientos y reconocer los rasgos esenciales de la acción humana que se traducen en constantes del proceder social, anticipando resultados, por tanto, las *etapas del proceso* y las constantes en las *circunstancias generadoras* del proceder social, son las que si se pueden registrar como elementos valiosos para aprovechar la historia, entonces ¿el fenómeno del *Ius commune* medieval, puede ser una referencia válida a considerar para el reto que se ha puesto el Derecho Constitucional en relación con la definición universal de derechos y estrategia de aplicación generalizadas o, definitivamente, hemos evolucionado social y jurídicamente como para tener la tranquilidad de que no serán nuevamente *factores reales y predominantes de poder* los que construyen, de nuevo, los parámetros de conducta reflejados en esos principios y valores que pretendemos sean de validez y aplicación universal? Lo que tenemos claro es que quien desconoce su historia está condenado a desconocer su naturaleza, ese es el castigo real

de tal descuido y si esto sucede, nada de lo que se diga, por hermoso que se hable o se escriba será útil.

B. *Diagnóstico de la realidad humana actual*

Gustavo Zagrebelsky indica que:⁹

Las sociedades pluralistas actuales -marcada por la diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivos o dominante- asignan a la Constitución ya no la tarea de establecer directamente un *proyecto predeterminado de vida en común*, sino de realizar las condiciones de posibilidad de la misma... Esta es la naturaleza de las Constituciones democráticas en la época del pluralismo... en esta circunstancia hay quien ha considerado posible substituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado... por la Soberanía de la Constitución.

Saltan de inmediato las siguientes preguntas ¿nos hemos librado realmente de la programación general? ¿Podría considerarse que los Tratados Comerciales y de Seguridad (fundamentalmente) desde el ámbito internacional diseñan, planean y establecen los tiempos de ejecución de dichos programa? ¿Hay garantía de que en esos acuerdos internacionales hay espacio para que esa pluralidad social, busque, encuentre y realice sus propios objetivos? ¿Sin cambiar las relaciones humanas en relación a la forma de producir y la de distribuir y acceder a la riqueza podemos aspirar a un cambio de realidad jurídica en la que prevalezcan los principios y valores por sí mismos?¹⁰ Zagrebelsky sólo nos da referencia de que:¹¹

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, 13.

¹⁰ Según los resultados de la medición de la pobreza de 2012, publicados el 29 de julio de 2013 por el Consejo Nacional de Evaluación Política de Desarrollo Social (CONEVAL), en México el 45.5% de la población mexicana está en pobreza, es decir, el 53.3 millones de mexicanos y sólo el 23.2% no es ni pobre, ni vulnerable. La UNESCO informa que la mitad de los 57 millones de niños analfabetos en el mundo están en países en conflicto y aunque se reconoce que el número de analfabetos ha disminuido en los últimos años, también se reconoce que a esos países en conflicto no se ha podido disminuir el número. Por tanto, más allá de las diferencias de grupo, hay una división social material que la condiciona esencialmente hasta para definir cuáles son sus intereses reales de grupo. Ver respectivamente:

http://www.coneval.gob.mx/Informes/Coordinacion/Pobreza_2012/RESUMEN_EJECUTIVO_MEDICION_POBREZA_2012_Parte1.pdf

Artículo de la UNESCO publicado el 7 de julio de 2013 *La mitad de los niños no escolarizados vive en países afectados por conflictos*, en http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/unesco_half_of_all_out_of_school_children_live_in_conflict_affected_countries/

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 11.

Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado... La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas y sociales, etc., de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara.

Entonces, tal vez, esa pluralidad social que nos identifica actualmente, sólo se podría ejercer, desde el contexto constitucional nacional actual, pero también es probable que no podamos ejercer esos derechos desde nuestra identidad de grupo, por las estrategias programáticas internacionales.

C. *Los contenidos, necesidades y posibilidades derivadas del conocimiento científico.*

Uno de los temas fundamentales de nuestro tiempo para el trabajo académico-científico está condicionado por el diálogo multidisciplinar que se hace necesario porque las soluciones esperadas derivan de la reflexión transdisciplinar. En opinión de Diego Valadés:¹²

La magnitud de la respuesta ante la innovación en el siglo de las luces no guarda proporción con lo que sucede en la era del conocimiento. Esto es sintomático, y debe ser valorado por los juristas, porque la producción de normas insuficientes, deficientes o extemporáneas, afectaría las tareas de los científicos... También se presenta otro problema, no menor: la capacidad social para procesar los efectos de las innovaciones, tradicionalmente ha sido más lenta que la generación de conocimientos.

