

## EL DERECHO EN EL ÁMBITO DE LAS CIENCIAS SOCIALES\*

El Derecho como integrante del universo de las ciencias sociales ha seguido en parte los marcos referenciales genéricos que describimos precedentemente.

### I. EL POSITIVISMO Y EL NORMATIVISMO JURÍDICO

En este contexto de dualismo epistemológico surge, en el ámbito jurídico la obra de Hans Kelsen *Teoría pura del derecho*, texto que sentó las bases de lo que en la doctrina se conoce como positivismo jurídico, que ha marcado la forma de aproximación al estudio del derecho, aún en nuestros días, pese a la diversidad de autores e interpretaciones que sobre éste se han desarrollado desde principios del siglo XIX, dentro de la misma corriente y fuera de ella.<sup>1</sup>

Hans Kelsen, desde una perspectiva dualista, objetiva y por tanto avalorativa del derecho, en sentido netamente neutro, establece como objeto de estudio del derecho a la norma partiendo como hecho y no como valor, lo cual implica que no puedan emitirse juicios de valor en relación con la norma, tales como justo, injusto, bueno, malo.

¿Cómo logra objetivizar el comportamiento humano en la norma?, ¿cómo construye al derecho inserto en este dualismo epistemológico?

Para delimitar el objeto de estudio de la ciencia normativa, Kelsen en principio distinguió a las ciencias morales, dentro de la cual se encuentra la ciencia normativa, de las ciencias naturales, causales o explicativas, a partir del término de “ley”, que se aplica a ambas realidades con algunas diferencias. La ley natural se aplica a la explicación de hechos reales, es una proposición explicativa, proviene del plano del ser, donde todo está sujeto al principio de causalidad.

---

\* Texto seleccionado de Witker, Jorge, “Las ciencias sociales y el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 142, enero-abril de 2015, pp. 345-352.

<sup>1</sup> Corbetta, P., *Metodología y técnicas de investigación social*, Madrid, McGraw Hill, 2007, p. 14.

Las leyes morales (jurídicas, lógicas, gramaticales, estéticas) conocidas también con el nombre de normas son proposiciones que prescriben una conducta, exigen que algo sea o no sea, establecen que debe ser y lo que no debe ser, proponen lo que debería ser, formulan deberes; no aplican la ley de la causalidad, mostrando las causas de lo que sucede, sino que proponen lo que debería suceder.<sup>2</sup>

Se encuentran en un plano de idealidad.<sup>3</sup> Así que la primera distinción se realiza con base en el mundo del ser (ley natural) y el deber ser (ley moral o norma).

En segundo lugar, distinguió a la ley moral de la norma jurídica, la primera se encuentra en un punto intermedio entre la ley natural y la norma jurídica, dejando la contraposición formal entre ser y deber ser en segundo plano, causa de ello es que la moral es autónoma, es decir, son dictadas por el propio individuo para sí mismo o bien son aceptadas por el individuo cuando forman parte de un grupo, por eso sólo tiene validez o es obligatoria para aquellos que la acatan de hecho. En cambio, las normas jurídicas no son autónomas, las leyes no se las dan a sí mismos los propios individuos, el derecho es heterónomo, viene de un poder externo, la voluntad del Estado,<sup>4</sup> es válido para todos los individuos, aunque éstos no quieran o no acepten las normas.

En el ámbito del Derecho, la legislación se crea y se aplica al margen de la voluntad de los individuos a los que afecte: el deber ser jurídico, la validez de las leyes, es totalmente independiente del ser, o sea, de los deseos y otros movimientos psíquicos de los individuos. La forma (deber ser) es independiente del contenido, de la materia de las normas y de los destinatarios de ellas (el ser).<sup>5</sup>

Así Kelsen, en su obra *Los problemas capitales*, en donde sienta las bases de la teoría pura, considera a la norma como expresión de la vo-

---

<sup>2</sup> López Hernández, José, *Introducción histórica a la filosofía del Derecho contemporánea*, España, Universidad de Murcia, 2005, p. 65.

<sup>3</sup> Dice Kelsen que: “mientras las leyes naturales consideran el acaecer de que son testimonio como un acaecer real y efectivo, contemplando en su realidad, los hechos que forman el contenido de las normas sólo interesan a éstas desde el punto de vista específico de la idealidad”. Kelsen, Hans, *Problemas capitales del derecho y del Estado*, México, Porrúa, 1987, p. XLV.

<sup>4</sup> Voluntad del Estado vista como una construcción jurídica con vistas a la imputación, y no como un acto síquico.

<sup>5</sup> López Hernández, José, *Introducción histórica...*, cit., p. 67.

luntad del Estado, voluntad que es una construcción jurídica con vista a la imputación, que se expresa en un juicio hipotético bajo la siguiente fórmula: “Bajo tales o cuales circunstancias (es decir, ante una determinada conducta de los hombres), el Estado quiere que sucedan tales o cuales actos, tales o cuales consecuencias de la conducta antijurídica (penas o medidas ejecutivas)”.

Noción de norma que en la teoría pura modifica, como consecuencia de una relativización de la separación radical antes expuesta entre el mundo del ser y del deber ser. Al señalar que tanto en las ciencias naturales como en el derecho se producen actos humanos y también se atribuyen significados a éstos.

En este sentido, en el mundo del derecho tenemos hechos, a los cuales se les considera jurídicos, es decir lo primero es la identificación de un hecho que ocurre en el tiempo y espacio y lo segundo es la significación jurídica que se le da a ese hecho, acciones complementarias entre sí.

El significado o sentido subjetivo de un acto humano es aquel que le atribuye el sujeto que lo realiza, el sentido objetivo del acto es el que le atribuye el Derecho. En este sentido la norma es la que dota de sentido objetivo a los actos humanos, funcionando como un esquema de explicación de la realidad jurídica, en el cual se ordena, permite o autoriza un comportamiento humano.

Por lo tanto, en el Kelsen de *Los problemas capitales*, como en el Kelsen de la *Teoría pura del derecho*, la norma se configura como un objeto independiente del sujeto, de cómo éste la vive, de cuál es su sentimiento o su conciencia del deber, sin importar el hecho síquico. Construyendo epistemológicamente un dualismo.

Considerando lo anterior, de forma general partiendo del pensamiento de Kelsen, podemos señalar que, “el positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir al derecho en una auténtica ciencia, que posea los mismos caracteres de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales”,<sup>6</sup> entre ellos la neutralidad valorativa, es decir la rigurosa exclusión de juicio de valor (toma de posición frente a la realidad) del horizonte científico, quien debe formular exclusivamente juicios de hecho (conocimiento acerca de la realidad), obteniendo con ello un conocimiento puramente objetivo de la realidad. “Por tanto

---

<sup>6</sup> Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1998, p. 145.

el positivismo jurídico asume una actitud científica frente al derecho porque, como decía Austin, estudia el derecho tal como es y no como debiera ser. El positivismo jurídico consiste pues, en el estudio del derecho como hecho y no como valor”.<sup>7</sup>

García Máynez, recuperando el pensamiento de Bobbio en su obra *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, reafirma al positivismo como una forma de abocarse al estudio del derecho que presupone una rigurosa distinción entre el “Derecho real o existente” y el “Derecho ideal”, entre el Derecho como hecho y como valor, entre el “Derecho que es” y el “que debiera ser”.

Por tanto, esta corriente del positivismo jurídico, creada a la luz de positivismo científico y del siglo XIX y principios del siglo XX, ha propiciado un aislamiento del derecho del resto de las ciencias sociales en el ámbito epistemológico y metodológico.

Epistemológicamente, porque se establece un dualismo que otro paradigma de la investigación social ha superado, el constructivismo o interpretativismo, al señalar que no existe una separación entre el sujeto y objeto de estudio ya que estos se encuentran relacionados entre sí, otorgándole a la ciencia una tarea interpretativa de búsqueda de significado, cuyo objetivo es la comprensión y no tanto la explicación y búsqueda de leyes propias del positivismo científico. Incluso pospositivistas científicos ya no defienden el dualismo como separación y ausencia de interferencia entre las dos realidades. Se tiene conciencia de los elementos de perturbación que introduce en el objeto de estudio el sujeto que lo estudia y de la reacción que se puede derivar de ellos. La objetividad del conocimiento sigue siendo el criterio de referencia, pero sólo se puede lograr de forma aproximada.

