

OPINIÓN

LA FUNCIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DEL PARADIGMA DEL DESARROLLO HUMANO Y LA NECESARIA INCLUSIÓN DE ESTE PARADIGMA EN EL PROCESO LEGISLATIVO Y EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

ESTUARDO ANAYA SOTO*

I. Introducción

Las tendencias actuales del desarrollo del Derecho se han visto influenciadas directamente por los cambios sociales, los que gradualmente han ido modificando algunas instituciones jurídicas, de entre las cuales destaca, la tendencia a la socialización del Derecho, que pasa de una igualdad jurídica formal a una igualdad jurídica material. Es a partir de esta tendencia que hemos buscado vincular una corriente de pensamiento nacida de la economía y proyectada a la actividad humana en su conjunto, el paradigma del desarrollo humano, con el objeto de hacer patente que a partir de la tendencia antes mencionada, el Derecho puede convertirse en un instrumento inmejorable para sentar las bases de un entorno más justo y con mayores oportunidades para los individuos, en este caso desde el proceso legislativo y el ejercicio de la jurisdicción, a partir del análisis funcional del Derecho. Para tales efectos, hemos dividido este trabajo en dos grandes secciones, la primera en relación con el análisis del paradigma del desarrollo humano, así como la segunda respecto a la función del Derecho como instrumento que facilite el cumplimiento de los principios y objetivos de dicho paradigma.

* Licenciado en Derecho. Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México). Abogado postulante.

II. El Paradigma del desarrollo humano

El enfoque o paradigma del desarrollo humano tiene su origen en la teoría del desarrollo humano propuesta por los economistas Mahbub ul Haq y Amartya Sen en la década de los ochenta, y la cual tiene su origen en una vigorosa crítica a las escuelas del crecimiento económico, el cual vinculaba directamente al desarrollo humano con el crecimiento de las economías nacionales y al incremento de los ingresos, tanto nacional como individual. Es decir, conforme a dicho enfoque habría desarrollo siempre y cuando existiera mayor generación de riqueza y un mayor ingreso para las personas.

Frente al enfoque predominante, Mahbub ul Haq y Amartya Sen, con la ayuda de otros connotados especialistas, desarrollaron un modelo alternativo que iba más allá del aumento o disminución de los ingresos, el crecimiento económico de un país o la generación de riqueza económica sino que, contrario al enfoque anterior, éste nuevo paradigma colocaba a la persona como su fundamento básico y centro de atención,¹ surgiendo así el paradigma del desarrollo humano.

A partir de dicho desarrollo teórico, el enfoque o paradigma de desarrollo humano se definió como “un proceso mediante el cual se ofrece a las personas mayores oportunidades. Entre éstas, las más importantes son una vida prolongada y saludable, educación y acceso a los recursos para tener un nivel de vida decente... El desarrollo le permite a los individuos hacer uso de estas opciones... el proceso de desarrollo debe por lo menos crear un ambiente propicio para que las personas tanto individual como colectivamente, puedan desarrollar todos sus potenciales y contar con una oportunidad razonable de llevar una vida productiva y creativa conforme a sus necesidades e intereses...”.²

No obstante lo anterior, el enfoque del desarrollo humano no se opone radicalmente a las escuelas del crecimiento económico, pues considera al crecimiento económico y al ingreso como elementos importantes para la consecución de los objetivos del desarrollo humano, sin dejar de lado una crítica enfática al hecho de que dichas escuelas de pensamiento eco-

¹ “... las personas ocupan un lugar central. El desarrollo se analiza y entiende en términos de las personas. Cada actividad es analizada para ver cuántas personas participan en ella o se benefician de ella. La piedra de tope del éxito de políticas de desarrollo es mejorar la vida de las personas, no sólo la ampliación de procesos productivos...”, tomado de: Ul Haq, Mahbub. *El paradigma del desarrollo humano*, en: <http://www.desarrollohumano.cl/pdf/1995/paradigma95.pdf>, artículo disponible en el sitio electrónico del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Chile, consultada el día 15 de noviembre de 2010.

² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Desarrollo Humano Informe 1990*. Tercer Colombia, Mundo Editores, 1990, p. 31.

nómico se enfocaban exclusivamente en dichos elementos como únicos generadores de desarrollo.³ Es decir, el paradigma del desarrollo humano propugna por una visión integral del desarrollo en la cual, el ser humano es su centro y fundamento y a partir de la cual se incluyen todas las opciones humanas y no sólo aquellas vinculadas con el bienestar económico.⁴

Es importante tener en cuenta que el paradigma del desarrollo humano no plantea una responsabilidad para el Estado en el sentido de que los seres humanos necesariamente lleven a cabo su proyecto de vida. En tal virtud, el desarrollo humano toma dos vertientes, la primera de ellas es la de formar capacidades humanas y la segunda vertiente se refiere al uso que dan los seres humanos a tales capacidades, siendo entonces la responsabilidad específica del Estado crear un ambiente propicio y las condiciones necesarias para el desarrollo de dichas capacidades. Lo anterior es resumido por Amartya Sen de la siguiente forma: “El desarrollo humano, como enfoque, se ocupa de lo que yo considero la idea básica de desarrollo: concretamente, el aumento de la riqueza de la vida humana en lugar de la riqueza de la economía en la que los seres humanos viven, que es sólo una parte de la vida misma”.⁵

En consecuencia, la labor fundamental del Estado debe consistir en desarrollar dichas capacidades humanas a partir de la creación de vínculos entre crecimiento económico y desarrollo humano a partir de cuatro pilares básicos: igualdad, sustentabilidad, productividad y empoderamiento.⁶

³ “... [E]l ingreso puede ser distribuido desigualmente dentro de una sociedad. Las personas que no tienen ingresos, o un acceso limitado a ellos, verán sus opciones bastante limitadas... Muchas opciones humanas pueden extenderse más allá del bienestar económico. La educación, la salud, un medio ambiente limpio, la libertad política y los simples placeres cotidianos no dependen exclusivamente o en gran medida del ingreso...”, tomado de: Ul Haq, Mahbub. *Op. cit.*

⁴ “... [E]l desarrollo humano compagina la producción y la distribución de artículos de consumo y la expansión y uso de las capacidades humanas. También se concentra en las alternativas en que debe tener la gente, qué ser y qué debe hacer para asegurar su propia subsistencia. Además, el desarrollo humano se refiere no solamente a la satisfacción de necesidades básicas, sino también al desarrollo humano como un proceso dinámico de participación. Es aplicable tanto a los países menos desarrollados como a los países altamente desarrollados...”, tomado de: Programa de Naciones Unidas. *Desarrollo Humano Informe 1990. Op. cit.*, p. 35.

⁵ Cita disponible en el sitio electrónico del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: <http://hdr.undp.org/es/desarrollohumano/origenes/>, consultada el día 15 de noviembre de 2010.

⁶ “Esta reafirmación pone de relieve los fundamentos básicos del desarrollo humano: su naturaleza sustentable, equitativa y empoderadora y su inherente flexibilidad. Los logros alcanzados podrían ser frágiles y susceptibles de retrocesos y dado que las futuras generaciones merecen un trato justo, urge velar por que el desarrollo humano perdure en el tiempo, es decir que sea sostenible. Este enfoque también debe abordar las disparidades estructurales, o sea debe ser equitativo. Además, debe facultar a la gente para ejercer su capacidad de decidir y de participar, dar forma y beneficiarse de los procesos que le competen en el plano personal, comunitario y nacional; es decir, el desarrollo humano debe ser empoderador...”. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe sobre Desarrollo Humano 2010*. Edición del vigésimo aniversario. *La verdadera riqueza de las naciones: Caminos al desarrollo humano*, México, Mundi-Prensa México, S.A. de C.V., 2010, p. 3.