La mayor parte de estos temas que requieren regulación jurídicos son materia de reflexión de la Bioética y tratan de la modificación de los criterios básicos de la vida como la hemos conocido hasta ahora, incluyendo la naturaleza humana, además de que ha seguido, de alguna manera, un desarrollo paralelo al de los Derechos Humanos, es decir, como lo señala José Alberto Mainetti¹³

¹² Volnei Garrafa, Kottow Miguel, Saada Alya, Coordinadores, *Estatuto Epistemológico de la Bioética*, UNAM, 2005, p. XIII.

¹³ Mainetti, José Alberto, *Educación en Bioética: Tres discursos de la Bioética en América Latina: Bio-médico, Bio-jurídico y Bio-político*, en *La Educación en Bioética en América Latina y el Caribe: experiencias realizadas y desafíos futuros*, UNESCO, 2012, p. 115.

A lo largo de cuatro décadas, la Bioética incorpora cuatro generaciones de derechos Humanos sobre la vida. Durante la década de los '70 la revolución biológica origina la nueva gestión del cuerpo bajo el habeas corpus del principio de autonomía. En la década del '80, con el auge de la medicalización de la vida se promueve el Derecho a la atención sanitaria conforme al principio de justicia. Los '90 testimonian por la crisis planetaria del medio ambiente la emergencia de la tercera generación de Derechos, los ecológicos y los de las futuras generaciones según el principio de responsabilidad. A partir de 2000 hay añadir los derechos genéticos o naturales, una cuarta generación bajo la consigna de la dignidad humana apelada en el ordenamiento jurídico internacional en materia de reprogenética, que incluye sin duda el derecho a procrear (y a no procrear), el derecho a diseñar el bebé, el derecho de filiación, el derecho de nacer sano (¿vida y nacimientos judiciales?), el derecho de género (transexualismo) y el derecho de especie (¿al "orden natural"?). Emblemática del caso es la prohibición de la clonación humana reproductiva, que conculcaría el derecho de progenie, vale decir a nacer de dos progenitores y no como réplica de otro individuo sin figura biológica parental. Compromete también el derecho de identidad genética, genotípica y fenotípica, generando el problema del doble en la relación clonante-clonado. Por último restringe el derecho a un "futuro abierto" o de autobiografía, de hacer cada uno su vida sin estar condicionado por la vida de otro a la cual se calcaría.

Entonces el reto a reflexionar en este rubro pasa por la garantizar que no se dan las circunstancias que Bertrand Russel destacaba en 1931 como la gran contradicción del siglo XX:¹⁴

Debido al aumento de conocimientos, es posible para los gobiernos actuales realizar muchos más resultados propuestos que los que eran posibles en tiempos anteriores; y puede ser que dentro de poco sea posible conseguir resultados tenidos ahora por imposibles. La abolición total de la pobreza, por ejemplo, se considera técnicamente posible en el actual momento; esto es, los métodos conocidos de producción, bien organizados, bastarían para producir bienes suficientes para mantener toda la población del mundo en un bienestar tolerable. Pero aunque esto es técnicamente posible, no lo es psicológicamente.

Es decir ¿se ha garantizado que el resultado del trabajo científico realmente se pone al servicio y accesible a la población mundial en su totalidad y no sólo al de un sector o para fines de destrucción humana? porque no

¹⁴ Russell, Bertrand, *La perspectiva Científica*, Madrid, Sarpe, trad. cedida por Ariel, S.A., 1985 p. 183.

podemos correr el riesgo de vivir una contradicción similar a la que señala Russell:¹⁵

El siglo XIX ha sufrido las consecuencias de una curiosa división entre sus ideas políticas y su práctica económica. En política siguió las ideas liberales de Locke y Rousseau, que fueron adaptadas a una sociedad de pequeños propietarios agricultores. Su lema fue: Libertad e Igualdad. Pero, mientras tanto, estaba inventando la técnica que conduce al siglo XX a la destrucción de la libertad y a reemplazar la igualdad por nuevas formas de oligarquía.

Pues lo que está en juego es la vida misma de nuestra y de otras especies. Sin la vida cualquier valoración, jurídica o moral pierde sentido.