Metodológicamente, porque considerar al derecho sólo como “norma”, en un plano ideal, de abstracción, anula otras dimensiones como el hecho social que permitirían la aplicación de métodos sociales cuantitativos (encuesta, análisis de datos cuantitativos es decir estadista) y cualitativos (etnografía, grupos focales, análisis de conversaciones, estudio de casos).

Por tanto, dentro del derecho se hace necesaria promover otra visión epistemológica más abierta que permita el acercamiento con las ciencias sociales y propicie por tanto la interdisciplinariedad, actualizando al derecho científicamente para enfrentar problemas y realizar investigaciones de frontera que resuelvan temas complejos como seguridad

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 146.

pública, clonación, regulación de ADN, maternidad subrogada, medio ambiente, educación en derechos humanos, costumbres contraria a derechos humanos, etcétera.

## II. EL REALISMO JURÍDICO<sup>8</sup>

Puede definirse al sociologismo o realismo jurídico como la concepción del derecho en que prevalecen los elementos conductuales entre los normativos. Se clasifican en dos grandes ramas: el realismo estadounidense y el realismo europeo; este último incluyendo al realismo escandinavo, que presenta un mayor desarrollo metodológico. Se aludirá a algunos pensadores representativos del primero y a Alf Ross como representativo del segundo.

Dentro del realismo de Estados Unidos, para Oliver Wendel Holmes el objeto de la jurisprudencia es predecir en especial lo que los tribunales harán en el futuro:

Los individuos desean saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de ir contra de lo que es mucho más fuerte para ellos, por lo que se proponen la tarea de discurrir cuando ese peligro ha de ser temido. El objeto de nuestro estudio es entonces la predicción de la interferencia de las fuerzas públicas a través del instrumento de los tribunales, entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más... Los derechos y deberes primarios con que la jurisprudencia se ocupa no son otra cosa que una profecía. Lo que se llama deber jurídico no es sino la predicción de lo que, si un hombre hace u omite ciertas cosas, tendrá que sufrir en una o en otra forma, en virtud de una sentencia del tribunal; pudiendo decirse lo propio de un derecho subjetivo. La obligación de celebrar un contrato de acuerdo con el common law, implica la predicción de que quien no lo cumpla tendrá que pagar los consiguientes daños y perjuicios, y nada más.

Y continúa Holmes:

Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fun-

---

<sup>8</sup> Witker, Jorge y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, México, Mc Graw Hill, 1997, pp. 148-53.

damental ¿qué es el Derecho? Encontrareis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de los que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que este le importa un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por derecho las profecías acerca de que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos.

Dentro del mismo realismo, Roscoe Pound, quien se inspira en Holmes, afirma que la investigación sociológica en el campo del derecho debe realizarse con un análisis de los factores preceptivos: reglas, principios, doctrinas; y de los intereses individuales, públicos y sociales. Según Pound, la generación anterior de juristas se contentaba con ocuparse de la justicia abstracta de las normas en abstracto, pero el trabajo de la nueva generación debe caracterizarse por el estudio de los efectos sociales concretos de institutos y doctrinas jurídicas, y de los medios para hacer operativas a las normas jurídicas; el estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de las leyes; el estudio de la metodología jurídica; elaboración de una historia sociológica del derecho, y reconocer la importancia de la solución razonable y equitativa en los casos particulares.

Pound reemplaza el racionalismo de la ciencia jurídica por el empirismo y pragmatismo, y niega la existencia de principios jurídicos eternos e inmutables. El derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su origen. Lo importante no es la naturaleza, sino el propósito del derecho, el cual es un instrumento de la civilización para mejorar el orden social y económico, que no se ocupa primordialmente de derechos, sino de intereses, aspiraciones y pretensiones. Un derecho es solamente el medio para la satisfacción de los intereses; se ha exagerado mucho su importancia en el pasado. Puesto que no es posible dar satisfacción a todos, el principio debe ser satisfacer tantas pretensiones como sea posible. En la medida que estas pretensiones e intereses se contraponen mutuamente, la función del derecho es armonizarlos y reconciliarlos. Así, el orden jurídico surge como un sistema de ingeniería social para eliminar la fricción en el goce de los bienes. La justicia puede lograrse con o sin el derecho; con el de-

recho significa una administración de justicia impersonal, igual y cierta, que pueda ser asegurada mediante principios decisorios de aplicación general. La justicia sin derecho es administrada según la voluntad de un individuo con gran libertad discrecional, que no está obligado a observar reglas fijas generales. La historia muestra una continua oscilación entre la discreción amplia y la regla detallada y estricta.

Por su parte, el realismo europeo, en su especie de realismo escandinavo, es representado por Alf Ross junto con Hagestrom, Olivecrona, Lundstedt y otros.

En oposición a la concepción normativista, en especial la Kelseniana, para Ross, en su primera época, el objeto de la ciencia jurídica es la conducta humana, entendida como fenómeno psicosocial —que es la aportación del realismo escandinavo—, pero sin aceptar la idea del realismo norteamericano, de que el derecho se reduce a hechos sociales. Rechaza la distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser, porque desde una perspectiva empirista moderna esa distinción no tiene cabida. La ciencia del derecho es una ciencia social empírica que tiene órdenes jurídicos determinados como objeto de conocimiento. En época posterior, replantea que el derecho consiste en fenómenos y normas, y la ciencia del derecho, en sentido estricto, se ocupa de las normas. Pero propone un concepto de norma que tiene las ventajas de las entidades empíricas verificables, de las que carecen los significados ideales, sin que se produzca una reducción de las normas a los hechos.

Para Ross, la coacción estatal no es una parte necesaria del derecho en el sentido de que cada regla deba contenerla, pero si es indispensable que un sistema, para ser jurídico, tenga que basarse en alguna parte en la coacción.

Ross indica que el estudio del derecho se divide en dos ramas: del derecho en acción, de los fenómenos jurídicos se ocupará la sociología jurídica; de las directivas o normas se ocupará la ciencia jurídica, la cual descubre el significado ideal que funciona como esquema de interpretación para los fenómenos. Ambas disciplinas no pueden separarse y sus límites no son claros, porque su diferencia es de enfoque y de interés.

## ¿ES EL DERECHO UNA CIENCIA?\*

El debate sobre si el derecho es ciencia o no proviene del siglo XIX. En 1847, el jurista alemán Von Kirchmann pronunció una conferencia que llevaba el título de “La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia”, en la que negó rotundamente que lo que hacen los juristas pueda ser llamado ciencia. Los argumentos de Kirchmann son los siguientes: es imposible que se pueda construir ciencia respecto de un objeto que carece de fijeza y permanencia, “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”; a consecuencia de ello es imposible aprehender el objeto; no se pueden aplicar métodos similares a los de las ciencias naturales, tales como la observación, la verificación y la experimentación; es un conocimiento que no progresa en la misma medida que las ciencias naturales, y los resultados del derecho también carecen de utilidad porque son variables y poco certeros. En conclusión, la variabilidad del objeto, la ausencia de progreso, la falta de certeza y de utilidad, impiden que el derecho sea ciencia.

Los argumentos de Von Kirchmann pueden ser desmontados, así sobre el problema de la variabilidad del objeto, se puede decir que el carácter de científico de un conocimiento no reside exclusivamente en el objeto sino en el conocimiento mismo. En cuanto a la afirmación sobre el escaso progreso del derecho, ésta se puede desmentir fácilmente a la luz del desarrollo dogmático en el derecho de las últimas décadas, por ejemplo, la aparición de nuevas ramas del derecho, nuevos modelos de aproximación al estudio del derecho, nuevos y variados enfoques metodológicos y epistemológicos, etcétera. Sobre la falta de certeza, se puede indicar que la indeterminación que pueda existir en la dogmática jurídica no siempre conduce a la duda absoluta ni tampoco puede calificarse de inútil, pues de la deliberación y discusión de argumentos entre los dogmáticos pueden encontrarse soluciones, si no sólidas al menos plausibles o aceptables para los prácticos del derecho. El dere-

---

\* Texto seleccionado de Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, UNAM, 2009, pp. 44 y 45.



cho no es un conocimiento inútil porque permite perfeccionar su objeto de estudio, el que cumple en la sociedad múltiples funciones sociales: estructurar la convivencia social, premiar o castigar conductas, promover el cambio social, etcétera.

