

# Algunos elementos para construir una definición de derechos humanos\*



**Wilson De los Reyes Aragón\*\***

Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

Recibido: 28 de julio de 2008

Aceptado: 24 de septiembre de 2008

## RESUMEN

El intento por desmitificar el fundamento de los derechos, la búsqueda de cierto grado de diferenciación sistémica, el énfasis en la efectividad y la legitimidad, así como la importancia de la convención y la participación política son elementos comunes a las distintas aproximaciones teóricas sobre los derechos humanos. A partir de su análisis, es posible construir un concepto del término “derechos humanos” susceptible de ser medido con mayor precisión en los estudios sobre la efectividad que tienen las normas jurídicas sobre este tema en un contexto concreto.

**Palabras clave:** derechos humanos, efectividad, elementos de definición.



\* El presente artículo es un resultado parcial de la investigación doctoral en derecho “Los derechos asibles”, financiada por la Universidad del Norte (España) – Fundación Carolina (España).

\*\* Abogado; Máster Oficial Europeo en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid; doctorando en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; Becario Universidad del Norte - Fundación Carolina.

Correo electrónico: wdelosreyes@uninorte.edu.co

# Some elements for the construction of a definition of human rights

## ABSTRACT

This article seeks to demystify the foundations of rights. It looks at the search for some systemic differentiation. It emphasizes effectiveness, legitimacy, the importance of convention and of political participation as common elements of the different theoretical approaches to human rights. By analysing these elements it is possible to build the term "human rights" as a concept capable of being measured accurately by studying the effectiveness of legal rules as applied to human rights in specific contexts.

**Key words:** Human rights, effectiveness, legitimacy, rule of law, systemic differentiation.

## PREFACIO

Despiertos ya del dulce sueño de los años noventa, la realidad en la que nos encontramos a principios del siglo XXI nos muestra tendencias poco alentadoras en materia de derechos humanos y su aplicación práctica ante el reavivamiento de la idea de seguridad como fin máximo del quehacer estatal. Este escenario más bien hobbesiano, no desactualiza la famosa frase de Bobbio,<sup>1</sup> en el sentido de que lo más importante de los derechos humanos no era ya tanto su consagración y coherencia teórica, sino su aplicación práctica. Por el contrario, supone incrementar los esfuerzos para defender la noción de los derechos humanos como fiel de la balanza, control de razonabilidad y límite de las medidas (cada vez más cotidianas) para alcanzar la seguridad de los Estados.

El diseño e implementación actual de los planes de los diferentes actores sociales (Estado, individuos, corporaciones, etc.) está repleto de ejemplos de cómo la consecución de fines considerados como legítimos (acceso al mercado, competitividad, seguridad del Estado, etc.) vulneran los derechos humanos de algunos otros actores sociales, y son tenidos en cuenta dentro del cálculo de costos y beneficios, contrariando lo expresado por Hart, en el sentido de que los derechos humanos suponían "la superación de los postulados del utilitarismo maximalista".<sup>2</sup>



<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1992.

<sup>2</sup> Hart, Herbert L. A., *Utilitarismo y derechos naturales*. Trad. de Everaldo Lamprea Montealegre, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

El presente artículo es un resultado parcial de investigación, y pretende la identificación de elementos sociojurídicos que deberían incluirse en la construcción de una noción del término “derechos humanos” capaz de adaptarse a la complejidad social actual y a las dificultades en la implementación de los mismos, y con posibilidades de servir a la medición de la efectividad de los derechos humanos y de las funciones que ellos cumplen en una sociedad concreta a través del uso de indicadores.

Para realizar este estudio nos basamos en una revisión bibliográfica en las áreas de filosofía y sociología del derecho, con el fin de hallar los elementos comunes a las diferentes (y en muchos casos disímiles) teorías desarrolladas a lo largo del tiempo. Dichos elementos comunes suponen la base de los elementos que hemos identificado como indispensables para construir una definición del término “derechos humanos” susceptible de ser medida a través de indicadores.

El trabajo de investigación antes descrito se ha dividido en dos partes principales: la primera de ellas identificará los diferentes elementos que hemos encontrado relevantes para dicha construcción teórica, y la segunda parte se centra en proponer una noción del término derechos humanos que cumpla con los objetivos antes mencionados.

Debido a su extensión, en el presente artículo nos limitaremos a exponer los cuatro primeros elementos relevantes para construir una definición de derechos humanos, a saber: la desmitificación de su fundamentación, la diferenciación sistémica, el énfasis en la efectividad y la noción de legitimidad.

## **1. ALGUNOS DE LOS ELEMENTOS PARA CONSTRUIR UNA DEFINICIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Para construir una definición de “derechos humanos”, más que una clasificación sobre las diferentes perspectivas sobre dicho término, resulta más importante establecer los elementos que la conforman, y de esa forma descubrir los aspectos relevantes que deben incluirse en ella. Nuestra investigación ha concluido que en la mayoría de las definiciones, tanto teóricas como sociológicas, para el término “derechos humanos”, se encuentran presentes expresa o tácitamente ciertos elementos comunes o “transversales”. Consideramos que los más importantes son los siguientes: la desmitificación del fundamento; el énfasis en la efectividad; la legitimidad; el papel de la convención respecto del derecho;

y finalmente, la importancia práctica de la participación política. La explicación de cada uno de ellos se realizará en lo sucesivo.

### **1.1 La desmitificación del fundamento de los derechos humanos**

Este elemento consiste en la “desmitificación” del origen de los derechos humanos como fenómenos social y jurídico. Huxley describe en términos generales este elemento al decir que “no es posible por más tiempo [...] concebir a los derechos humanos como existiendo en abstracto, simplemente a la espera de ser deducidos por el intelecto humano”. Puede decirse que si existe algún lugar común en los modelos sociológicos de los derechos humanos, es sin duda este aspecto. Salvo la objeción parcial sugerida en el llamado modelo de “normativismo moral”,<sup>3</sup> todas las demás perspectivas sociológicas coinciden en negar una naturaleza lógico-deductiva y apriorística a los derechos humanos. Podgórecki, por ejemplo, insiste en que “Dios [o cualquier otra idea metafísica] no estableció los derechos humanos”,<sup>4</sup> negando la existencia de fundamento alguno para suponer que tales derechos se deriven de alguna naturaleza humana universal, sino que se basan en lo que él llamará *intuitive law*. Gurvitch, con algunas variaciones, también es partidario del origen social de los derechos humanos.<sup>5</sup>

Ferrari también argumenta en este sentido cuando afirma que el origen de los derechos humanos se encuentra en las relaciones sociales, en las interacciones entre los individuos que pueden tomar distintos campos de acción, entre ellos el derecho.<sup>6</sup> Fariñas, por su parte, rechaza la conceptualización de los derechos humanos a partir de lo que ella entenderá por “metafísica política del modernismo”, a la cual considera “inadecuada e insuficiente”.<sup>7</sup> Por ello propone mejor un “paradigma renovado”, que ponga a prueba los fundamentos de los



<sup>3</sup> Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 71.

<sup>4</sup> Podgórecki, Adam, *A sociological theory of law*. Presentazioni di Vincenzo Ferrari, Giuffrè Ed., Milano, 1991, p. 104.

<sup>5</sup> Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica*. Estudio preliminar por José Luis Monereo Pérez, Colmares, Granada, 2001, pp. 248-251.

<sup>6</sup> Ferrari, Vincenzo, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*. Appendice metodologica di Mario Boffi. 7 ed., Franco Agnelli, Milano, 2007, p. 155.

<sup>7</sup> Fariñas, María José, “Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la actitud ‘postmoderna’”, *Cuadernos San Bartolomé de las Casas*, 6. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 48-49.

derechos humanos que, desde la teoría jurídica, se han ofrecido tradicionalmente.<sup>8</sup>

En opinión de Honneth, los derechos humanos pueden identificarse como cambios sociales normativamente orientados que buscan implantar “formas ampliadas de reconocimiento recíproco institucional y cultural”, y que son originados en “las luchas moralmente motivadas de grupos sociales”.<sup>9</sup>

Luis Wurth<sup>10</sup> también apoya la desmitificación del concepto de los derechos humanos al mostrar las diferencias entre las distintas sociedades, y cómo la legitimación del orden político en cada una de ellas puede diferenciarse de acuerdo con las representaciones sociales diversas, sin posibilidad de que exista una única forma de agruparla, o un grupo de valores universalmente válidos. Este aspecto, que guarda relación con otro de los elementos de los derechos humanos, sirve también para corroborar los problemas que tiene el concepto dogmático de los derechos humanos respecto de las categorizaciones y distinciones que deben realizarse, con el fin de guardar la coherencia interna de su definición teórica (los cuales se resumirán posteriormente en este artículo).

Geiger, aunque desde la orilla expuesta a los autores mencionados párrafos atrás, también llega a la conclusión de que si existen los derechos humanos, ellos no se derivan de una deducción racional del intelecto, sino que, en tanto derecho, existen efectivamente desde el momento en que se presentan sometidos a la alternativa de “cumplimiento o reacción”, por presión jurídica o social,<sup>11</sup> con lo cual la verificación de los derechos queda supeditada a la coacción sobre su contenido. Por este motivo, concluye Geiger, cualquier pretensión de valor en los ordenamientos jurídicos es falsa, lo que resulta coherente con su defensa del “nihilismo axiológico teórico práctico”.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 57-59.

<sup>9</sup> Honneth, Axel, *La lucha por el reconocimiento*. Trad. de Manuel Ballester, Crítica-Filosofía, Barcelona, 1997, p. 115.

<sup>10</sup> Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*. Trad. de Salvador Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. XVI.

<sup>11</sup> No hay que olvidar que, para Geiger, el derecho no es más que una forma especial de ordenamiento social. Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*. Trad. de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 69, 77, 113.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 290. Sobre el nihilismo axiológico práctico de Geiger, sus relaciones y diferencias con la escuela de Uppsala, y la teoría de Ross, véase Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 52.