2. *Lo ético*

Lo ético, para el tema que nos ocupa, lo deducimos de cuatro aspectos: A. La naturaleza de los Derechos Humanos. B. El perfil de los operadores jurídicos. C. El grado de participación y confianza que la población tiene respecto de sus instituciones jurídicas. D. El impacto de las decisiones Judiciales.

A. La naturaleza de los Derechos Humanos

Una definición amplia de los Derechos Humanos que manifieste la multiplicidad de sus facetas y funciones, según José Bonifacio Barba, debe tener presente las siguientes consideraciones¹⁶:

1. Son un conjunto históricos de valores antropológicos. 2. Representan una especificidad humana deseada que ha sido creada a su vez en la experiencia, vivida en los límites sociales reales y establecida como jurídicamente positiva. 3. En su sentido elemental indican, respecto a la forma humana de la existencia y de la relación, lo recto, lo no torcido, lo justo y debido. 4. Son una colección, reunida en milenios del proceso humanizador y civilizador, de los privilegios leales de todo ser humano. 5. Son el reto sin parangón que la humanidad, las naciones y los grupos sociales tiene para darle un rostro y metas humanas a toda forma de civilización...tal aserto tiene consecuen-

¹⁵ *Ibidem*, p. 175.

¹⁶ Barba, José Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, 4ª. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp.18-22.

cias morales importantísimas, pues implica el reconocimiento de la dignidad humana como valor superior a otros. 6. Son un modo de ver y juzgar las cosas humanas, de enfrentar críticamente la condición humana. 7. Señalan los límites o condiciones de moralidad sobre los que debe levantarse todo humanismo... sin embargo, tal universalidad no significa una homogeneidad cultural, pues los valores y los mismos Derechos Humanos tienen diversas expresiones histórico-culturales. 8. Los Derechos Humanos acotan y juzgan la acción humana, la supeditan a la dignidad de cada persona y al valor ético de la acción que proponen. 9. Para que se realicen los Derechos Humanos se requiere un crecimiento moral del individuo y la sociedad, un abandono del propio egoísmo y etnocentrismo. 10. Por su naturaleza moral representan el deseo más acabado y constante de cumplimiento, de plenitud histórica y social, el delineamiento de una perspectiva humana que nunca se realiza totalmente pero que debe ser garantizadas con todas las fuerzas sociales de producción de lo humano: el derecho, la política, la economía, la educación. 11. Históricamente, en el Estado de derecho, fueron logro “constituyente” y principios jurídicos que implicaron garantías constitucionales individuales, sociales, políticas y económicas. 12. Por lo anterior, los Derechos Humanos son uno de los problemas fundamentales de la sociedad mexicana. Indican de modo claro el camino que debe promoverse para corregir estructuras y tendencias políticas, económicas y sociales que continúan impidiendo el establecimiento de condiciones reales de dignidad e igualdad de las personas. 13. Los Derechos Humanos son el punto de convergencia del Derecho y de la educación. 14. Los Derechos Humanos son, en fin, un mundo imaginado a la medida de la autocomprensión del hombre. En síntesis, la multiplicidad de rasgos humanos y elementos valorativos que se reúnen en los Derechos Humanos requiere una comprensión amplia. La formación histórica de ésta y la delimitación de los contenidos específicos de los Derechos Humanos han sido una creación progresiva.

Por tanto y considerando esta amplitud de rasgos, conviene que al hablar de Derechos Humanos se especifique en qué sentido o desde qué perspectiva se trata el tema y se considere el condicionante de ser social e histórico. Es decir, cuando un Estado (como el caso mexicano con las reformas Constitucionales de 2011) se plantea el reto de estructurar su sistema de justicia incorporando, por ejemplo, el escenario internacional a través del reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos ¿debe asumir que, por ser declarados como “Derechos Universales”, su contenido es universal, o, se deben entender en el contexto de la cultura e historia de la sociedad mexicana para garantizar –insistimos- una justicia efectiva? El cuestionamiento general de Grossi, sobre sí el orden jurídico debe ser obedecido u observado toma especial relevancia para esclarecer un punto como este