El profesor Atienza, sin embargo, le da la razón a Von Kirchmann en un punto y considera que el asunto está mal planteado y que:

La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de científico. Nos encontramos, pues, con un nuevo caso de “definición persuasiva”, como lo prueba el hecho de que la polémica ha quedado circunscrita a los juristas de países de derecho continental, y no se plantea en los del *common law* (ni se planteó tampoco, al menos como un problema importante, en la jurisprudencia romana), donde los juristas gozan de un prestigio indiscutido. En otras palabras, Von Kirchmann tenía razón —y la sigue teniendo— al sostener que la jurisprudencia no es una ciencia... la jurisprudencia es una técnica.

## JURISDICCIÓN\*

### I. CONCEPTO

Etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva de dos raíces latinas. En primer término, *iurisdictio*, *-onis*, que significa “poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio”. Otro precedente latino se encuentra en las voces latinas *jus*, derecho, y *dicere*, proclamar, declarar, decir. De acuerdo con esto último, jurisdicción significa decir el derecho.

Estas definiciones etimológicas no se apartan mucho de lo que, en materia procesal, quiere decir jurisdicción. El concepto a seguir en este ámbito es el siguiente: es la facultad que tiene el Estado para dirimir litigios de trascendencia jurídica, a través de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, mediante la aplicación de normas jurídicas e individualizadas.

Ciertamente, el Estado cuenta, entre su cúmulo de atribuciones, con la de instalar órganos —precisamente llamados jurisdiccionales— que se encargan de impartir justicia entre los gobernados. Esos órganos, por regla general, son públicos y pertenecen al Poder Judicial de la Federación, a los poderes judiciales locales, o bien, al Poder Ejecutivo, como en el caso del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. No obstante, existe también la posibilidad de dirimir controversias a través del arbitraje; éste constituye un medio no judicial de solución de conflictos en virtud del cual, las partes, de común acuerdo, se someten a la decisión de un árbitro, el cual emite un laudo, no una sentencia. Cabe señalar que los arbitrajes en materia laboral constituyen un caso especial, ya que las juntas de conciliación y arbitraje, aun cuando formalmente no son tribunales, cuentan con plena jurisdicción para emitir sus laudos y para hacerlos cumplir incluso coactivamente.

---

\* Texto seleccionado de *Manual del justiciable. Elementos de teoría general del proceso*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 51-55.

## II. CLASIFICACIÓN

Puede clasificarse a la jurisdicción, entre otros, de acuerdo a los siguientes criterios:

1. *Voluntaria y contenciosa*. Esta clasificación se basa en la existencia o inexistencia de una controversia. La jurisdicción voluntaria tiene lugar cuando no hay una controversia a resolver, al contrario de lo que ocurre con la contenciosa, donde necesariamente debe haberla.
2. *Federal, local y concurrente*. Está en función del nivel de gobierno al que pertenezcan los órganos jurisdiccionales. Así, la jurisdicción federal es la que corresponde a los juzgados y tribunales de la Federación, la local es la que ejercen los juzgados y tribunales estatales, así como de la Ciudad de México, y la concurrente supone la intervención, en la misma especie de asuntos, de órganos del Poder Judicial de la Federación y de la entidad federativa del territorio de que se trate.
3. *Propia y delegada*. La jurisdicción propia —o “retenida”— la concede la propia ley a los órganos jurisdiccionales, a través de disposiciones en las que se establece exactamente cuál es su jurisdicción; en cambio, la jurisdicción delegada entraña que un órgano con jurisdicción propia delegue parte de ésta en otro órgano.
4. *Judicial y arbitral*. La primera es la que corresponde a los juzgadores de los poderes judiciales de la Federación, de los estados y del Distrito Federal; en cuanto a la arbitral, la tienen los integrantes de órganos —públicos o privados— que desempeñan labores de arbitraje.
5. *Ordinaria, especial y excepcional*. La ordinaria es aquella a la que se atribuye el conocimiento de asuntos no reservados a una jurisdicción especial, que es la que tiene lugar en atención a las cualidades de una persona que sólo se puede ver involucrada en un tipo específico de asuntos; por ejemplo, un militar. Por último, la jurisdicción excepcional se relaciona con lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé la improcedencia de procesos sustanciados ante tribunales especiales. La creación de un tribunal especial para que conozca de un solo asunto, daría lugar a esta especie de jurisdicción.

6. *Constitucional*. Es la que corresponde a los órganos especializados en la resolución de asuntos derivados de la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales; en México, la jurisdicción constitucional en sentido estricto le corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO\*

El Estado moderno nace durante la llamada Baja Edad Media, bajo la premisa de los elementos esenciales que, con los respectivos vaivenes, se mantienen hasta hoy: “territorio”, “soberanía”, “población”. Esta noción de concentración del poder en manos del rey, respecto de la población ubicada en un territorio determinado, se da como reacción a la atomización del poder político que había supuesto el carácter socioeconómico del feudalismo, así como beneficiado por la circunstancia histórica del fin de las Cruzadas.

Característica de esta primera etapa del Estado moderno sería el poder absoluto del monarca, que tendría reacciones, ya manifestadas primigeniamente en la insular Inglaterra desde la *Carta Magna* de 1215, daría lugar en el siglo XVIII al proceso de la Ilustración, cuyo resultado político plasma las ideas de Montesquieu y Rousseau en las Revoluciones estadounidense de 1776 y francesa de 1789. De esta última, destacan la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* y la *Constitución Política de 1789*, y del primer documento citado se extrae el núcleo estructural del constitucionalismo contemporáneo, en su *artículo 16*: “Toda sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

El Estado de derecho, en cuanto a sus bases fundamentales y filosóficas, se encuentra principalmente en las obras de Kant y de Humboldt. Básicamente, consiste actualmente en la:

Sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el cumplimiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones reconocidas y no retroactivas en tér-

---

\* Texto seleccionado de Witker, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*, México, UNAM, 2016, pp. 30-34.

minos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

Normalmente, se adjudica al jurista alemán Robert von Möhl quien acuñó hacia 1829 la expresión *Staatsrechts*, que significa “Estado de derecho”, por oposición a *Machtstaat* o “Estado de fuerza”, o Estado de la monarquía absoluta, y a *Polizeistaat* o Estado de Policía; en el Estado de Fuerza, el “*rex facit legem*”, mientras que en el Estado de derecho, “*lex facit regem*”. Por su parte, sería Otto Bähr quien publicó en el año 1864 un libro con este título, partiendo de la idea de que el concepto del Estado de derecho no significa que éste reglamente, mediante preceptos, la vida que en él se desarrolla, ni que limite sus fines a la realización del derecho, sino que tal Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia. El concepto de Estado de derecho —como ya he mencionado— supone básicamente que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones, contrariamente a lo que ocurría en la monarquía absoluta, donde el monarca era *legibus solutus*. Se trata de respuesta del liberalismo de la Ilustración, en oposición al *ancien régime* anterior a la Revolución Francesa de 1789.

Pero, el Estado (liberal) de derecho sólo permitía entregar y respetar, por parte del Estado, derechos y libertades civiles y políticas, sin respetar necesariamente las *condiciones de vida* de los habitantes/ciudadanos de cada país. Los movimientos sociales de Europa en la segunda mitad del siglo XIX, la llamada “cuestión social” de fines del siglo XIX/ inicios del siglo XX, la Revolución mexicana de 1910, la Segunda República Española de 1931 y la Revolución rusa de 1917, llevaron a la palestra la necesidad de que el Estado también debía ocuparse de los llamados *derechos económicos, sociales y culturales* (DESC, en la terminología pedagógica de los derechos humanos), pues, ¿cómo puede concebirse suficiente el poder votar, elegir y ser elegido, pensar, reunirse, manifestarse, si no se tiene una vivienda digna, una educación digna, un sistema de salud digno, un trabajo digno?, ¿puede concretarse real y plenamente el derecho a la vida, si no están garantizados aquellos otros derechos? Así, la Constitución Política mexicana de 1917, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia y la Constitución de Weimar de 1918, y la Constitución de la Segunda República Española de 1931, abrieron el camino para el reconocimiento por el Estado de dichos derechos, sin dejar de respetar los derechos

civiles y políticos, convirtiéndose el Estado (liberal) de derecho en un “Estado social de derecho”.

