



Boletín Mexicano de Derecho Comparado  
ISSN: 0041-8633  
bmdc@comunidad.unam.mx  
Universidad Nacional Autónoma de  
México  
México

Witker, Jorge

LOS DERECHOS HUMANOS: NUEVO ESCENARIO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 149, mayo-agosto, 2017, pp. 979-1005  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42751409015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LOS DERECHOS HUMANOS: NUEVO ESCENARIO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA\*

### *HUMAN RIGHTS, NEW STAGE OF LEGAL RESEARCH*

Jorge WITKER\*\*

**RESUMEN:** Se trata de una reflexión epistemológica, que distingue las investigaciones jurídicas formalistas, de las investigaciones sociojurídicas, en donde el investigador pasa de una posición neutral-objetiva a una posición activa de sujeto histórico éticamente comprometido con el tema de derechos humanos.

**Palabras clave:** Epistemología, pensamiento complejo, pensamiento cognitivo, derechos sociales, ciencias sociales.

**ABSTRACT:** *It's an epistemological reflection, which distinguishes formal legal investigations, socio-legal investigations, where the researcher, moves from a neutral-objective position to an active position of subject historically committed to the subject of human rights.*

**Keywords:** *Epistemology, complex thoughts, cognitive thoughts, social rights, social sciences.*

---

\* Artículo recibido el 20 de julio de 2016 y aceptado para su publicación el 31 de enero de 2016.

\*\* Investigador titular "C" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*  
nueva serie, año XLIX, núm. 149,  
mayo-agosto de 2017, pp. 979-1005

D.R. © 2017. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pensamiento teórico-cognitivo jurídico*. III. *El pensamiento complejo*. IV. *El pensamiento complejo aplicado al derecho*. V. *Los derechos económicos, sociales y culturales, y el pensamiento complejo*. VI. *Consideraciones generales*.

## I. INTRODUCCIÓN

El mundo de las ciencias contemporáneas se encuentra en una revisión integral de paradigmas y principios. La separación original entre ciencias naturales (o duras) y las humanidades o ciencias sociales comienza a superarse y, más que la separación de ambos universos, se proyectan armonizaciones, unificaciones e intentos de conjuntar globalmente al mundo de la ciencia actual.

Los tránsitos de disciplinas, interdisciplinas y multidisciplinas han ido gestando —en el ámbito de la filosofía de las ciencia— un enfoque transdisciplinario, que busca unificar solución de problemas, aunque no unificación de métodos o procedimientos.

Los temas que han ido propiciando el enfoque transdisciplinario se ubican en ámbitos como el cambio climático, el derecho ambiental, el proceso genético de los transgénicos, procesos de inseminación artificial, genoma humano, derechos humanos, equidad de género, derechos sexuales y reproductivos, minorías y migraciones, eutanasia, etcétera, temas que exigen el abordaje de varias disciplinas, y que requieren el concurso de diversos enfoques convergentes en el estudio y solución de problemas anexos a los mencionados.

Este enfoque, según algunos autores,<sup>1</sup> viene a romper el paradigma hegemónico del positivismo lógico y la separación tajante entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, y paralelo a ello a romper también el mito de los científicos a contaminarse con la política, y —a su vez— el prejuicio generalizado de los humanistas de alejarse de las matemáticas.

A lo afirmado precedentemente debemos sumar los cambios experimentados por la sociedad contemporánea, impactada por los avances de la ciencia y la tecnología en todos los campos de la actividad humana, incluyendo las neurociencias y el complejo mundo de las técnicas de la

---

<sup>1</sup> Martínez Miguélez, Miguel, *Epistemología y metodología cualitativa en ciencias sociales*, México, Trillas, 2015, pp. 49 y ss.

información y la comunicación (TIC). Un resumen mínimo de los principales cambios observados en la actualidad, se menciona a continuación:

[Las nuevas ciencias] corresponden a las tecnociencias, a los sistemas auto-regulados y a las ciencias de la complejidad. Su novedad no sólo radica en investigar los factores en función de los efectos que se buscan —como las tecnociencias— ni sólo en privilegiar el estudio de los sistemas auto-regulados, adaptativos y auto-poiéticos (o creadores), sino en analizar la dinámica de fenómenos irreversibles que no pueden ser determinados ni explicados con el paradigma de la mecánica clásica y que empezaron a aparecer en las ecuaciones de la dinámica impredecible, en la relatividad, en la física cuántica, en el principio de indeterminación, en la termodinámica, en la geometría de la naturaleza, sin una teoría general que se enfrentara a la mecanicista y determinista. La teoría de las nuevas ciencias de la complejidad señala sus descubrimientos como otra forma de conocer otros fenómenos. No acepta que su impredecibilidad o indeterminación relativa sea producto de la ignorancia o de un conocimiento insuficiente que al volverse plenamente científico —según el paradigma anterior— igualaría el determinismo de la mecánica clásica en el estudio de la naturaleza, de la vida y de la humanidad.<sup>2</sup>

Paralelo a la transdisciplinariedad, surge un pensamiento complejo, que se da en la exigencia de superar las epistemologías y metodologías tradicionales, y a diseñar nuevas bases epistémicas, en donde el pensamiento complejo y los métodos holísticos o de totalidad coadyuven a este abordaje. Así, para efectos de este artículo, entenderemos al pensamiento complejo como un enfoque que visualiza a la realidad sociohistórica como conjunto de subsistemas autorregulados y adaptativos, destinados a alcanzar metas, objetivos o fines sin una vinculación o lealtad a un poder central.

En este contexto, si aceptamos la premisa de que el derecho integra el universo de las ciencias sociales, y que por lo tanto experimenta mutaciones profundas de lo unidisciplinario tradicional de lo jurídico a lo inter, multi y transdisciplinario del pensamiento científico actual, se hace necesario inscribirlo en el ámbito de las realidades sociohistóricas, dinámicas y complejas.

---

<sup>2</sup> González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, México, Anthropos-UNAM, 2004, pp. 468-469.

En efecto, el derecho expresa relaciones sociojurídicas, instituciones, intereses y valores, que responden a contextos sociohistóricos, de los cuales derivan lógicas constructoras de conceptos y teorías, que articulan discursos y narrativas que cristalizan —a su vez— conocimientos técnicos significativos.

Dicha descripción, presente en el resto de las ciencias sociales (economía, sociología, ciencia política, etcétera) plantea, sin embargo, un desfase entre tales categorías y conceptos frente a la realidad.