pues, tratándose de los Derechos Humanos, se pretende difundir y proteger los ideales más elevados que una sociedad puede considerar como dignos de imitación para garantizar su evolución espiritual/social, lo que requiere *lógicamente* de una valoración histórica además de una intervención por la vía de la conciencia que por la vía de la coacción, entonces tiene sentido considerar que “el uso del término “observancia” quiere resaltar el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la “obediencia” se produce una aceptación no completamente pasiva de la regla, una aceptación recorrida más bien por las nevaduras psicológicas de las convicciones y, por consiguiente, también de la conciencia”¹⁷. Por tanto cabe la posibilidad de que el Constitucionalista, tenga que aprender a detectar “el sustrato de los valores históricos que es el de las raíces de una sociedad, es el fruto de una larga sedimentación, es la adquisición de certezas laboriosamente conquistadas que se convierten, después de fatigas multiseculares, en patrimonio de la comunidad histórica”¹⁸, esto significaría considerar la posibilidad de que la esencia del Derecho “no se encuentre en una orden –es decir, en un mandato-, sino en el acto de ordenar... y ordenar tiene siempre el significado de respetar la complejidad social, la cual constituirá una verdadera y auténtica limitación para la voluntad ordenante al impedir que ésta degenerare en valoraciones meramente subjetivas y por consiguiente en arbitrariedad”¹⁹.

B. *El perfil de los operadores jurídicos*

El reto de la implementación de los Derechos Humanos en un Estado que a su vez tiene una crisis de valores en el perfil de sus operadores, es de máxima importancia y no se puede obviar como tarea importante entre los estudiosos de la materia. Sólo a nivel de referencia y aunque esto es aplicable a todos los que reflexionen jurídicamente, destaco tres sectores, por una parte nos referimos a los postulantes que como señala Enrique V. Carril: ²⁰

Uno de los problemas morales más arduos que se presentan en el ejercicio profesional es la valoración del asunto encomendado desde el punto de vista de la Justicia. Y me atrevo a decir que ningún abogado se ha librado de la sensación de encontrarse prestando su asistencia en una situación o una postura que, objetivamente analizadas, es injusta.

¹⁷ Grossi Paolo, *op. cit.*, nota 2, p. 34.

¹⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ Carril, Enrique V. del, *La Ética del abogado*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1995, p. 200.

Por otra parte, a los docentes e investigadores que por el momento histórico de replanteamiento integral del Derecho con el que les toca coincidir tienen una labor de elaboración de conceptos y de formación de profesionales. Un replanteamiento integral siempre descansa en buena parte del trabajo y reflexión de los estudiosos del Derecho, así por ejemplo, como lo indica John Henry Merryman²¹.

Tras el resurgimiento del derecho Romano en Italia, los responsables del resurgimiento y el desarrollo del *jus Commune medieval* fueron académicos... Durante este período, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos. En Alemania, por ejemplo, hubo una época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión. Muchos de los códigos elaborados en Europa y América Latina durante el siglo XIX fueron obra de los académicos, y todos ellos se basan en las obras de generaciones anteriores de académicos.

Los titulares del poder judicial²², ejecutivo y legislativo, por la conjunción del nuevo modelo constitucional propuesto y las potenciales temáticas que aporta la ciencia y que pueden generar conflicto jurídico, deben tomar conciencia que un gesto de responsabilidad ética es la capacitación para la comprensión del discurso multidisciplinar.²³

²¹ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 8a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 113 y 114.

²² En México “las valoraciones altamente positivas que tiene la población de la ley y la justicia, contrastan con las percepciones negativas sobre los jueces, el sistema de impartición de justicia y la disminución en las preferencias de los encuestados por acudir a las instituciones que imparten justicia”. Ver Concha Cantú Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes y percepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 37.

²³ Como referencia a esta necesidad podemos encontrar las palabras del ministro mexicano José Ramón Cosío Díaz quien en conferencia magistral titulada *El Impacto del Derecho en la Medicina*, durante el Seminario “Implicaciones del Derecho en la Medicina” análisis a través de casos prácticos, que tuvo lugar en el auditorio de la Academia Nacional de Medicina, de la Unidad de Congresos del Centro Médico Siglo XXI, el 31 de marzo de 2011 indicó “...lo que me parece muy sorprendente es que no hayamos hecho antes o no existan grupos de trabajo amplios en un país en materia de relaciones entre el derecho y la medicina o la medicina y el derecho... simple y sencillamente lo que pensaba es la manera en que nuestros programas de estudio como abogado se vinculan con la medicina... nosotros somos entrenados y somos muy capaces para organizar, para construir esas normas jurídicas o a través de un litigio para destruirlas porque se trata de destruir la validez de un testamento, de un contrato o de una ley, etcétera, también...pero en muchas ocasiones, repito, no entendemos cabalmente qué es aquello que requiere ser regulado y al no entenderlo cabalmente nos quedamos y proponemos a la sociedad soluciones de carácter formal pero no somos ca-