Ya a fines del siglo pasado, sobre todo tras la evidencia del desastre que el llamado “Consenso de Washington” y la consecuente aplicación de políticas económicas neoliberales en la región, vino la pregunta necesaria: ¿es suficiente que el Estado me permita elegir periódicamente sus autoridades, consagre en sus textos fundamentales derechos económicos, sociales y culturales, cuando en la práctica las decisiones cardinales sean tomadas sin considerar la participación activa de sus ciudadanos? Por ello, se concibe una nueva etapa de democratización del Estado, donde las decisiones sean tomadas en forma “participativa” y no sólo “representativa”, como lo presenta la doctrina constitucional clásica, a través del llamado “Estado democrático y social de derecho”. Ejemplos claros son los textos constitucionales de casos de Alemania, Italia, Francia, Portugal, Suiza, Polonia y España, además de los textos vigentes de Colombia, Brasil, Venezuela, Ecuador y Bolivia, en nuestro continente.

En fin, y después de las experiencias extremas del siglo XX, la actual concepción del Estado se percibe como de amplio respeto de los derechos humanos en su plenitud, en virtud de lo que el concepto de democracia es inclusivo en todos sus niveles, y donde el principio de supremacía constitucional (y, por tal, el de soberanía nacional) cede ante el sistema jurídico internacional, sobre todo cuando este último amplíe el ámbito de protección de los derechos humanos, dando real claridad al *principio de progresividad* establecido en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (es decir, que cada vez se profundicen y consoliden más).

El entendimiento del Estado democrático y social de derecho es un reforzamiento del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero es también un reconocimiento a nivel teleológico, por parte del Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado democrático y social de derecho es un Estado (sobre todo) democrático, en que la democracia es entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: democracia política como método de designación de los gobernantes y participación activa de los gobernados, y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad.

Como consecuencia, el Estado asume un rol esencial en la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales, al entenderse la importancia de dicho rol en un mundo neoliberalmente globalizado.

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD\*

### I. INTRODUCCIÓN Y DEFINICIONES

Dentro de los contenidos de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, uno de los que más destaca en la interpretación del juez y de toda autoridad jurisdiccional (y no sólo judicial) ha sido la del control de convencionalidad.

Efectivamente, en aras del desarrollo de una mejor forma de garantizar los derechos humanos contenidos en el catálogo constitucional (e internacional), dice relación con este mecanismo de relativamente reciente data (su inclusión en el sistema interamericano de derechos humanos no data más allá de tres lustros)

Hay que aclarar que la doctrina ha variado en relación con su definición. Para el argentino Víctor Bazán, éste:

Consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos... y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...<sup>1</sup>

Por su parte, para la académica mexicana *Roselia Bustillo Marín*, se trata de un

mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH<sup>2</sup>.

---

\* Texto seleccionado de Witker, Jorge, *Derechos de las personas extranjeras*, México, UNAM, 2016, pp.

<sup>1</sup> Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Bogotá, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 17 y 18.

<sup>2</sup> Bustillo Marín, Roselia, *El control de convencionalidad. La idea del bloque de*



La Corte IDH ha definido a esta figura como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, sobre todo en cuanto “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho órgano<sup>3</sup>. Por tal, se debe entender de que existe una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte de la CADH, respecto a interpretar toda norma jurídica nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la misma CADH y, en general, con el llamado *corpus iuris* interamericano; si llega a existir una manifiesta incompatibilidad entre la norma interna y el referido *corpus iuris* interamericano, es obligación de las respectivas autoridades estatales el de abstenerse de aplicar la norma nacional, con el objeto de evitar la violación de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Así, estas autoridades estatales han de ejercer de oficio el control de convencionalidad, actuando siempre en el ámbito de sus respectivas competencias, así como tomando en cuenta las debidas regulaciones procesales establecidas en su legislación interna.

## II. DESARROLLO HISTÓRICO

A un destacado jurista mexicano debemos el nacimiento de la figura del control de convencionalidad. Precisamente, fue Sergio García Ramírez, quien, en su calidad de juez de la Corte IDH, emitió un voto concurrente en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,<sup>4</sup> ahí, García Ramírez señala que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.<sup>5</sup>

---

*constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 6.

<sup>3</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, *cit.*, t. I, A-F, p. 233.

<sup>4</sup> *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2003, San José, Corte IDH, 2003.

<sup>5</sup> *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, *cit.*, párr. 27 del voto concurrente.

El propio García Ramírez reiterará dicho criterio (también mediante voto concurrente) en el *Caso Tibi vs. Ecuador*,<sup>6</sup> al sostener que la tarea de la Corte IDH

se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Éstos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía.<sup>7</sup>

Tal doctrina fue reafirmada por la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en 2006,<sup>8</sup> a propósito del Decreto Ley NÚM. 2191 de 1978, y la “justificación” que hasta entonces asumía el Estado chileno para evadir sus responsabilidades internacionales.<sup>9</sup> Con base en su propia jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte IDH declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto Ley, indicando que

en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana

---

<sup>6</sup> *Caso Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, San José, Corte IDH, 2004.

<sup>7</sup> *Caso Tibi vs. Ecuador*, *cit.*, párr. 3 del voto concurrente.

<sup>8</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, San José, Corte IDH, 2006, párr. 124.

<sup>9</sup> Decreto Ley núm. 2.191, que Concede amnistía general, bajo las circunstancias que indica, por los delitos que señala, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, núm. 30.042, del 19 de abril de 1978.

no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.<sup>10</sup>

Se trata de una línea que es coherente con lo que establece cuando indica que

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.<sup>11</sup>

Se trata de un precedente que se ha reiterado (incluso precisando sustancialmente diversos aspectos conceptuales), como *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)*,<sup>12</sup> *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)*,<sup>13</sup> *Radilla Pacheco vs. México (2009)*,<sup>14</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)*,<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, cit., t. I, A-F, p. 234.

<sup>11</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 124.

<sup>12</sup> *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, San José, Corte IDH, 2006, párr. 128.

<sup>13</sup> *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, párr. 180.

<sup>14</sup> *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, San José, Corte IDH, 2009, párr. 339.

<sup>15</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, San José, Corte IDH, 2010, párr. 225.

y *Caso Gelman vs. Uruguay (2011)*,<sup>16</sup> así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).<sup>17</sup>

Aquí es importante indicar quiénes tienen la obligación de aplicar este control. Reproduciendo al argentino Víctor Bazán, el mexicano Miguel Carbonell identifica cuatro etapas de la jurisprudencia:<sup>18</sup>

- Sólo el Poder Judicial (*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*);
- Todos los órganos del Poder Judicial (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*);
- Todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles (*Caso Cabrera García Montiel Flores vs. México*); y, actualmente,
- En cualquier autoridad pública, y no sólo del poder judicial (*Caso Gelman vs. Uruguay*).

---

<sup>16</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, San José, Corte IDH, 2011.

<sup>17</sup> *Caso Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, San José, Corte IDH, 2013.

<sup>18</sup> Carbonell Sánchez, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 14 y 15.

## EL ACTO ADMINISTRATIVO

### I. ¿QUÉ ES UN ACTO ADMINISTRATIVO?

Es la manifestación unilateral de la voluntad de un órgano administrativo competente, encaminada a crear, reconocer, modificar, transmitir, declarar o extinguir derechos u obligaciones.

Como ejemplos de actos administrativos se pueden mencionar los permisos, las licencias, las autorizaciones, las clausuras, las certificaciones, las expropiaciones, los registros, etcétera.

