

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA PENAL: UN ENFOQUE CRÍTICO DESDE LA EFICACIA Y LEGITIMACIÓN SOCIAL

HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL JUSTICE: A CRITICAL APPROACH FROM EFFECTIVENESS AND SOCIAL LEGITIMATION

GEOFREDO ANGULO LÓPEZ¹

Sumario: I. EL REALISMO: LA EFICACIA COMO PROPIEDAD DETERMINANTE DEL DERECHO. II. ELEMENTOS SOCIO-JURÍDICOS PARA UNA DEFINICIÓN DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. EL JUEZ HERMES: UN PUNTO DE VISTA CRÍTICO AL FUNCIONALISMO PENAL VALORATIVO O MODERADO.

Summary: I. REALISM: EFFECTIVENESS AS A DETERMINING PROPERTY OF LAW. II. SOCIO-LEGAL ELEMENTS FOR A DEFINITION OF THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS. III. JUDGE HERMES: A CRITICAL APPROACH TO AXIOLOGICAL OR MODERATE PENAL FUNCTIONALISM.

Resumen: Lo que pretende este artículo es identificar algunos elementos socio-jurídicos que deben incluirse en la construcción de un concepto de derechos humanos capaz de adaptarse a la complejidad social moderna y a las dificultades en la implementación de los mismos, con la intención de poder ser útil para 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 algunas nociones sociológicas. Esto, implica, además, una revisión a la fundamentación tradicional de los derechos humanos, así como de los mecanismos en los sistemas de justicia penal con los que opera para cumplir con su función de dar seguridad a la sociedad; pues los desafíos y alcances que tiene este paradigma sobre la juridicidad aún no se descifran.

Palabras clave: Derechos humanos, eficacia, efectividad, escasez, elementos socio-jurídicos, legitimidad, sistémico, desmitificación.

Abstract: The aim of this article is to identify some socio-legal elements that must be included in the construction of a concept of human rights, capable of adapting to the modern social complexity and the difficulties in the implementation of the same, with the intention of being useful For the

1 Doctor en derechos fundamentales por la Universidad de Jaén, Andalucía, España. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Candidato a Investigador Nacional por el CONACYT.

measurement of the effectiveness of human rights and the functions they fulfill in a specific society through the use of some sociological notions. This also implies a review of the traditional basis of human rights, as well as of the mechanisms in the criminal justice systems with which it operates to fulfill its role of providing security to society; Because the challenges and scope of this paradigm on legality are not yet deciphered.

Keywords: Effectiveness, human rights, shortage, socio-legal elements, legitimacy, systemic, demystification.

NOTA INTRODUCTORIA

La presencia de los derechos humanos en el contexto mundial hace posible una refutación de muchas corrientes iusfilosóficas contemporáneas que ponen en el centro del debate temas sobre la eficacia, validez y la justificación racional sobre la existencia de los derechos humanos. Considero que unas notas de análisis social resultan oportunas para considerar algunas problemáticas que la sociedad mexicana presenta en cuanto a hacer efectivos los derechos que se positivaban en sus normas fundamentales.

Con este artículo pretendo realizar un breve examen de la sociología de los derechos humanos relativo a los problemas que plantea el tema de la eficacia y efectividad de los derechos en cualquier sociedad democrática. Me aproximaré a exponer donde empieza este proceso de desmitificación del derecho, hasta identificar algunos elementos socio-jurídicos que deben incluirse en la construcción de una noción y fundamento del término “derechos humanos” capaz de adaptarse a la complejidad social moderna y a las dificultades en la implementación de los mismos, con la intención de poder ser útil para la medir el grado de efectividad de los derechos humanos y de las funciones que ellos cumplen en una sociedad concreta a través del uso de algunas nociones sociológicas.

I.- EL REALISMO: LA EFICACIA COMO PROPIEDAD DETERMINANTE DEL DERECHO

La desmitificación del derecho a través de la crítica de sus concepciones tradicionales con las que el mismo ha sido conformado, junto con la entrada en crisis del Estado liberal de derecho, son uno

de los principales motivos del surgimiento de la corriente realista del siglo XX, o llamado “realismo jurídico sociológico”, el cual, se presenta como una radicalización del positivismo jurídico, al tomar como punto de partida la interpretación de la vigencia sociológica del derecho en relación a la efectividad de las normas;² es decir, un contexto en que las normas jurídicas no se ajustan a la realidad que, en el momento de ser promulgadas les dio justificación.³ El realismo se refiere a la unión de dos escuelas: la realista norteamericana y la escandinava, cada una de ellas con su propia corriente de pensamiento distintos entre sí, pero compartiendo el mismo criticismo.

El *realismo jurídico escandinavo*,⁴ se conformó por un grupo de juristas fuertemente esclarecidos que encontraron la realidad del derecho en el rechazo al iusnaturalismo y el positivismo normativista, alejándose de su método rígido para la creación de los conceptos jurídicos fundamentales. Para los realistas la naturaleza del derecho debe encontrarse en los hechos, en la experiencia y en el comportamiento de los jueces, de tal forma que vinculan la eficacia del derecho con la realidad empírica como resultado de factores extrajurídicos de carácter particular. Frente a estas razones, los realistas ven al derecho como un sistema vivo, abierto, intersticial, dinámico en una sociedad que se renueva constantemente. Entre sus principales representantes se encuentra su fundador Axel Hagerström, para quien el derecho es una realidad empírica, un fenómeno de psicología social. Con su *tesis sobre la realidad*, pretende demostrar que la única realidad que podemos llegar a conocer son los hechos y no otras entidades como los valores, pues considera que estos son metafísica pura al carecer de objetividad. Sostiene que la norma siempre está

2 Vid; HALLIVIS PELAYO, M., *Teoría general de la interpretación*, México, D.F., ed. Porrúa, 2012, p. 173

3 Vid; BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1991, pp. 314-315. Como resultado de esto, se genera en el sistema jurídico una tensión entre la realidad y el ideal o valor que plantea la norma abstracta legal, en este sentido, Harold Berman sostiene que una de las grandes características que presentan los sistemas jurídicos de la modernidad es que siempre hay una tensión: tensión entre la realidad social y el ideal o valor que plantea la norma abstracta legal. vid; BERMAN, H., *Law and Revolution*, The Harvard University Press, 1983, pp. 85-119, 273-332

4 Para Mauro Barberis el *realismo jurídico europeo-continental* se divide en tres corrientes principales: los realismos jurídicos escandinavos (el sueco y el danés), y el italiano y el francés. Vid; BARBERIS, M., “El Realismo Jurídico Europeo-Continental”, en, ZAMORA FABRA, J.L., / NÚÑEZ VAQUERO, Á., (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. I, México, IJ-UNAM, 2015, p. 227.

acompañada de un estado psicológico de obligatoriedad que se origina en un contexto social como elemento ineludible para que la regla de conducta sea válida, en otras palabras, que exista como norma. En este sentido, la fuerza ideal y la validez esencial del derecho va a radicar en el grado de obediencia de las normas, de que se cumplan y sean asumidas como vinculantes por la sociedad, no obstante el logro de resultados efectivos dependerá del equilibrio de competencias y controles que se adapten al ejercicio del poder, y de los criterios judiciales que se emitan conforme a la Constitución. Hagerström dirige una fuerte crítica a los conceptos utilizados por el positivismo como: “derecho subjetivo”, “voluntad del Estado”, “deber”, al considerarlos como entidades metafísicas a las que no corresponde ninguna realidad.⁵

Las ideas centrales que conforman la corriente del realismo escandinavo se basan en que: el derecho es una herramienta para fines sociales y no un fin en sí mismo; es decir, el derecho como un sistema que opera para dogmatizar que las normas jurídicas se deben interpretar tomando en cuenta las exigencias y los intereses sociales. Al igual que los realistas norteamericanos consideran que la actividad del intérprete consiste en traducir un texto legal contenido en una fuente de derecho asignando un significado y no descubriéndolo. De esta forma, sostienen que las normas jurídicas no son en parte el objeto de la interpretación, sino más bien son el producto de esa actividad interpretativa.⁶ Por otra parte, los realistas escandinavos suscriben la tesis de las fuentes sociales del derecho y de la separación conceptual entre el derecho y la moral; inciden en el carácter creativo de la función judicial, poniendo énfasis en dos elementos fundamentales: la *discrecionalidad*, (tanto en la formulación de la norma aplicable, como en la determinación de los hechos), y en la *autonomía* de las decisiones de los jueces. Esto supuso rechazar la identificación del derecho con las “normas ficción”; es decir, para que el derecho pueda ser un instrumento de transformación social debe considerar no solo las normas válidas, sino además las normas eficaces. Con esto el derecho se concibe como una regla de vida social junto con la idea del pluralismo jurídico, (intereses, fines, valores, principios), y muchos otros elementos que componen el aparato jurídico. En

5 Vid; FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, p.240. (Traducción de José F. Lorca Navarrete). Citado por: HALLIVIS PELAYO, M., *Teoría general de la interpretación*, Op. Cit., p. 180. También vid; BARBERIS, M., “El Realismo Jurídico Europeo-Continental”, Op. Cit., pp. 228-229.