Para los retos que el nuevo Constitucionalismo pretende cumplir, los operadores del derecho, insistimos, requieren de una cultura y conocimientos más amplios de lo que sólo el Derecho le puede proporcionar, lo que le obligaría a generar los canales de comunicación necesarias para comprender la “realidad que regula” lo más integralmente posible. En resumen, no sólo se requiere de considerar la cultura e historia de la sociedad a quién se aplicará tal derecho, sino comprender integralmente el fenómeno social desde todas las perspectivas posibles, en ambos casos el jurista requerirá de tener la humildad, el interés y la capacidad suficiente para comprender otros lenguajes científicos lo que requiere una predisposición al trabajo, interdisciplinar y multidisciplinar, porque se trata de abordar problemas que implican soluciones transdisciplinarias.

Para un estudioso del derecho, licenciado o no, docto o no, se presupone tan elemental conocer y comprender el concepto de Derecho (me parece que ese ha sido el gran problema), que ha obviado plantearse una postura actual al respecto y, más aún, ha considerado innecesario plantearse una actitud profesional constante y congruente a lo largo de su ejercicio profesional sobre el particular. Si un estudioso del Derecho no reflexiona sobre el fin de éste, si no establece la razón de ser del Derecho en su tiempo, si no actualiza el valor que esta palabra tiene en cada momento histórico, si no lo asocia a la exigencia social, no podrá evaluar por su resultado el ejercicio de procurar e impartir justicia.

C. El grado de participación y confianza que la población tiene respecto de sus instituciones.

En la práctica de muchos países a través de sus autoridades e instituciones, como señala Gumesindo García Morales²⁴ para el caso mexicano

El Estado se ha convertido paulatinamente en una grave amenaza de los derechos y libertades fundamentales, se ha separado de su fin, de propiciar el bienestar de la colectividad mediante las medidas de interés general, optando por decisiones que reducen las inmunidades constitucionales... pareciera que los derechos son el obstáculo de las autoridades, sin que perciban que constituyen los límites naturales del ente artificial que es el Estado.

paces de incidir en las soluciones de carácter material que estamos llamados a crear y eso me parece que es un asunto absolutamente central”. http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Paginas/es_discursos_mnjred.aspx

²⁴ García Morales, Gumesindo, *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, UBIJUS, 2009, p. 9.

Esta podría ser sólo una muestra de lo necesario que en algunos países se hará la reorganización de las instituciones, sin embargo, también consideramos que es fundamental observar el proceso histórico de las mismas.

D. *El impacto de las decisiones judiciales*

La posibilidad de incidir en el terreno de los poderes, en el contenido y límites de la práctica del conocimiento científico, en el control de las fuerzas sociales y económicas es una de las consecuencias, privilegio y, al mismo tiempo, responsabilidad moral de los operadores jurídicos en el nuevo paradigma constitucional.

Esta posibilidad se traduce en dos responsabilidades esenciales a reflexionar:

a) Orientar el conocimiento general como *misión jurídica* con repercusión ética. El reto de esta responsabilidad en palabras de Robert Alexy se expresa de la siguiente manera:²⁵

La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. La discusión de esta cuestión se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre se presentan nuevas variantes: por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognoscitivistas y/o racionalistas. No existe sin embargo ningún motivo para una semejante actitud todo-o-nada. Ciertamente no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.

b) Orientar las decisiones del Estado como ejercicio de la justicia.

Un caso paradigmático y que podría reflejar esta responsabilidad es el de la comunidad Mininuma, una comunidad originaria (Mixteca) en el estado

²⁵ Alexy, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, ponencia presentada en la IV Jornadas de lógica e informáticas jurídicas, en la recopilación de textos de las mismas; San Sebastián, 1988, pp. 149 y 150.

Véase <http://www.spencer.adv.br/universidades/Alexy.Sistema%20juridico%20principios%20juridicos.pdf>

de Guerrero en México que integran 321 personas y en donde uno de cada cuatro niños muere antes de cumplir los seis años de edad, por enfermedades denominadas de la pobreza (desnutrición, parásitos, etc.) por lo que solicitaron la creación de un centro de salud que fue reiteradamente negado apoyándose en la normativa que por sus efectos era altamente violatoria de Derechos Humanos, como explican Rodrigo Gutiérrez y Aline Rivera²⁶

...esencialmente el criterio establecido en el MIDAS [Modelo integrador de atención a la salud de México], podría implicar una discriminación legal indirecta hacia comunidades indígenas. Hay que recordar que dicho instrumento establece que sólo puede haber centros de salud en aquellas comunidades donde vivan más de 2500 personas y que estén a más de 15 kilómetros a la redonda o 30 minutos de recorrido. Este criterio aparentemente neutro, basado en una supuesta racionalidad de distribución, podría en realidad implicar una discriminación indirecta hacia comunidades indígenas, que además de todo [...] son las que deberían gozar de una especial protección en virtud del mandato de igualdad de oportunidades.