### II. ¿QUÉ ELEMENTOS DEBE REUNIR UN ACTO ADMINISTRATIVO?

Según la doctrina y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los elementos que debe reunir un acto administrativo son:

1. *Sujeto*. Debe ser expedido por órgano competente a través de un servidor público y, en caso de que dicho órgano fuere colegiado, debe reunir las formalidades de la ley o decreto para emitirlo.
2. *Voluntad*. Debe ser expedido libre de error respecto a la identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas, y sin que medie dolo o violencia en su emisión.
3. *Objeto*. Debe tener por objeto uno que pueda ser materia del acto; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley.
4. *Motivo*. El acto administrativo debe estar fundado y motivado, es decir, la autoridad administrativa debe citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para emitir el acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables. Cabe señalar que, con respecto a la fundamentación, la Suprema Corte

\* Texto seleccionado de *Manual del justiciable. Materia administrativa*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 21-28.

de Justicia de la Nación estableció que no es necesario que las autoridades administrativas citen la jurisprudencia aplicable al caso, aun cuando ésta declare la inconstitucionalidad de una ley, ya que, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la Ley de Amparo, la jurisprudencia solamente obliga a los órganos jurisdiccionales.

5. *Fin*. El acto administrativo debe cumplir con la finalidad del interés público, regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos.
6. *Forma*. Debe constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición.

### III. ¿QUÉ EFECTOS TIENE UN ACTO ADMINISTRATIVO?

Son múltiples los efectos que puede producir un acto administrativo; sin embargo, de la teoría puede desprenderse, entre otras, una clasificación general que atiende a los efectos en relación con los particulares y a los efectos respecto de la administración pública.

En relación con los particulares, los efectos del acto administrativo son la creación, modificación, transmisión, declaración o extinción de derechos y obligaciones. Como ejemplo puede mencionarse el pago de una pensión a un jubilado. El efecto para el particular será la determinación de su monto, pues ello implica la creación o determinación de un derecho a favor de éste.

Respecto al órgano administrativo, los efectos del acto administrativo consisten en la realización misma de la actividad encomendada al órgano de la administración pública. En el ejemplo de la pensión, el efecto para la administración será el pago de ésta.

Debe señalarse que la autoridad, en atención a su competencia, está obligada a observar los requisitos que las normas establecen para el acto administrativo. Lo anterior responde al principio de legalidad, que se traduce en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. Así, por ejemplo, un acto administrativo será nulificado o anulado si lo realiza una autoridad incompetente.

### IV. ¿CÓMO SE EJECUTA UN ACTO ADMINISTRATIVO?

Existen actos administrativos que entrañan ejecución automática, es decir, con el hecho de que la autoridad cumpla determinados requisi-

tos para su emisión, el acto se considera ejecutado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de un registro.

Sin embargo, cuando el acto administrativo impone a los particulares alguna obligación o les produce o puede producir alguna afectación en su esfera jurídica, se pueden presentar dos supuestos:

1. Que el acto se obedezca voluntariamente por el particular;
2. Que no se obedezca voluntariamente.

Frente a este último supuesto, para evitar que la obligación quede incumplida, el Estado puede llevar a cabo, de acuerdo con la situación concreta, las siguientes acciones:

1. La ejecución directa, con lo que sustituye al particular en el cumplimiento de la obligación; por ejemplo: una clausura.
2. La imposición de una sanción, para compeler al particular al cumplimiento; por ejemplo: la imposición de una multa.
3. La coacción física, que se ejecuta en la persona del particular; por ejemplo: la aplicación forzosa de una medida sanitaria cuando se presenta una epidemia.

## V. ¿CÓMO PUEDE EXTINGUIRSE UN ACTO ADMINISTRATIVO?

El acto administrativo se extingue de pleno derecho, por las siguientes causas:

1. Cumplimiento de su finalidad.
2. Prescripción o caducidad.
3. Cuando la formación del acto administrativo esté sujeta a una condición o término suspensivo y éste no se realice dentro del plazo señalado en el propio acto.
4. Acaecimiento de una condición resolutoria.
5. Renuncia del interesado, cuando el acto hubiere sido dictado en exclusivo beneficio de éste y su extinción no sea en perjuicio del interés público.
6. Por revocación, cuando así lo exija el interés público, de acuerdo con la ley de la materia.

El acto administrativo que se extingue deja de producir efectos jurídicos, lo que puede resultar dañoso para un particular que, en virtud del

acto, hubiera adquirido un derecho. La revocación, por ejemplo, procede sólo si la autoridad tiene facultades para determinarla; en tal caso, si una autoridad incompetente extingue un acto al revocarlo, el particular afectado puede recurrir a los tribunales administrativos o a los federales de amparo para solicitar una reparación.

#### **VI. ¿QUÉ ES EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO?**

Es el conjunto de formalidades y actos que, de manera directa o indirecta, determinan los requisitos que preceden al acto administrativo, para que éste sea válido y cumpla un fin específico.

La regulación de este procedimiento no está unificada. Depende de la materia de que se trate; así, por ejemplo, tanto la Ley Federal de Procedimiento Administrativo como el Código Fiscal de la Federación prevén procedimientos de este tipo.

#### **VII. ¿QUÉ SON LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS?**

La infracción administrativa es una transgresión o violación a las normas administrativas y que amerita una sanción de la misma naturaleza. Como un ejemplo se puede citar la infracción a la Ley Federal de Radio y Televisión, consistente en la emisión no autorizada de los textos de anuncios o propaganda comerciales que requieran previamente la aprobación oficial.



## LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO<sup>1</sup>

El reconocimiento ha sido defendido como una necesidad profundamente humana. Más aun, diversos autores consideran el reconocimiento colectivo como una condición indispensable para el ejercicio de los derechos individuales, pues las personas pertenecen a una cultura societal que le da significado a sus decisiones individuales. Si se niega la existencia o validez de esa pertenencia, se puede afectar la propia capacidad de comportarse como un agente autónomo. En las últimas décadas, América Latina ha sido testigo de lo que José Bengoa ha llamado la “emergencia indígena”. Se trata de la irrupción de diversos movimientos indígenas reclamando, en general, una nueva relación con sus Estados, basada justamente en el reconocimiento de los derechos colectivos que les corresponderían en su calidad de pueblos pre-existentes al propio Estado. Estas reivindicaciones indígenas han sido acogidas en el seno de la comunidad internacional, traducándose primero, en el Convenio núm. 169 de la OIT de 1989.

Este instrumento reconoce derechos a los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, además de establecer mecanismos de participación política (consulta indígena), y reconocer el derecho que les asiste a ejercer un control progresivo sobre los programas de salud y educación dirigidos a ellos, entre otras cosas. El punto culminante de esta recepción de la demanda indígena en la arena internacional se dio en 2007, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas, con la participación de Chile, adoptó la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas (DDPI). Este documento va más allá que el mencionado Convenio, reconociendo directamente que los pueblos indígenas, como cualquier otro pueblo, tiene derecho a la libre determinación, expresada en el auto-gobierno en el seno de los Estados en que habitan (autonomía), con las consecuencias que ello conlleva. Por su parte, las reivindicaciones

---

<sup>1</sup> Texto seleccionado de Meza-Lopehandía G., Matías, *Pueblos indígenas y Constitución*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2008, pp. 37-45.

ciones indígenas también han tenido impacto a nivel constitucional en América Latina, y también en otros países, como Canadá.<sup>2</sup>

Diversas constituciones de la región, casi siempre emanadas de asambleas constituyentes, han incluido disposiciones que reconocen y valoran la diversidad cultural de sus respectivos países, lo que incluye, al menos implícitamente, a los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, Brasil, en su Constitución de 1988 establece el deber del Estado de proteger “las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas” (artículo 215), y les reconoce derechos territoriales (cap. VIII). En Colombia, la Constitución de 1991 “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (artículo 7), sin perjuicio de otras disposiciones que siguen de cerca lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.<sup>3</sup> Por su parte, la Constitución argentina de 1994 ordena al Congreso “[r]econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” (artículo 75.17). También Guyana, Paraguay, Perú y Venezuela cuentan con disposiciones, e incluso capítulos completos, que reconocen a los pueblos indígenas y les asignan derechos colectivos. Frente a la alternativa multicultural, países como Ecuador y Bolivia han optado por consagrar el carácter plurinacional del Estado. Aunque la Constitución de Ecuador (2008) es explícita al respecto (artículo 1), el paradigma en esta materia es la Constitución boliviana de 2006. Ésta reconoce la existencia precolonial de los pueblos indígenas, y su derecho a la libre determinación (artículos 2 y 3). A partir de esto, la Constitución reconoce la democracia comunitaria como medio de generación de autoridades (artículo 11.II.3), la proporcionalidad de la representación indígena en el parlamento (artículo 146.IV), establece un Tribunal Constitucional integrado con criterios de proporcionalidad (artículo 196.I), y en general, incluye las instituciones indígenas en la estructura general del Estado (artículo 30.II.5), entre otros aspectos distintivos. En Sudamérica, sólo Chile, Uruguay y Surinam, carecen de reconocimiento explícito a los pueblos indígenas, pese a que los tres países cuentan con dicha población.<sup>4</sup> Es más, en el más

---

<sup>2</sup> De hecho, este último país, en su Ley Constitucional de 1982, reconoció la vigencia de los derechos de los indígenas (*aboriginal rights*) y aquellos emanados de los tratados celebrados entre aquéllos y la Corona británica (*treaty rights*).