Esta idea del desfase es clave, ya que alude a los conceptos que a veces utilizamos creyendo que tienen un significado claro, y no lo tienen. Esto plantea la necesidad de una constante resignificación que, aun siendo un trabajo complejo, es también una tarea central de las ciencias sociales, sobre todo de aquellas de sus dimensiones que tienen que ver con la construcción del conocimiento. Dicho de otra manera, es un tema central en el proceso de investigación y, por lo tanto, es un tema central de la metodología.<sup>3</sup>

Esta disfunción o desfase, en el ámbito del derecho, se expresa en diversas formas, que evidencian que el discurso normativo, plasmado en leyes positivas, siempre va a estar atrás de la realidad sociohistórica impretrada, a lo cual la actividad judicial vendría a ser el enlace para, en parte, cubrir esta discontinuidad. Pero, además, en el mundo jurídico es viable distinguir entre los textos y los contextos, en donde muchas veces los contextos inciden definitivamente en la interpretación y/o argumentación de dichos textos. Aquí es necesario resaltar que cuando el derecho se identifica y se asimila exclusivamente con las leyes, el fenómeno jurídico pierde potencialidad y se vuelve una expresión separada totalmente de la realidad sociohistórica a la cual debe aplicar.<sup>4</sup>

Como señala Ernesto Grün, se ha destacado al respecto la complejidad que resulta de las interacciones internas entre subsistemas, e internamente con diversos sistemas del entorno, tales como el sistema económico y político. Consecuentemente, se ha señalado que el holismo

<sup>3</sup> Zemelman M., Hugo, *Pensar teórico y pensar epistémico. Los retos de las ciencias sociales latinoamericanas*, México, Instituto Pensamiento y Cultura en América, A. C., 2013.

<sup>4</sup> Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015.

(categoría de totalidad) es esencial para enfrentarse con la complejidad sociolegal.<sup>5</sup>

Para abordar con perspectiva constructivista dicha disfunción, y para efectos de las investigaciones jurídicas, se plantea hacer un distingo en dos grandes vertientes, que pueden en parte explicar la distancia señalada entre texto y contexto en los fenómenos jurídicos. Para ello, hay que distinguir —en cuanto a la posición del investigador del derecho— dos enfoques o relaciones que en la investigación tradicional del derecho se define como la relación entre el sujeto y el objeto de conocimiento. Aquí se entiende una relación de simple espejo de la realidad hacia el sujeto.

Al respecto, se proponen en este artículo dos tipos de relaciones entre el investigador y el objeto-problema de conocimiento jurídico: a) una relación *con* el conocimiento jurídico actual, cristalizado, dado, vigente y/o eficaz en tiempo y espacio específico; es decir, una relación con el conocimiento jurídico vigente. Aquí el pensamiento tiene contenido, y b) una relación *de* conocimiento, en donde se visualiza una sinergia creativa entre el investigador y el tema-problema a investigar, situación que supone vincular al sujeto con el problema, partiendo de diversas miradas y preguntas que van a permitir que el conocimiento se construya bajo categorías de potencialidad y totalidad. Se trata de un pensamiento sin contenidos. Para esta visión, surgen los enfoques cualitativos como vertientes eficaces para, de la realidad concreta, construir conocimientos.

Para la primera opción, se habla de un pensamiento teórico o cognitivo; y, para la segunda, se habla de un pensamiento complejo.

El ámbito de los derechos humanos, que en el derecho mexicano —a partir de la reforma constitucional de 2011— cruza horizontalmente a todas las ramas del orden normativo, nos parece estratégico y trascendente como campo de análisis y de las investigaciones jurídicas contemporáneas, pues en ambas vertientes de pensamiento van a derivar consecuencias y efectos distintos, y hasta opuestos, ya que la tendencia normal de la investigación tradicional induce a quedarse en la descripción normativa de los numerosos tratados internacionales de los derechos humanos, dando por

<sup>5</sup> Rachupati, W. y Schkade, L. L., “Designing A.I applications in Law; Legal Reasoning versus Legal Function”, trabajo presentado en la 33a. reunión de la International Society for the System Sciences, Edimburgo, 1989. *Cit.* en Grün, Ernesto, *Una visión sistemática y cibernetica del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, p. 50.

cristalizado y dados su protección, promoción, defensa y respeto de tales derechos; en este tipo de investigaciones teóricas, conceptos y categorías son previas al cotejo con la realidad sociohistórica. En cambio, bajo un pensamiento complejo, los juicios de valor y la praxis de la vida de los investigadores van a determinar proyecciones de potencialidad y compromiso, que superan largamente la fría relación sujeto-objeto tan extendida en nuestras investigaciones tradicionales del derecho. Aquí la mirada o ángulo visual del investigador (pensamiento *con* contenido) va a determinar la construcción de conocimientos.

Al describir estas dos opciones, de enorme impacto en la metodología de la investigación jurídica y en el ámbito específico de los derechos humanos, están destinadas las siguientes reflexiones.

## II. EL PENSAMIENTO TEÓRICO-COGNITIVO JURÍDICO

En efecto, se da la relación separada totalmente entre el sujeto y el objeto en las investigaciones, y que expresa la idea de que el conocimiento existente —acumulado sobre un tema y un problema— está dado, elaborado, construido y acabado. Se trata de percibir lógicas constructoras de conocimiento que utilizan categorías y conceptos obtenidos de autores, jurisprudencias, doctrinas, legislación comparada, que damos por válidas y verdaderas sin consideración alguna a los contextos y a la realidad sociohistórica.

Esto nos lleva a plantear una cuestión previa al tema específico de derechos humanos, y nos referimos a una situación general en América Latina y México, que hace difícil y complejo dar por definido el llamado *conocimiento jurídico acumulado*, referido a un tema-problema. En efecto, es posible percibir una paradoja que tiene relación con la coexistencia de dos mundos que inciden en el conocimiento jurídico acumulado actual en la región. Se trata, por una parte, de que la globalización como proceso afecta la práctica de los operadores jurídicos; mientras la enseñanza jurídica, los textos de ella, las investigaciones formalistas, los trabajos de doctrina y teoría jurídica, y los propios discursos de *blogs*, están adscritos a visiones localistas territoriales ancladas en el Estado-nación que surge con la modernidad a partir de los siglos XVII-XVIII en adelante. Esto es, que los operadores, despachos de abogados transnacionales, redes regionales y globales de jueces y académicos, la oralidad procesal penal, los contextos constitucionales de los derechos humanos, la justicia de géne-

ro, las ONG ambientalistas y laborales, y la llamada nueva *lex mercatoria* (OMC, OCDE, CAFTA, NAFTA, FMI, etcétera), son ingredientes todos que constituyen una verdadera globalización jurídica, con énfasis práctico y operativo, muy lejos de los derechos locales del viejo Estado-nación, que se reproducen en la enseñanza del derecho tradicional.<sup>6</sup>

No está de más afirmar que el supuesto del Estado-nación, de donde deriva el derecho tradicional, se sustenta en cuatro premisas, que están en gran medida superadas por la realidad sociohistórica actual. En efecto, y a saber:

- a) La unidad territorial, la autoridad y el orden jurídico, como supuestos que están hoy día cada vez en debilitada posición, pues las tesis monistas que confunden el Estado con el derecho, se ven ineficaces ante los procesos globales;
- b) La economía nacional, como objeto de regulación (derecho económico), exhiben súper posiciones de numerosos acuerdos, tratados y convenciones internacionales sobre aspectos o segmentos de esa economía nacional;
- c) La sociedad civil nacional como espacio de ciudadanía, premisa ésta que es puesta en duda por corrientes migratorias y organizaciones políticas de migrantes, que tienen tanta fuerza como el ciudadano tradicional, y
- d) Finalmente, la identidad entre Estado y nación, aspecto que —con la globalización cultural, empresarial y de consumo— se ve menos clara que nunca. Aquí, el pluralismo étnico juega un papel significativo en la sociedad internacional actual.<sup>7</sup>

Aquí surgen las preguntas para el pensamiento cognitivo teórico: ¿qué derecho, cristalizado, vigente y acotado, debemos considerar para una investigación jurídica importante? ¿Registraremos los derechos vigentes de la doctrina y teoría jurídica tradicional, y/o deberíamos incorporar el vasto mundo de las normas globalizadas antes mencionadas?

---

<sup>6</sup> Witker, Jorge, *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008.

<sup>7</sup> Rodríguez Garavito, César, “Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

No está de mas, en este punto, entregar una breve aproximación a lo que se entiende por globalización, aceptándola como “un fenómeno sistémico, esto es, que implica un sistema o conjunto de sistemas altamente complejo y en continua y acelerada evolución, abarcando múltiples aspectos de la actividad humana y anexas a ella, como la ecológica, a partir de lo cual se producen diversas interacciones y retroalimentaciones, incluso en sus aspectos cibernéticos”.

En este contexto, en el ámbito de los derechos humanos, la situación no es tan distinta, pues bajo el pensamiento cognitivo tradicional estos derechos —pese a la reforma del artículo 1o. de la carta fundamental— van a estar condicionados a qué se entiende por derecho vigente y, en consecuencia, según este pensamiento, las garantías constitucionales son en parte reflejo de estos derechos, y su observancia y estudio se hará bajo la perspectiva positivista tradicional. Aquí privan conceptos como “explicación”, “análisis”, “predicción”, “control”, y “síntesis numérica”, como el paradigma cuantitativo o tradicional.<sup>8</sup>

El investigador de este pensamiento describirá y analizará los derechos fundamentales con criterios quizá exegéticos, y asumirá muchos conceptos y teorías que se aceptan sin mayor análisis, y que carecen totalmente de relación o viabilidad con la situación concreta que está viviendo la sociedad mexicana, cuyo Estado-nación vive los mismos fenómenos generales antes descritos. Se trata de trabajar bajo criterios legalistas, que se agotan en definiciones y conceptos dados y con significados uniformes, que en nada van a potenciar posibilidades de extensión y desarrollo.

Metodológicamente, esta investigación jurídica tradicional trabajará bajo el esquema hipotético deductivo, dando por conocimiento acumulado las premisas básicas de una hipótesis (parte objetiva), que reunirá todo el conocimiento acumulado, escrito y narrado por autores y juristas, realizados en otras épocas y, tal vez, lejos de la sociedad como realidad sociohistórica, basada en segmentos parciales de esa realidad, y con no poca subjetividad de apreciación e interpretación de los fenómenos sociojurídicos de épocas pasadas y diferentes a la realidad actual.<sup>9</sup>

De esa premisa derivarán un conjunto de interrogantes o conjeturas, que van a responder a su vez a categorías y conceptos cristalizados, que

<sup>8</sup> Olvera García, Jorge, *Metodología de la investigación jurídica para la investigación y la elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2015, p. 84.

<sup>9</sup> López Durán, Rosalío, *Metodología jurídica*, México, Porrúa, 2015, p. 215.

seguramente, bajo parámetros estadísticos, podrán complementar elementos argumentativos de ratificación o modificación de los supuestos dados por el conocimiento acumulado de la premisa hipotética inicial.

El desarrollo de este tipo de investigaciones teóricas continúa ajustándose a los lineamientos que señalan los protocolos, y que registran y dan cuenta de una ruta crítica, lineal y previsible, que se desprende de aplicar al conocimiento acumulado conceptos y categorías que, generalmente, repiten o se adhieren al discurso dominante en relación con el tema-problema. La bibliografía, que no es más que la experiencia narrada de otros autores en tiempo y espacios generalmente lejanos al aquí y ahora, del tema problema investigado, complementan a este pensamiento con contenidos cristalizadas.

Bajo este pensamiento teórico-cognitivo, el investigador se encierra en general en el conocimiento acumulado, utilizado y construido bajo categorías y conceptos derivados de experiencias y contextos distintos al que se está tratando de abordar por el investigador en cuestión, y evidencia una separación tajante entre el sujeto y el objeto de conocimiento, confundiéndose además éste con el problema.

Otra característica de este pensamiento, que podemos calificar de tradicional, es que pone límites *a priori* al tema-problema, cuestión que se aleja de toda realidad sociohistórica, que se caracteriza por ser cambiante, indeterminada y compleja. Decimos realidad sociohistórica, contemplando texto y contexto presente en una investigación jurídica cualquiera.

También tenemos como característica presente en este tipo de investigaciones, los conceptos de seguridad y equilibrio, que se expresan en coherencia y construcciones lógicas, de la cual deriva una supuesta realidad sociojurídica determinada, fija e inmutable.<sup>10</sup> Se afirman, como premisa dogmática, significados unívocos que cierran la realidad y no

<sup>10</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011, p. 84. Gargarella indica que “las tradiciones nos hablan de prácticas sobre las cuales una comunidad insiste a lo largo del tiempo. Ellas pueden representar, de alguna manera, algo así como una «sabiduría social decantada» y por ello, la propuesta de respetarlas en todo lo posible puede resultar atractiva: lo que se sugiere es aplicar fórmulas que a) se han aplicado con éxito; b) presentan algún tipo de aceptación general; c) prometen (en consecuencia, y de algún modo) estabilidad, y d) al mismo tiempo, generan seguridad en la sociedad, que sabe a qué atenerse en el futuro”.

permiten opciones distintas a lo que originalmente entregó la hipótesis, que viene a conformar y deformar el conocimiento acumulado, sin relación al aquí y ahora de la dinámica jurídico-social vigente en toda sociedad humana.

Tal afirmación dogmática no resiste mayor análisis, pues en el propio mundo del derecho observamos que la dicotomía texto o norma jurídica, y realidad o contexto, a poco andar se alejan, y la vigencia de la ley se congela, mientras el mundo de la realidad regulada la supera y rebasa permanentemente.