En otro orden de ideas, resulta de suma importancia señalar que junto con los planteamientos teóricos del paradigma del desarrollo humano sus creadores se plantearon una cuestión fundamental: ¿es factible la medición del desarrollo humano? Al respecto, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (“PNUD”), a través de su informe sobre desarrollo humano correspondiente al año 1990 respondió a tal cuestionamiento estableciendo y describiendo un método específico de medición del desarrollo humano, el Índice de Desarrollo Humano (“IDH”). Para la consolidación del IDH, el PNUD planteó en ese momento la valoración de tres elementos esenciales de la vida humana: longevidad, conocimientos y nivel decente de vida.⁷ Dicha medición se llevaría a cabo combinando diversos indicadores. Para la medición de la longevidad, se estableció como indicador base, el índice de esperanza de vida.⁸ Por lo que hace a los conocimientos (educación), el indicador correspondiente a esta variable fue el porcentaje de alfabetismo adulto,⁹ y finalmente, respecto a la medición de un nivel decente de vida existió una mayor dificultad metodológica en virtud de la complejidad que este concepto representa toda vez que el manejo de los recursos que se requieren para alcanzar una vida decente son muy diversos (acceso a la tierra, al crédito, al ingreso y otros recursos, por citar algunos ejemplos), lo que complicaba su medición de forma sencilla. A efecto de solventar dicha dificultad y aunado a la escasez de información global en relación con este indicador, se optó por considerar al ingreso *per cápita* como el indicador más adecuado para dichos fines.

Los planteamientos teóricos y trabajo empírico de medición del PNUD han dado como resultado la publicación anual de un informe global sobre

⁷ “... Este informe ha escogido tres tipos de privación como centro de atención, la privación en términos de esperanza de vida, alfabetismo e ingreso para lograr un nivel de vida decente... Para crear un índice compuesto debía asignarse un valor mínimo (la serie máxima de privación igual a uno) a cada uno de los tres indicadores y un valor deseable o adecuado (ningún rango de privación igual a cero) debería especificarse para cada uno de los indicadores... Los valores mínimos y deseables o adecuados son los puntos extremos de una escala marcada de uno a cero para cada medida de privación. Al colocar un país en el punto apropiado en cada escala y al promediar las tres escalas, se obtiene su índice promedio de privación humana, el cual cuando se resta de 1, da el índice de desarrollo humano...”. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Desarrollo Humano Informe 1990, op. cit.*, pp. 40 y 41. Para un mayor detalle del método de medición del IDH sugerimos consultar las Notas Técnicas de dicho documento. (pp. 224 a 233).

⁸ “La importancia de la esperanza de vida radica en la creencia común de que una vida prolongada es valiosa en sí misma y en el hecho de que varios beneficios indirectos (tales como una nutrición adecuada y una buena salud) están estrechamente relacionados con una mayor esperanza de vida”. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Desarrollo Humano Informe 1990, op. cit.*, p. 36.

⁹ “En lo que respecta al segundo componente clave, los conocimientos, las cifras sobre alfabetismo son sólo un crudo reflejo del acceso a la educación, particularmente a la educación de buena calidad, tan necesaria para llevar una vida productiva en la sociedad moderna. Pero aprender a leer y a escribir es el primer paso de una persona hacia el aprendizaje y la adquisición de conocimientos, de manera que las cifras sobre alfabetismo son esenciales en cualquier medición del desarrollo humano”. *Idem.*

desarrollo humano. Desde el año 1990 y hasta esta fecha, el PNUD ha publicado 20 informes los cuales, además de llevar un seguimiento sobre la condición global y nacional del desarrollo humano y actualizar anualmente el IDH de todos los países, ha tomado como una práctica tradicional, el abordar el análisis de ciertas problemáticas globales que guardan una estrecha relación con el desarrollo humano e inciden en la consecución de sus objetivos. Destacan dentro dichos análisis los siguientes informes: (i) 1991 financiación del desarrollo, (ii) 1993 participación popular, (iii) 1995 igualdad en la condición de los sexos, (iv) 1997 erradicación de la pobreza, (v) 1999 mundialización con rostro humano, (vi) 2000 derechos humanos y desarrollo humano, (vii) 2002 democracia, (viii) 2003 objetivos de desarrollo del milenio, (ix) 2006 poder, pobreza y crisis mundial del agua y (x) 2007-2008 lucha contra el cambio climático.