<sup>3</sup> Entre ellas, reserva escaños en el Senado a los representantes indígenas (artículo 171), reconoce la jurisdicción especial indígena (artículo 246), y establece los territorios indígenas como partes de la organización territorial del Estado (artículo 286).

<sup>4</sup> Generalmente se afirma que en Uruguay no existe población indígena. Sin embargo, de acuerdo a las estadísticas oficiales, el 4% de la población declara tener as-

amplio contexto constitucional latinoamericano (que incluye Centro y Norteamérica), el reconocimiento es la regla general.

---

cendencia indígena (INE Uruguay, 2010). Es importante tener presente que el principal elemento de identificación indígena en el derecho internacional es la autoidentificación individual y colectiva, sin perjuicio del elemento objetivo (descender de las poblaciones originarias) (*cfr.* artículo 1 Convenio 169 OIT).

## RECURSOS GENÉTICOS Y BIOPIRATERÍA\*

### I. RECURSOS GENÉTICOS, SU IMPORTANCIA Y PROTECCIÓN, BIOPIRATERÍA

De acuerdo a Teresa Agüero, investigadora de ODEPA:

los recursos genéticos, exponentes tangibles de la biodiversidad presente en nuestro planeta, adquieren cada día mayor importancia y utilidad, principalmente por el fuerte desarrollo de la investigación biotecnológica, por el uso por parte de la industria farmacéutica, por la actividad de la industria de semillas, que busca la obtención de nuevas variedades vegetales, y por la fitomedicina. Tienen un rol clave en el desarrollo agrícola y forestal, por su contribución para enfrentar los desafíos ambientales, como son la desertificación, la adaptación al cambio climático, el estrés hídrico, la aparición de nuevas plagas y enfermedades, entre otros. Esta expansión tecnológica ha permitido una valorización de los recursos genéticos y, consecuentemente, una creciente demanda.<sup>1</sup>

En general, los países proveedores de recursos genéticos corresponden a los países que se encuentran en desarrollo; en cambio, los países usuarios de estos recursos genéticos son los poseedores de las tecnologías, que fundamentalmente son los países desarrollados. De esta manera, los recursos genéticos pueden constituir una importante fuente económica para muchas naciones en vías de desarrollo. Estos recursos están vinculados, en muchas ocasiones, con el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas y locales y por consiguiente constituyen un patrimonio natural e intelectual invaluable desde el punto de vista social, económico, cultural y ecológico que se constituye en un poderoso estímulo para que los países en desarrollo... legislen sobre la protección y el acceso a sus recursos genéticos.<sup>2</sup> Por su parte,

---

\* Texto seleccionado de Hafner, Annette y Williams, Guido, *Recursos genéticos y biopiratería: casos y sanciones en legislación comparada*, Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015, pp. 2-4.

<sup>1</sup> Disponible en: <http://www.odepa.gov.cl/odepaweb/publicaciones/doc/2283.pdf> (fecha de consulta: enero de 2015).

<sup>2</sup> Pérez Salóm, J. "El derecho internacional y el Estatuto de los Recursos Genéti-

el artículo 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica,<sup>3</sup> es actualmente la principal normativa internacional que rige el acceso a los recursos genéticos. Este artículo trata los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios generados por su utilización. Además, reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y estipula que el acceso a dichos recursos será sometido al consentimiento previo de la Parte Contratante que proporciona tales recursos. Cabe señalar que el mismo Convenio sobre Diversidad Biológica, en su artículo 2, describe recursos genéticos como el material genético de valor real o potencial, siendo este último considerado como todo material de origen vegetal, animal, microbiana o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia. A la luz de los conceptos referidos, un recurso genético es todo aquel que, estando constituido por el ADN (material genético), pueda tener un valor real o potencial. De acuerdo a Rodríguez Bertoldi, la característica central del artículo 15 es que:

El acceso a un determinado recurso genético está vinculado a contraprestaciones anteriormente inexistentes que afectan especialmente a la Parte usuaria de un recurso genético, entre las que destacan:

- la transferencia de tecnologías, incluidas las biotecnologías,
- la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de cualquier modalidad de utilización,
- la realización de investigaciones científicas con la participación del proveedor y
- la adopción de medidas legislativas, administrativas o de política que faciliten la distribución de los beneficios derivados de la utilización comercial o de otra naturaleza.<sup>4</sup>

La misma autora menciona que:

la finalidad de este artículo es promover el intercambio de recursos genéticos y, con ello, el desarrollo económico de los países poseedores mediante un reparto justo y equitativo de los beneficios comerciales, tecnológicos y/o

---

cos", *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, vol. XIII, 1997, p. 373.

<sup>3</sup> Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992 y que entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

<sup>4</sup> Disponible en: [http://www.reei.org/reei%2011/M.Rodrigues\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/M.Rodrigues(reei11).pdf) (fecha de consulta: enero de 2015).

científicos obtenidos a partir del recurso explotado. Por otra parte, estos beneficios pueden cumplir una función ambiental, ya que en muchos casos serán empleados en la conservación de la biodiversidad.<sup>5</sup>

Una forma de vulnerar la propiedad de los recursos genéticos y el reparto justo de los beneficios comerciales mencionado es mediante la biopiratería. Al respecto, Vandana Shiva<sup>6</sup> señala que biopiratería es el: “Uso injustificado de los sistemas de propiedad intelectual, con el objeto de asegurar la legitimidad de la apropiación exclusiva y en esta misma dirección, del control sobre múltiples recursos, productos y procesos biológicos, que se relacionan, fundamentalmente, con la diversidad biológica”.

---

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> Ramírez, Hugo, *Biopiratería: notas en torno a sus significados jurídicos*, Ponencia al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/saldyder/pdf/5-239s.pdf>, cit. por Shiva, Vandana, *Protec or plunder? Understanding Intellectual Property Rights*, Londres, Zed Book, 2001, p. 49.

## DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES\*

### I. DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:<sup>1</sup> “Los derechos económicos, sociales y culturales son los derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención de la salud y la educación”.

No hay una definición única de lo que cada uno de los derechos mencionados implica, ya que depende de la legislación nacional de cada país, y/o de los convenios y otros instrumentos internacionales vigentes.

No obstante, la Oficina presenta una lista básica de los DESC. Ésta se resume de la siguiente manera:<sup>2</sup>

- Derechos de los trabajadores:
  - Prohibición del trabajo forzado.
  - Derecho de aceptar o rechazar un trabajo.
  - Salario equitativo y justo.
  - Limitación de las horas de trabajo y suficiente tiempo libre.
  - Seguridad e higiene en el lugar de trabajo.
  - Afiliación a sindicatos, derecho de huelga.
- El derecho a la seguridad social y a la protección social:
  - No denegación de manera arbitraria o no razonable.
  - Derecho a la igualdad en el disfrute de la adecuada protección.

---

\* Texto seleccionado de Hafner, Annette, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución. Derecho comparado*, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2014, pp. 2 y 3.

<sup>1</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Folleto informativo “Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf> (fecha de consulta: junio de 2014).

<sup>2</sup> *Idem*.