Al procurar el cumplimiento de un derecho humano como es el de Salud, los operadores jurídicos pueden reflexionar este caso en múltiples direcciones, incluyendo la posibilidad de analizar si esta discriminación motivada, en principio, por la violación del Derecho Humano a la Salud, puede considerarse también como base para plantearse una práctica genocida. Es decir, se abre la posibilidad de que el análisis no se quede en reconocer la discriminación, sino dimensionar el riesgo de fondo que podría implicar la posibilidad de un genocidio pues, como señala el sociólogo Daniel Feierstein, en su forma moderna (siglos XIX y XX) su eje²⁷

...no gira tan sólo en el hecho del “aniquilamiento de poblaciones” sino en el modo peculiar en que se lleva a cabo, en los tipos de legitimación a partir de los cuales logra consenso y obediencia y en las consecuencias que produce no sólo en los grupos victimizados la muerte o la supervivencia- sino también en los mismos perpetradores y testigos, que ven modificadas sus relaciones sociales a partir de la emergencia de esta práctica. Y es en esto en lo que difiere de procesos de aniquilamiento de población más antiguos, así como de otros procesos de muerte contemporáneos.

²⁶ Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Rivera Maldonado, Aline, *El caso “Mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*”, p. 108, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf>

²⁷ Feierstein, Daniel, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina, hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, p.7, <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Feierstein.pdf>

De esta manera se convierten dichos operadores en rectores de los valores que representan a un Estado.

3. *Lo estético*

Por lo menos en tres aspectos se puede reflejar la necesidad de la Estética en el campo del trabajo del Derecho Constitucional: A. En el plano del lenguaje técnico jurídico. B. En el plano de las cogniciones jurídicas. C. En el plano de las acciones en la justicia, esto es:

- A. En el relato jurídico, traducido en argumentos, alegatos, sentencias, fundamentos, es decir, en la forma de la argumentación jurídica (pues el fondo es resultado de la lógica).
- B. En el discurso articulador de prácticas institucionalizadas y modos culturalmente adecuados, convenientes, pedagógico-didácticos, oportunos, eficientes, difusión de los actos de la justicia y protocolos de actuación, que se traducen, en la formación y capacitación de operadores jurídicos para los Derechos Humanos y el diseño de las estructuras de las instituciones como emblemas o reflejos de lo humano en su versión históricamente más elevada.
- C. Este rubro lo podemos separar en dos aspectos: por una parte el *Relato jurídico*, como estetización de la violencia y la victimización, por ejemplo,²⁸ es decir, el tratamiento judicial de la víctima a través de la publicidad del caso, el debate público, las expresiones cinematográficas, etc., de tal forma que la práctica judicial y la ética judicial están compenetradas en la Estética. Y por otra, *La acción social* de los agentes jurídicos y prácticas escénicas y de re-presentación de la justicia, es decir, en toda la estructura institucional que facilita el ejercicio del poder judicial en su actuación pública, por ejemplo, los tribunales, cárceles, actuaciones procesales, etc.

III. ¿QUÉ HACER?

Partiendo de la imposibilidad que representa explicar integralmente el problema de estudio, aplicación y desarrollo de los Derechos Humanos por sus manifestaciones concretas actuales, también resulta complicado plantear una

²⁸ Ver Calvo González, José, *Sobre la estetización de la violencia (Perspectivas del espacio estético en la filosofía jurídico-penal)*, en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/003/Contrastes003-16.pdf>

solución integral en este momento pero ¿por qué importa reflexionar sobre la idea anterior? En alguna etapa de la evolución humana, reflexionar sobre el Derecho implicó argumentar el porqué incorporar a todos los seres humanos como objeto personal de protección del Derecho; en otra etapa discutir sobre Derecho le planteó el reto de definir y operar la justicia en función de la claridad sistemática que permitiera la certeza jurídica, ya que la reflexión jurídica llegó a ser caótica y hasta contradictoria; en otro momento de la historia de la humanidad, al hablar de justicia se ha planteado desde garantizar la existencia y acceso a las vías para aplicar el Derecho (procedimientos e instituciones necesarias; en períodos más cercanos a nuestro tiempo el Derecho también se discutió en función de los límites del Estado frente a los Gobernados. Entonces, para definir el Derecho en lo concreto (no sólo en lo abstracto por su fin teleológico y espiritual), la humanidad ha tenido necesidad de reflexionar atendiendo a las posibilidades que permitía el poder establecido, la madurez y capacidad de organización social y de las necesidades a resolver para equilibrar los excesos de cada época.