También para Luhmann, la moral resulta inapropiada para fundamentar la validez normativa.<sup>13</sup> De hecho, este autor no concibe un escenario en el cual existan elementos axiológicos como puntos de partida del mundo, por lo que el derecho adquiere una función exclusivamente reductiva de la complejidad, consistente en garantizar las expectativas normativas de comportamiento.<sup>14</sup> En resumen, el derecho se justifica únicamente por cuanto “limita las posibilidades del comportamiento”.<sup>15</sup>

Finalmente, desde el punto de vista weberiano, en un análisis sociológico no cabe aceptar ningún tipo de identificación entre las exigencias morales y las políticas, económicas o jurídicas. Desde el punto de vista sociológico, ello significa que es incorrecto “presuponer que lo que es moralmente exigible concuerda por sí mismo con lo que es políticamente [...] posible [ya que ello sería] una suposición de tipo metafísico”.<sup>16</sup> Observaciones como la anterior abundan en la teoría weberiana, contraria a cualquier lectura prescriptivamente metafísica sobre el origen de la legitimación política o jurídica en una sociedad.<sup>17</sup>

Así pues, desmitificados en su origen, los derechos humanos también se desmitifican en su concepto jurídico y su alcance práctico. La principal consecuencia de esta desmitificación de los derechos humanos es la imposibilidad de que ellos sean eternos e inmutables. También se desmitifican en el sentido de que sólo se fundamentan en la razón. En este sentido, su valor tradicional como criterio de legitimación no es ni exclusivo ni necesariamente axiológico. Para Weber, por ejemplo, la percepción de legitimidad puede deberse a motivos racionales, distinguiéndose entre racionalidad con arreglo a valores, que es la categoría correspondiente con las fundamentaciones *dogmáticas* de los derechos humanos. Sin embargo, tal categoría no es excluyente, por



<sup>13</sup> Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Navarrete. Estudio preliminar de Jesús Martínez García, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 194.

<sup>14</sup> Prieto Navarro, Evaristo, “La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho”, en Juan García Amado (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati – Dykinson, Madrid, 2001, p. 340.

<sup>15</sup> Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p. 193.

<sup>16</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 256.

<sup>17</sup> Véanse, además de Aymerich, *ibíd.*, Fariñas, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 151-153; Monereo Pérez en Weber, Max, *Sociología del derecho*. Estudio preliminar de José Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001, p. XXXVIII.

lo que también pueden adicionarse racionalidades con arreglo a fines, tradicionales o exclusivamente afectivas.<sup>18</sup>

En síntesis, puede decirse que el primer elemento del concepto sociológico de los derechos humanos es la pluralidad de posibilidades para su fundamentación. Sociológicamente entendidos, éstos no se derivan de la naturaleza divina, ni de una deducción exclusivamente apriorística. Por el contrario, los factores que dan origen a los derechos humanos en general, así como aquellos que dan origen a ciertos derechos humanos en concreto pueden ser de distinta índole, con lo cual también se diferenciarán sus contenidos y alcances (de aplicación e interpretación jurídica y social).

## 1.2 Diferenciación sistémica

Este elemento implica separar los campos del derecho de los pertenecientes a la política, la moral y la economía, así como de los demás sistemas sociales. Esto no es patrimonio de la sociología jurídica, puesto que también la teoría del derecho ha establecido los límites entre el derecho y la moral, la política, las costumbres y los usos sociales, entre otros. En lo que respecta a los derechos humanos, consideramos que esta diferenciación debe basarse en la racionalización de la sociedad y de las relaciones que se presentan en la misma, aunque existirán variaciones sobre el alcance de tal diferenciación, la relevancia o superioridad de algunos sistemas sobre otros, o de las funciones que le corresponden al derecho como sistema social. Este elemento está relacionado con el anterior en tanto supone abandonar la concepción “mágica o mítica del mundo”<sup>19</sup> en la que todos los sistemas sociales se funden en una misma y única institución social. Es de este modo como se hace imposible atribuirle causas religiosas a un fenómeno exclusivamente físico, al estilo de la antigua Grecia, donde un relámpago se motivaba siempre en la voluntad de Zeus.<sup>20</sup>

Weber es, tal vez, quien propuso la primera teoría sociológica completa sobre la diferenciación del derecho como sistema social. Para Weber,



<sup>18</sup> Véase Weber, en Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 127.

<sup>19</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 135.

<sup>20</sup> Sobre los cambios sociales y su relación con el Derecho en las sociedades con una concepción “mágica del mundo” ver, entre otros, Gorecki, Danuta, *Law and social change in the Byzantine middle ages*. Vincenzo Ferrari (ed.), Proceedings of the International Congress of sociology of law for the ninth centenary of the University of Bologna. Dott A. Giuffrè editore. Milano, 1991.

el racionalismo en la sociedad, si bien empieza con la diferenciación de las esferas religiosas de las demás, no se queda ahí, sino que se ha ido extendiendo hacia otras esferas relevantes en las relaciones sociales, como la política, la estética, la filosofía (o conocimiento intelectual en general) y, también, la jurídica. El resultado de tal proceso de racionalización no es otro que una burocratización y especialización funcional que desemboca en la autonomía del derecho como sistema. Esto es, a su vez, consecuencia de racionalizar lo que, según Aymerich, constituyen los dos componentes esenciales del derecho, a saber: “la racionalización de las imágenes del mundo que determinan el orden legítimo, y la racionalización de las formas de dominación” social.<sup>21</sup> En este esquema weberiano, las imágenes del mundo se racionalizan y dividen en los tipos de legitimación (tradicional, afectiva, racional con arreglo a valores y tradicional con arreglo a fines). La racionalización de las formas de dominación serán, entonces, la racional, la tradicional y la carismática. También Geiger contempla la diferenciación del derecho al identificarlo como “forma especial del ordenamiento social”, con lo cual queda evidenciada la existencia de otros ordenamientos sociales aparte del derecho.

Para Weber, este proceso de racionalización del derecho lo convierte en un ordenamiento de tipo “formal-racional”, e implica su constitución como “un sistema normativo, respaldado por un cuadro administrativo al que se encomienda exclusivamente el ejercicio de la coacción, que monopoliza y sistematiza sus normas en una jerarquía lógica e independiente”, resaltándose la característica de que ese sistema normativo se convierte entonces en “autosuficiente para poder responder de manera coherente y sistemática a las necesidades sociales cuya solución debe atender”.<sup>22</sup>

Para Luhmann, la abrumadora cantidad de comunicaciones posibles (contingentes), conlleva un nivel de complejidad tan paralizante que se necesita reducir tal complejidad para que la acción social sea posible. La solución a la complejidad, entonces, según Luhmann, consistirá en la creación de diversos subsistemas, a fin de que cada uno de ellos realice un tratamiento “sectorial y simplificado de la parte de complejidad con que se ocupa”.<sup>23</sup>



<sup>21</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., 212-213.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>23</sup> García Amado, Juan, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 116.

Desde esta perspectiva, el derecho, o mejor, el subsistema jurídico, no tiene funciones tan grandiosas como el control social o la integración,<sup>24</sup> sino de un alcance mucho más modesto. De hecho, su función se reduce a una sola: mantener el equilibrio social, permitiendo “saber qué expectativas tienen un respaldo social”.<sup>25</sup>

Luhmann asegura que cuando el derecho cumple con su función, esto es, cuando las normas jurídicas “constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas”,<sup>26</sup> es posible anticipar la conducta social de acuerdo con tales expectativas. En otras palabras, es posible reducir la complejidad social.<sup>27</sup> Finalmente, Luhmann asegura que “cualquier pluralidad de funciones llevaría a problemas de intersección social y a la ambigüedad en la delimitación del derecho”,<sup>28</sup> con lo cual se reconoce que tales funciones deberían ser asumidas por otros subsistemas sociales, no por el derecho. Un ejemplo ilustrativo de este razonamiento es el mencionado por Luhmann sobre la imposibilidad de que exista un derecho al trabajo (entendido como derecho humano) en un esquema de economía monetaria, debido a que ello implicaría una intervención (indebida) del subsistema jurídico en el subsistema económico<sup>29</sup> lo cual, según Luhmann, sería contrario a la “unifuncionalidad” del derecho como medio de “estabilización de expectativas normativas”<sup>30</sup> necesarias para reducir la complejidad social.

---

<sup>24</sup> Lo cual es una crítica expresa al pensamiento de Habermas. Véase Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Navarrete. Estudio preliminar de Jesús Martínez García, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 183. Sobre las críticas a Habermas realizadas desde la teoría del derecho, véase Stirk, Peter, *Critical theory, politics and society*, Continuum, London, 2000. Para encontrar argumentos a favor, véase Honneth, Axel, *La lucha por el reconocimiento*. Trad. de Manuel Ballester, Crítica-Filosofía, Barcelona, 1997, y Ureña, Enrique, *La teoría crítica de la sociedad de Habermas*, Tecnos, Madrid, 1978.

<sup>25</sup> Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., pp. 188-189.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>27</sup> El concepto de contingencia y la necesidad de su reducción, con fines de lograr certeza, recuerda el famoso experimento hipotético de la física cuántica conocido como “el gato de Schrödinger”, en el cual hasta no abrir la caja en la que se encontraba el gato junto con la botella de veneno, no se sabría con seguridad si estaría vivo o muerto, al ser ambas opciones igualmente posibles.

<sup>28</sup> Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p. 190.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 196.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 193. Ahora bien, la diferenciación sistémica es sólo uno de los elementos necesarios para construir una definición de “derechos humanos” y, en tal sentido, debe interactuar con los demás, puesto que una aplicación radical de la diferenciación sistémica con criterios prescriptivos conllevaría que, en el ejemplo del derecho al trabajo, el sistema jurídico carezca de cualquier posibilidad de intervenir en la resolución jurídica de conflictos laborales entre dos actores sociales contrapuestos, pues estaría “entrometiéndose en un sistema social distinto al que le corresponde”, y haría inevitable un paralelismo con la noción de “estado de naturaleza” al radicar la solución a dicho conflicto exclusivamente en la fuerza de cada uno de los actores sociales contrapuestos quienes, en aplicación de una racionalidad estrictamente económica, no podrían liberarse a lo que Weber llamaba “poderes patrimoniales”, Weber, Max, *Sociología del derecho*. Estudio preliminar de José Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001, p. 234, y Ferrajoli llama “poderes salvajes”,

En este esquema en el cual el derecho no es definible por sí mismo, sino en razón de la función que cumple, los derechos humanos tienen un papel relevante únicamente en tanto “exigencias estructurales de los sistemas sociales”, en el sentido de garantizar la división sistémica.<sup>31</sup> Es decir, los derechos humanos (entiéndase fundamentales) se justifican en tanto puedan contrarrestar, a través de la clausura autopoiética, la tendencia a la instrumentalización del derecho por parte de la política.<sup>32</sup>

Otros autores hablan no sólo de la diferenciación del derecho respecto de otros sistemas sociales, sino también de la diferenciación entre distintas formas de derecho. Gurvitch estudia las relaciones entre lo que él llama “derecho oficial”, y otros tipos de ordenamientos jurídicos o “cuadros de derecho”. En esta teoría se reivindica la capacidad que tienen los diferentes grupos sociales para “engendrar ordenamientos jurídicos”, aunque se reconoce que no todos tienen las mismas oportunidades o facilidades para ello.<sup>33</sup> La conclusión de este autor es que “cada uno de estos cuadros [de derecho] representa un equilibrio móvil de diferentes especies de derecho”, cuya consecuencia más relevante consiste en la preeminencia aleatoria de los distintos grupos y cuadros de derecho creados por ellos, con lo cual todos los ordenamientos terminan siendo equivalentes en la práctica. Así, en una sociedad puede primar en algunas ocasiones el Estado, en otras la religión, en otras la economía, etc.<sup>34</sup> En este mismo camino teórico, se puede encontrar a Krawietz,<sup>35</sup> así como a Arnaud y Fariñas,<sup>36</sup> entre otros.