6 Vid; PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 225.

este sentido, el derecho no puede verse únicamente como normas apartadas del sistema, sino como institución o como ordenamiento.⁷

No obstante fue en los Estados Unidos donde la crítica contra el formalismo tuvo su auge con el movimiento iniciado por el Juez Oliver W. Holmes, quien frente al peso de la corriente tradicional del derecho sobrepuso los elementos empíricos y pragmáticos del derecho.⁸ Holmes abre la puerta a este realismo cuando manifiesta que la vida del derecho no es la lógica, sino la experiencia, y, es justamente el análisis de esa experiencia lo que lleva al núcleo esencial del derecho, su interpretación y aplicación a los casos concretos.⁹ A Holmes se le debe la tesis de que el derecho es una realidad creada por los jueces, “el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es”; es decir, solo será posible saber lo que la norma dice de verdad después de que el juez decida.¹⁰ Posteriormente el pensamiento de Roscoe Pound marcó un avance en el tratamiento científico de los fenómenos jurídico-sociales con argumentos y teorías más amplias y destacadas de las que dio Holmes. El decano de Harvard trató de conformar una “jurisprudencia sociológica”, una especie de “ingeniería social” dirigida a lograr ciertos fines sociales: ordenar las relaciones sociales y armonizar la satisfacción de las necesidades en razón de una realidad social cambiante; realidad que puede y debe ser modificada a través de la acción racional y deliberada del hombre.¹¹ Para Pound el jurista-sociólogo debe investigar los efectos extrajurídicos y sociales concretos de las instituciones, de la teoría jurídica, realizar un diagnóstico sociológico previo a la promulgación de las leyes, reconocer la importancia de la proporcionalidad y ponderación en la solución de casos concretos, así como cualquier otra

7 Vid; ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, ed. Ariel, 2013, pp. 291-292.

8 Vid; ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Op. Cit., pp. 291-292.

9 HOLMES, O. W., “The Common Law”, en, AA. VV., *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993, p. 9.

10 HOLMES, O. W., “The Path of the Law”, 1897. Publicado en *Collected Papers*, 1920. Citado por: PFEIFFER, J. B., “Bases para una teoría interpretativa del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13, 2010, p. 327.

Vid; OST, F., “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia, Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, año 4, n° 8, 2007, pp. 109-110 y 169-174. Publicado originalmente en *Doxa*, n° 14, 1993.

11 Vid; POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, ed. Comares, 2004. (Traducción y estudio preliminar de José Puig Brutau). También vid, GARCÍA RUIZ, L., “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *Persona y Derecho*, núm. 36, 1997, p. 49 y ss.

medida que posibilite a las normas jurídicas operar efectivamente.¹² Con esta concepción del derecho¹³ de Holmes y Pound inicia lo que se conoce como el *realismo jurídico norteamericano*, o también denominado “realismo conductista”, pues este encuentra la realidad del derecho en la acciones de los operadores jurídicos, y en el derecho como mecanismo ideal para el cambio social.¹⁴

Hablando en términos generales, cabría decir que a partir de este movimiento, el derecho se presenta como un *fluir*, del derecho en movimiento, y de la creación judicial del derecho.¹⁵ Así, el sentido de la norma jurídica se modifica en relación con los cambios que se producen en el contexto complejo en el que se le interpreta. En relación con los jueces, los realistas señalan su papel fundamental en la creación del derecho. El juez se presenta como un ingeniero social, el derecho no es tanto un deber-ser, un conjunto de reglas, sino un fenómeno fáctico, complejo, conformado por el comportamiento y predicciones de lo que harán efectivamente los jueces y tribunales; así, la irrecusabilidad del hecho es condición ineludible para la validez; el derecho está supeditado a la materialidad de la norma de decisión,¹⁶ teniendo que elegir, en algunos casos, la decisión correcta de entre

12 Vid; POUND, R., *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I., 1959, p. 201. También vid; TREVES, R., *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, ed. Ariel, 1988, pp. 96-97.

13 Para Atienza una concepción del derecho viene a ser un: “conjunto de respuestas con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el derecho: cuáles son sus componentes básicos, cómo se determina el derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, etc.”. ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, ed. Trotta, 4ª reimp. 2016, p. 21.

14 Vid; ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Op. Cit., pp. 292-296.

15 Vid; LLEWELLYN, Karl, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931, pp. 1236-1238. Citado por: CAMPOS ZAMORA, F., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 122, 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 205.

16 La norma de decisión resultará de llevar plenamente el proceso de la interpretación hasta su punto máximo; es decir, una norma jurídica se produce para aplicarse de manera fundada, adecuada, correcta, y justificada a un caso concreto. Esta operación se realiza mediante la formulación de una decisión judicial, una sentencia, que expresa la norma de decisión. En base a esto es que podemos establecer la diferencia entre (normas jurídicas y la norma de decisión), la cual se define a partir de aquellas. Así, el juez es el que va más allá de la interpretación como una mera

una multiplicidad de resoluciones. En este sentido, el juez se convierte en la fuente del único derecho válido, en el que la eficacia es condición necesaria y suficiente para la validez. De esta forma el derecho se reduce al hecho, a la indecible materialidad de la sentencia.¹⁷ Al poner énfasis en la eficacia del derecho, la concepción realista desarrolla la idea de que la coerción (el elemento de la fuerza física), y su uso exclusivo por parte de los jueces, es el único instrumento para lograr su eficacia. La necesidad de la fuerza se referirá al derecho entendido en su conjunto. Desde esta perspectiva realista el derecho tiene un carácter práctico, de modo que, la ciencia del derecho deberá de conocerse como tecnología o ciencia social aplicada.¹⁸

En este contexto y a pesar de que las concepciones actuales de los derechos humanos se han complicado considerablemente con la aparición de nuevas teorías del derecho como: el neiusnaturalismo, postrealismo, postpositivismo, la teoría crítica y el paradigma constitucionalista, todas ellas serán reformulaciones de las corrientes realistas.

I.1. EFICACIA Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA TEORÍA JURÍDICA Y SOCIAL

La eficacia y la efectividad se configuran como elementos sociológicamente indispensables para construir una definición de derechos humanos. Esta afirmación es sostenida ampliamente por varios autores dentro de la teoría sociológica del derecho.¹⁹

En lo referido a la noción socio-jurídica del término, 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

producción de normas jurídicas, para extraer de ella normas de decisión. Vid; GRAU, E., *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2007, pp.18-19.

17 Vid; OST, F., “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, Op. Cit., pp. 109-110 y 169-174.

18 Vid; ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, *id.*, pp. 294-295.

19 Las propuestas doctrinales que se desarrollan en la sección I.1., I.2 y I.3 del presente artículo, son tomadas del trabajo del jurista colombiano Wilson de los Reyes Aragón en; “Algunos elementos para construir una definición de derechos humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 10, N° 2, julio-diciembre, 2008, pp.159-196 (Universidad del Rosario, Bogotá).

determinan su conducta de acuerdo con el contenido del derecho. Por elementales criterios de coherencia, el concepto de derecho deber partir del reconocimiento de la multiplicidad de formas de resolución de los conflictos originados en la acción social.²⁰ La forma en que el derecho es capaz de controlar una multiplicidad de expectativas, esto es, para que el subsistema jurídico sea efectivo, consiste en no abarcar demasiadas expectativas, no intentar controlarlo todo, sino seleccionar las expectativas que realmente valen la pena. Ello equivale a decir, como señala N. Luhmann, que la efectividad del derecho se logra a través de la delimitación de su campo de acción.²¹ Por lo tanto, las normas jurídicas se convierten en instrumentos al servicio de las políticas regulativas y, como tales, en elementos disponibles a tenor de las exigencias del momento. De ahí que su seguimiento no dependa únicamente de la legalidad, sino también de su efectividad en el logro de determinadas metas y objetivos sociales, produciéndose de este modo una materialización de la eficacia del derecho.

