

LOS DERECHOS HUMANOS: NUEVO ESCENARIO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Jorge WITKER*

RESUMEN: La investigación jurídica desarrollada hasta la fecha en los países de Derecho continental románico, se ha expresado bajo la orientación positivista en una forma de temáticas jurídicas cristalizadas, y que responden a una concepción exclusivamente normalista del derecho, con lo cual la actividad de investigación se da en la separación total entre el sujeto investigador y el objeto de estudio, noción ésta propia de la aplicación del método científico de las llamadas ciencias duras o naturales, al campo de los fenómenos jurídicos. Esta concepción, ampliamente extendida en nuestros medios académicos, ha propiciado la separación del derecho de las ciencias sociales, convirtiendo, en consecuencia, nuestro objeto de conocimiento en un objeto dado, determinado y fragmentado respecto de los otros insumos que conforman y articulan las demás ciencias sociales. Dicha concepción, plantea para el investigador jurídico una relación con el conocimiento jurídico acumulado, repito, ya dado, es decir, estamos frente a un pensamiento cognitivo entre investigador y el fenómeno jurídico. La visión anterior segmenta el objeto de estudio jurídico y lo excluye, tanto de los hechos regulados u operadores y o sujetos impetrados, y de los interés protegidos y tutelados por la norma, esto es, axiológico valorativo que está en general en toda norma e institución jurídica. Se trata de utilizar el pensamiento cognitivo para registrar el conocimiento sobre determinado recorte de conocimiento jurídico específico. Este pensamiento proyecta teorías y preconceptos, que cierran espacio a conocimientos nuevos sobre lo dato y cristalizado del problema jurídico a investigar. En síntesis, estamos ante un pensamiento que construye, en la tarea investigativa, una relación del sujeto con un conocimiento jurídico cristalizado, acumulado y dado.

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

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, pensamiento teórico, pensamiento cognitivo jurídico, pensamiento epistémico.

ABSTRACT: Legal research developed to date in Roman civil law countries, has expressed under the positivist orientation in a form of crystallized legal topics, and respond to an exclusively normalist conception of law, with which research activity occurs in the total separation between the research subject and the object of study, concept is the application of the scientific method of the so-called hard or natural sciences, to the field of legal phenomena. This concept, widely extended in our academic environments, has led to the separation of the right to social sciences, therefore making our object of knowledge on a subject given, determined and fragmented with respect to other inputs that make up and articulate the other social sciences. Such a concept, raises for the legal researcher related to accumulated legal knowledge, I repeat, as given, we have a cognitive thinking researcher and the legal phenomenon. The anterior view segments the object of legal study and excludes it both the regulated acts and operators and or entreated, and of the interest subject protected and protected by the rule, that is, axiological value is in general on all standard and legal institution. It's using cognitive thinking to record knowledge about particular clipping of specific legal knowledge. This thought projected theories and preconceptions, enclosing space to new knowledge about data it and crystallized the legal problem to investigate. In synthesis, is a thought that builds on the investigative task, a relationship between the subject with a crystallized, accumulated and given legal knowledge.

KEYWORDS: Human rights, theoretical thinking, legal cognitive thought, epistemic thought.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El pensamiento teórico o cognitivo jurídico.* III. *El pensamiento epistémico.* IV. *El pensamiento epistémico aplicado al Derecho.* V. *Los derechos económicos, sociales y culturales, y el pensamiento epistémico.* VI. *Consideraciones Generales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Si aceptamos la premisa que el Derecho integra el universo de las ciencias sociales, se hace necesario inscribirlo en el ámbito de las realidades socio-históricas, dinámicas y complejas.

En efecto, el Derecho expresa relaciones jurídicas, instituciones, intereses y valores, que responden a contextos socio-históricos, 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, etc.) 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 metodología¹.

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 socio-histórica impetrada, 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 asimila exclusivamente con las leyes, el fenómeno jurídico pierde potencialidad y se vuelve una expresión separada totalmente de la realidad socio-histórica a la cual debe aplicar.²

Para abordar con perspectiva constructivista dicha disfunción, y para efectos de las investigaciones jurídicas, se plantea hacer un distinguir 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.

Al respecto, se propone en esta ponencia 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

¹ Zemelmann M., Hugo, “*Pensar teórico y pensar epistémico: Los retos de las ciencias sociales Latinoamericanas*”. Instituto Pensamiento y cultura en América A. C. México, 2013.

² Romero Martínez, Juan Manuel, “*Estudios sobre la argumentación jurídica principalista, Bases para la toma de decisiones judiciales*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2015.

en tiempo y espacio específico, es decir, una relación con el conocimiento jurídico vigente; aquí el pensamiento tiene contenido, 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 la primera opción, se habla de un pensamiento teórico o cognitivo; y, para la segunda se habla de un pensamiento epistémico.