Sin embargo, Weber reconocía las fallas que una aplicación estricta de la autonomía sistémica del derecho acarrea, como se observa en su afirmación de que:



Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 126 y ss. Precisamente, la definición de “derechos humanos” que se propone en este artículo reconoce la existencia de diferentes “funciones” como una forma de matizar o limitar ciertas consecuencias de una aplicación radical de la diferenciación sistémica.

<sup>31</sup> Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 83.

<sup>32</sup> Luhmann, Niklas, The unity of the legal system, en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1988, pp. 12-35; 335-348.

<sup>33</sup> Gurvitch, ob. cit., p. 183.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>35</sup> Krawietz, Werner, El concepto sociológico del derecho, *Revista Doxa*, 5, 1988.

<sup>36</sup> Arnaud, André-Jean, Fariñas, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. BOE - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996.

el principio del tratamiento específicamente “científico” de los problemas jurídicos, según el cual lo que el jurista no puede “construir”, es decir, “pensar” con su acervo conceptual, no tiene existencia jurídica [lleva a que en la práctica] el racionalismo jurídico significa algunas veces un “empobrecimiento” o disminución de la riqueza de formas.<sup>37</sup>

Este aspecto también ha sido comentado por Ferrari cuando afirma que las soluciones dadas por el derecho no son más que una vía institucional para el manejo de un conflicto específico que, en ausencia de tal intervención, se hubiera desarrollado, y tal vez con mayor éxito, de cualquier otra forma.<sup>38</sup> Este autor también coloca un ejemplo extraído de una investigación empírica de Abel,<sup>39</sup> cuya conclusión es que las soluciones que puede ofrecer el sistema de derecho respecto de un asunto complejo como la relación dilemática entre el derecho a la libre expresión y el derecho a la propia imagen nunca han sido satisfactorias.<sup>40</sup> Esta situación lleva a rechazar la idea de la autonomía sistémica total, por cuanto en la práctica existen algunos casos en los cuales los mejores argumentos (también los de carácter jurídico) para fundar una decisión (legislativa o jurisprudencial) se originan en el análisis de las circunstancias particulares presentes, aunque ello sea identificado como un reprochable casuismo jurídico, el cual no es total, sino matizado.<sup>41</sup>

De hecho, a partir de los ejemplos mencionados, en los cuales los criterios estrictamente jurídicos no ofrecen una solución satisfactoria, se explican las razones de Weber para afirmar que el término *iusnaturalismo* describe “aquellos casos en que determinadas máximas metajurídicas tienen consecuencias prácticas en la conducta de los creadores o prácticos del derecho”.<sup>42</sup> Pero ello no supone en modo alguno condicionar o “atar” el derecho y sus procedimientos a unos fundamentos axiológicos

---

<sup>37</sup> Weber, citado en Aymerich, ob. cit., p. 221.

<sup>38</sup> Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*. Con nota introductoria de Javier de Lucas, Debate, Madrid, 1989, p. 195.

<sup>39</sup> El estudio al que Ferrari hace referencia se incluye en “Speech and Respect” (R. L. Abel, 1996), y hace referencia a los problemas derivados de la aplicación del derecho fundamental a la libertad de expresión. Citado en Ferrari, Vincenzo, *Acción jurídica y sistema normativo*. Prólogo por María J. Fariñas. Trad. de Andrea Greppi, Dykinson, Madrid, 2000, p. 342.

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> En todo caso, hay que hacer referencia a que la diferenciación sistémica del ordenamiento jurídico implica que, aún en los eventos en que haya que recurrir a criterios pertenecientes a un sistema exterior al derecho, su aplicación deberá plantearse según los procedimientos estrictamente jurídicos, manteniendo así la autonomía del derecho dentro del contexto social. Véase Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 222.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 144. Entendiendo por “creadores” del derecho a los legisladores y por “prácticos” del derecho a los juristas y magistrados.

determinados, sino posibilitar que los contenidos jurídicos<sup>43</sup> puedan *importar* algunos criterios, contenidos, o incluso interpretaciones originadas en otros sistemas sociales, como la política, la ética o la economía, con el objetivo de que el derecho, ante los problemas sociales que deba atender, esté en capacidad de ofrecer soluciones más coherentes con las “imágenes del mundo” presentes en la sociedad, bien respaldándolas o bien combatiéndolas, pero en todo caso, conociéndolas.

Esta es una forma de que, sin atentar contra la autonomía del sistema jurídico (puesto que su papel se desarrolla en los momentos previos a la pertenencia –entendida como vigencia–<sup>44</sup> de una norma al derecho), el derecho tienda a eliminar las lagunas, así como a reducir su distancia respecto de la realidad que pretende regular,<sup>45</sup> dando pasos hacia una mayor legitimidad, en el sentido weberiano del término. Todo ello contribuye a una mayor efectividad del derecho basada en una mayor legitimidad del derecho formalizado. Sobre la relación entre la efectividad y la participación política se volverá más adelante.

La diferenciación sistémica tiene varias consecuencias específicas sobre los derechos humanos. La primera de ellas es que dicha diferenciación sistémica, junto con el “desencantamiento del mundo”<sup>46</sup> visto anteriormente, implica resignarse a que la sociedad no puede actuar como un orden armonioso e integrado (en mayor o menor grado), sino como un contexto en el cual existen tantos acuerdos como luchas y tensiones internas.<sup>47</sup> Es precisamente la dualidad entre armonía y caos la que, entre otras cosas, justifica la necesidad de que el derecho logre un nivel de autonomía suficiente para diferenciarse de otros sistemas normativos o sociales, como la religión o la política, entre otros. El objetivo de tal diferenciación es que tanto los acuerdos como las diferencias sociales no terminen por provocar una falla en la legitimación del orden social debido a una representatividad deficiente, lo cual le asigna un papel de importancia a la participación política (y a los derechos políticos), como se tendrá la ocasión de exponer posteriormente.



<sup>43</sup> Es decir, aquellos que conforman el sistema social llamado “derecho”.

<sup>44</sup> Entendida como un concepto diferenciado de “validez”. Véase Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2001, p. 37.

<sup>45</sup> Lo cual tiene efectos sobre los niveles de anomia presentes en una sociedad.

<sup>46</sup> Es decir, la desmitificación de los fundamentos de los derechos humanos, *supra*.

<sup>47</sup> Aaron, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*. Tomo II Durkheim, Pareto, Weber. trad. de Aníbal Leal. Editorial Siglo Veinte, Buenos Aires, 1970, p. 9.

La segunda consecuencia de la diferenciación sistémica, sociológicamente entendida, es que permite la identificación de los derechos humanos como un concepto exclusivamente descriptivo.<sup>48</sup> A partir de esa perspectiva se puede explicar por qué en sociedades en las que aún predominan sistemas de derecho no racionalizado ni diferenciado (total o parcialmente) el concepto de derechos humanos utilizado convencionalmente (el occidental)<sup>49</sup> no alcanza a legitimar (total o parcialmente) el cuadro de dominación y, por lo tanto, empieza a ser inefectivo. Esta afirmación no quiere decir que el problema de la legitimación sea irresoluble, sino que el concepto dogmático-jurídico que hasta ahora se ha utilizado en la mayoría de los textos jurídicos internacionales puede no ser el apropiado para todos los contextos. La rigidez en el concepto tradicional de los derechos humanos como patrones exclusivos de medida de su efectividad también deviene, entonces, en poco flexible.

La última consecuencia de la diferenciación sistémica para los derechos humanos es que, así como ella posibilita la imposición de límites a la absorción de unos sistemas por parte de otros, su aplicación estricta conlleva la inmovilidad del sistema social.<sup>50</sup> Esto se explica porque la autonomía absoluta del sistema social, en términos de Luhmann, no es más que la total previsibilidad de las conductas sociales, con lo cual el derecho deviene en absolutamente rígido, anquilosándose y alejándose de la sociedad en la cual funciona. Esto es, retrasándose respecto del desarrollo social. Esta consecuencia, para el mismo Luhmann, debe evitarse, puesto que cuando el derecho “ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como



<sup>48</sup> Por poner un ejemplo, se recuerda que para Weber, al igual que para Nietzsche, la ciencia “puede ofrecer medios a los hombres, pero no fines; nunca puede señalarnos el camino hacia los ‘valores verdaderos’. Esto hace inevitable un conflicto de valores o dioses, como a veces los llama. En particular, en las complejas sociedades modernas, nunca se pueden ordenar los valores, apelando a la ciencia o a otros recursos, en una escala universalmente aceptada”. Véase Zeitlin, Irving, *Ideología y teoría sociológica*. Trad. de Néstor Míguez, Amorrortu, Buenos Aires, 1986, pp. 177-178.

<sup>49</sup> Esto se puede observar en los textos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Para el efecto, véanse Smith, Rhona, *Text book on international human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2003; Ovey, Clare y White, Robin, Jacobs & White, *European convention on human rights*. 3 ed., Oxford University Press, Oxford, 2002; Malanczuk, Peter, *Akehurst's modern introduction to International Law*. 7 ed., Routledge, London, New York, 2003; Higgins, Rosalyn, *Problems & process. International law and how we use it*. Clarendon Press, Oxford, 2001, y Organization of American States (OAS-OEA), Basic documents pertaining to human rights in the Inter-American system. General Secretariat, Washington, 2003., entre otros.

<sup>50</sup> Desde la teoría de pluralidad de ordenamientos jurídicos, este escenario se describe diciendo que “los sistemas jurídicos del futuro inmediato se configur[an] como un sistema de círculos concéntricos relativamente independientes entre sí, unificados exclusivamente por algunas reglas generales, rígidas, de carácter procedimental”. Véase Ferrari, *Acción jurídica y sistema normativo*, ob. cit., p. 345.

violación de la ley. Entonces, el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza".<sup>51</sup>

### 1.3 El énfasis en la efectividad

Refiriéndose al futuro del derecho, Foucault profetizaba que:

habiendo decaído en una situación endémica de atraso con respecto al desarrollo social, [el Derecho] estaría destinado a ir perdiendo gradualmente su rol como medio de control social y a cederlo a otros medios menos tradicionales pero más sugestivos y flexibles como son los medios de comunicación de masas.<sup>52</sup>

Como se comentó, un exceso en la aplicación de la diferenciación sistémica tiene graves consecuencias negativas sobre la efectividad del derecho en general (y de los derechos humanos en particular) consistentes en un anquilosamiento jurídico y un innecesario alejamiento de la realidad social. La efectividad se configura, entonces, como un elemento indispensable para construir una definición de derechos humanos. Pero tal afirmación dista mucho de ser novedosa, pues se encuentra respaldada ampliamente, como se señalará a continuación.