La evolución de los informes del PNUD en materia de desarrollo humano ha sido muy interesante en el sentido de que ha fomentado el dinamismo del paradigma, revisando su contenido y ampliando su alcance a favor de las personas y sus necesidades, reafirmando la vigencia del paradigma del desarrollo humano. Como parte de esta evolución y actualización de los informes y el IDH, las variables e indicadores considerados para la composición del IDH han aumentado. A manera de ejemplo vale la pena mencionar que el IDH publicado en el informe de desarrollo humano del año 2010, consideraba como componentes del IDH, los siguientes: esperanza de vida al nacer, años promedio de instrucción, años esperados de instrucción, e ingreso nacional bruto *per cápita*.

La naturaleza dinámica y flexible del paradigma de desarrollo humano, los informes sobre desarrollo humano y el IDH del PNUD son importantes porque buscan ser la punta de lanza de un cambio social sostenido. En un principio, el paradigma proponía la aplicación de guías o directrices uniformes a nivel mundial para la elaboración e implementación de políticas públicas susceptibles de ser utilizadas en la mayoría de los países. Derivado del dinamismo y flexibilidad antes mencionados e inherentes al paradigma en cuestión, hoy existe un acuerdo generalizado en el sentido de que la propuesta original del paradigma es limitada y, a partir de tal certeza, se pone de relieve que en la formulación de las políticas públicas cuyo objeto sea la consecución de los objetivos del desarrollo humano, deberá ponerse especial atención en reconocer la individualidad de los países y las comunidades, proponiendo la formulación de estrategias de aplicación de los principios del paradigma en contextos y realidades diferentes y específicas. Es en esta etapa o proceso de formulación de políticas públicas en la que debe cuestionarse el papel del Derecho y la importancia que éste tiene en la consecución de los objetivos del paradigma del desarrollo humano a partir de la necesaria consideración que éste último debe tener sobre sus principios tanto en el proceso legislativo como en el ejercicio de

la función jurisdiccional. Materia aparte sería el análisis de la función del Derecho en la implementación de los principios de este paradigma desde la función administrativa, misma que no es objeto de este trabajo.

III. La función del Derecho en relación con el paradigma del desarrollo humano

Tradicionalmente, el estudio y la teoría del Derecho se han ocupado de forma muy profunda en la revisión de los aspectos estructurales del Derecho y no tanto del análisis funcional del Derecho, aún cuando algunos importantes juristas se han ocupado de su estudio.¹⁰ No obstante lo anterior, es a partir de los años setenta que el análisis funcional del Derecho mismo toma una mayor importancia a partir de los siguientes factores descritos por Manuel Atienza:¹¹ el desarrollo de la Sociología del Derecho, la pérdida de función del Derecho, las funciones negativas del Derecho y la aparición de nuevas funciones del Derecho.

Profundizando sobre los factores antes mencionados, vale la pena señalar por lo que respecta al primer factor que los nuevos impulsos de la Sociología del Derecho, que se ocupa esencialmente del estudio de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, las funciones sociales del Derecho pasaron a ser un tema fundamental para la misma, en contraposición de la teoría del Derecho prevaleciente que se ocupaba primordialmente del estudio de la estructura del mismo. En cuanto al factor de la pérdida de la función del Derecho, este concepto hace referencia al hecho de que en ciertas sociedades el control social que era llevado a cabo tradicionalmente por el Derecho había sido sustituido por otros métodos alternativos de control, incluyendo el poder ideológico (control a través de los medios de comunicación, por ejemplo) y la prevención de ciertas conductas en lugar de la coacción tradicional del Derecho.