La eficacia no se contextualiza sociológicamente por el seguimiento de las normas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones, desdibujándose así la distinción entre eficacia y efectividad de las normas. En este sentido, “la transformación del derecho producto del empleo del sistema jurídico con fines de política social, hace que sobre la clásica racionalidad formal de las normas pase a imponerse la racionalidad material. En el primer caso, la eficacia se define por “el seguimiento de reglas”, en el segundo, en cambio, se mide por el “logro de resultados o la realización de funciones”²². En suma, la *eficacia* en general, se va a referir a los efectos de las normas, es decir, con miras a su realización práctica de contenido en ellas expresado. En este sentido, el derecho será eficaz si y solo si consigue dirigir el comportamiento humano. En cambio el término *efectividad*, se traduce en lo que se denomina *eficacia real*. La *efectividad* se refiere al análisis de las consecuencias de la aplicación de la norma para poder así contrastarlas con la intención del legislador, en este

20 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, p.172.

21 Vid; LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, Op. Cit., p.194. Del mismo autor, vid; *Introducción a la teoría de los sistemas*, México D.F., Ed. Universidad Iberoamericana, 2002.

22 Vid; GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *Ineficacia, Anomía y Fuentes del Derecho*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad Carlos III, 2003, pp. 55-59 y 77-85.

sentido, la crítica de la *eficacia* del derecho es objeto de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho, mientras que la *efectividad* sería una tarea propia de los sociólogos del derecho.²³

Hay que tener en cuenta, 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 pueden ser explicadas a partir de una sola teoría, o lo que es lo mismo, reducirse a una sola teoría resulta insuficiente para lograr una perspectiva total de su efectividad jurídica. La conclusión de lo anterior es que, para lograr una 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.²⁴ De la misma forma, resulta fundamental descartar de plano la idea según la cual la efectividad se centra solo en la sanción. Las alternativas absolutas, en las cuales la efectividad del derecho se rige, bien por su obligatoriedad intrínseca, o bien por la posibilidad de imposición de una sanción ante su incumplimiento, no ofrece una solución satisfactoria al problema de la efectividad, pues no permiten medir todos los tipos intermedio a los extremos citados. El papel de los indicadores sobre el respeto a los 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 que los contienen.²⁵

Ahora bien, para determinar la efectividad jurídica pueden utilizarse dos elementos tomados de la dogmática, específicamente de la teoría garantista,²⁶ como son las garantías primarias y secundarias. Estos elementos pueden ser aplicados a la construcción de una definición de derechos humanos.

Las garantías primarias y secundarias, 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

23 Vid; GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., *id.*, pp.55-59 y 77-85.

24 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, 173.

25 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, pp. 175-176.

26 El garantismo jurídico en la teoría de Ferrajoli se concibe como aquella técnica que, desde el punto de vista de la teoría del derecho, pretende incitar la crítica del ordenamiento jurídico vigente, acudiendo para ello a criterios de validez y efectividad de la normas conforme a valores superiores reconocidos y positivados en las normas de rango superior, ya sean éstas normas constitucionales, a las que se refiere Ferrajoli, o normas internacionales, en donde se recogen principalmente los derechos humanos.

global, pues sólo pueden llegar hasta donde llega la norma de derecho positivo vigente.²⁷ En este sentido, en cuanto a las posibilidades de *realización técnico-jurídica*, la distinción entre garantías primarias y secundarias, permite, según Ferrajoli, que la ciencia jurídica no se limite a constatar la inutilidad de un derecho no justiciable, sino que se convierta en una palanca de denuncia del incumplimiento de los poderes públicos que no han establecido; o bien las correspondientes obligaciones para los sujetos a los que se dirigen los derechos, lo que Ferrajoli llama, *garantías primarias*; o bien, los remedios procesales para el caso de que esos sujetos no den cumplimiento a tales obligaciones, las llamadas, *garantías secundarias*. La ausencia de ambos tipos de garantías de lugar a *lagunas primarias* o *lagunas secundarias* respectivamente. La tarea actual de la ciencia jurídica iría más en el sentido de denunciar la existencia de esas lagunas que en el de negar el carácter de derechos fundamentales a las posiciones subjetivas recogidas en los textos constitucionales, pero no garantizadas por ningún mecanismo de tutela.²⁸

Así pues, para los derechos humanos, se tendría que poner énfasis en el alcance real de los mismos, sin olvidar su positivación jurídica. Las herramientas de aseguramiento (garantía) de los derechos humanos previstas por el ordenamiento jurídico, como pueden ser solo las garantías primarias y secundarias- según la teoría de Ferrajoli-²⁹

27 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, p. 176.

28 Las garantías primarias serían, entonces, *garantías legales* y, las secundarias, *jurisdiccionales*. Las garantías primarias estarían compuestas por las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador e indirectamente a la administración. Las secundarias, a su vez, estarían formadas por los deberes que, también en relación con los derechos, las normas encomiendan a los órganos jurisdiccionales. La relación entre unas y otras garantías sería de *aseguramiento*. Es decir, que las garantías secundarias funcionarían sólo en caso de falta o incumplimiento de las garantías primarias. Ambas serían, como resultado, deberes a cargo de los poderes públicos, esto es, garantías institucionales. Sobre un estudio más detallado de las *garantías primarias y secundarias* en la teoría de L. Ferrajoli, vid; PISARELLO, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 41, 2001, pp.3-10.

29 Para Ferrajoli, la función de la garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal que, en los ordenamientos de constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad, es decir; ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, sino también por sujeción al derecho, que es el rasgo específico del Estado constitucional de derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales, como sustanciales del derecho positivo. De modo que, todos los derechos fundamentales, equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial

aunque 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 de los derechos.³⁰ Por su parte, la efectividad de los derechos humanos se identificaría con su capacidad para determinar la conducta de los destinatarios, tanto población como autoridades públicas. 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 positivizar o no una nueva norma sobre un derecho concreto, así como a analizar los cambios que deben realizarse en el contenido, aplicación o la interpretación del mismo.

Con este enfoque también se puede brindar elementos de juicio para evaluar la conveniencia o no de mantener vigente alguna norma jurídica sobre derechos humanos en un contexto determinado. En definitiva, el énfasis en el estudio de la efectividad de los derechos humanos, también permite comprender mejor el grado de legitimidad real de un ordenamiento jurídico dado, así como el cuadro político-administrativo y la capacidad de éstos para adaptarse a los requerimientos sociales en cada momento, brindando información relevante sobre las vías o los escenarios más idóneos para canalizar ciertas reivindicaciones y propuestas sociales que se desean institucionalizar a través

de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a los que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. Vid; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999. pp. 65-66. (Traducción de P. A. Ibáñez y A. Greppi).

30 Es evidente que mientras la observancia de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, la de las garantías (y de normas) secundarias opera, sólo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la inobservancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos. Por ello, Ferrajoli, habla, además, de efectividad e ineffectividad primaria, de primer grado o sustancial a propósito de la observancia o inobservancia de las normas (y garantías) primarias, y de efectividad e ineffectividad secundaria o de segundo grado o jurisdiccional, a propósito de la observancia o inobservancia de las secundarias. Así, Ferrajoli pone como ejemplo de ineffectividad de las normas primarias, el tema de la corrupción, así como los crímenes contra la humanidad cometidos impunemente en todo el mundo por los Estados y sus gobernantes, constituyen una indicación de la ineffectividad, tanto primaria como secundaria, de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en otros tratados posteriores. Vid; FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008, pp.64-65. (Traducción de Perfecto A. Ibáñez).

del derecho positivo.³¹

En una primera conclusión sobre el tema sociológico de la *eficacia de los derechos humanos*, hay que tener presente 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, creo 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 positivizar un derecho humano concreto, la tarea no culmina con su positivación; por el contrario, se debe asumir que dicha tarea apenas comienza, y por ello creo que es relevante examinar los términos en que los derechos consiguen cierta eficacia. Por lo tanto, resulta imprescindible que la teoría social y la sociología³² coadyuve con la teoría jurídica y moral de los derechos humanos.