En lo referido a la noción sociojurídica del término *derecho* resulta relevante la probabilidad de que los mandatos emitidos a través del derecho se cumplan materialmente, así como la frecuencia con la cual ellos se cumplen, y hasta qué grado los actores sociales determinan su conducta de acuerdo con el contenido del derecho. Por elementales criterios de coherencia, tal concepto de derecho debe partir entonces de la aceptación de sus propias limitaciones respecto de su capacidad o necesidad de abarcar el universo de situaciones socialmente relevantes. Esto es, debe partir del reconocimiento de la multiplicidad de formas de resolución de los conflictos originados en la acción social.

Para Luhmann, por citar un ejemplo relevante, la efectividad del derecho resulta crucial, puesto que la función exclusiva del subsistema jurídico es reducir la complejidad social a través de la previsión de las conductas individuales. Según esta perspectiva, la forma en que el derecho es capaz de controlar una multiplicidad de expectativas (esto es, para que el subsistema jurídico sea efectivo) consiste entonces en no



<sup>51</sup> Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p. 189. Lo cual también se corresponde con la definición de anomia sociológicamente entendida según Merton, Robert, *Social theory and social structure*. Revised and enlarged edition, The Free Press, New York, 1968.

<sup>52</sup> Foucault, en Ferrari, *Acción jurídica y sistema normativo*, ob. cit., p. 344.

abarcar demasiadas expectativas, no intentar controlarlo todo, sino seleccionar las expectativas que realmente “valen la pena”.<sup>53</sup> Ello equivale a decir que, para Luhmann, la efectividad del derecho se logra a través de la delimitación de su campo de acción. Tal conclusión puede ser útil para ciertas áreas del derecho, pero será menos efectiva para otras áreas que manejen expectativas de otro tipo. En concreto, puede aplicarse fácilmente a los llamados “derechos negativos”, entendidos como las áreas en las cuales el subsistema político no puede intervenir respecto de los otros. En esta clase de derechos, la diferenciación sistémica coadyuva a su efectividad. Sin embargo, no puede aplicarse con tanta facilidad a los identificados tradicionalmente como “derechos positivos”, en los cuales se combinan diferentes tipos de legitimación o en los que, para decirlo en términos de Podgórecki, las “demandas sociales concretas” implican diferentes subsistemas. En ellos, la diferenciación sistémica total puede ser un límite a la efectividad del derecho. Esto lleva a concluir que la efectividad del derecho y de los derechos humanos, a pesar de que es una constante en los modelos sociológicos sobre los mismos, no puede ser explicada a partir de una sola teoría o, lo que es lo mismo, restringirse a una sola teoría resulta insuficiente para lograr una perspectiva total de la efectividad jurídica. La conclusión de lo anterior es que para lograr mayor precisión en la medición de la efectividad jurídica a través de, por ejemplo, indicadores de derechos humanos, sea necesario trabajar de forma incluyente diferentes propuestas teóricas.

Para Geiger, la efectividad del derecho es un aspecto fundamental. De hecho, sus postulados más importantes (al igual que los de Ross) giran en torno a la lucha contra cualquier vestigio metafísico o idealista en el derecho, según las corrientes imperantes a partir de la teoría de Kelsen. Aún más, puede observarse que Geiger renuncia a “la teoría clásica del derecho, que se creía capaz de extraer conclusiones normativas a partir de una presunta ‘esencia del derecho’”<sup>54</sup> y optar, por el contrario, por entender su contenido (y por lo tanto su obligatoriedad) como “una magnitud mensurable [con lo cual la norma] no es sencillamente válida o inválida, sino obligatoria en mayor o menor

---

<sup>53</sup> Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., p. 194.

<sup>54</sup> Geiger, ob. cit., p. 38.

grado”.<sup>55</sup> Ello convierte al derecho en un fenómeno social,<sup>56</sup> cuyo estudio sociológico no puede ser concebido como una ciencia auxiliar a la dogmática jurídica, sino como una reestructuración de su totalidad, para su reelaboración “a partir de presupuestos descriptivos, fácticos o pragmáticos”.<sup>57</sup>

Si, como se indicó párrafos atrás, la diferenciación sistémica no es suficiente para asegurar la efectividad de los derechos humanos, habrá que preguntarse ahora cuáles son los elementos “mensurables” del derecho, según la propuesta de Geiger. Lo anterior debido a que, aun si se considera que el derecho es “un sistema de ordenamiento que existe dentro de un integrado social”, debe aclararse que “no todo ordenamiento social es derecho”,<sup>58</sup> por lo que es imperativo diferenciar cuáles elementos son útiles para medir la efectividad jurídica y cuáles no. En relación con esta tarea, lo primero es descartar de plano la idea según la cual la efectividad se centra solo en la sanción. Precisamente, describir el contenido normativo o nivel de obligatoriedad de un texto jurídico solo en función de la probabilidad de que su incumplimiento será sancionado supone un reduccionismo de igual magnitud al que supone centrar la efectividad del derecho en un supuesto carácter *intrínsecamente obligatorio* de toda norma jurídica, defendido por el (en términos de Geiger) normativismo fetichista. Igual opinión puede encontrarse en Krawietz<sup>59</sup> y en Weber,<sup>60</sup> entre otros.

Las alternativas absolutas, en las cuales la efectividad del derecho se rige o bien por su obligatoriedad intrínseca, o bien por la posibilidad de imposición de una sanción ante su incumplimiento, no ofrecen una solución satisfactoria al problema de la efectividad, pues no permiten medir todos los puntos intermedios a los extremos citados.

Si el derecho es un ordenamiento con vocación de ser cumplido, habrá que encontrar las razones que tienen los destinatarios del mismo para atender a su contenido. Es decir, deben encontrarse las razones por las cuales los actores sociales deciden determinar su conducta de acuerdo



<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 63. Lo cual se identifica en gran medida con la utilidad que reporta el trabajo con indicadores de efectividad jurídica y de los derechos humanos tanto a nivel estatal como internacional.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>57</sup> Arnaud y Fariñas, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>58</sup> Geiger, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>59</sup> Krawietz, *ob. cit.*

<sup>60</sup> Weber, *Sociología del derecho*, *ob. cit.*

con el contenido del derecho. La búsqueda de estas razones reviste aún mayor importancia si se renuncia a la idea según la cual el derecho es el único sistema que determina la conducta social. Con esto se quiere decir que, en la práctica social, ninguna de las funciones otorgadas al derecho por parte de las diferentes teorías se realiza exclusivamente en ejecución de los contenidos jurídicos vigentes.<sup>61</sup> Es claro que, al menos en la gran mayoría de los casos, los padres proveen de alimentación a sus hijos menores de edad por causas que no tienen que ver tanto con que si no lo hacen pueden ser sancionados civil o penalmente. Aunque la inasistencia alimentaria esté sancionada por la ley, los padres se sienten obligados a proveer alimentos no tanto porque ello sea una obligación jurídicamente impuesta o por el temor a la sanción por su incumplimiento, sino por razones que exceden enormemente la injerencia del sistema jurídico.

La efectividad del derecho puede ser medida, pero no en los términos expuestos por el normativismo y el realismo jurídicos. Como el cumplimiento puede presentarse en grados, no caben los absolutos, y habrá que ayudarse entonces con la definición de efectividad. Si se entiende por efectividad la propensión de los individuos a determinar su conducta según lo estatuido jurídicamente, deben encontrarse las razones para tal decisión por parte de los actores sociales, así como la relación entre el concepto de efectividad y los otros sistemas sociales que determinan la conducta de los individuos. El papel de los indicadores de derechos humanos toma entonces una gran importancia como herramienta de mucha utilidad en la medición de procesos y situaciones de mayor complejidad que la prevista en la alternativa cumplimiento/incumplimiento de las normas jurídicas. Aymerich, por ejemplo, concluyó que la efectividad de los derechos humanos se condiciona, según el modelo weberiano que él defiende, por tres factores, a saber: la secularización o diferenciación sistémica, la burocratización y la existencia de un ordenamiento racionalizado y formalizado.<sup>62</sup> Sin la conjunción de esos tres elementos, según este autor, los derechos humanos (entendidos weberianamente) no son efectivos.

En nuestra investigación concluimos que para determinar la efectividad jurídica pueden utilizarse, entre otros varios, tres elementos, dos de



<sup>61</sup> Véanse Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*, ob. cit.; *Acción jurídica y sistema normativo*, ob. cit.; Luhmann, *El derecho de la sociedad*, ob. cit., entre otros.

<sup>62</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., pp. 533-537.

ellos tomados de la dogmática, específicamente de la teoría garantista, como son las garantías primarias y secundarias. El otro es el concepto sociológico de anomia. Ahora bien, estos elementos pueden ser aplicados a la construcción de una definición de derechos humanos, como se puede apreciar en los modelos propuestos por distintos autores, según lo escrito a continuación.

Al definir los términos “Estado” y “derecho”, Weber aclaraba que siempre que se hable de derecho desde la perspectiva sociológica, tendrá que hacerse referencia a la realidad ocurrida en una comunidad, y no tanto a la obligatoriedad de dicha norma en sentido prescriptivo. En este sentido, el énfasis del análisis sociológico se encuentra en

la *probabilidad* de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren *subjetivamente* como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica.<sup>63</sup>

Como bien se sabe, la perspectiva sociológica prioriza el análisis descriptivo ante el prescriptivo respecto del derecho y su contenido. Ahora bien, para los derechos humanos ello significa hacer un énfasis en el alcance de los mismos, y no tanto en su positivación jurídica. Las herramientas de aseguramiento (garantía) de los derechos humanos previstas por el ordenamiento jurídico, como pueden ser las garantías primarias y secundarias,<sup>64</sup> tienen una función relevante en el estudio de la efectividad, puesto que ellas constituyen una motivación para la determinación de la conducta social, pero en tanto poseen un carácter parcialmente prescriptivo, no son suficientes para el estudio de la efectividad jurídica.

Las garantías primarias y secundarias, entonces, se corresponden con la dimensión estatal del derecho, es decir, con la parte de este que se identifica como *formal*. Por ello, tales previsiones jurídicas, consistentes en la obligatoriedad del derecho y en la sanción, son incapaces de medir la efectividad en un sentido global, pues sólo pueden llegar hasta donde llega la norma de derecho positivo vigente. En este contexto puede ocurrir lo predicho por Gurvitch<sup>65</sup> en el sentido de que al limitar el análisis de efectividad a las normas jurídicas positivas a través de sus garantías previstas (expresa o tácitamente) se tenderá a ocultar

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 111.

<sup>64</sup> Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 45-52, 180-169.