¹⁰ "... El aspecto funcional estaba muy presente —aunque insuficientemente desarrollado— en la obra de Ihering. Kelsen, a pesar de llevar a cabo un análisis eminentemente estructural del Derecho, tenía plena conciencia de que el Derecho no era otra cosa que una técnica de organización social, un orden de la conducta humana. En la obra de Hart, el elemento funcional es clave para entender aspectos básicos de su concepción, como lo distinción entre normas primarias (cuya función básica es la de guiar la conducta de los individuos) y normas secundarias (que cumplen una función de certeza —regla de reconocimiento—, de adaptación del Derecho a los cambios sociales —normas de cambio— y de resolución de conflictos —normas de adjudicación o de juicio—)... Fuller, partía de un concepto de Derecho eminentemente funcional: el Derecho en cuanto guía de la conducta humana. Y, desde luego, los enfoques marxistas han tendido, en general, a destacar los aspectos funcionales del Derecho, al considerarlo como un instrumento del que se sirve el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre la otra, y como una ideología, puesto que contribuye a que esa dominación tenga lugar de una manera encubierta...". en: Atienza, Manuel. *El sentido del Derecho*, España, Ariel, 2001, p. 146.

¹¹ *Idem*.

Respecto de las funciones negativas del Derecho basta señalar que de acuerdo a este enfoque, el Derecho no sólo cumple funciones positivas —resolución de conflictos, por ejemplo— sino también funciones estrictamente negativas, toda vez “que la regulación jurídica contribuye a perpetuar una sociedad basada en relaciones desiguales y presididas por la fuerza, etcétera”.¹² Finalmente, el factor relativo a las nuevas funciones del Derecho, está relacionado con la transición del Estado liberal y abstencionista decimonónico a un Estado social, intervencionista y benefactor, bajo el cual el Derecho tendrá una función promocional —relacionada por ejemplo, con el establecimiento de ciertas ventajas económicas— y, una función distributiva, mediante la cual el Derecho puede llevar a cabo el reparto de ciertos bienes económicos y oportunidades sociales.

Considerando lo anterior, podemos concluir que es a partir del análisis funcional del Derecho¹³ es posible vincular al Derecho directamente con los principios del paradigma del desarrollo humano, y a través de esta vinculación generar mecanismos e instrumentos jurídicos que posibiliten el alcance y cumplimiento de los objetivos de dicho paradigma. Es decir, a partir de este análisis no entenderemos al desarrollo como un derecho humano —lo cual consideramos ampliamente debatible—,¹⁴ sino que lo consideraremos como un fin al cual es necesario llegar a través del Derecho.¹⁵

¹² *Ibidem*, p. 148.

¹³ “El interés por el análisis funcional del Derecho obedece, pues, a una exigencia real y no a una simple moda teórica; el Derecho de las sociedades contemporáneas plantea diversos problemas cuyo estudio exige la adopción de una perspectiva funcional... Se trata, sin embargo, de un atarea interesante pero compleja. La pregunta de qué función cumple el Derecho es considerablemente ambigua y, por tanto, admite diversas respuestas, según que lo se trate de averiguar sea... para qué sirve el Derecho o para quién sirve, que función cumple respecto a la sociedad tomada en su conjunto o respecto de cada uno de los grupos o individuos que la componen, que función cumple de hecho o qué función debería cumplir...”. *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹⁴ Doctrinalmente se ha discutido la existencia de un derecho humano al desarrollo, el cual se ha doctrinalmente se ha tratado como “una prerrogativa perteneciente a todo hombre y a todos los hombres tomados de manera colectiva, que consiste en contar con un derecho igual al gozo de una proporción justa y equitativa de los bienes y servicios producidos por la comunidad a la cual pertenece... se trataba ya de un derecho, dado que su realización concreta en todos los derechos civiles, políticos, culturales y sociales reconocidos... en el plano jurídico, casi todos los elementos que componen el desarrollo son ya objeto de declaraciones, resoluciones, convenciones y pactos. De tal manera que si estos instrumentos fueran eficientes y se respetaran sus prescripciones el DD [derecho al desarrollo] quedaría sin objeto. En tal caso, el DD sirve para designar al conjunto de los medios destinados al cumplimiento de todos los DH [derechos humanos], en particular los sociales y económicos...”, tomado de: Aguilar, Luis Armando. El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidentes (ITESO) – Universidad Iberoamericana. Plantel Golfo Centro. México, 1999, pp. 50 y 51.