II. ELEMENTOS SOCIO-JURÍDICOS PARA UNA DEFINICIÓN DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

II.1. LA EFICACIA COMO DESMITIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la mayoría de las definiciones sociológicas, para el término “derechos humanos”, se encuentran presentes, expresa o tácitamente, ciertos elementos comunes o transversales. Veamos esto más detenidamente:

La eficacia va a representar el elemento fundamental en la desmitificación del origen de los derechos humanos como fenómeno espiritual o abstracto, moral o jurídico. Justamente Julian Huxley describe en términos generales este elemento al decir que:

31 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, p.177.

32 Sobre las diferencias terminológicas entre teoría social y sociología vid; TORRES, F., “Aproximaciones al conocimiento de lo social: entre teoría social y sociología”, *Cinta de moebio, Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, n° 55, 2016, pp.106-120. Versión digital en: <http://www.scielo.cl/pdf/cmoebio/n55/art08.pdf>

“Para nosotros ya no es posible por más tiempo, como lo fue para nuestros antecesores de la Edad de la Razón, concebir los derechos humanos como existiendo en abstracto, simplemente en espera de ser deducidos de los primeros principios por obra del intelecto humanos. Y añadiríamos que ya no es posible por más tiempo para nosotros, como lo ha sido hasta hace poco para juristas o politólogos institucionalmente orientados, concebir los derechos humanos como poco más que los resultados documentales de procesos legales derivados de la ilustración. Aunque las aspiraciones humanas subyacentes a los diversos derechos puedan reflejar metas permanentes, y aunque los derechos humanos dependen del resultado legal formal e institucional, los científicos sociales contemporáneos deben preguntarse por las fuerzas sociales subyacentes que generan el desarrollo de los derechos humanos”.³³

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*, todas las demás perspectivas sociológicas coinciden en negar una naturaleza lógico-deductiva y apriorística a los derechos humanos. Vincenzo 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.³⁴ Fariñas, por su parte, rechaza la conceptualización de los derechos humanos a partir de lo que esta autora entenderá por “metafísica política del modernismo”, a la cual considera “inadecuada e insuficiente”.³⁵ Por ello propone mejor un “paradigma renovado”, que ponga a prueba los fundamentos de los derechos humanos que, desde la teoría jurídica, se han ofrecido tradicionalmente.

33 HUXLEY, J., *Freedom and culture*. Freeport. New York, 1971, p. 7. También vid; AYMERICH, I., *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p.31.

34 FERRARI, V., *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*, Milano, Ed. Franco Agnelli, 2007, p. 155. Del mismo autor, vid; *A sociological theory of law*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.

35 FARIÑAS, M. J., *Los derechos humanos: Desde la perspectiva socio-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997, pp.48-49.

En opinión de Axel 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”.³⁶ Para Honneth este reconocimiento moral está inmerso en diversas relaciones determinadas por el ser humano, existiendo diversas formas de reconocimiento en las esferas sociales y en diferentes niveles de búsqueda, entre ellos el derecho, y este seguimiento acontece en un contexto en los que son, existen y actúan las personas como parte de una sociedad que necesitan obtener reconocimiento y respeto por sus diferencias. En este sentido, solo podemos ser sujetos de derechos en la medida en que conozcamos las obligaciones legales y normas morales que tenemos que cumplir frente a los demás. Solo en este sentido para Honneth se podría hablar de la efectividad de los derechos humanos en una sociedad.

En la obra de Louis Wirth³⁷ de igual forma se puede ver el respaldo a 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.³⁸ Theodor Geiger, por último, 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, con lo cual, concluye Geiger, cualquier “pretensión de valor” en los ordenamientos jurídicos es falsa.³⁹

36 HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Ed. Crítica, 1997, p.115-133 y ss. También vid; PARADA, J. Y CASTELLANOS, J.M., “Trayectorias teóricas del reconocimiento moral en Axel Honneth”, *Revista de Antropología y Sociología: Virajes*, 17 (1), 2015, pp. 57-81.

37 Vid; WIRTH, L., “El urbanismo como modo de vida”, *bifurcaciones*, núm. 2, 2005. “El urbanismo como modo de vida” fue publicado originalmente en 1938 en el número 44 del *American Journal of Sociology*.

38 MANNHEIM, K., *Ideología y utopía. Introducción a la sociología del conocimiento*, México D.F., ed., Fondo de Cultura Económica, 1987, p. XVI. (Trad. Salvador Echavarría). Es importante señalar que Louis Wirth tradujo a la lengua inglesa la obra clásica de Karl Mannheim “Ideology and utopia”. También vid, DE LOS REYES ARAGÓN, *id.*, p.163.

39 Vid; GEIGER, T., *Estudios de sociología del derecho*, México D.F., Ed. Fondo

Todas las perspectivas anteriores, tanto de autores actuales como clásicos, justifican la existencia de los derechos humanos con el grado de efectividad de las relaciones sociales, y critican su valor conceptual como algo desligable de la evolución de la sociedad. Esto es algo que se repite en la perspectiva sociológica, con mayor o menor profundidad.

Sobre este eje argumental, Niklas Luhmann sostiene que la moral resulta inapropiada para fundamentar la validez normativa.⁴⁰ 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.⁴¹ En este sentido el derecho se manifiesta como un instrumento de cohesión social. Siguiendo en este razonamiento, para Luhmann los derechos fundamentales no son derechos que pertenezcan a las personas, fundamentados en una dignidad intrínseca o de otros principios y valores de la persona humana que el derecho deba reconocer, respetar y garantizar; para Luhmann esto representa pura metafísica. Para él “los derechos fundamentales son piezas o instituciones técnicas del sistema social (estructuras intrasistemáticas) constituidas por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistema social como filtros y límites técnico-jurídicos frente a la tendencia expansiva del Estado o sistema político, garantizando la diferenciación del sistema jurídico”.⁴²

En efecto, para la sociología, el derecho se justifica únicamente por cuanto: “limita o amplía las posibilidades del comportamiento social”⁴³. Por lo demás, desde el punto de vista de la sociología weberiana, en un análisis sociológico no cabe aceptar ningún tipo de identificación entre las exigencias de Cultura Económica, 1983, pp. 69, 77 y 113.

40 Vid; LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, México D.F., Ed. Universidad Iberoamericana, 2002, p.194. (Trad. Javier Torres Navarrete).

41 Vid; PRIETO NAVARRO, E., “La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho”, en, GARCÍA AMADO, J. A., (Coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001, p.340.

42 MONTORO BALLESTEROS, A., “El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8, 2007, p. 370.

43 LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, *id.*, p. 193.

morales y las políticas, económicas o jurídicas. Esto significa que es incorrecto: “presuponer que lo que es moralmente exigible concuerda por sí mismo con lo que es políticamente [...] posible [que ello sería] una suposición de tipo metafísico”⁴⁴. La idea que se extrae de esta postura es, que, desmitificados en su origen los derechos humanos también se desmitifican en su concepto jurídico y su alcance práctico. De tal forma que, la principal consecuencia de esta desmitificación de los derechos humanos es la imposibilidad de que ellos sean eternos e inmutables. Además 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.⁴⁵

En definitiva, puede decirse que el primer elemento del concepto sociológico de los derechos humanos es, *la pluralidad de posibilidades para su fundamentación*. Sociológicamente entendidos, estos no se derivan de ninguna naturaleza previa, es decir, de ninguna 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). Así, algunas teorías sociales, por ejemplo, ya comenzaron hace tiempo a poner en duda el carácter exclusivo estatal del derecho, sobre todo en su referencia a los derechos humanos.⁴⁶

Efectivamente, la desmitificación del fundamento de los derechos, implica asumir que los derechos humanos no tienen un origen dado, 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.⁴⁷ En efecto, la consecuencia más relevante de estos procesos de “desmitificación”, es renunciar a la idea de una coherencia interna absoluta de los derechos humanos, para intentar la posibilidad de que los contenidos

44 AYMERICH, I., *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Op. Cit., p.256.

45 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id*, p.164.