<sup>65</sup> Gurvitch, ob. cit., p. 25.

más que a expresar, pues el análisis se limita a la dimensión coactiva del derecho vigente. Es conveniente recordar que la coacción o sanción jurídica no es suficiente para conceptualizar el derecho y su aplicación, puesto que incluso ella misma “se supedita frecuentemente a la evolución del elemento convencional” del derecho.<sup>66</sup> Debemos aceptar, entonces, a la anomia como uno más de los elementos que influyen en la efectividad jurídica que puede ayudar a mostrar “la realidad plena del derecho”,<sup>67</sup> puesto que a través de su análisis se pueden incluir muchos aspectos que exceden las respuestas ofrecidas por el estudio exclusivo del derecho positivo y su contenido, ampliando así las fuentes disponibles para medir la efectividad de los derechos humanos.

Según todo lo mencionado, la efectividad de los derechos humanos se identificaría con su capacidad para determinar la conducta de los destinatarios de su contenido. El estudio del grado de cumplimiento de tales normas jurídicas, desde este punto de vista descriptivo, es una poderosa herramienta que puede ser utilizada en otra clase de análisis que pueden conducir, a su vez, a tomar mejores decisiones sobre la necesidad de positivar o no una nueva norma sobre un derecho humano concreto, así como a analizar los cambios que deben realizarse en el contenido o la interpretación del mismo. Esta perspectiva también puede brindar elementos de juicio para evaluar la conveniencia o no de mantener vigente alguna norma jurídica sobre derechos humanos en un contexto determinado.

El énfasis en el estudio de la efectividad de los derechos humanos también permite, una vez que el origen de los mismos ha sido “desmitificado”, comprender mejor el grado de legitimidad real de un ordenamiento jurídico dado, así como del cuadro administrativo y la capacidad de éstos para adaptarse a los requerimientos sociales en cada momento. Para el campo específico de los derechos políticos, por ejemplo, el estudio de la efectividad jurídica es útil para concretar los asuntos en los cuales se hace necesaria una regulación formal de expectativas en una comunidad política. También brinda información relevante sobre las vías o los escenarios más idóneos para canalizar ciertas reivindicaciones y propuestas que se desean institucionalizar a través del derecho positivo.

---

<sup>66</sup> Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 111.

<sup>67</sup> Gurvitch, ob. cit., p. 25.

## 1.4 La legitimidad

Para abordar la legitimidad como uno de los elementos necesarios para construir una definición sobre “derechos humanos” partiremos defendiendo la existencia de una estrecha relación entre las nociones de validez, efectividad y legitimidad jurídica. Anticipamos que, por motivos de espacio, en este artículo no abordaremos las relaciones entre la legitimidad y la obediencia al derecho o las razones para desobedecerlo. Sin embargo, reconocemos que dicha relación reportaría una gran utilidad teórico-práctica para el estudio de los derechos humanos y su efectividad.

También habremos de precisar que, desde la perspectiva sociológica, “la legitimidad es un atributo de todo un orden social, y no sólo del ordenamiento” jurídico concreto.<sup>68</sup> Por este motivo, aunque en este artículo nos centramos en el sistema jurídico, y no en la sociedad en su conjunto, algunas conclusiones sobre este tema versarán sobre el orden social en general, y no sólo sobre una de sus especies normativas (el derecho).

La “desmitificación del fundamento de los derechos humanos” nos permite concluir que un rasgo común a las definiciones sobre los mismos es que ellos se instituyen como pretensiones de legitimidad de algo, ya sea expresa o tácitamente. Bien se consideren como demandas sociales concretas, pretensiones de legitimidad de ordenamientos racionalizados, requerimientos de garantía de la separación sistémica, o cualquier otra definición o función que se les atribuya, siempre se asume la idea de que los derechos humanos suponen la legitimación total o parcial del orden imperante en ese momento (o la ausencia de la misma), y su análisis tampoco permite, claro está, respuestas del tipo afirmativo/negativo en términos absolutos, sino en términos de grados mayores o menores.

Weber y Podgórecki, entre otros, han elaborado modelos en los cuales se intenta definir la legitimidad, al igual que distinguir entre los distintos modos en que ella se presenta en las sociedades. Estos modelos son muy ilustrativos de las características que tiene la legitimidad como elemento esencial de los derechos humanos, por cuanto permiten examinar la legitimidad en términos graduales y no dicotómicos.



<sup>68</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 531.

Para Weber, los tipos de legitimidad son el tradicional, el afectivo, el racional con arreglo a valores y, finalmente, el racional con arreglo a fines. Al tratarse de tipos, se entiende que ellos son *ideales*, por lo que no se presentan en estado puro en la realidad. Ahora bien, si aplicamos la premisa weberiana de neutralidad valorativa, las relaciones entre los diferentes tipos de legitimidad no nos permiten concluir ninguna especie de superioridad o inferioridad entre los distintos tipos de legitimación. Ahora, la consecuencia de estos dos “filtros” colocados por el mismo Weber a los tipos de legitimidad es que, en la práctica, la legitimidad de un orden social específico viene dada por diferentes factores, así como por la forma como ellos se superponen entre sí, en procesos que no son unidireccionales, sino que suponen movimientos hacia una dirección cualquiera entre las distintas posibles. Un ejemplo para ilustrar lo anterior es que una sociedad cuyo criterio de legitimidad sea preponderantemente afectivo puede experimentar ciertos cambios y tener, en el futuro, una legitimación primordialmente racional-formal, o tradicional. Ello es posible si se acepta que no puede existir ninguna valoración objetiva de los distintos tipos de legitimación, y por el hecho de que en la realidad la legitimación de un orden social no se corresponde exactamente con ninguno de los tipos weberianos, sino con una mezcla entre varios de ellos.

Por su parte, Podgórecki, luego de analizar los tipos de legitimación weberianos, considera que ellos no son suficientes, y propone ocho tipos posibles de legitimidad en una sociedad. Ellos son: “democrática y realista; falazmente democrática e irrealista; sin salida; sucia unión; opresiva; tradicional; carismática y de vanguardia”.<sup>69</sup> Algunos de estos tipos coinciden con los weberianos, pero adaptados al concepto de *intuitive law* defendido por Podgórecki. De hecho, al examinar los modelos de legitimidad y el nombre que da a cada uno de ellos, concluimos que este autor desecha la pretendida “neutralidad valorativa” y establece en cambio distintos grados de validez que distinguirá como “superiores”, y otros que deben ser superados de alguna forma por las sociedades en donde se verifican. Podríamos decir que en el primer modelo expuesto por él, denominado “democrático y realista”, Podgórecki desarrolla de forma más o menos prescriptiva el tipo weberiano de legitimación racional-formal.

---

<sup>69</sup> Podgórecki, ob. cit., p. 73.

Para la noción de derechos humanos, resulta igualmente interesante la diferenciación doctrinal entre la “legitimación como actividad” y la “legitimación como producto”,<sup>70</sup> según la cual la legitimación es un proceso interactivo entre el poder y la sociedad, casi como un proceso de negociación en el cual las propuestas de legitimación del poder son aceptadas o no por la sociedad a través del consenso.<sup>71</sup> El tema del consenso se tratará posteriormente.

No podemos dejar de lado tampoco la definición de legitimidad ofrecida por Habermas,<sup>72</sup> para quien las normas jurídicas son legítimas cuando los sujetos de derecho “pueden sentirse, en su conjunto, como autores racionales” de las mismas.<sup>73</sup> Aunque Habermas identifica la legitimidad con la idea de determinación de la conducta, o lo que es lo mismo, con la percepción positiva que tiene la sociedad sobre las normas que les ordenan ciertas conductas, su posición tiende a identificarse más como una teoría de la justicia, es decir, de carácter primordialmente prescriptivo, que como una teoría sociológica, como aseguran, entre otros, García Amado,<sup>74</sup> Aymerich<sup>75</sup> y Ureña.<sup>76</sup> Este último autor en particular dice que Habermas navega “entre el ius-naturalismo y el positivismo”, confirmando que su teoría presenta un contenido axiológico concreto.<sup>77</sup>

La argumentación de Habermas, en efecto, se torna axiológicamente cognoscitivista por cuanto a pesar de presentarse como exclusivamente formal, llega a conclusiones que tienen un evidente contenido material. Ello se comprueba al afirmar que no obstante el consenso en una sociedad posee un carácter formal, sus resultados “deben ser al menos compatibles con los postulados morales”,<sup>78</sup> con lo cual las posibilidades



<sup>70</sup> Castignone, Silvana, “Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analitica”, en *Diritto e Legittimazione*. Cura di Renato Treves, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 15-20.

<sup>71</sup> Tomeo, Vincenzo, “Legittimazione e scambio politico”, en *Diritto e Legittimazione*. Cura di Renato Treves, Franco Angeli, Milano, 1985, p. 94.

<sup>72</sup> La cual guarda algunas importantes similitudes con la noción weberiana.

<sup>73</sup> En García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., p. 19.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>75</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., pp. 321- 322.

<sup>76</sup> Ureña, ob. cit., pp. 139- 140.

<sup>77</sup> Cuyos postulados son compartidos por Ureña. Precisamente, este autor confiesa el carácter prescriptivo de la teoría habermasiana sobre legitimidad al aceptar que ella no está exenta de contradicciones y carencias, pero que aún así ofrece el “marco teórico más prometedor para un análisis serio de las tendencias actuantes en nuestra sociedad, con el interés práctico de ayudarla a avanzar hacia la salvación y no hacia la catástrofe”. *Ibid.*, pp. 139-140.

<sup>78</sup> En García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, ob. cit., p. 45.

de análisis de una legitimidad basada en tales premisas incurriría en los mismos problemas que las ofrecidas por la mayoría de las teorías del derecho tradicionales. Con esta afirmación no demeritamos de modo alguno la posición general de Habermas. Por el contrario, compartimos totalmente su alerta sobre el peligro inherente a la imposición de la voluntad absoluta de las mayorías respecto de las minorías.<sup>79</sup>

Pero más allá de compartir personalmente la necesidad de un mínimo universal sobre el contenido de los derechos humanos, o sobre los límites de la democracia, el concepto de legitimidad según Habermas presenta complicaciones si lo adoptamos como patrón de medida en el análisis de la efectividad de un ordenamiento jurídico, debido a que exige la aceptación (por el investigador y por el contexto analizado) de unos principios materiales concretos a costa de la fiabilidad de los resultados de cualquier evaluación empírica. El comentario de Ureña (transcrito *supra*) en el sentido de que una perspectiva equivocada sobre la legitimidad puede llevar hacia la catástrofe, confirma las razones para desconfiar de cualquier análisis que parta de una premisa con postulados de valor concretos.