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 incide a quedarse en la descripción normativa de los numerosos tratados internacionales de los derechos humanos, dando por cristalizado y dado 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 socio-histórica. En cambio, bajo un pensamiento epistémico, 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 del Derecho. Aquí la mirada o ángulo visual del investigador (pensamiento sin contenido) va a determinar la construcción de conocimientos.

A describir estás 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 O COGNITIVO JURÍDICO

Aquí se da la relación separada totalmente entre el sujeto y el objeto en las investigaciones, y que expresa la idea 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 ciertas y verdaderas sin consideración alguna a los contextos y a la llamada realidad socio-histórica.

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, y 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, que la globalización como proceso incide en la práctica de los operadores jurídicos, mientras la enseñanza jurídica, los textos de la enseñanza jurídica, 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 género, las ONG ambientalistas y laborales, y la llamada nueva *lex mercatoria* (OMC, OCDE, CAFTA, NAFTA, FMI, etc.), elementos 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.³

No está demás 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 socio-histórica actual. En efecto, y a saber:

- 1) 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;
- 2) 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;
- 3) 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,
- 4) Finalmente, la identidad entre Estado y nación, aspecto que —con la globalización cultural, empresarial y de consumo— se ve menos cla-

³ Witker, Jorge. *Metodología de la enseñanza del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2008.

ra que nunca. Aquí, el pluralismo étnico juega un papel significativo en la sociedad internacional actual.⁴

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?

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 1° de la Carta Fundamental— van a estar condicionados a qué se entiende por Derecho vigente y, en consecuencia, según este pensamiento, las garantías individuales son en parte reflejo de estos derechos, y su observancia y estudio se hará bajo la perspectiva positivista tradicional. El investigador de este pensamiento describirá y analizará los derechos fundamentales con criterios quizás 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 únicos y unívocos 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 socio-histórica, basada en segmentos parciales de esa realidad y con no poca subjetividad de apreciación e interpretación de los fenómenos socio-jurídicos de épocas pasadas y diferentes a la realidad actual.

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

⁴ Rodríguez Garavito, César. *Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina*, en obra colectiva, “El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”, Coord. César Rodríguez Garavito. Editorial, siglo veintiuno. Buenos Aires, Argentina, 2011.

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 al 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, confundándose 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 socio-histórica, que se caracteriza por ser cambiante, indeterminada y compleja. Decimos realidad socio-histórica, contemplando texto y contexto presente en una investigación jurídica cualquiera.

También tenemos como característica presente en este tipo de investigaciones, el concepto de seguridad, que se expresa en coherencia y construcciones lógicas, de la cual deriva una supuesta realidad socio-jurídica determinada, fija e inmutable. Se afirman, como premisa dogmática, significados unívocos que cierran la realidad y no 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.

Aquí se observa cómo la visión parametral, cristalizada y dada de la realidad socio-jurídica 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.

III. EL PENSAMIENTO EPISTÉMICO

Partiendo de una subjetividad de posibilidades del investigador, se plantea en este pensamiento una relación de conocimiento ante la realidad socio-histórica, 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 fijas e inmutables, máxime que derivan de discursos y narrativas previas a esta dinámica realidad.

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.

Para intentar resolver esta doble vertiente de posibilidades, el pensamiento epistémico 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.

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 aquellas.

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:

- 1) La realidad socio-histórica constituye una articulación en movimiento, que obliga, en cualquier recorte de observación, a distinguir entre *lo dado* y *lo dándose* (*texto y contexto*).
- 2) Esta exigencia implica distinguir entre las referencias empíricas (como *lo dado*) y los requerimientos de la potencialidad (como *lo dán-*

dose), que cumplen en su conjunto la función de requisito de objetividad (totalidad).

- 3) El concepto de realidad como movimiento cumple una función epistemológica, y no la de ser su concepción ontológica.
- 4) La teoría se subordina al esfuerzo de reconstrucción del problema, que ha servido como punto de partida para aproximarse a su especificidad histórica.
- 5) 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 emerge del cotejo entre *lo dado* y *lo dándose*.
- 6) Así se ubica el razonamiento sobre la realidad histórica en un campo más vasto que el de la teoría.⁵

Lo anterior nos permitiría señalar tres momentos o pasos que podríamos llamar ‘etapas metodológicas’ que derivan de un pensamiento epistémico, consecuencia de una relación de conocimiento que aspira a construir nuevo conocimiento.