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, este pensamiento se expresa en privilegiar el conocimiento acumulado existente en la materia, y el investigador se orientaría por la descripción e interpretación sobre este tipo de derechos que, bajo los criterios legalistas, se encuentran en un terreno programático, a los cuales les falta recursos y voluntad política para respetarlos. En la situación actual de este tipo de derechos en nuestro orden normativo, este pensamiento teórico se ajustaría a ver si existen o no restricciones de nivel constitucional al respeto y defensa de este tipo de derechos económicos, sociales y culturales, pues sus conceptos y categorías estarían prefijados por una visión limitada y estrecha del verdadero alcance que tienen los tratados de derechos humanos en el ámbito de estos derechos económicos, sociales y culturales.<sup>11</sup>

Aquí se observa cómo la visión parametal, cristalizada y dada de la realidad sociojurídica en este estratégico punto influye y determina el tema-problema de investigación, sin que se abra el horizonte a distintas visiones o miradas que, en función de los derechos fundamentales, puedan potenciar niveles de avance y respeto real al hombre concreto que está en el centro de este tema-problema.

Como podemos observar, estas investigaciones no están en condiciones de legitimar iniciativas propias del investigador, pues la inercia de los conocimientos acumulados en este campo prefijan y predisponen escenarios muy anunciados, que impiden abrir paso a interrogantes innovadoras que permitan registrar segmentos de realidades distintas a la realidad hegemónica que presenta la inercia del conocimiento acumulado, del cual los juristas somos herederos y seguidores irredentos.

---

<sup>11</sup> Bazán, Víctor y Jimena Quesada, Luis, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América Latina y en Europa*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

### III. EL PENSAMIENTO COMPLEJO

Partiendo de una subjetividad de posibilidades del investigador, se plantea en este pensamiento una relación de conocimiento ante la realidad sociohistórica, y las ciencias jurídicas y sociales en general.

Para este paradigma, como dijimos anteriormente, la realidad —en cuyo seno existe el derecho— es cambiante, indeterminada, multidimensional y compleja. Por lo tanto, y por ello, es disfuncional abordarla o investigarla con teorías, conceptos y categorías fijos e inmutables, máxime que derivan de discursos y narrativas previos a esta dinámica realidad.<sup>12</sup>

Un primer elemento del razonamiento crítico es plantearnos ante dicha realidad en una doble posición: como inserto o integrado en dicha realidad, o como un sujeto externo a tal dinámica social. Efectivamente, ya he señalado en otro momento que las tesis jurídicas con una visión realista o sociologista (empirista) parten de la premisa de que “El derecho puede ser estudiado también como una ciencia social reguladora de conductas que se establece para conducir a los hombres hacia determinados fines de progreso, paz y armonía individual y colectiva”.<sup>13</sup>

Para intentar resolver esta doble vertiente de posibilidades, el pensamiento complejo nos exige un autoexamen personal como investigador, como sujeto social, o incluso como sujetos históricos en el tipo de las conocidas investigación-acción.

Un elemento o categoría que debemos tener presente es utilizar la categoría de totalidad, que representa una primera apertura hacia la realidad. Es, por lo tanto, un modo de organizar la apertura del conocimiento hacia una realidad que no se conforma con permanecer dentro de ciertos límites teóricos, pues se fundamenta en un concepto de lo real, de lo presente, como una articulación compleja de procesos, y exige que cada uno de éstos sea analizado y confrontado en términos de sus relaciones con otros; por lo que a la totalidad también la podemos concebir como una categoría dialéctica.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Bourdieu, Pierre, *El oficio de científico. Ciencia de la ciencia y reflexividad*, Madrid, Anagrama, 2001.

<sup>13</sup> Witker, Jorge, *La investigación jurídica. Bases para las tesis de grado en derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 2011, p. 131.

<sup>14</sup> González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, cit., con especial énfasis, pp. 171-281.

También la totalidad constituye una herramienta de construcción histórica del conocimiento, pues se considera que sólo a través de ella se puede convertir el conocimiento que tenemos sobre lo dado (presente acumulado), para formar una base o una perspectiva para lo no dado, o que se dará o puede darse en el futuro.

La totalidad, pues, plantea la cuestión de la superación de los condicionamientos del razonamiento previo, y esto supone una constante ruptura de los modelos teóricos tradicionales, e implica en el plano epistemológico la transformación de los parámetros, ya que éstos devienen de condiciones lógico-epistemológicas de apertura o de cierre hacia la realidad.

Por último, la totalidad permite distinguir entre construcción de la verdad y los caminos que conducen hacia la problemática de la verdad; esto es, entre el objeto y la forma de construirlo. En consecuencia, el planteamiento de la totalidad puede considerarse como una alternativa que define una línea de reflexión de grandes potencialidades; es decir, es una construcción racional que permite establecer una base de razonamiento que puede servir para sintetizar una reflexión sobre prácticas investigativas jurídicas ya realizadas, pero también para desarrollar formas de pensar que no necesariamente son un reflejo de aquéllas.<sup>15</sup>

Aceptado lo anterior, la totalidad sirve al investigador para extraer o desarrollar una aprehensión de la realidad, que tiene por objeto encontrar la forma de razonamiento más adecuada para registrar y dar cuenta de la compleja realidad. Se trata de que la aprehensión se vuelve una metodología para analizar *lo dándose*, para lo cual —más que aprisionar el conocimiento— va a poner el acento sobre reglas del saber al respecto, pues dicha aprehensión tiene como misión la costumbre de viajar por la filosofía, y de esta manera no ocultar por más tiempo la cabeza en el polvo de las cosas, lo que implica estar alerta a que *lo dándose* de este minuto se va a distinguir necesariamente de *lo dado*, que fue capturado en una primera aproximación. No está de más destacar que *lo dándose* alude a datos reales muy ligados a las llamadas investigaciones empíricas.

De esta etapa, debemos mencionar los siguientes aspectos:

---

<sup>15</sup> Zemelman Merino, Hugo, “La totalidad como perspectiva de descubrimiento”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 1, enero-marzo de 1997, pp. 53-87.

- a) La realidad sociohistórica constituye una articulación en movimiento, que obliga, en cualquier recorte de observación, a distinguir entre *lo dado* y *lo dándose* (texto y contexto).
- b) Esta exigencia implica distinguir entre las referencias empíricas (como *lo dado*) y los requerimientos de la potencialidad (como *lo dándose*), que cumplen en su conjunto la función de requisito de objetividad (totalidad).
- c) El concepto de realidad como movimiento cumple una función epistemológica, y no la de ser su concepción ontológica.
- d) La teoría se subordina al esfuerzo de reconstrucción del problema, que ha servido como punto de partida para aproximarse a su especificidad histórica.
- e) Así, se definen opciones de teorización, mediante las cuales transforman al problema inicial en objeto teórico de estudio. Aquí la teoría no es previa, sino que emerge del cotejo entre *lo dado* y *lo dándose*.
- f) Así se ubica el razonamiento sobre la realidad histórica en un campo más vasto que el de la teoría.<sup>16</sup>

Lo anterior nos permitiría señalar tres momentos o pasos que podríamos llamar “etapas metodológicas”, que derivan de un pensamiento complejo, consecuencia de una relación de conocimiento, que aspira a construir nuevos conocimientos.