46 Vid; RODRÍGUEZ MANSILLA, D. /TORRES NAFARRATE, J., *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México D.F., Ed. Herder, 2008, p.84.

47 Vid, DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id*, p.188.

normativos de estos derechos puedan tener un alcance hacia otras concepciones originadas en otros sistemas sociales, con la única finalidad de que el derecho, ante la entrada en crisis del estado posmoderno y del estado de bienestar, adquiera una nueva forma de concebir y de afrontar nuestra realidad jurídica y social.

II.2. DIFERENCIACIÓN SISTÉMICA DE LA SOCIEDAD

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 factores. En lo que respecta a los derechos humanos, esta diferenciación se basa 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 social⁴⁸. Según la sociología actual, Max Weber es, tal vez, quien propuso la primera teoría sociológica completa sobre la diferenciación del derecho como sistema social. Para Max Weber, 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 filosófica y, también, la jurídica.⁴⁹ El

48 Vid; RODRÍGUEZ MANSILLA, D., /TORRES NAFARRATE, J., *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México Op. Cit., pp.83-85. Sobre un estudio más detallado sobre la diferenciación sistémica, vid; LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, México D.F., Ed. Herder, 2007, pp.471-490.

49 Este conocimiento tan peculiar del racionalismo occidental y de la función que representa en la civilización occidental es para Weber uno de sus hallazgos más importantes. Esto lleva a ampliar sus cuestionamientos iniciales por la relación existente entre la religión y la economía, hasta la pregunta tan distintiva de la civilización occidental en general, de las cuales se relacionan para mirar el alcance del pensamiento de Weber ante tal fenómeno sociológico. Weber se planteaba el porqué de la existencia en occidente de una ciencia racional que produce verdades demostrables; la presencia de una música racional y armónica, una arquitectura y pintura que se sirven de construcciones racionales; la realidad de un Estado estamental, la organización de funcionarios especializados, la especialización, el parlamento, los partidos políticos. El Estado como institución política con una constitución y un derechos racionales;

resultado de tal proceso de racionalización no es otro que una burocracia y especialización funcional que desemboca en la autonomía del derecho como sistema.⁵⁰ En este esquema weberiano, las “imágenes del mundo” se racionalizan y dividen en los tipos de legitimación tradicional, afectiva y racional con arreglo a fines.⁵¹ 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 derecho⁵².

Según Luhmann, la parcialización social del derecho, es decir, el

¿Por qué existe sólo aquí la fuerza determinante de la vida moderna, el capitalismo moderno, por qué aquí solo en occidente? Todos estos cuestionamientos ocupan en Weber reiteradamente en esta u otra forma y le llevan más allá del marco de su propia disciplina, hacia el conocimiento armónico de la realidad. Vid; WEBER, M., *Economía y Sociedad*, México, D.F., ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 1100-1120. También vid; GIDDENS, A., *Política, sociología y teoría social*, Buenos Aires, ed. Paidós, 1997, p. 45 y ss.

50 Vid, DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, pp. 165-166. También vid; KRAWIETZ, W, “El concepto sociológico del derecho”, *Doxa*, N° 5, 1988, pp.260-264.

51 Cuando se trata de la acción en el nivel macrosociológico (regularidades sociales en las personas e instituciones), aparece la *racionalidad formal* que es la que puede aplicarse a cualquier tipo de fines, de objetivos o de contenidos, estudiando los medios y procedimientos que permiten alcanzar tales fines. Weber habla de las racionalizaciones de la economía, de la técnica, del trabajo científico, de la educación, de la guerra, de la justicia y de la administración, que podrían aparecer como específicamente irracionales cuando se las mira desde otros ámbitos de la existencia. Pero esta crítica no está orientada a las tecnologías y a las estrategias como tales, sino que se refieren a la importancia en la medida en que cobran estos ámbitos en el conjunto de una cultura. La *racionalidad sustantiva* vinculada con arreglo a valores, se denomina sustantiva porque es portadora de un determinado contenido o sustancia valorativa. Dentro de las distintas esferas de la vida como son la economía, la religión, la educación, el derecho, pueden variar los patrones valorativos conforme a lo que se actúa de forma racional con arreglo a fines y a medios. Estos valores tienen siempre una figura histórica concreta, son de naturaleza particular y proporcionan los puntos de referencia para lo que Weber llama “racionalidad material”. Vid; HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, ediciones Taurus, 1992, p.245. Importantes son estos conceptos que resultan necesarios para poder llegar a entender y definir los problemas inherentes a la sociedad moderna, la racionalización formal y el desencantamiento del mundo.

52 Vid; LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, C.E.C., 1983, p.19. (Trad. Ignacio de Otto).

derecho como un sub-sistema social más, se produce ya desde finales del siglo XIX: “El correspondiente cambio dentro de la ciencia jurídica empieza con Ihering. El concepto de la construcción jurídica de Ihering exige como consecuencia el paso a otro concepto de sistema, en concreto a la concepción del sistema jurídico como sistema de la realidad social, como sistema parcial de la sociedad. El término “interés” señala este giro, pero sin formularlo de modo suficiente. Se trata de adjudicar siempre a la sociedad misma en primer lugar la creación de los sistemas, y sólo a partir de este presupuesto preguntarse por los resultados de auto-organización y auto-abstracción de los sistemas parciales y por las condiciones de posibilidad”.⁵³

Precisamente es en este esquema donde el derecho no es definible por sí mismo, sino en razón de la función social 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.⁵⁴ Luhmann analiza los derechos humanos como elementos estructurales necesarios para sustentar la diferenciación en aquellas sociedades con un cierto nivel de complejidad y, especialmente para que el subsistema político no despliegue estrategias de intervención de los demás subsistemas. En este sentido, desde el funcionalismo estructural, los derechos humanos para Luhmann no son derechos de las personas, sino *exigencias estructurales* de los sistemas sociales contemporáneos. Además, los derechos humanos no se ven como exigencias éticas o expresiones de valores sociales que el derecho deba reconocer para convertirlas en normas jurídicas en base a una línea de progresividad para superar situaciones desfavorables. Es decir, los derechos humanos entendiéndose 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. En la medida en que los derechos humanos impongan límites al actuar político, sirven a su vez para garantizar esa autonomía conquistada por la economía. En efecto, para Luhmann la diferenciación social señala la primacía del subsistema económico sobre el político en cuanto a capacidad de

53 LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Op. Cit., p. 19-20

54 Vid; AYMERICH, I., *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Op. Cit., p.83.

determinar las relaciones sociales.⁵⁵

La diferenciación sistémica tiene varias consecuencias específicas sobre los derechos humanos:

- La primera de ellas se refiere al hecho de que *la diferenciación sistémica, junto con el desencanto del mundo*, significa renunciar al hecho de que la sociedad no puede actuar como un orden armonioso e integrado en mayor o menor grado, sino dentro de un contexto en el que hay tantos acuerdos como luchas internas y tensiones. Precisamente la dualidad entre armonía y caos justifica, entre otras cosas, la necesidad de que la ley alcance un nivel de autonomía suficiente para diferenciarse de otros sistemas normativos o sociales como la religión o la política, entre otros.⁵⁶
- La segunda consecuencia de la diferenciación sistémica, sociológicamente entendida, es que permite *la identificación de los derechos humanos como un concepto exclusivamente descriptivo*. Desde esta perspectiva, se puede explicar por qué, en sociedades donde los sistemas jurídicos no están racionalizados o diferenciados, total o parcialmente dominados, el concepto convencional (occidental) de los derechos humanos no legitima, en todo o en parte, el cuadro de dominación y, por lo tanto, comienza a ser ineficaz.⁵⁷
- La tercera consecuencia de la diferenciación sistémica para los derechos humanos es que al permitir *límites a la absorción* de algunos sistemas por otros, su aplicación estricta impide que los sistemas sociales no racionalizados u occidentalizados admitan su aplicación sin restricciones, ya que hay pequeños obstáculos en los

55 En ese sentido Ignacio Aymerich sostiene que Luhmann al reducir todo el desarrollo de los derechos humanos a través de la diferenciación social, quedan ciertas lagunas sobre si los derechos humanos pueden ser explicados en términos tan esquemáticos. Vid, AYMERICH, I., *id.*, p.83.