- La protección de la familia y la asistencia a ésta:
  - Contraer matrimonio mediante libre consentimiento.
  - Protección de la maternidad y paternidad.
  - Protección de los hijos de la explotación económica y social.
- El derecho a un nivel de vida adecuado:
  - Derecho a la alimentación y protección contra el hambre.
  - Derecho a una vivienda adecuada, agua y vestido.
- El derecho a la salud, que incluye el derecho:
  - Acceso a las instalaciones, los bienes y los servicios relacionados con la salud.
  - Condiciones ambientales y laborales saludables.
  - Protección contra enfermedades epidémicas.
  - Protección de la salud sexual y reproductiva.
- El derecho a la educación:
  - Enseñanza primaria gratuita y obligatoria.
  - Enseñanza superior accesible y progresivamente gratuita.
  - Derecho de los padres de escoger la escuela de los hijos.
- Los derechos culturales:
  - Participación en la vida cultural.
  - Derecho a compartir los adelantos científicos y beneficiarse de ellos.
  - Derecho a la protección de los intereses morales y materiales de autor.

## II. MARCO LEGAL INTERNACIONAL

El fundamento de la codificación supranacional los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta ha sido complementada, en 1966, por el Pacto Internacional sobre los DESC. En 2008, se estableció un Protocolo adicional facultativo respecto de los DESC.

El Pacto Internacional sobre los DESC<sup>3</sup> contiene derechos, obligaciones, compromisos y normas materiales en materia de los DESC. En particular, establece los siguientes derechos:

- Derecho al trabajo (en condiciones justas y favorables).
- Derecho a la protección social.

---

<sup>3</sup> Pacto disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> (fecha de consulta: junio de 2014).



- Derecho a un nivel de vida adecuado.
- Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la participar en la vida cultural.
- Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico.

El Protocolo adicional facultativo<sup>4</sup>, por su parte, atribuye nuevas competencias al Comité de los DESC<sup>5</sup>, para recibir y examinar comunicaciones (que se explican a continuación) conforme a lo dispuesto en el Protocolo. Asimismo, se establecen dos mecanismos nuevos para la mejor protección de los DESC:

- Los individuos, grupos de personas u organizaciones que los representan pueden presentar “comunicaciones” al Comité por violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. El Comité hace las investigaciones necesarias y emite un dictamen, junto con recomendaciones.
- El Comité puede hacer investigaciones en los Estados partes, en caso de que reciba información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto.

---

<sup>4</sup> Protocolo disponible en: [http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/law/docs/A.RES.63.117_sp.pdf) (fecha de consulta: junio de 2014).

<sup>5</sup> El Comité de los DESC ha sido establecido en 1985 para asumir las funciones de monitoreo otorgadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en el Pacto sobre los DESC. Más información disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIndex.aspx> (fecha de consulta: junio de 2014).

## CÁRDENAS Y EL INICIO DE LA ECONOMÍA MIXTA (PLAN SEXENAL)\*

Con esta política pública, de claro perfil social y nacionalista, el cardenismo inicia los proyectos que intentan materializar las aspiraciones originales de la Revolución de 1910, cuyas bases jurídicas se han analizado en los capítulos precedentes.

Para materializar la economía mixta, Cárdenas impulsa el primer plan sexenal que, por su importancia, pasamos brevemente a resumir:<sup>1</sup>

- a. Que México debía realizar una política nacionalista para proteger mejor sus riquezas naturales.
- b. Debía hacerse efectivo el principio constitucionalista de nacionalización del subsuelo, mediante la recuperación de los recursos naturales.
- c. Debía ejercerse una estricta vigilancia en la operación de las distintas empresas extranjeras.
- d. Debía promoverse el desarrollo de la minería, el petróleo, la industria, la agricultura, etcétera, con recursos nacionales, creándose cuerpos técnicos para promover la exploración de los yacimientos minerales y petrolíferos, aumentando las reservas nacionales en función del desarrollo industrial, regulando la operación de la industria existente por medio de la creación de consejos de planificación industrial, etcétera.
- e. Debían suprimirse las formas de intermediación comercial que deforman el mercado y desvían de los renglones productivos el excedente económico, dilapidándolo. Con ello, se debía procurar la eliminación de las formas negativas de concentración de capitales.

---

\* Texto seleccionado de Witker Velásquez, Jorge, *El constitucionalismo económico de la carta de Querétaro 1917-2017*, México, LXIII Legislatura de la H. Cámara de Diputados, 2016, t. II, pp. 85-87.

<sup>1</sup> Cabrera Guerrero, Héctor, *Estructura económica y política de la historia de México*, México, Guajardo, 1978, p. 77.

- f. Debían tomarse medidas para elevar la capacidad de compra de las grandes masas, con lo cual se perseguía el fortalecimiento del mercado interno.
- g. Debía lograrse la redención económica y social de los campesinos, dotándolos no sólo de tierras y aguas, sino organizándolos y capacitándolos económicamente. Para asegurar lo anterior, se proponía la formación de cooperativas, incremento del crédito agrícola, introducción de maquinaria y fertilizantes, así como la construcción de obras de riego y vías de comunicación.
- h. Finalmente, debía impulsarse la educación, mereciendo preferencia la educación rural, indicándose los porcentajes para tal fin, que eran de un 15% en 1934 a un 20% en 1939.

Mediante este instrumento, con el cual se inicia la planeación económica en México, y que Cárdenas lo implementó a través de un órgano consultivo *ad-hoc* llamado Comité Asesor Especial, para su seguimiento y evaluación, culminando con una oficina técnica responsable, inscrita en la Secretaría de Gobernación.

## LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. ELEMENTOS PRELIMINARES\*

La tesis, como trabajo intelectual, es una forma de investigación, esto es, un proceso sistemático de ejercicios analíticos y sintéticos que se dan entre un sujeto (inquisidor, investigador o postulante) y un objeto (material o espiritual) en cuya relación se busca alcanzar un producto científico nuevo o diferente.

Para comprender la tarea de hacer una tesis jurídica debemos detenernos brevemente en los pasos que sigue toda investigación científica, que son: curiosidad, observación, abstracción, comprobación y tesis o producto científico.

Estos pasos operan entre los dos elementos que se presentan dialécticamente. El sujeto (yo o el estudiante-investigador) y el objeto, esto es, en nuestro caso, el derecho como ciencia social normativa que regula conductas individuales y sociales y que se nos presenta como institución jurídica, de relación jurídica, idea o concepto jurídico-social, hecho social con efectos jurídicos relevantes, etcétera.

Veamos cómo se articulan los pasos señalados:

### a. La curiosidad

Es el primer momento en la relación sujeto-objeto y opera en el área cognoscitiva del sujeto cuando entra en contacto con los diversos objetos jurídicos del conocimiento. La curiosidad es una inquietud que surge en el estudiante y que lo predispone para fijar su mente en algún atributo, característica o institución de un objeto determinado. La curiosidad es consecuencia de varios factores, generalmente derivados del medio sociocultural del estudiante y del contacto positivo y orientador de maestros que naturalmente transmiten entusiasmo y creatividad en los grupos.

---

\* Texto seleccionado de Witker Velásquez, Jorge, *La investigación jurídica. Bases para la tesis de grado en derecho*, 3a. ed., México, Publilex, 2016, pp. 29-31.

### *b. La observación*

Es la etapa siguiente y supone una revisión general de la bibliografía sobre el objeto de la curiosidad a disposición del estudiante y las discusiones preliminares con maestros especializados en el tema, con lo cual vamos, lentamente, sometiendo a nuestra conciencia el objeto posible, siempre que se inscriba en campos temáticos que nos gusten. Se trata de fijar la mente en algo y “verlo” (observarlo) detenidamente.

### *c. La abstracción*

Es la etapa clave de toda tesis o investigación, pues en ella el estudiante o el investigador, conocedor de los principales aspectos del objeto observado, comienza a dialogar en voz alta, a plantearse interrogantes, es decir, a proyectar senderos posibles, variables a verificar, pistas de acercamiento, que serán la base de toda investigación o tesis, y sus posibles productos o metas científicas. Es el inicio de la problematización temática. En esta etapa, el tutor de la tesis debe jugar un papel sustancial, pues su experiencia y conocimiento en el tema serán la mejor ayuda del estudiante que se inicia en la dura tarea de saber elaborar próximamente las hipótesis, pues de ellas depende el resultado final de la investigación.