¹⁵ “Se han vertido tres opiniones en cuanto a la juridicidad o positividad del derecho al desarrollo: 1. El derecho al desarrollo ya forma parte del Derecho Internacional positivo. Según esta opinión, el derecho al desarrollo resulta de una síntesis de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. 2. El derecho al desarrollo es un ‘derecho emergente’, un derecho en formación, es decir, un derecho

Por lo tanto, es el Derecho el que tienen que asumir, a través del proceso legislativo y ejercicio de la jurisdicción, una función específica en cuanto a dotar instrumentos jurídicos (normas, leyes, regulaciones) que consideren los principios del paradigma del desarrollo humano como fuente directa del contenido y fin de tales instrumentos normativos, es decir, que el ser humano pase también a ser el centro de y fin último del Derecho,¹⁶ puesto que “[el] llamado permanente ... es a no perder de vista a la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y a su sociedad nos quedamos con estructuras que resultan ininteligibles al perder de vista el porqué y el para qué de las mismas...”.¹⁷ Lo anterior, significaría un primer paso en la construcción de un Derecho más humanizado y más acorde con la realidad y aspiraciones de justicia de la mayoría de los individuos.

Un segundo paso se refiere al ejercicio de la jurisdicción la cual, en nuestra opinión, debe orientarse también a considerar los principios y objetivos del paradigma del desarrollo humano, superando una aplicación formalista y legalista del Derecho buscando, en la medida de lo posible, la administración de justicia, toda vez que “la actual conciencia jurídica de la humanidad resiste mandatos que intenten justificarse por la sola invocación de la autoridad que los emite o por explicaciones meramente formales, y reclama explicaciones sustanciales. Pareciera acentuarse que la sociedad confía más en la justicia que en la seguridad jurídica...”.¹⁸ En este sentido la importancia de la labor del juez u órganos jurisdiccionales es imprescindible en tanto que sus decisiones no se refieren ya a cuestiones estrictamente jurídicas sino que se proyectan a otros ámbitos de la actividad humana, considerando además que el juez, en el ejercicio de su jurisdicción, proyecta en principio la resolución del conflicto planteado, pero además tiene un efecto de incidencia general al generar criterios judiciales apegados a principios que promueven el desarrollo del ser humano, y no sólo a la Ley.

en proceso de positivación. 3. El derecho al desarrollo carece de valor jurídico, dado que no ha sido reconocido por ningún instrumento internacional vinculante de carácter universal. El derecho al desarrollo entraría de lleno en la ‘mera retórica’...”, en: Gómez Isa, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, España, 1999, pp. 63 y 64.

¹⁶ “... Los griegos y los romanos no dudaron de la obvia e inescindible conexión entre el derecho y el hombre, lo que condensaron en los adagios: *hominis causa omne ius constituitur* y *ubi homo societas et ubi societas ibi jus*... la pregunta por qué hay derecho es anterior a la pregunta qué es el derecho, y aquellas nos lleva a la antropología... Kaufmann coincide en esa inescindible vinculación entre lo jurídico y lo humano concluyendo que ‘la idea de derecho es una imagen de la idea del hombre...’, tomado de: Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Distribuciones Fontamara, S.A. 2003, p. 198.

¹⁷ *Ibidem*, p. 199.

¹⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 15.