Esta desconfianza se motiva en que al partir de un criterio de legitimidad prefijado se pierde objetividad en la investigación, se adopta un criterio inflexible respecto del objeto de análisis, y se aumenta el riesgo de un uso ideológico, al estilo de la “falsa conciencia” o la “sucia unión” según el modelo de Podgórecki.<sup>80</sup> Sobre este punto, valgan como prueba las críticas de Aymerich<sup>81</sup> a las investigaciones empíricas sobre derechos humanos, y la forma como en muchas ocasiones ellas parten de conceptos demasiado estáticos sobre términos como “derechos humanos”, “legitimidad”, etc.

Las consecuencias de un cognoscitivismo acentuado se sienten sobre todo en la merma de fiabilidad de los resultados de las investigaciones sobre efectividad de los derechos humanos, así como en el afianza-

---

<sup>79</sup> Y esta alerta es aún más apreciable al provenir de un pensador que vivió de cerca algunos de los peores ejemplos de cómo las minorías presentes en Alemania fueron doblegadas de forma radical por las mayorías.

<sup>80</sup> Sobre el tema de los peligros del juego democrático, y el papel que en él desempeñan las mayorías y las minorías, y sobre las relaciones entre el poder y la política en general, véanse López Aranguren, José L., *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996; Del Águila, Rafael, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000; Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de Roberto Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002. y Tocqueville, citado en Aaron, ob. cit., entre muchos otros.

<sup>81</sup> Aymerich, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., pp. 418-452.

miento de percepciones sobre “etnocentrismo” por parte de contextos “no occidentales” respecto de todo lo relacionado con los derechos humanos, su aplicación y su obligatoriedad.<sup>82</sup> Ello no supone solamente la falta de información confiable sobre la efectividad real de los derechos humanos, sino que también envía un mensaje que puede resultar contraproducente al propósito de lograr una mayor efectividad sobre los mismos por causa de recelos mutuos que terminan favoreciendo posturas radicales de “todo o nada”.<sup>83</sup>

No obstante sus diferencias, las nociones sobre legitimación y los procesos que ella implica, así como las diferentes formas en que ella se presenta en la práctica no son en absoluto incompatibles entre sí. Por el contrario, ellas brindan herramientas que puestas juntas (en lo posible) son de gran utilidad en la formación de un concepto de legitimidad más completo y, por tanto, más confiable para el estudio de la efectividad de los derechos humanos.

Para comprender de forma integral la legitimidad debemos concebirla como un proceso continuo que es simultáneamente una “actividad” y un “producto”, en el cual los diferentes roles o grupos sociales asumen actitudes de proposición o aceptación de los criterios de legitimación. También es necesario tener en cuenta que la legitimación no sólo se logra por la aceptación expresa de las proposiciones de legitimidad originadas en el poder, sino también por las conductas pasivas que avalan, con su no oposición, la conducta del cuadro de dominación. Sobre este tema, Podgórecki afirmaba que la legitimidad no reside



<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 502-522.

<sup>83</sup> Esta situación también genera la percepción de que en “Occidente” (si es que ese término significa realmente algo) sí se cumplen los derechos humanos, y en otros contextos no se cumplen. Algunas consecuencias prácticas de tales tensiones pueden verse, por ejemplo, en las discusiones sobre el cumplimiento de los derechos humanos como requisito para que Turquía sea aceptada como miembro de la Unión Europea, el papel de los Estados “no-occidentales” respecto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y que el cumplimiento de los derechos humanos por parte de los llamados “Estados occidentales” resulta, en muchas ocasiones, meramente formal. Un análisis riguroso y realmente objetivo demostraría que en estos Estados las violaciones de los derechos humanos son, al menos, tan graves como en los Estados “no-occidentales”. Ello se evidencia, por ejemplo, en las Actas del CERD respecto de la discriminación racial en Austria. Sobre este aspecto, se pueden consultar las actas, sentencias judiciales y demás documentos emitidos por los organismos universales y regionales para la protección de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales, entre ellos el Cedaw, el CERD, la ECHR, la CORIDH, etc. También se pueden consultar trabajos de Corcuera Atienza, Tajadura Tejada, ambos en Corcuera Atienza, Javier, “El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel”, en Javier Corcuera Atienza (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati, Dykinson, Madrid, 2002; Hermida, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005; Candela Soriano, Ma. Mercedes, *Los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la acción exterior de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2006; Colomer, J. M., *La política en Europa*, Ariel, Barcelona, 1995, entre otros.

solamente en las “convicciones de los gobernantes que los motivan a actuar en determinada forma”,<sup>84</sup> idea que es totalmente compatible con la visión de la legitimidad como un proceso.

Por el lado de la teoría weberiana sobre la legitimidad, consideramos falso que en ella se identifique legitimidad con legalidad.<sup>85</sup> Esta precisión resulta más clara al recordar que Weber afirmaba que el derecho<sup>86</sup> no es el único discurso de legitimación de un orden social, debido a que la racionalización total es imposible en la práctica. En otras palabras, dado que “nunca se produce una racionalización absoluta de las relaciones sociales”, el derecho racional-formal nunca cuenta con posibilidades reales de legitimar todo el sistema social.<sup>87</sup> Prueba de ello se encuentra, por ejemplo, en el papel social que juegan los partidos políticos, debido a que su legitimidad se basa principalmente en argumentos de tipo carismático y no de tipo racional.<sup>88</sup> A partir de lo anterior podemos concluir, entonces, que el modelo weberiano de legitimidad también es compatible con un concepto dinámico de la misma o, lo que es lo mismo, que la legitimidad se considera más una “actividad” que algo inmutable.

Respecto de la legitimidad como “producto”, es decir, respecto de la aceptación o no de la dominación por parte de la sociedad, mencionaremos que de ella depende en gran parte la efectividad del derecho, según la mayor o menor voluntad de los actores sociales para determinar su conducta de acuerdo con las normas institucionalizadas. Ahora bien, el no acatamiento de tales normas no significa de suyo una falta de legitimación de su contenido. De hecho, en la gran mayoría de los modelos sociojurídicos actuales<sup>89</sup> aparece como deseable un mínimo de “desviación” como alternativa a “una eventualidad nunca verificable ni admisible en la teoría sociológica: la del inmovilismo y el estatismo

---

<sup>84</sup> Podgórecki, ob. cit., p. 98.

<sup>85</sup> Véase Tomeo, ob. cit., p. 95.

<sup>86</sup> E incluimos en el término “derecho” a los “derechos humanos”.

<sup>87</sup> Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 240.

<sup>88</sup> Ello concuerda, en la teoría de Merton, con el papel de la “rebelión” como una de las formas de reacción ante la anomia, la cual es relevante para el análisis de la efectividad del ordenamiento jurídico. Merton, ob. cit.

<sup>89</sup> García Amado, Juan (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati - Dykinson, Madrid, 2001.

social”.<sup>90</sup> Lo mismo se puede decir de la anomia.<sup>91</sup> En este punto queremos señalar la estrecha relación entre la legitimidad como “producto” y el concepto de *intuitive law* mencionado por Podgórecki, el cual se configura como la superación de la noción de legitimidad como un artilugio unidireccional “de arriba hacia abajo” al necesitar siempre la “aceptación [de los sujetos dominados para] comportarse de una cierta manera”.<sup>92</sup> En tanto este concepto tiene que ver con la convención, será objeto de ampliación en la segunda parte de este trabajo.

Las bases de este *intuitive law* también aparecen, de algún modo, en las formas de legitimación de Weber, específicamente en las referencias al iusnaturalismo entendido como “acciones socialmente orientadas a la consecución de determinados valores”<sup>93</sup> que, efectivamente, pretenden ser orientadores de la acción social. Sobre este aspecto, Aymerich afirma que el *intuitive law* de Podgórecki se asemeja al elemento convencional del concepto sociológico de derecho de Weber.<sup>94</sup>

El papel del derecho en este esquema de legitimidad social viene marcado por las garantías que éste brinda a la convención (o, en otros términos, al *intuitive law*) a través de la institucionalización de los preceptos que gozan de validez social. Precisamente, si asumimos que la validez es algo diferenciado de la vigencia del derecho, seremos capaces de observar los problemas que se plantean a la teoría del derecho para justificar de un modo no prescriptivo<sup>95</sup> cuáles son los contenidos que cada ordenamiento jurídico recoge como criterios propios de validez material. La noción de validez, entonces, puede construirse a partir de algunos rasgos concretos, a saber: es un proceso (no un evento



<sup>90</sup> Mora Molina, Juan J., “El funcionalismo de Merton y el derecho”, en Juan García Amado (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Instituto internacional de sociología jurídica de Oñati - Dykinson, Madrid, 2001, p. 180.

<sup>91</sup> Giddens, Anthony, *Sociología*. Trad. de Teresa Albergo et ál., Alianza Editorial, Madrid, 1991, p. 160. Véase también, sobre este punto, Schmill, Ulises, “El positivismo jurídico”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11, Trotta, Madrid, 2000; Pérez Schael, María, “Legitimidad, representaciones y anomia”, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*. Por Oñati proceedings, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993; Harms, Hans, “Anomia y trabajo en la civilización post-industrial”, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*, Oñati proceedings. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993; Orrù, Marco, “Ambivalence of anomie”, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*, Oñati proceedings. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993.

<sup>92</sup> Podgórecki, ob. cit., p. 99.

<sup>93</sup> Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos*, ob. cit., p. 100.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>95</sup> Es decir, sin recurrir a una vertiente concreta y, por tanto, parcial de la teoría de la justicia.

puntual); no se presenta en estado puro en la práctica; no existe una evolución progresiva de legitimación (por lo que no guarda una necesaria relación con el nivel de desarrollo económico o social de cada comunidad) y, por último, influye decisivamente en la efectividad del derecho formal vigente.

En todo caso, la legitimidad y los criterios para verificarla en una comunidad social no están exentos de dificultades. Weber, por citar un ejemplo, es cauteloso al indicar que el derecho se compone de la convención, pero también de la institucionalización de garantías formales (burocratizadas), con lo cual resulta imperativo combinar ambos elementos para lograr la legitimación de un orden concreto, independientemente de cuál sea el factor preponderante en el mismo (tradicional, afectivo, racional con arreglo a valores, o racional con arreglo a fines). En este sentido, Weber es claro al indicar que la legitimación no se deriva exclusivamente de la “convención”. Podgórecki, aunque fundamenta su análisis en la noción de *intuitive law* (traducible en cierta medida como convención), también distingue entre la legitimidad convencional que cuenta con el apoyo del “derecho oficial”, y la que no, y considera a estas últimas como legitimidades más frágiles.