El primer paso, como vimos anteriormente, derivado de la totalidad, es *la aprehensión*, que consiste en una forma articulada de razonar, la cual se restringe a delimitar qué son campos posibles de transformarse en objeto de conocimiento. Este paso nos brinda una relación abierta y potencial con la realidad, que —posteriormente— dará lugar a una explicación teórica. Sirve también la aprehensión para problematizar universos empíricos, que pueden servir como punto de partida de la teorización; en síntesis, la aprehensión refleja posibilidades de opciones para teorizar algo. Es también escenario de reflexión y razonamiento.

Una etapa siguiente la constituye la *construcción del objeto*, que implica convertir lo pensable en lo teorizable. Así, el objetivo de esta etapa es la de

---

<sup>16</sup> Zemelman Merino, Hugo, *Los horizontes de la razón*, Barcelona, Anthropos, 1992, ts. I y II, pp. 101 y 225.

establecer un campo de trabajo de pensamiento, con sus diferentes puntos de vista, para que este problema que hemos afrontado sirva de punto de partida; es decir, construir un campo articulado con base en un problema central, para obtener articulaciones posibles de dicho problema.<sup>17</sup>

Una tercera etapa es la de *la explicación*: ya aprehendido y construido el objeto, debe pasar al nivel de la explicación, donde se ubica el nivel o marco teórico. Esta etapa de la metodología consiste en el movimiento de la razón, desde la determinación de lo posible de teorizarse hasta la teoría misma; es decir, mientras la aprehensión tiene como objeto un campo de opciones, la explicación tiene por objeto la explicación del objeto elegido.

Cabe señalar que para el pensamiento complejo no hay un concepto único de teoría, sino perfiles abiertos de la misma, consistente con estas ideas, no se parte de algo establecido para posteriormente teorizarlo, sino que reflexionamos primero, nos ubicamos en la epistemología y establecemos, dentro de esta reflexión, varias opciones teóricas.

#### IV. EL PENSAMIENTO COMPLEJO APLICADO AL DERECHO

Como hemos señalado desde inicio, el derecho no es ajeno a la realidad sociohistórica cambiante, indeterminada, multidimensional y compleja. Por ello, los elementos planteados precedentemente tienen directa vinculación con el mundo del derecho y sus investigaciones.

##### 1. *Conceptos de significante y significado*

En este orden de ideas, es posible identificar en el derecho, que como disciplina es en parte *significante*, en el sentido de ser un campo semántico abierto a la libre interpretación y argumentación principalista;<sup>18</sup> y a la vez puede ser *significado*, en el sentido de ser un campo cerrado (jurisprudencia unívoca).

Según lo anterior, en la tradición jurídica teórico-cognitiva se piensa que la norma jurídica, como tal, sólo posee un *significado*; es decir, predomina la idea de una aplicación mecánica de la ley, en la cual la única

---

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Grün, Ernesto, *Una visión sistémica...., cit.*, pp. 65-70.

base que sirve para la aplicación de la norma será la interpretación reiterada del juzgador. Sin embargo, si aplicamos el pensamiento complejo, nos orilla al campo de lo *significante*, para avanzar hacia la dinámica realidad sociohistórica, y que puede servir para diseñar nuevas reflexiones más flexibles sobre la aplicación del derecho. Aquí vemos cómo el pensamiento complejo abre escenarios de potencialidad muy convenientes para adaptar y flexibilizar las normas jurídicas, y superar lo permanentemente dado, que caracteriza el pensamiento positivista del derecho, y que en muchas ocasiones lo ha transformado en verdaderos obstáculos al cambio social.<sup>19</sup>

Conviene señalar que hay autores, como Hart, que han manejado una mirada flexible del derecho, a través de lo que él llamó “textura abierta” de la norma, con lo cual ratificamos que el aporte de esta visión epistémica abre nuevos caminos a un pensamiento abierto y crítico del sistema jurídico.<sup>20</sup>

## 2. *La idea de potencialidad*

Este concepto, que surge de esta forma de observar la realidad sociohistórica, es ampliamente aplicable a conceptos jurídicos, en el sentido de que las instituciones que analizamos no agotan su estudio con una sola mirada u observación (es decir, *lo dado*), pues la dinámica social modifica y altera (a través de *lo dándose*) a las propias instituciones.

La idea de potencialidad, en el ámbito del derecho, ofrece grandes perspectivas, que deben ser utilizadas para las investigaciones jurídicas. Por ejemplo, la potencialidad que demostró un juzgador inglés para interpretar los derechos humanos en el caso del dictador Pinochet permitió que esta potencialidad llegara a extender extraterritorialmente la aplicación de una ley española al interior del derecho inglés, cuestión que marcó un hito fundamental en la defensa de los derechos humanos y el castigo a los violadores de los mismos.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI Editores, 1980.

<sup>20</sup> Hart, *El Concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 322.

<sup>21</sup> Zemelman, Hugo, *El conocimiento como desafío posible*, México, Instituto Politécnico Nacional, 2009.

## V. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL PENSAMIENTO COMPLEJO

Para situar la perspectiva totalmente distinta a la vista anteriormente, con ocasión del pensamiento teórico-cognitivo, nos permitimos transcribir una cita textual que dimensiona nuestro tema, precisamente en un pensamiento complejo claro:

El Dr. Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, subrayaba hace algunos años que un elemento central del debate contemporáneo sobre los derechos humanos (y debiera añadir ‘desde’ los derechos humanos) debía necesariamente ser la ampliación del marco ajustadamente legalista o, siendo más generosos, jurídico, en el que se había privilegiado su desarrollo y, por reflejo, incluso su propia crítica. Debíamos evitar “encerrar prematuramente el concepto en una estrecha caja”, y más bien propulsar nuestras discusiones al más amplio, más exigente y más dinámico posible de los escenarios, el del “razonamiento público del mundo contemporáneo”.<sup>22</sup>

Queda claro, en esta cita, que el tema de los derechos humanos debe, en primer lugar, analizarse desde la totalidad, pues una descripción normativa, altamente protectora, no implica, en la práctica, ninguna articulación con la realidad sociohistórica concreta, y mucho menos con la proclamada defensa del principio *pro homine*.

Precisamente, uno de los rasgos distintivos del tipo de discusión metodológica que se enfoque en la visión jurídica compleja (sociologista o empirista) tiene que estar inescindiblemente relacionada con una carga valorativa que le dé contenido, bajo el entendimiento de las discusiones ideográficas; esto es, aquellas que toman una aproximación holística, integrando en la investigación jurídica en particular, y en el derecho en general, aspectos relacionados con valores y fines que tienen por meta dotar de sentido axiológico, pues “buscan captar lo individual, lo biográfico y, por ende, lo irrepetible en el acontecer humano”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Hernández Valencia, Javier, “Introducción”, en *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012, p. 21.