56 Vid; CALVO GARCÍA, M., “Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons”, en, GARCÍA AMADO, J. A., (Coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Op. Cit., pp.108-109.

57 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, p.171.

sistemas sociales racionalizados.⁵⁸

En resumen, la diferenciación sistémica es necesaria para el desarrollo del derecho y los derechos humanos, y como un límite a las posibilidades de que los diferentes sistemas sean absorbidos por otros. De los Reyes Aragón destaca la importancia de este elemento como fundamento de las sociedades modernas, pero también reconoce que una aplicación estricta de la diferenciación sistémica conduciría a la inmovilidad del sistema jurídico y, con él, a los derechos humanos, promoviendo una situación de creciente anomia entre la sociedad y el derecho, lo que dificulta, por razones obvias, cualquier intento de medir con precisión la eficacia de los derechos humanos.⁵⁹

II.3. EFICACIA Y ESCASEZ: LOS DERECHOS HUMANOS COMO UNA REALIDAD SOCIAL

Para hablar de derechos humanos, se hace necesario estar en presencia de figuras que posean una justificación ética y que, además, estén incorporadas al ordenamiento jurídico. Los derechos son pretensiones incorporadas al ordenamiento jurídico que poseen una determinada concepción de la moralidad y del derecho, pero, además, incide en la importancia del poder social en general, como otro instrumento necesario en la comunicación entre el mundo ético y el jurídico. Así, según la aproximación tridimensional o teoría trialista de los derechos humanos, los derechos no son solo instrumentos jurídicos normativos con una justificación ética, sino que son también una realidad social. Como ha afirmado Peces-Barba, esta triple dimensión, es la que asume su positivismo corregido para la definición del derecho, pues: “Tampoco es sostenible la tesis de la teoría pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se pueda obtener un concepto de Derecho prescindiendo de su justicia y de su substrato social. Es una definición imposible desde la validez, sin la justicia ni la eficacia”⁶⁰. El Prof. Peces-Barba, al considerar la eficacia del derecho,

58 Vid; PRIETO NAVARRO, E., “La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho”, Op. Cit., p.352.

59 Vid; DE LOS REYES ARAGÓN, W., *id.*, p.88.

60 PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 1999, p. 84.

ha visto que la eficacia es un concepto ambivalente utilizado en la teoría del derecho; bien para señalar la influencia del derecho sobre la realidad social o, al contrario, de la realidad social sobre el derecho. En el primer supuesto, se trata del impacto del derecho sobre la sociedad, de sus niveles de seguimiento o de obediencia y, en el segundo, del condicionamiento de la justicia o moralidad de las normas, o de su validez o legalidad, por factores sociales.⁶¹

Luego, una vez introducida la eficacia de los derechos como otro de sus elementos, en este sentido, se debe afirmar que, para hablar de un derecho fundamental, no solo es necesario la justificación ética y su incorporación política al derecho positivo, sino también referirnos a; *la efectiva posibilidad de satisfacer su contenido*. Peces-Barba nos señala que la experiencia y la reflexión lo ha llevado a completar la teoría dualista⁶², extendiendo la positivación de los derechos a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad social, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en derecho positivo. Y es que, la justicia y la validez, necesitan de la eficacia para adquirir apoyo social prolongado⁶³.

Para Peces-Barba, en estrecha conexión con la eficacia de los derechos, sitúa el problema de *la escasez* con la posibilidad de lograr un contenido igualitario de los derechos y, como ello repercute más a su justicia que a su validez. La *escasez*⁶⁴, sin duda, afecta a la

61 Vid; PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1999, p.112. También, vid; PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, pp.46-47.

62 Vid; BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010, pp.572-581.

63 Vid; PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. Cit., p.108.

64 El tema de la “escasez”, ha sido tratado específicamente por Peces-Barba en varias de sus obras y a lo largo de toda su trayectoria; “Escasez y derechos humanos”, en, SAUCA CANO, J. M., (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, pp.193-21; *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía política y jurídica*, ya citado, pp.67-82 (“Escasez y solidaridad: Una reflexión desde los clásicos”). Y como una muestra de cómo la escasez actúa como límite a la consideración del derecho del trabajo y del derecho a la propiedad; “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema. Revista de Ciencias*

posibilidad de considerar cualquier pretensión moral como proyecto moral generalizable, es decir, como vertible en ley general. Por eso, para Peces-Barba, la reflexión sobre la escasez, en cuanto nos remite a la realidad social y a las posibilidades de realización de los derechos, junto con su dimensión ética y política, pasa a ser la tercera dimensión de su teoría del derecho y de los derechos fundamentales, que, no obstante, sigue siendo una teoría defensora del positivismo jurídico, realista o corregido: “La realidad de la escasez, no es solo la base para una concepción económica de la sociedad. Si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos, donde se tenga en cuenta a la persona en su dimensión integral, la escasez es también un punto de partida para justificar el Derecho”.⁶⁵

No obstante, cuando Peces-Barba analiza lo que se quiere decir por escasez, nos ofrece dos acepciones. Una primera, la escasez en un *sentido fuerte*, esto es, como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanzaría a muchos y, en todo caso, no a todos en absoluto. Sin embargo, una segunda acepción de la escasez tiene un *sentido más amplio*, se trata de la escasez que implica un reparto de bienes que pueden alcanzar a todos, aunque sea mínimamente. Incluso muchos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación, a la salud o a la vivienda, tienen su razón de ser, precisamente, en una acción positiva de los poderes públicos para repartir una escasez que, los particulares, titulares de los derechos, no podrían alcanzar por sus propios medios.

La escasez que impide la existencia de un derecho fundamental, es la escasez en sentido fuerte, y no la escasez en su segunda acepción⁶⁶. Rafael de Asís, ha observado cómo el problema de la escasez sirve para caracterizar, de manera general, lo que se denominan como, *límites formales y límites materiales*, a los derechos fundamentales.

Los límites formales, hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental, debe ser susceptible de poder ser incorporada al derecho positivo, es decir, de ser formulada y garantizada como un derecho fundamental

Sociales, N° 97, 1990, pp.3-10.

65 PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Op. Cit., p.82.

66 PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. Cit., p.109.

(perfecta o imperfectamente). *Los límites materiales*, por el contrario, hacen referencia a la posibilidad material de que a través del derecho positivo y sus mecanismos, se satisfagan los bienes o necesidades que están detrás de los derechos, los cuales están formalmente incorporados al ordenamiento jurídico.

Así, en virtud de los límites materiales, no cabría defender la existencia de un derecho fundamental que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón, precisamente, de la escasez. Para Rafael de Asís, este tipo de límites no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda a la ética y la jurídica. Al contrario, parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético. Por otro lado, el significado de la escasez como límite material de los derechos, debe intentar ser completamente “a-valorativo”, es decir, ser expresión de la escasez natural.⁶⁷

Pero, una vez que el problema de la escasez ha sido incorporado por el Prof. Peces-Barba a la teoría dualista, el concepto de derechos fundamentales de Peces-Barba se extiende hacia otro fundamento más, a añadir al de la relación entre, “moral y derecho positivo” y “poder político y derechos fundamentales”. Así, la teoría dualista se convierte en una teoría trialista de los derechos, con las siguientes características:

- *Los derechos son pretensiones moralmente justificadas.* Por lo que los derechos están para facilitar o posibilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, pero con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica y, además, construida por la reflexión moral racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas de la filosofía moral y política, tanto liberal, democrática y socialista.⁶⁸

67 Vid; DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos (una aproximación dualista)*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001, p. 19. También, del mismo autor, vid; “Gregorio Peces-Barba Martínez: Derecho y derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, N° 3, 1994.