El primer paso, como vimos anteriormente, derivado de la totalidad, es la *aprehensión*, consistente en una forma articulada de razonar, la cual se restringe a delimitar que 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 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.

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.

⁵ Zemelman Merino, Hugo, “*Los horizontes de la razón*”, Editorial, Antropos. Barcelona, España, 1992. Tomo I y II, 225 p. y 101 p.

Cabe señalar que para el pensamiento epistémico 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 EPISTÉMICO APLICADO AL DERECHO

Como hemos señalado desde inicio, el Derecho no es ajeno a la realidad socio-histórica 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 principista; y a la vez puede ser *significado*, en el sentido de ser un campo cerrado (jurisprudencia unívoca).

Según lo anterior, en la tradición jurídica teórica-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 base que sirve para la aplicación de la norma será la interpretación reiterada del juzgador. Sin embargo, si aplicamos el pensamiento epistémico nos orilla al campo de lo *significante*, para avanzar hacia la dinámica realidad socio-histórica, y que puede servir para diseñar nuevas reflexiones más flexibles sobre la aplicación del Derecho; aquí vemos cómo el pensamiento epistémico 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.

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.⁶

⁶ Hart, Herbert Lionel Adolphus, "El concepto de derecho", trad. Genaro Carriro. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. p.322.

2. *La idea de potencialidad*

Este concepto, que surge de esta forma de observar la realidad socio-histórica, 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.⁷

V. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Y EL PENSAMIENTO EPISTÉMICO.

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 epistémico 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."⁸

⁷ Zemelman, Hugo. "*El conocimiento como desafío posible*". Instituto Politécnico Nacional, México, 2009.

⁸ 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.

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 socio-histórica concreta, y mucho menos con la proclamada defensa del principio *pro homine*.

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 genera la pobreza, la desigualdad, la falta de vivienda, educación, salud, etc.

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 que 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.⁹

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

⁹ Tarrés, María Luisa. “*Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*”, Ed. Porrúa, México, 2004.

Un aporte complementario, que compendia texto y contexto en la realidad socio-histórica 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’ que el Ministro Juan Silva Meza 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 vital¹⁰.

El pensamiento del Ministro Silva Meza se ajusta plenamente al pensamiento epistémico aplicable al derecho que hemos desarrollado líneas arriba, para lo cual, la vinculación con el Tratado de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Pacto de San José, amplía el universo de conocimiento al respecto, a lo cual, debe sumarse razonamientos vía argumentaciones principistas, con lo cual, inscribimos este objeto de conocimiento en el ámbito de la realidad socio – histórica en la cual ningún precepto jurídico puede excluirse.

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 socio-histórica, 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.

¹⁰ Silva Meza, Juan. “*Mínimo vital*”, ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Coord. Cervantes Alcayade, Magdalena, *et al.*, Suprema Corte de Justicia/UNAM, México, 2014.

- 3) Al identificar la realidad socio-histórica 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 solo los textos y los discursos jurídicos internos dominantes.
 - B) El pensamiento epistémico, que se ubica en una relación de conocimiento que abre enormes perspectivas a 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 consecuencia 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.
- 7) Estas líneas recogen los aportes trascendentales que realizó el Dr. Hugo Zemelman Merino, en el colegio de México, lamentablemente fallecido, a quién rendimos homenaje y que nosotros solo extendemos al ámbito del derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- HART, Herbert Lionel Adolphus, *“El concepto de derecho”*, trad. Genaro Carriro. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- HERNÁNDEZ VALENCIA, Javier, 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 Na-

- ción y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “*Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina*”, en obra colectiva, “El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”, Coord. César Rodríguez Garavito. Editorial, siglo veintiuno. Buenos Aires, Argentina, 2011.
- ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel. “*Estudios sobre la argumentación jurídica principalista, Bases para la toma de decisiones judiciales*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 2015.
- SILVA MEZA, Juan. “*Mínimo vital*”, ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Coord. Cervantes Alcayade, Magdalena, et al., Suprema Corte de Justicia/UNAM, México, 2014.
- TARRÉS, María Luisa, “*Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*”, Ed. Porrúa, México, 2004.
- WITKER, Jorge, “*Metodología de la enseñanza del derecho*”, Editorial Porrúa, México, 2008.
- ZEMELMAN MERINO, Hugo. “*Los horizontes de la razón*”. Editorial, Antropos. Barcelona, España, 1992. Tomo I y II.
- , “*El conocimiento como desafío posible*”. Instituto Politécnico Nacional, México, 2009.
- , “*Pensar teórico y pensar epistémico: Los retos de las ciencias sociales Latinoamericanas*”. Instituto Pensamiento y cultura en América A. C. México, 2013.