<sup>23</sup> Salas Solís, Mainor E., “La explicación en las ciencias sociales: consideraciones inestimativas contra el dualismo metodológico en la teoría social”, *Reflexiones*, San José, vol. 84, núm. 2, 2005, p. 53.

Efectivamente, ya he señalado en otro momento que las tesis jurídicas con una visión compleja (o sociologista-empirista) parten de la premisa de que “El derecho puede ser estudiado también como una ciencia social reguladora de conductas que se establece para conducir a los hombres hacia determinados fines de progreso, paz y armonía individual y colectiva”.<sup>24</sup>

Esto se debiera desarrollar profusamente en el campo de las normas jurídicas, que no sean sólo un formato de reglas a seguir por mero apego legalista-positivista, sino que tiendan a darle un sentido humanista, en el entendido de que sea la persona humana el eje de acción de derecho y, por ende, de observación de la investigación jurídica.

Concordamos con que la persona humana, en sus conductas, “ya no es únicamente cogito, sino, y fundamentalmente, volo y ago”; y, en este sentido, “la virtud humana es aquello que hace bueno al acto humano y al hombre mismo, y esto es lo propio de la justicia”.<sup>25</sup> Aquello nos llevaría a inferir que ese mismo acto voluntario de libertad es el que tendría una carga de moral, en su realización y en la asunción de las responsabilidades eventualmente generadas de aquéllas, y esto implica asumir una carga valorativa personal/colectiva, pues “sólo el sujeto que conoce un valor, y que al conocerlo busca realizarlo en un acto libre de su voluntad, es capaz de responder moralmente por él”.<sup>26</sup>

Por ello, en las investigaciones jurídicas sobre los derechos humanos el investigador debe asumir en pleno el compromiso de buscar la materialización y realización de los mismos.<sup>27</sup>

Sin embargo, esta relación de justicia e igualdad establece su apego tanto en la norma jurídica en sí como en la propia conducta humana que lo dota de exigencias mínimas, pues “estas mismas nociones se llenan de contenido y se alzan como instituciones claves alrededor de las cuales las normas positivas cobran un relieve especial y novedoso”.<sup>28</sup> Esto, porque “la función directiva de la conducta nos sugiere que el

<sup>24</sup> Witker, Jorge, *La investigación jurídica...*, cit., p. 131.

<sup>25</sup> Este es el criterio asumido por Max Scheler, en Contreras Aguirre, Sebastián, “Fenomenología jurídica y derecho natural. Iusnaturalismo clásico y doctrina apriórica del derecho”, *Eikasia. Revista de Filosofía*, núm. 21, 2008, p. 60.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>27</sup> Corral Canciani, en *ibidem*, p. 66.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 58.

agente no puede prescindir de una toma de posesión valorativa”,<sup>29</sup> ya que “sólo la persona, en tanto que dotada de conciencia moral, es la instancia central de la normatividad y del problema jurídico”.<sup>30</sup>

Estas perspectivas de igualdad y condiciones de exigencia están hoy relacionadas con la consecución de lo que el exministro presidente de nuestra Suprema Corte, Juan Silva Meza, refirió como el mínimo vital, esto es, “la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo”.<sup>31</sup> No se trata de un tema menor, toda vez que rebota en una investigación jurídica compleja (sociologista-empirista), pues el investigador se tiene que sumergir en la realidad que investiga, y con ello entender que el entorno es mucho más complejo en sus comportamientos, que la mera aplicación normativo-jurídica apelada a la pretendida neutralidad de ésta.<sup>32</sup>

Es así que no basta una mera relación jurídico-positivista para pretender acercarnos a la realidad social, como objeto de investigación jurídica, cuando se dan una serie de supuestos de actualización de la norma jurídica que ayudan a profundizar estas desigualdades e injusticias sociales.

Como podemos apreciar, se trata de una dualidad creada al alero de la diferencia entre igualdad formal e igualdad material, en donde la realidad social desborda los pretendidos márgenes de suficiencia del

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>31</sup> Silva Meza, Juan, “El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia”, en Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 214.

<sup>32</sup> Este fenómeno se relaciona directamente con las desigualdades, en cuanto pareciera que “Estamos tan acostumbrados a las grandes desigualdades económicas y sociales que nos resulta fácil inmunizarse de su presencia. Pero si cualquier persona nos importa tanto como otra, resulta impactante que los sistemas sociales más efectivos, que hemos sido capaces de organizar, permitan que nazca tanta gente en condiciones de tan fortísima privación que les bloquea sus perspectivas para poder llevar una vida adecuada, mientras otros muchos cuentan para estos con buenos recursos desde el nacimiento, llegan a controlar recursos decisivos y son libres para disfrutar ampliamente de ventajas que están más allá de la condición de mera decencia”. Véase Nagel, Thomas, *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 74.

mero normativismo jurídico formal, para señalarle los campos reales en el aspecto del normativismo jurídico real.<sup>33</sup>

En segundo lugar, se procede a lo que sería una aprehensión de todas las dimensiones y aristas que están detrás de los derechos sociales. Desde esta mirada de abstracción articulada, relacionaríamos que la violación de tales derechos va más allá de su reconocimiento, exigibilidad y práctica social concreta, si no se observa la racionalidad del modelo económico que generan la pobreza, la desigualdad, la falta de vivienda, la educación, la salud, etcétera

De esa mirada, que lo da la totalidad y la aprehensión, debemos realizar recortes pertinentes y significativos de esa realidad, a fin de inscribir estos derechos sociales en una teoría general, que explique el origen y la carencia de tales derechos, que —de ser subjetivos— pasan a ser derechos objetivos de toda sociedad democrática de derecho.

El proceso metodológico que brevemente enunciamos pasa a la etapa de la *explicación*, y en ella los datos empíricos y estadísticos conforman complementos adicionales, pero que en ningún caso pueden predominar por sobre la reflexión y las interrogantes que el investigador, en esta materia, debe imperativamente realizar. Por ello, es fundamental distinguir claramente que lo epistemológico-metodológico es la vertiente sustancial muy separada de las técnicas de investigación propiamente tal, en donde la división entre cuantitativas y cualitativas juegan un papel fundamental.<sup>34</sup>

En el contexto del enunciando temático de los derechos sociales, surge una primera pregunta, que apunta a responder *para qué estudio los derechos sociales*, reflexión ésta que implica una opción necesariamente axiológica y no estrictamente legalista o dogmática. Y, además, puede orillar al investigador a comprometerse en investigaciones grupales de reconocimiento y vigencia de estos derechos en sectores marginales o vulnerables, materializando lo que se conoce como una investigación-acción.

Otra interrogante pertinente es identificar el contexto histórico en que se hace la interrogante anterior, en donde la temporalidad y lo es-

<sup>33</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 157-165.