68 En esta dimensión de la teoría dualista, la idea de los derechos está fuertemente asociada a la idea de que son pretensiones, esto es, demandas (claims). Joel Feinberg sostiene, por ejemplo, que: “un hombre tiene un derecho moral cuando tiene una pretensión cuyo reconocimiento es requerido por principios morales, y no necesariamente por reglas jurídicas, o por los principios de una conciencia ilustrada”. Pero, las pretensiones tienen que ser pretensiones válidas, esto es, justificadas. FEINBERG, J., “The nature and value of Rights”, en, AA.VV, *Rights, justice and*

Peces-Barba sostiene que, para hablar de pretensión moral justificada, es necesario que, desde el punto de vista de sus contenidos, se trate de una moral generalizable o que pueda ser elevada a ley general, es decir, que tenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles. Esta exigencia de los derechos en su dimensión moral básica, va a ser la que nos permita conectar la definición de los derechos fundamentales del Prof. Peces-Barba, con toda la riqueza de sus matices, hacia una definición plausible de los derechos humanos. Pero, además, también se comunica de manera especial con la tercera de las condiciones para la existencia de un derecho fundamental, de carácter fáctico, propio de la realidad social.⁶⁹

- *Los derechos son un subsistema dentro del sistema jurídico.* Es decir, los derechos fundamentales son la parte del ordenamiento jurídico más básica o fundamental. Lo que implica que la pretensión moral, por impulso del Estado, es técnicamente convertida en norma jurídica, que obliga a los destinatarios respectivos a las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho fundamental sea efectivo y, principalmente, que es objeto de garantía y protección judicial, pudiendo ser atribuido como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad, a unos titulares concretos.

Sobre este carácter de los derechos fundamentales como subsistema dentro del sistema jurídico, Peces-Barba lo ha referido en múltiples ocasiones, considerando así la función objetiva o de norma material del sistema jurídico de los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales desempeñan dos funciones dentro del sistema jurídico; por una parte, desde el punto de vista objetivo, son un subsistema, y forman, junto con los valores y los principios, la regla fundamental material para identificar las demás reglas del ordenamiento jurídico”⁷⁰.

the bounds of liberty, Princeton University Press, 1980, p.154. También, vid; CRUZ PARCERO, J. A., “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°15, octubre-2001, p.72.

69 PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. Cit., p. 109. También vid; OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *Teoría de los derechos humanos*, Madrid, Ed. San Esteban-Edibesa, 2001, pp.26-31.

70 “Por otra parte, desde el punto de vista subjetivo, los derechos fundamentales traducen, en reglas de derecho, pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos, bajo la forma de derechos subjetivos, de libertades, de potestades jurídicas y de inmunidades”. PECES-BARBA, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Op. Cit., p.136.

- *Los derechos son también una realidad social.* Así, los derechos fundamentales se hallan condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico y cultural que, favorecen, dificultan o impiden su efectividad. Desde esta perspectiva, para Peces-Barba; el analfabetismo condiciona la libertad de prensa; los progresos tecnológicos condicionan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; la escasez de bienes condiciona, o incluso impediría, la existencia de una pretensión moral generalizada a la propiedad privada, por el contenido desigualitario de este tipo de propiedad, entre otros razonamientos⁷¹.

Finalmente, este modelo tridimensional o más integral de entender los derechos fundamentales, nos lleva también hacia muchas de las características o rasgos definitorios de los derechos humanos. Es decir, su carácter moral, universal, interdependiente, su pretensión de positivación, los problemas para su efectiva realización etc. La teoría de los derechos fundamentales de Peces-Barba, permite la comunicación de muchos elementos de los derechos fundamentales con los derechos humanos, pues, si existe algo que la caracteriza en su evolución, es su pretensión de evitar reduccionismos y abarcar en toda su complejidad el fenómeno de los derechos.

II.4. LA ESCASEZ Y LAS PRETENSIONES BASADAS EN NECESIDADES

Según la teoría de Feinberg, un derecho tiene dos elementos principales: una pretensión ‘válida a algo’ y una pretensión ‘válida contra alguien’. Estos dos elementos están siempre presentes en un derecho completo (*full fledged right*)⁷². Los derechos parecen fusionar títulos (*merge entitlements*) a hacer, tener, omitir, o de ser algo, con pretensiones contra otros de hacer o de abstenerse de actuar de determinadas formas. Feinberg señala que: “si entendemos por título aquello a (*to*) lo que uno tiene derecho y por ‘pretensión’ algo dirigido a aquellos contra (*against*) lo que se tiene derecho, entonces podemos decir que todos

71 Vid; PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Op. Cit., p.112. También, vid; ANSUÁTEGUI, ROIG, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1997., pp.38-39.

72 MARTÍN, R., /NICKEL, J., “Recent work on the concept of rights”, *American Philosophical Quarterly*, N° 3, 1980, Vol. XVII, p.169.

los derechos-pretensión necesariamente incluyen a ambos, aunque en casos individuales alguno de los dos elementos pueda estar enfocado de manera más marcada”⁷³.

De acuerdo al sentido manifiesto de derecho (*manifesto sense of right*), éste no tiene como correlato el deber de otro. Así, por ejemplo, los derechos sociales, también los derechos humanos en muchas ocasiones, solo son derechos en el sentido manifiesto del término, porque en muchos casos, debido a la “escasez” de recursos es imposible determinar quiénes son los obligados a cumplir los deberes correspondientes. Para Feinberg una persona necesitada, siempre está en posición de hacer una reclamación o formular una pretensión (*make a claim*), aunque nadie esté en la posición correspondiente de hacer algo al respecto. Las pretensiones basadas en necesidades son posibilidades permanentes de derechos, pero no son derechos. Para Feinberg, cuando los defensores de los derechos humanos hablan de necesidades humanas como derechos efectivos, lo hacen porque es una manera poderosa de expresar la convicción de que deben ser reconocidos por los Estados como derechos potenciales y, consecuentemente, como factores determinantes de las aspiraciones presentes, además de guía de las políticas actuales. Ese uso, afirma Feinberg: “es un ejercicio válido de la libertad retórica”⁷⁴. En este sentido, como representante del realismo jurídico español Liborio Hierro se refiere al sentido manifiesto del derecho y señala que: “uno puede afirmar con mayor o menor número de razones que alguien tiene un derecho y con igual número de razones podrá derivar que otros tienen correlativamente ciertos deberes para satisfacer el derecho. Si no hay razones suficientes (por ejemplo la escasez) para imponer a nadie deberes que satisfagan o garanticen la efectividad de un presunto derecho, hay que deducir que no hay razones

73 FEINBERG, J., “The nature and value of Rights”, Op. Cit., p. 155.

74 FEINBERG, J., *id.*, p. 153. También, vid; HIERRO, L., “Derechos humanos o necesidades humanas”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 46, 1982, p.59. Sobre la correlación entre derechos y deberes, de nuevo, vid; HIERRO, L., “Conceptos jurídicos fundamentales. De las modalidades deónticas a las conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°3, 2000; pp. 168-169. También vid, MONTORO BALLESTEROS, A., “Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*. N° 23, 1990, p.255.

suficientes para sostener la existencia de tal derecho”.⁷⁵

Por lo anterior, hago una breve acotación, en el sentido de que la defensa de los derechos humanos no puede ser formulada desde una teoría como la de Feinberg, que los considera como derechos de segunda categoría o incompletos, o la propuesta de Hierro de considerar a los deberes como elementos indispensables para la existencia de un derecho. Los que vivimos o tenemos la experiencia de estar en un país como México, somos testigos de situaciones en que la escasez de recursos o su mala administración impide que los derechos humanos sean eficaces. No puedo aceptar la teoría de que en donde no existen condiciones económicas o falte la certeza de quienes deben cumplir con los deberes para satisfacer esos derechos, no existen tales derechos.⁷⁶ Si