La necesidad de combinar la convención y las garantías formales (derecho) para lograr una legitimidad “estable” es también compartida por Gurvitch, quien denuncia la “inestabilidad” inherente a las legitimidades basadas exclusivamente en una formalización jurídica de un *intuitive law* que supere su capacidad de adaptación social, acusándolas de provocar “profundos cambios reaccionarios”.<sup>96</sup> En otras palabras, la legitimidad “real” sería entendida desde esta perspectiva como un punto de equilibrio entre la convención y la garantía institucional del contenido de dicha convención. Precisamente, en caso de presentarse carencias o excesos de uno de esos dos componentes, la legitimidad de un orden social comenzaría a perderse, derivándose hacia una “legitimidad aparente”, que no contribuiría en nada a la efectividad de la dominación, sino que conduciría, por el contrario, a una profunda anomia.

Dada su complejidad inherente, la legitimidad es difícil de explicarse, entre otras por las siguientes razones. En primer lugar, desde una perspectiva descriptiva, por la multiplicidad de relaciones que guarda

---

<sup>96</sup> Gurvitch, ob. cit., p. 249.

con otros elementos (como la validez, la dominación, la efectividad, la obediencia al derecho, el consenso, la democracia, etc.). En segundo lugar, porque la legitimidad hace referencia a particulares formas de justicia, es decir, porque su definición en muchas ocasiones se identifica con elementos materiales que terminan por ser, de una u otra forma, prescriptivos. Ello conlleva adoptar un concepto concreto de legitimidad desechando los demás, como ocurre con las propuestas de Habermas o Ferrajoli, por ejemplo.

En resumen, concluiremos que la legitimidad es un elemento supremamente importante en la definición de los derechos humanos, al punto de que la forma y el grado en que ésta se presente en una sociedad determinarán también el grado de presencia o ausencia de otros elementos que ya han sido comentados, como la efectividad, la validez y las posibilidades de vigencia de un ordenamiento jurídico. Adicionalmente, la legitimidad guarda relación con la dominación que se presenta en una sociedad, y determina de manera parcial sus medios y su alcance.

Respecto de la forma como se define la legitimidad, convendría no desear ninguno de los intentos de ofrecer un concepto de la misma. Los modelos de legitimidad estrictamente descriptivos, como los ofrecidos por Weber, son de gran utilidad en el análisis teórico, pues elaboran un panorama general de los escenarios que pueden encontrarse en la investigación empírica. Por otra parte, los modelos ofrecidos por Podgórecki pueden ayudar a comprender las diferentes situaciones que ya han ocurrido en la práctica, y clasificar otras situaciones que exceden las previsiones de los modelos teóricos weberianos. Una síntesis de ambas perspectivas, unidas a la visión de la legitimidad como un proceso constante, nos brinda un gran espectro de elementos para tener en cuenta en el estudio de la efectividad de un ordenamiento jurídico. En síntesis, en tanto más elementos de medición suponen mayor precisión, resulta lógico deducir que un análisis de efectividad jurídica que tenga a su disposición más elementos de medida arrojará resultados más confiables.

No podemos terminar este capítulo sobre la legitimidad sin mencionar que en estas páginas (dada la complejidad de dicho concepto y los ríos de tinta dedicados a este tema) no hemos considerado todas las derivaciones que suponen las teorías sobre el concepto de legitimidad. Entre los aspectos que merecen ser profundizados se resaltan los tipos de legitimidad weberianos, los diferentes modelos expuestos por

Podgórecki y su verificación en la práctica a través de los ejemplos históricos colocados por el mismo autor. Las referencias a problemáticas sociales reales en las décadas anteriores deben complementarse, además, con otras más contemporáneas, que han sido tratadas por otros autores como Ferrajoli,<sup>97</sup> Gurvitch,<sup>98</sup> Pérez Schael,<sup>99</sup> Pérez Ruiz,<sup>100</sup> Ferrari,<sup>101</sup> Merton,<sup>102</sup> Radhakrishnan,<sup>103</sup> Etzioni,<sup>104</sup> Zeitlin,<sup>105</sup> Sontag<sup>106</sup> y De Lucas,<sup>107</sup> entre muchos otros.

Los problemas mencionados por los autores citados suponen muchos retos a la legitimidad de los órdenes sociales y, entre ellos, a los ordenamientos jurídicos (en sus diferentes niveles territoriales, personales, etc.). Para el estudio de tales problemáticas es necesario realizar análisis globales que superen el cognoscitivismo propio de las teorías de la justicia tradicionales. Si la legitimidad y el totalitarismo en las comunidades dentro del contexto de la guerra fría eran un tema recurrente en Podgórecki, hoy afloran otros problemas para la legitimidad social, como los originados en las mayorías y las minorías sociales; las relaciones intersistémicas, y específicamente las presiones de carácter económico (en el contexto de globalización), sobre todo el sistema social; la llamada “crisis del Estado de bienestar”; el papel cada vez más creciente de los medios de comunicación en la toma de decisiones políticas, con la particularidad de la concentración en manos privadas de los grandes conglomerados informativos; y finalmente, los fenómenos relacionados con el desplazamiento de los centros de poder de dominación real de la sociedad hacia escenarios que no son, estrictamente, públicos y que, por este motivo, persiguen intereses particulares, además de que su conducta no se encuentra sujeta a controles sociales eficaces.



<sup>97</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi. 5 ed, Trotta, Madrid, 2006.

<sup>98</sup> Gurvitch, ob. cit.

<sup>99</sup> Pérez Schael, ob. cit.

<sup>100</sup> Pérez Ruiz, Carlos, *La construcción social del derecho*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

<sup>101</sup> Ferrari, Vincenzo, *Giustizia e diritti umani*, ob. cit.

<sup>102</sup> Merton, ob. cit.

<sup>103</sup> Radhakrishnan, R., *Theory in an uneven world*, Blackwell Publishing, Oxford, 2003.

<sup>104</sup> Etzioni, Amitai y Etzioni, Eva (comp.), *Los cambios sociales*. Trad. de Florentino Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

<sup>105</sup> Zeitlin, ob. cit.

<sup>106</sup> Sontag, Susan, *Ante el dolor de los demás*. Trad. de Aurelio Major, Punto de Lectura, Madrid, 2004.

<sup>107</sup> De Lucas, Javier, “¿Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías?”, en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Dirigido por Javier de Lucas, Consejo Superior del Poder Judicial, Madrid, 1998.

Todos estos factores deberán ser tenidos en cuenta para la construcción de una definición de derechos humanos capaz de ser medida de forma eficiente por estudios empíricos replicables en contextos concretos, pero las pretensiones de este artículo no tienen tal alcance. Nos limitaremos a indicar, entonces, que la legitimidad debe ocupar un lugar de privilegio en dichos procesos, y que debe evitarse a toda costa cualquier tipo de “autoconvencimiento” de los propios postulados de partida, en especial aquellos que pueden considerarse como muestras del llamado “etnocentrismo occidental”.

## 2. CONCLUSIONES

La desmitificación del fundamento de los derechos implica asumir que los derechos humanos no tienen un origen divino, ni se corresponden con un ejercicio lógico de carácter apriorístico, sino que, por el contrario, su génesis principal (aunque no única) debe buscarse en diversos factores sociales, especialmente en la convención y las “imágenes del mundo” presentes en la sociedad en un momento determinado. La consecuencia más relevante de estos procesos de “desmitificación” es renunciar a la idea de una coherencia interna absoluta de los derechos humanos, puesto que éstos reciben influencias de los cambios en las “imágenes del mundo” vigentes en cada sociedad y en cada tiempo.

Respecto de la “diferenciación sistémica”, concluimos que ella es necesaria para el desarrollo del derecho y de los derechos humanos, así como que también resulta necesaria como un límite a las posibilidades de los diferentes sistemas por absorber a los demás. Destacamos la importancia de este elemento como fundamento de los contenidos diferenciados entre la convención y el derecho, y como origen de las llamadas “funciones de control” de los derechos humanos las cuales serán objeto de otro artículo. No obstante su importancia, reconocemos que una aplicación estricta de la diferenciación sistémica conllevaría la inmovilidad del ordenamiento jurídico, y con ella la de los derechos humanos, promoviendo una situación de creciente anomia entre la sociedad y el derecho que dificulta, por razones obvias, cualquier intento de medición precisa de su efectividad.

El tercer elemento que hemos tenido en cuenta en este artículo es la efectividad. Sobre este tema concluimos que la sola positivación de un derecho humano no lo convierte automáticamente en derecho efectivo, y que es imposible identificar positivación con efectividad. Por ello, consideramos que siempre deberán tenerse en cuenta las múltiples

posibilidades de fundamentación de los derechos y la adopción de un paradigma que reconozca que una vez que se ha identificado la necesidad de crear un derecho humano concreto la tarea no culmina con su positivación. Por el contrario, debemos asumir que dicha tarea apenas comienza, y que ello es también susceptible de estudio y medición.

Sobre la legitimidad mencionamos que ella guarda una estrecha relación con la validez y la efectividad jurídica, por cuanto es un atributo predicable de un orden social en su totalidad, no sólo de uno de los sistemas sociales que la integran, como el derecho. La legitimidad con que cuente un orden social concreto, según lo anterior, determinará entonces las posibilidades y el alcance de las normas jurídicas sobre derechos humanos que se produzcan en dicha sociedad. En razón de lo anterior, concluimos que para estudiar la efectividad de los derechos humanos resulta imposible otorgar un contenido axiológico particular a la legitimidad, debido a dos motivos: la heterogeneidad propia de una sociedad multisistémica, y las dificultades que plantea a su medición, específicamente en lo relacionado con su replicabilidad (tanto temporal como espacial).

Finalmente, consideramos importante resaltar que la legitimidad de un ordenamiento jurídico racionalizado no sólo ocurre por canales de justificación racional-formal, sino también en función de otros aspectos y razones no-formales que permiten la evolución (vista como movilización, y no necesariamente como avance, puesto que este último es ya un concepto valorativo) de un orden legítimo. Esta multiplicidad de razones de legitimación explica tanto la generación de nuevos derechos como el abandono de algunos otros. También explica las nuevas interpretaciones que puedan tener derechos ya establecidos y el desuso de algunas interpretaciones antiguamente válidas sobre derechos vigentes, tal como lo analizamos anteriormente respecto del derecho a la propiedad y su protección a lo largo de la historia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aaron, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*. Tomo II Durkheim, Pareto, Weber. trad. de Aníbal Leal. Editorial Siglo Veinte, Buenos Aires, 1970.
- Arnaud, André-Jean, Fariñas, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid, BOE - Universidad Carlos III de Madrid, 1996.

- Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- Aymerich, Ignacio, Consecuencialismo jurídico. Implicaciones metodológicas de las normas orientadas a la producción de resultados. Original cedido por el autor.
- Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- Blass, Thomas, The Milgram paradigm after 35 years: some things we now know about obedience to authority. *Journal of applied social psychology*, 29, 5. Columbia, 1999.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*. Madrid, Sistema, 1992.
- Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*. Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- Candela Soriano, Ma. Mercedes, *Los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la acción exterior de la Unión Europea*. Madrid, Dykinson, 2006.
- Carbonier, Jean, *Derecho flexible*. Trad. y prólogo por Luis Díez-Picazo. Madrid, Tecnos, 1974.
- Castignone, Silvana, Legitimazione e potere. Elementi per una riflessione analítica, en *Diritto e Legitimazione*. Cura di Renato Treves. Milano, Franco Angeli, 1985.
- CERD (Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial). Acta resumida de la 1305ª sesión: Austria, Ginebra, 1999.
- Clark, David, The role of legal education in defining modern legal professions, en *Laws and Rights*. Edición de Vincenzo Ferrari. Proceedings of the international Congress of sociology of law for the ninth centenary of the University of Bologna. Milano, Dott A. Giuffrè Editore, 1991.
- Colomer, J. M., *La política en Europa*. Barcelona, Ariel, 1995.
- Constant, Benjamin, *Escritos políticos. De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*. Trad. de María Luisa Sánchez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Corcuera Atienza, Javier, El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel, en Javier Corcuera Atienza (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid, Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati, Dykinson, 2002.

- De Lucas, Javier, ¿Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías?, en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Dirigido por Javier de Lucas. Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 1998.
- De Schutter, Olivier (ed.), *Transnational corporations and human rights*. Oxford, Hart Publishing, 2006.
- De Sousa Santos, Boaventura; García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2001. Tomo I.
- Del Águila, Rafael, *La senda del mal. Política y razón de Estado*. Madrid, Taurus, 2000.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. 2 ed. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1989.
- Eriksson, Maja K. y Åkermark, Sia S. (eds.), *Documents in Public International Law*. Stockholm, Norstedts Juridik, 2000.
- Etzioni, Amitai y Etzioni, Eva (comp.), *Los cambios sociales*. Trad. de Florentino Torner. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Fariñas, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- Fariñas, María José, Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la actitud "postmoderna". *Cuadernos San Bartolomé de las Casas*, 6. Madrid, Dykinson, 1997.
- Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid, Editorial Debate, 1991.
- Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, Derechos fundamentales, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi. 5 ed. Madrid, Trotta, 2006.
- Ferrari, Vincenzo, *Acción jurídica y sistema normativo*. Prólogo por María J. Fariñas. Trad. de Andrea Greppi. Madrid, Dykinson, 2000.
- Ferrari, Vincenzo, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*. Appendice metodologica di Mario Boffi. 7 ed. Milano, Franco Agneli, 2007.
- Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho*. Con nota introductoria de Javier de Lucas. Madrid, Debate, 1989.

- García Amado, Juan (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Instituto internacional de sociología jurídica de Oñati - Dykinson, 2001.
- García Amado, Juan, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*. Trad. de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco. México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Giddens, Anthony, *Sociología*. Trad. de Teresa Alberó et ál. Madrid, Alianza Editorial, 1991.
- Giasanti, Alberto; Pocar, Valerio (eds.), *La teoria funzionale del diritto*. 2 ed. Milano, Edizioni Unicopli, 1983.
- Gorecki, Danuta, *Law and social change in the Byzantine middle ages*. Vincenzo Ferrari (ed.), Proceedings of the International Congress of sociology of law for the ninth centenary of the University of Bologna. Milano, Dott A. Giuffrè Editore, 1991.
- Greenberg, Jack, *Crusaders in the Courts: how a dedicated band of lawyers fought for the civil rights revolution*. New York, Perseus Group - Basic Books, 1994.
- Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica*. Estudio preliminar por José Luis Monereo Pérez. Granada, Colmares, 2001.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Taurus, 1988.
- Harms, Hans, Anomia y trabajo en la civilización post-industrial, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*. Vitoria, Oñati proceedings. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1993.
- Hermida, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona, Anthropos, 2005.
- Higgins, Rosalyn, *Problems & process. International law and how we use it*. Oxford, Clarendon Press, 2001.
- Hierro, Liborio, El realismo jurídico, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11, Madrid, Trotta, 2000.
- Honneth, Axel, *La lucha por el reconocimiento*. Trad. de Manuel Ballester. Barcelona, Crítica-Filosofía, 1997.
- Ignatieff, Michael, *The lesser evil. Political ethics in an age of terror*. New Jersey, Princeton University Press, 2004.
- Inter-American Commission On Human Rights, *Report on terrorism and human rights*. Washington, 2002.

- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Trad. de Roberto Aramayo. Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Krawietz, Werner, El concepto sociológico del derecho. *Revista Doxa*, 5, 1988.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* Monografías Jurídicas 79. Bogotá, Temis, 2005.
- León Jiménez, Rosario, El comercio de emisión de gases propuesto por el protocolo de Kyoto: perspectiva internacional y europea, en *Unión Europea Aranzadi*, 10, 2003.
- López Aranguren, José L., *Ética y política*. Madrid, Biblioteca Nueva, 1996.
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Navarrete. Estudio preliminar de Jesús Martínez García. México, Universidad Iberoamericana, 2002.
- Luhmann, Niklas, The unity of the legal system, en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1988.
- Luhmann, Niklas, Closure and Openness: on reality in the World of Law, en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1988.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's modern introduction to International Law*. 7 ed. London, New York, Routledge, 2003.
- Malem Seña, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*. trad. de Salvador Echavarría. México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Maquiavelli, Niccolò, *El Príncipe*. 3 edición. Estudio preliminar de Ana Martínez Arancon. Madrid, Tecnos, 1993.
- Martínez Osés, Pablo, *Objetivos del milenio: ¿se puede acabar con la pobreza?* Madrid, PPC, 2005.
- Merton, Robert, *Social theory and social structure*. Revised and enlarged edition. New York, The Free Press, 1968.
- Mora Molina, Juan J., El funcionalismo de Merton y el derecho, en Juan García Amado (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Instituto internacional de sociología jurídica de Oñati - Dykinson. 2001.
- O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

- Organization of American States (OAS-OEA), Basic documents pertaining to human rights in the Inter-American system. General Secretariat. Washington, 2003.
- Orrù, Marco, Ambivalence of anomie, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*. Vitoria, Oñati proceedings. The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1993.
- Ost, François, Between order and disorder: the game of law, en Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1988.
- Ovey, Clare y White, Robin, *Jacobs & White European convention on human rights*. 3 ed. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín oficial del Estado, 1999.
- Peces-Barba, Gregorio, Fernández, Eusebio, De Asís, Rafael (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales*. Vol. 1, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III de Madrid, 2001-2003.
- Peco, Miguel y Peral, Luis, *El conflicto de Colombia*. Madrid, Ministerio de Defensa - Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 2006.
- Pérez Ruiz, Carlos, *La construcción social del derecho*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- Pérez Schael, María, Legitimidad, representaciones y anomia, en Tosca Hernández (comp.), *Anomia: normas, expectativas y legitimación social*. Por Oñati proceedings. Vitoria, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1993.
- Podgórecki, Adam, *A sociological theory of law*. Presentazioni di Vincenzo Ferrari. Milano, Giuffrè Ed., 1991.
- Prieto Navarro, Evaristo, La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho, en Juan García Amado (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati – Dykinson, 2001.
- Radhakrishnan, R., *Theory in an uneven world*. Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- Russell, Bertrand, *Human society in ethics and politics*. Introduction by John Slater. London, Routledge, 1992.
- Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad tele-dirigida*. Madrid, Taurus, 1998.

- Schmill, Ulises, El positivismo jurídico, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía No. 11. Madrid, Trotta, 2000.
- Smith, Rhona, *Text book on international human rights*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- Sontag, Susan, *Ante el dolor de los demás*. Trad. de Aurelio Major. Madrid, Punto de Lectura, 2004.
- Stirk, Peter, *Critical theory, politics and society*. London, Continuum, 2000.
- Tajadura Tejada, Javier, La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales, en Javier Corcuera Atienza (coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid, Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati – Dykinson, 2002.
- Toffler, Alvin, *La tercera ola*. 4ª ed. Barcelona, Plaza & Janés, 1996.
- Tomeo, Vincenzo, Legittimazione e scambio politico, en *Diritto e Legittimazione*. Cura di Renato Treves. Milano, Franco Angeli, 1985.
- United Nations. *The millenium development goals reports*. New York, UN Department of Public Information, 2005.
- Ureña, Enrique, *La teoría crítica de la sociedad de Habermas*. Madrid, Tecnos, 1978.
- Warleigh, Alex y Fairbrass, Jenny, *Influence and interests in the European Union: the new politics of persuasion and advocacy*. London, 2002.
- Weber, Max, *El político y el científico*. Introducción de Raymond Aaron. Madrid, Alianza editorial, 2005.
- Weber, Max, *Sociología del derecho*. Estudio preliminar de José Monereo Pérez. Granada, Comares, 2001.
- Zeitlin, Irving, *Ideología y teoría sociológica*. Trad. de Néstor Míguez. Buenos Aires, Amorrortu, 1986.

### **Documentos y bases de datos en Internet**

- African Commission on Human and People's Rights. Disponible en [http://www.achpr.org/english/\\_info/news\\_en.html](http://www.achpr.org/english/_info/news_en.html)
- Asian Human Rights Commission. Disponible en <http://www.ahrchk.net/index.php>
- Asian Network for Free Elections (ANFREL). Portal con los textos constitucionales de Estados asiáticos. Disponible en <http://www.anfrel.org/2006/resources/Constitutions.asp>
- Georgetown University. Political database of the Americas. Portal del Edmund A. Walsh School of foreign service, con información actualizada sobre los textos constitucionales de los Estados de América.

Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

Inter-American Commission on Human Rights. Organization of American States (OAS-OEA). Disponible en <http://cidh.org>

Inter-American Court of Human Rights. Organization of American States (OAS-OEA). Disponible en <http://corteidh.or.cr>

International Criminal Court. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/about.html>

United Nations Organization. Portal sobre las relaciones entre las Naciones Unidas y las Corporaciones. Disponible en <http://www.un.org/spanish/partners/business1/index.asp>.

University of Pretoria. Centre for Human Rights, con los textos constitucionales de los Estados africanos. Disponible en [http://www.chr.up.ac.za/hr\\_docs/constitutions/constitutions.html](http://www.chr.up.ac.za/hr_docs/constitutions/constitutions.html)

University of Pennsylvania. Portal del African Studies Center, con los textos constitucionales de algunos Estados africanos. Disponible en [http://www.africa.upenn.edu/Govern\\_Political/afr\\_constit.html](http://www.africa.upenn.edu/Govern_Political/afr_constit.html)

University of Missouri-Kansas City. School of Law Famous trials Project. Disponible en <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/MYLAI.HTM>

Universität Bern. Portal del International Constitutional Law Center. Disponible en <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/index.html>