<sup>34</sup> Tarrés, María Luisa, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Porrúa, 2004.

cial (local o nacional) pasan a jugar un papel fundamental, pues los derechos sociales son expresiones sociohistóricas que derivan de sistemas económicos con mayor o menor compromiso con la justicia social.

Un aporte complementario, que compendia texto y contexto en la realidad sociohistórica indeterminada y compleja, es la conceptualización de una idea-síntesis de derechos sociales que, para países como México, constituyen instrumentos auxiliares que, si logran reconocimiento y exigibilidad en tribunales, constituirían un gran aporte al Estado social de derecho al que México intenta construir. Así, los derechos económicos, sociales y culturales, que forman parte del orden jurídico nacional, encuentran bases constitucionales y legales adicionales en el concepto de “mínimo vital” del exministro Juan Silva Meza, ya anteriormente citado, que señala textualmente:

A reserva de hacer estudios más exhaustivos que permitan formar un criterio, el reconocimiento, aunque implícito, del derecho al mínimo vital también podría relacionarse con diversos preceptos que contemplan en qué campos debe darse esa protección básica y mínima. La incorporación de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación y al trabajo parecen configurar el piso mínimo que se ha asociado con el mínimo vital.<sup>35</sup>

El pensamiento del ministro Silva Meza se ajusta plenamente al pensamiento realista aplicable al derecho que hemos desarrollado líneas arriba, para lo cual la vinculación con el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como *Protocolo de San Salvador*, amplía el universo de conocimiento al respecto, a lo cual deben sumarse razonamientos vía argumentaciones principalistas, con lo cual inscribimos este objeto de conocimiento en el ámbito de la realidad sociohistórica, en la cual ningún precepto jurídico puede excluirse.<sup>36</sup>

En este sentido, se han establecido criterios complementarios de adecuación interpretativa, sobre todo desde la reforma constitucional en

<sup>35</sup> Silva Meza, Juan, “Mínimo vital”, en Cervantes Alcayade, Magdalena *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, Suprema Corte de Justicia-UNAM, 2014.

<sup>36</sup> *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales* (Juan M. Romero Martínez, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015).

materia de derechos humanos de 2011,<sup>37</sup> que tienen mayor incidencia en los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que son los que mayor impacto tienen cuando vemos esta dicotomía entre lo normativo formal y lo normativo material, a saber:

- *Igualdad jerárquica e indivisibilidad de derechos*, según el cual se rompe el esquema de que algunos derechos son ‘más importantes’ que otros, y por tanto son de primordial cumplimiento. Por lo menos desde 1993, con la Declaración de Viena de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de la ONU celebrada ese año, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos da paso a una cabal comprensión de derechos humanos, en que los derechos —en su amplio catálogo— vinculan de igual manera al Estado y a los particulares. Esta igualdad e indivisibilidad de los derechos ha salido de su esquema meramente teórico —y, por tanto, meramente programático—, para ser parte de diversos textos constitucionales (por ejemplo, Venezuela de 1999, Ecuador en 1998 y 2008, Guatemala en 1993, Nicaragua en 2003 y Bolivia de 2008), generando en los DESC igual categoría de derechos y obligaciones respecto de los civiles y políticos. Este es el objeto preciso de la reforma constitucional de 2011, cuando incorpora tales principios (de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad) al párrafo tercero del artículo 1o. de nuestra CPEUM.
- *Aplicación directa de los DESC, y rango constitucional de los tratados internacionales*, pues al existir una igualdad jerárquica entre los diversos derechos humanos, y por ende un mismo nivel de exigibilidad de ellos, existe igualmente un mismo nivel de aplicación directa de aquéllos; así, se ha establecido de manera constitucional en los ordenamientos respectivos de Venezuela, Ecuador y Bolivia.<sup>38</sup> Pero esa aplicación no sólo queda en lo que establezca la norma constitucional, pues también se ha insertado en diversos textos

<sup>37</sup> Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, pp. 2-5.

<sup>38</sup> Véanse artículos 22 constitucional venezolano (1999), 11.3 constitucional ecuatoriano (2008) y 109 constitucional boliviano (2009).

constitucionales latinoamericanos<sup>39</sup> la jerarquía constitucional y aplicabilidad de los DESC contenidos en tratados internacionales; esto es lo que, en el caso mexicano, señala el párrafo segundo del artículo 1o. CPEUM, al referirse a la interpretación conforme y al control de convencionalidad.

- *Principio de progresividad de los derechos*, mediante el cual se establece cada vez más un piso mayor de derechos, sin poder retrotraer, conculcar ni desconocer los derechos ya establecidos en el ordenamiento jurídico y su aplicación respectiva. También existe una relación constitucional amplia a nivel latinoamericano,<sup>40</sup> reforzada por los instrumentos internacionales en la materia,<sup>41</sup> de las que nuestra CPEUM recoge en el ya referido párrafo tercero de su artículo 1o. Además, existe una clara correlación al referido ‘derecho al mínimo vital’, esto es “a la cobertura de ciertas condiciones mínimas vinculadas con las necesidades básicas del individuo”.<sup>42</sup>
- *Cláusula abierta de reconocimiento de los derechos*, bajo el que se rompe el esquema meramente exegético de aplicación de los derechos humanos (y, particularmente, de los DESC) en la medida en que se encuentren establecidos en el catálogo constitucional, permitiendo que la labor jurisprudencial sea complementaria y enriquezca la labor legislativa, y por ende haga efectivo el principio de progresividad —ya enunciado más arriba—. En nuestra tradición jurídica, esta labor es de larga data, a través de la jurisprudencia como fuente formal y obligatoria del derecho, pero que se profundiza ahora con el llamado control difuso de convencionalidad, que preliminaramen-

---

<sup>39</sup> Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.

<sup>40</sup> A este respecto, en términos directos los artículos 5.XXXV y 11.4 constitucionales, respectivamente, Brasil y Ecuador. De forma indirecta, los textos constitucionales de Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Paraguay, entre otros.

<sup>41</sup> Artículo 4o. del Protocolo de San Salvador de la CADH, así como el Comentario General núm. 3 del Comité de la ONU sobre los DESC (1990), sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados con base al artículo 2.1 del PIDESC.

<sup>42</sup> Silva Meza, Juan, “El derecho al mínimo vital: su contenido y relevancia”, en Cervantes Alcayde, Magdalena *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 214.

te podemos conceptualizar como la capacidad que tiene el juzgador de resolver controversias aplicando la normativa que concuerde con una protección más amplia de los derechos humanos, consagrado específicamente en la parte final del párrafo segundo de nuestro artículo 1o. constitucional.

Estos derechos se buscan satisfacer mediante tres aristas de consagración:<sup>43</sup>

- Un conjunto de programas de seguridad social, con el fin de asegurar una seguridad económica mínima para todas las personas, la redistribución de los recursos y disminuir la pobreza;
- Una red de servicios sociales (en materia de salud, educación, vivienda, etcétera), y
- Una regulación del mercado laboral, que sea capaz de reconocer y proteger los derechos de los trabajadores.