Hoy el Derecho se plantea el reto de pensar y actuar en defensa de “lo humano” tanto por su naturaleza como por su aspiración, entonces, el reto mayor de éste debería pasar por contribuir a evitar la extinción de la propia especie o, por lo menos, buena parte de ella.

Tal vez, en el ánimo de ser justos (conscientes de lo difícil que puede ser aceptar la idea), debemos entender que esta no es época de técnicos del Derecho. El jurista, históricamente hablando, ha tenido su época más productiva (diseño de normativa, creación y regulación de instituciones jurídicas, etc.) una vez que la sociedad define rumbo (tras revoluciones, tras acuerdos aceptados conscientemente), ahí es donde la producción del jurista no sólo se hace posible, sino socialmente necesaria. Entonces ¿qué puede hacer el jurista en esta época en la que la humanidad está distraída de aquello que es lo “humano”? ¿cómo podría ejercer su función social-histórica en nuestro tiempo para ser lo más productivo posible en aras de procurar la estabilidad social a través del Derecho? Pensar en contenidos de Derecho y no sólo en enunciar Derechos, es una primera condición como ya lo expresamos antes, pero esto es una labor que implica reflexionar sobre el concepto *comunidad*, teniendo claro no sólo los tipos de comunidad que podemos encontrar, sino considerar su esencia por el perfil de sus integrantes el tipo de comunidad, los fines sociales que persigue, etcétera, para saber cómo podemos aprovechar mejor ese conocimiento y la experiencia de la propia comunidad con el ánimo de garantizar, en la medida de lo posible el trato más justo posible, ante una dificultad que plantea la propia comunidad. En este sentido es importante considerar como comunidad trascendente a la comunidad cientí-

fica pues el mayor reto que le impone al estudio del Derecho esta etapa de la historia es el regular lo que la labor científica ha superado de los propios cauces que la naturaleza había establecido en otros términos y que también exponen a la propia humanidad por sus potenciales resultados.

En resumen se presume necesario:

a) Hacer un catálogo de contradicciones sociales en relación con el espíritu de las normas vigente, así como de los principios y valores que representan los Derechos Humanos.

b) Diseñar una metodología para abrir canales de comunicación con distintas disciplinas del conocimiento de la realidad.

c) Valorar la posibilidad de que la eficacia y eficiencia del Derecho sea planteada considerando el peso de los valores morales y las costumbres más elevadas que la sociedad ha considerado dignas de imitación, es decir, vincular el Derecho a lo Humano y, para ello, tal vez convenga mirar a las tradiciones y prácticas de las comunidades originarias ya que en algunas culturas que cuentan con pueblos originarios vivos, como la mexicana, dice José Ramón Narvárez²⁹

Si bien la justicia es una virtud personal, en el contexto social, comunitario, la justicia es algo más...La fuerza de la moral de la justicia comunitaria se encuentra en su no oficialidad, la comunidad mira como propias unas reglas que ha visto nacer y desarrollarse en su propio entorno.

Esto nos obligaría pensar en la virtud de diseñar mecanismos que nos permitieran, a la ciudadanía, participar de este proceso de construcción de la norma y garantizar su cumplimiento porque los comprendemos al operarlos históricamente.

d) Entonces, se hace necesario pasar de la Declaración de Derechos a determinar el contenido de los mismos en función no sólo de lo deseable sino de lo política y científicamente posible, pues mantener los derechos en el campo de lo abstracto confiando en su “reconocimiento universal” como la base de su autoridad, se prestará a una gran confusión que no sólo dilate la impartición de Justicia, sino que puede llegar al extremo de paralizar las instituciones con el correspondiente riesgo de convulsión social. La Doctrina en materia Constitucional, para definir contenidos de los Derechos Humanos, es probable que vinculando el estudio, diseño y ejecución del Derecho a la historia y cultura de cada país, tal vez esto abriría la posibilidad de generar un Derecho vinculado por conciencia a la población a la que va dirigida.