### *d. La comprobación*

Este cuarto paso o etapa, denominada por algunos como la parte artesanal de la tesis, supone el comprobar o descartar los elementos o variables contemplados en la o las hipótesis de trabajo. Aquí vamos de lleno a trabajar con las técnicas de investigación (documental o de campo), opción que estará determinada por la composición y estructura de la hipótesis o preguntas que nos hemos hecho en la etapa anterior. En esta etapa, el estudiante debe saber recolectar la información pertinente para validar las conjeturas que se planteó en relación al objeto, materia de su investigación o tesis.

## PROBLEMAS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA E INVERSIÓN EXTRANJERA\*

### I. LA TECNOLOGÍA

Los países industrializados destinan sumas crecientes a la investigación tecnológica, convencidos de que se trata de una inversión redituable, y efectivamente lo es, dado que es la base de la productividad, además de que el proceso de traspaso tecnológico, tal como se verifica actualmente, ha hecho de la tecnología una mercancía que se vende a altos precios en un mercado monopolizado por sus propietarios.

Hay una estrecha vinculación entre el desarrollo y la tecnología, ya que ésta constituye un prerrequisito para alcanzar aquél; pero también el desarrollo es indispensable para que pueda darse el progreso tecnológico. Esta suerte de “círculo virtuoso” acontece en la realidad en los países desarrollados, mientras que en el mundo en desarrollo se convierte en un “círculo vicioso” que no es fácil de romper.

En efecto, la carencia de recursos financieros, aunada a la urgencia de resolver necesidades básicas de la población, conduce a postergar o hasta a abandonar la investigación y el desarrollo tecnológicos, lo que a su vez trae como consecuencia la “pobreza” tecnológica que se observa en casi todos los países no industrializados.

México es un país en desarrollo con enormes carencias todavía no resueltas y con una población mayoritariamente marginada de los beneficios del progreso, y al igual que en las demás naciones que componen ese heterogéneo grupo, es el Estado el que fundamentalmente enfrenta el gasto en estas actividades, obviamente de manera incompleta y además generalmente ineficiente.

La crisis financiera que se desencadenó a partir de 1995 ha traído como consecuencia que el Estado mexicano destine cada vez menos recursos financieros a este renglón fundamental, por lo que la brecha

---

\* Texto seleccionado de Witker Velásquez, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 12a. ed., México, Publilex, 2016, pp. 210 y 211.

tecnológica que separa a México de los países industrializados se ha venido ensanchando.

No obstante, para enfrentar la crisis se adoptó un nuevo modelo de desarrollo que pone el acento en la apertura comercial y la interrelación con otras economías, tratando de provocar en el aparato productivo una actitud más propicia a generar exportaciones.

La apertura comercial es un reto para los empresarios, pero constituye también una oportunidad para la modernización del aparato productivo. Mejorar los procesos productivos significa introducir tecnologías de “punta”, mejorar la planta es obtener nuevos y más modernos equipos tecnológicamente avanzados y no descartar la automatización. Todo esto implica la necesidad de alcanzar una adecuada importación tecnológica y una rápida asimilación de lo importado, aunada a la realización de actividades propias de investigación que propicien innovaciones en procesos y productos.

Por su parte, el gobierno debe apoyar los esfuerzos del sector productivo mediante el fortalecimiento de la infraestructura científica y tecnológica, y propiciar el desarrollo de la tecnología en las instituciones de investigación con acciones que faciliten y promuevan la vinculación entre ambos.

El progreso tecnológico se manifiesta en la elevación del monto de los bienes y servicios que el aparato productivo pone a disposición de los consumidores, es decir, en el incremento de los volúmenes de producción; pero su impacto no es sólo cuantitativo sino también cualitativo, ya que la tecnología permite acceder a la productividad y provoca cambios importantes en los hábitos de consumo y en el modo de vida de las personas.

Nadie puede dudar que el desarrollo de la ciencia y la tecnología se alimenta constantemente de los frutos de la capacidad inventiva del ser humano, máxime si se reconoce que la tecnología es dinámica por naturaleza, y en esa constante evolución la propiedad intelectual funge como el motor que propicia su aceleramiento.

## LA JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO\*

La justicia es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico; su realización es un objetivo fundamental de nuestro Estado constitucional democrático, que tiene a su cargo —como una de sus tareas fundamentales— dirimir controversias jurídicas, con la justicia como fin.

El acceso a la justicia es el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses mediante una resolución pronta, completa e imparcial.

Este acceso a la justicia se instaura sobre la base de que este es un servicio público, que encuentra fundamento en instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo segundo; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10; así como el artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

En el contexto de nuestro Estado social de derecho, la función de la justicia debe estar acorde con sus ejes rectores. La idea de justicia debe partir de una concepción instrumental y no finalista; concebir la administración de justicia no como un fin en sí mismo sino como un medio para conseguir determinados fines sociales<sup>1</sup>, fines que son funciones cardinales del Estado, encaminadas a garantizar una calidad de vida digna para los ciudadanos. Esta labor es encomendada a funcionarios públicos, jueces y magistrados, quienes deciden sobre la vida y libertad de aquellos, frente a la exigencia de una correcta prestación del servi-

---

\* Texto seleccionado de Witker Velásquez, Jorge, “Justicia y cambio cultural en la formación judicial en México”, *Judicatus*, Monterrey, 2a. época, año 1, núm. 2, 2009, pp. 4-7.

<sup>1</sup> Toharia, J. J., citado por Tajadura Tejada, Javier, *Reflexiones en torno a la configuración de la justicia como servicio público*, XXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado, Madrid, 2001.



cio público correspondiente. Los responsables deben ser funcionarios altamente especializados, pues tienen a su cargo un servicio público que responde a una demanda social en términos formales (conforme a derecho) y materiales (pronta, expedita y eficaz) de los ciudadanos.

La idea de justicia puede ser concebida como una organización de una determinada expresión potestativa de la autoridad estatal, que nos refiere, en específico, al Poder Judicial.<sup>2</sup> Los jueces y magistrados, como funcionarios públicos, están ligados al Estado por una innegable relación de servicio público. De esta manera, se convierten en los exponentes máximos de justicia como servicio público y, al igual que ella, requieren de una mayor legitimidad.<sup>3</sup> Ante la sociedad, el Poder Judicial está comprometido a obtener una legitimación de origen y de ejercicio, una síntesis entre lo normativo y lo fáctico, entre la legalidad y la eficacia.<sup>4</sup>

El grado de legitimación del Poder Judicial está dado por la percepción de sus usuarios. Una imagen total de satisfacción es imposible, porque el derecho siempre asistirá a una de las partes y difícilmente se contará con el beneplácito de todos los contendientes. Aunado a ello, el Poder Judicial tiene gran dificultad en comunicar y valorizar su acción usando cínicamente argumentos jurídicos que, en ocasiones, no resultan acordes para el sentido común e idea generalizada acerca de lo que es o no justo. Es por ello que para una mayor legitimación del Poder Judicial debe concentrarse en la legitimidad de su actuar, que en el contexto actual reside en una adecuada formación judicial y modernización en la impartición de justicia, traducidas en decisiones fundamentales congruentes con el orden jurídico y el contexto social. La satisfacción de los usuarios de la justicia se encuentra en el seno de un cambio de paradigmas del modelo tradicional, que hoy ha sido altamente cuestionado por la opinión pública.

El Poder Judicial no es un fin en sí mismo; como servicio público persigue satisfacer las demandas de los ciudadanos, atendiendo las funciones tradicionales de la gobernanza, que son mantener la paz social y resolver las controversias que se susciten entre los miembros del conglomerado político. Actualmente, el papel del Poder Judicial tiene

---

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> La idea de justicia implica la legitimación y limitación de las autoridades-poderes públicos.

<sup>4</sup> Canales Aliende, José Manuel, "El servicio público de la justicia: actualidad y perspectivas", *Política y Sociedad*, Madrid, núm. 20, 1995, pp. 63-70.

competencia y capacidad para garantizar los principios fundamentales de la democracia, influye de manera determinante en la implementación y ejecución de las políticas públicas, interactúa con agentes de otros poderes en un contexto jurídico-político y se encuentra permanentemente en la mira de la opinión pública.