Estas indicaciones buscan, sin lugar a dudas, superar estrictos esquemas normativistas que pretendan que las relaciones del ordenamiento jurídico tengan la pretensión de validez universal que se da intencionalmente a las ciencias naturales, y por ende incidan una forma de conducta humana uniforme, dependiente exclusivamente de lo que previamente ha establecido el legislador, sin tomar en cuenta los diversos factores que influyen en la sociedad y, por ende, en la propia conducta humana; esta última, en fin, la que pone en movimiento al propio ordenamiento jurídico, y convierte al derecho en un sistema vivo y permanentemente actualizado.

Para ello, las *acciones colectivas* se convierten en un pilar esencial a considerar, sobre todo para la justiciabilidad de los DESC. Este tipo de acciones procesales salen del marco individualista de considerar sólo a las personas como titulares de la legitimación activa, en la medida en que se entiende que los derechos colectivos son de titularidad colectiva: es decir, se posee un sujeto colectivo con intereses propios.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Noguera Fernández, Albert, voz “Derechos sociales”, *Diccionario de derechos humanos*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2012.

<sup>44</sup> Terruco, Neus, voz “Derechos colectivos”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 157.

Durante mucho tiempo se restringieron estas acciones por razones de minorías nacionales o étnicas, como lo hizo la ONU al aprobar la Declaración de los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (de diciembre de 1992) y del Consejo de Europa para aprobar el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (en 1994). Sin embargo, cada vez más se ha ampliado este abanico, en el entendido de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que entienden que la violación de éstos afecta no sólo la esfera individual, sino también la colectiva.

A partir de lo anterior, se han señalado las siguientes características de este tipo de acciones:<sup>45</sup>

- Los grupos colectivos están en la posibilidad de exigir la protección de sus derechos (así, el derecho a la propiedad de una comunidad indígena sobre su territorio);
- Quienes sean víctimas de una misma situación de violación de derechos humanos pueden ejercer los mecanismos jurisdiccionales de protección en conjunto (así, los dueños de predios expropiados);
- También tienen la legitimación activa quienes sean afectados por relaciones de consumo de bienes o servicios públicos o privados (por ejemplo, los usuarios de una compañía telefónica);
- Igualmente, se permite en el caso de violaciones del derecho al medio ambiente.

Aun cuando se han considerado tradicionalmente dentro de las llamadas *garantías extra institucionales o sociales*,<sup>46</sup> los derechos colectivos cada vez

<sup>45</sup> Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, 2014, p. 220.

<sup>46</sup> Para diferenciarlas de las garantías institucionales, entre las que tenemos las *jurisdiccionales o secundarias* (entre las que caben los procesos ante tribunales independientes, o nacionales —amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad— e internacionales —sistema universal, sistemas regionales, Corte Penal Internacional—) y *semijurisdiccionales* (nacionales —comisiones de derechos humanos— e internacionales —Comisión Interamericana de Derechos Humanos—). Véase Vázquez, Daniel y Delaplace, Dominique “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo de construcción”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, vol. 8, núm. 14, Conectas-Universidad de São Paulo, 2011, p. 49.

alcanzan un mayor grado de ejercicio de justiciabilidad a través de medios jurisdiccionales. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, estas acciones colectivas se han consagrado con la reforma del artículo 17 constitucional federal,<sup>47</sup> cuando señala en su párrafo tercero que “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”; aquello se ha consagrado en la reforma legal del 30 de agosto de 2011 al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código Civil Federal, a la Ley Federal de Competencia Económica, a la Ley Federal de Protección al Consumidor, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a la Ley General del Equilibrio Ecológico y a la Protección al Ambiente y a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Tal es la importancia de estas acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico nacional, que ya se ha considerado como parte de la legitimación activa en el medio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales más importante: el juicio de amparo. Así, véase el párrafo I del artículo 5o. de la Ley de Amparo:

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de *un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (las cursivas son mías).

Con la entrada en vigencia de un nuevo paradigma en materia de derechos humanos en nuestro país, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, actualizada con su consagración jurisdiccional en el juicio de amparo, es evidente que la justiciabilidad de los DESC, a partir de las acciones colectivas, adquirirán una dimensión mayor a considerar, lo que implicará una aplicación práctica del derecho dentro del contexto de la realidad social nacional, con lo cual se supera una falencia más de los DESC, que siempre han sido vistos, especialmente en su exigibili-

---

<sup>47</sup> Del 29 de julio de 2010.

dad, como una acción de derecho subjetivo individual, sin trascendencia o efectos sociales mayores, además de romper con el estigma de que los DESC sólo tienen una relación programática y no práctica.

## VI. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El propósito de estas reflexiones es llamar la atención de una ausencia notoria y evidente en las investigaciones jurídicas contemporáneas, que se expresa en la desvinculación total de los fenómenos jurídicos de las ciencias sociales, y específicamente de la realidad sociohistórica, en cuyo seno las normas jurídicas funcionan.
2. Este rescate científico del derecho exige un tremendo esfuerzo de creación e innovación en los investigadores mexicanos y latinoamericanos que cultivan la ciencia jurídica en general.
3. Al identificar la realidad sociohistórica de nuestros países, debemos ubicarnos en una evidente paradoja que nos ofrece el llamado estado del arte o conocimiento acumulado, que forma parte de todo enunciado temático que se problematiza en el proceso de creación o construcción de conocimientos nuevos.
4. La paradoja que mencionamos en el cuerpo de esta ponencia se refiere a que la cultura jurídica vigente en nuestras universidades, sigue anclada al concepto de Estado-nación, que privilegia las fuentes tradicionales de creación del derecho y que coexisten con una globalización jurídica que está presente desde los contratos, pasando por la *lex mercatoria* hasta llegar a los tratados internacionales de derechos humanos y las cortes internacionales en la materia.
5. Para registrar esta evidente disfuncionalidad, incursionamos por dos tipos de pensamientos, que son útiles para dar cuenta de ambas vertientes del estado del arte jurídico de la región:
  - a) El pensamiento teórico cognitivo, que registra sólo los textos y los discursos jurídicos internos dominantes.
  - b) El pensamiento complejo (sociologista empirista), que se ubica en una relación de conocimiento que abre enormes perspectivas al registrar texto, contexto y valores, planteando a los investigadores en materia de derechos humanos compromisos como sujetos históricos y no simples operadores neutros y asépticos.

6. De estos dos tipos de pensamiento se derivan consecuencias y aspectos metodológicos, que deben diseñarse y construirse con el aporte de nuevos investigadores de razonamientos abiertos y flexibles y no ligados a la dogmática conservadora tradicional, tan frecuente en nuestras universidades latinoamericanas.