²⁹ Narvárez H. José Ramón, *Cultura Jurídica. Ideas e imágenes*, México, Porrúa, 2010, p. 40 y 41.

IV. CONCLUSIONES PARCIALES

A. Hasta ahora hemos despreciado lo que es realmente histórico y pretendemos hacer histórico las ficciones que construimos jurídicamente.

B. Lo humano no está necesaria o exclusivamente en el contenido de las leyes y jurisprudencia y, tal vez, no esté ni en los principios constitucionales, sino en la sociedad misma. Por tanto, se hace necesario seguir reflexionando sobre cómo conseguir el perfil de jurista que requiere esta época, es decir, multidisciplinar en el estudio, de una elevada calidad humana y, fundamentalmente, de una alta responsabilidad moral en el ejercicio de su profesión marcada por los más elevados valores sociales y guiado por la congruencia.

a) No tener perspectiva histórica general y jurídica, puede implicar que retrasamos el proceso de evolución, por pensar que todo lo que se nos ocurre es novedoso y tal vez no lo es tanto, entonces, no tener perspectiva histórica y arraigo cultural es realmente peligroso, por lo que retrasa la evolución humana, es decir, definir el Derecho hoy requiere de una revisión histórica del Derecho, una contextualización cultural y un trabajo multidisciplinar. No basta con cambiar de fuente de “actualización” del Derecho es decir, del poder legislativo, al poder judicial, para garantizar que el derecho no sea arbitrario y que realmente se puede aplicar.

En resumen, relacionar o no el Derecho como medio y la Justicia como fin, con la cultura y la historia de la comunidad que pretender ordenar, podría significar la diferencia entre lustrar (pulir) el Derecho e ilustrar (dar luz al entendimiento) a través del Derecho, es decir, contribuir a tener una doctrina útil para la sociedad o sólo un campo de especulación *de los, para los y entre los* especialistas técnicos del Derecho. Por tanto creemos que el razonamiento del constitucionalista pasará necesariamente por un filtro de lo lógico, lo ético y lo estético, para la comprensión y la aplicación de los Derechos Humanos como base de un sistema jurídico, esa es la inquietud central que ha motivado este escrito.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, ponencia presentada en IV Jornadas de lógica e informáticas jurídicas, en la recopilación de textos de las jornadas; San Sebastián, 1988, en <http://www.spencer.adv.br/universidades/Alexy-Sistema%20juridico%20principios%20juridicos.pdf>

- BARBA, José Bonifacio, *Educación para los Derechos Humanos*, 4ª. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- BERTRAND, Russell, *La perspectiva Científica*, Madrid, Sarpe, trad. cedida por Ariel, S.A., 1985.
- CALVO GONZÁLEZ, José, *Sobre la estetización de la violencia (Perspectivas del espacio estético en la filosofía jurídico-penal)*, en <http://www.uma.es/contrastes/pdfs/003/Contrastes003-16.pdf>
- CARRIL, Enrique V. del, *La Ética del abogado*, Buenos Aires, Librería editora Platense-Abeledo-Perrot, 1995.
- CELANO, Bruno, *Derecho, justicia, razones, ensayos 2000-2007*, trad. De Andrea Greppi y Francisco J. Laporta, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. et al., *Cultura de la Constitución en México, una encuesta nacional de actitudes y precepciones y valores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo Universal: la internalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social: entre el nazismo y la experiencia argentina, hacia un análisis del aniquilamiento como reorganizador de las relaciones sociales*, en <http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Feierstein.pdf>
- GARCÍA MORALES, Gumesindo, *El recurso extraordinario de exhibición de persona (hábeas corpus)*, México, UBIJUS, 2009.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*, trad. de Clara Álvarez Alonso, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y RIVERA MALDONADO, Aline, *El caso “Mininuma”: un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México*”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/251/pr/pr5.pdf>
- LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Breve historia del problema moral*, México, Centro de estudios Filosóficos, Políticos y Sociales “Vicente Lombardo Toledano”, 1994.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 8ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- NARVÁEZ H., José Ramón, *Cultura Jurídicas, ideas e imágenes*, México, Porrúa, 2010.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia del Derecho Español*, Barcelona, Cálamo, 2001

TEALDI, Juan Carlos, *Bioética de los Derechos Humanos, investigaciones biomédicas y dignidad humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª. ed., trad. de Mariana Gascón, Madrid, Trota, 2005.