75 HIERRO, L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas?, Op. Cit., p. 59.

76 A la validez de los derechos sociales se le hacen objeciones, porque aluden a una cuestión económica y no jurídica, ya que su propia satisfacción dependería directamente de la disponibilidad de recursos por parte del Estado, por lo que estarían subordinados a un condicionamiento económico. Más directamente, se trataría de una incompatibilidad entre los códigos funcionales de dos sistemas sociales diferenciados; el del derecho y el de la economía. No se trataría de reconocimiento jurídico sino de, “la imposibilidad funcional de prestaciones”. Vid, ZOLO, D., “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en, DE CABO, A. /PISARELLO, G. (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 3ª Edición, 2007, p.95. Por ejemplo, para el Prof. Laporta, los derechos sociales, o como él los llama, *derechos de prestación*, no solo se van a garantizar y satisfacer sus necesidades con un reconocimiento jurídico, sino que necesitan para ello de todo un conjunto de infraestructura y actividades económicas y sociales capaces de promover a los titulares de aquellos bienes que son condición para esa satisfacción. De ahí que, para Laporta, la particularidad de estos derechos, es, en efecto, que se violan sobre todo por omisión, por la omisión de aquellas acciones sociales y económicas necesarias para satisfacerlos. En relación con ellos se acepta comúnmente que toda la trama de leyes y disposiciones que son necesarias para hacer posible su garantía real sean competencia del poder legislativo, mediante sus decisiones mayoritarias cotidianas. Vid; LAPORTA L, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, p. 236. Abramovich y Courtis, son quienes buscan los intersticios jurídicos ya existentes para reclamar la realización de los derechos sociales. Lo hacen, en primer lugar, afrontando las dificultades existentes en la definición de contenidos concretos de las obligaciones de los Estados que se resumen en la vaguedad y ambigüedad de los textos en los que están formulados los derechos sociales y, en segundo lugar, en poner en práctica institucional la interpretación de esos textos. En concreto, resuelven estas dificultades acudiendo a instrumentos internacionales que señalan tanto el alcance

ello fuera así, primero, tendríamos que admitir que la mayoría de los habitantes del planeta no tienen derechos, o que sólo existen derechos humanos en los países ricos,⁷⁷ y segundo reflexionar si constituye efectivamente un riesgo la tesis de la correlatividad de Hierro en el sentido de que no puede haber derechos sin deberes correlativos.⁷⁸

II.5. LA LEGITIMIDAD PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La legitimidad es un elemento sumamente importante en la teoría y, también, para la eficacia de los derechos humanos, al punto de que la forma y el grado en que ésta se presenta en una sociedad determinará, al cabo, el grado de presencia o ausencia de otros elementos, como la efectividad jurídica, la validez y las posibilidades de vigencia de los derechos humanos en un ordenamiento jurídico concreto. La legitimidad,

de las obligaciones de los Estados, como la línea hermenéutica que debe seguirse en su aplicación administrativa y judicial. Vid; ABRAMOVICH, V. /COURTIS, Ch, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 37-38. También, vid; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «Los derechos sociales: Unos derechos controvertidos», en, ZAPATERO, V. /GARRIDO GÓMEZ, M. I. (Eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2009, pp.102-104.

77 Stephen Holmes y Cass Sunstein, han intentado desmontar la distinción en la que se apoya el discurso diferenciador entre derechos baratos y derechos caros, es decir, la diferencia entre derechos (o libertades) negativos y derechos (o libertades) positivos, argumentando que todos los derechos son caros. La tesis de Holmes y Sunstein sería que, desde el momento en que los derechos exigen mecanismos de protección, todos los derechos son positivos, ya que todos ellos, en una o en otra medida, exigen un coste. Vid; HOLMES, S. /SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos*, Argentina, Siglo XXI editores, 1ª ed., 1ª reimp., 2012, en especial el capítulo I, “Porque un Estado sin dinero no puede proteger los derechos”, pp. 53-106. Publicado originalmente: *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, London-New York, Ed, Norton, 1999. Ansuátegui ha criticado la distinción entre derechos baratos y caros, ya que, evidentemente, todos los derechos son caros, desde el momento en que tomarse en serio los derechos, asumirlos en su valor moral, en su transcendencia política y en su operatividad jurídica, implica un entramado institucional y organizativo sin el cual, los derechos (sean libertades negativas o derechos de prestación) quedarían en proclamaciones retóricas. Vid; ANSUÁTEGUI, ROIG, F. J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en, ZAPATERO, V. /GARRIDO GÓMEZ, M I., (Eds.), *Los derechos sociales como unan exigencia de la justicia*, Op. Cit., pp.161.

78 Sobre los deberes como correlato de derechos vid; VILLANUEVA FLORES, R., *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, en, Colección tesis doctorales N° 20, Universidad Castilla-La Mancha, 1995, pp.125-126- 177-178;

por tanto, es algo básico. En 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, es decir, que se respeten y apliquen en dicha sociedad. En este sentido, para estudiar la efectividad de los derechos humanos, resulta necesario que, tanto las instituciones democráticas y la población, se impliquen en hacer posible la eficacia de los derechos.

Por eso, la propuesta de Jürgen Habermas de una *democracia deliberativa* que continuamente se replantea racionalmente sus presupuestos, puede servir como criterio de legitimidad también para sociedades con escaso nivel de conciencia para la eficacia de los derechos humanos, tanto a nivel político y de cultura ciudadana. El carácter deliberativo de la democracia es una idea de J. Habermas que se conecta necesariamente con la teoría y la práctica de los derechos: “Los derechos subjetivos –escribe Habermas- no están referidos ya por *su propio concepto* a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible. En este sentido, los derechos subjetivos y el derecho objetivo son originales. Ciertamente, la fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y este proceso apela a su vez al principio de la soberanía popular”.⁷⁹

III. EL JUEZ HERMES: UN PUNTO DE VISTA CRÍTICO AL FUNCIONALISMO PENAL VALORATIVO

Desde la visión del juez Hermes, el hombre no es solamente sujeto de derechos, sino además es titular de responsabilidades y deberes para

79 HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, pp.154-155. (Trad. M. Jiménez Redondo).

con la sociedad; sin duda todo derecho subjetivo conlleva un deber correspondiente en la persona de otro; no obstante, para Hermes no podemos negar que: “la imaginaria jurídica, como el discurso político, han ocultado por mucho tiempo esta realidad, de modo que la insistencia sobre la idea de responsabilidad –¿para cuándo una Declaración de las Responsabilidades Universales?-conllevaría un profundo trastorno de las mentalidades.”⁸⁰ Para Hermes, el derecho parece estar despojado del peso de aquéllas concepciones de lo justo que implicaban la realización de cualquier idea del bien, de la felicidad social;⁸¹ actualmente el derecho se concentra en la consecución de lo correcto, en la irreductibilidad de la justicia a la mera legalidad,⁸² o se protege en una microética que impide pensar en soluciones efectivas a los problemas reales de una sociedad fragmentada y desgastada por el abuso del poder, la alta criminalidad, la escasez, corrupción y la impunidad.⁸³

Hermes, considera que la naturaleza del derecho debe encontrarse en los hechos, en la experiencia y en el comportamiento de los jueces, de tal forma que vincula la eficacia del derecho con la realidad empírica, como un fenómeno de psicología social, es decir, pretende demostrar que la única realidad que podemos llegar a conocer son los hechos y no otras entidades como los valores, pues considera que estos son metafísica pura al carecer de objetividad. En este sentido, la fuerza ideal y la validez esencial del derecho va a radicar en el grado de obediencia de las normas, de que se cumplan y sean asumidas como vinculantes por la sociedad. Así, Hermes, sostiene la idea de que la coerción (el elemento de la fuerza física), y su uso exclusivo por parte de los jueces, es el único instrumento para lograr su eficacia. La necesidad de la fuerza se referirá al derecho entendido en su conjunto. Desde esta perspectiva realista de Hermes, el derecho tiene un carácter práctico, de modo que la ciencia del derecho deberá de conocerse como tecnología o ciencia social aplicada.⁸⁴

80 OST, F., “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia, Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, año 4, n° 8, 2007, p. 117. Publicado originalmente en *Doxa*, n° 14, 1993, p. 128.

81 Vid; KELSEN, H., *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, trigésima edición, 2016, pp. 8-10.

82 Vid; ZAGREBELSKY, G., MARTINI, C. M., *La exigencia de justicia*, Madrid, Mínima Trotta, 2006, p. 53. (Trad. Miguel Carbonell).

83 Vid; SANTOS, B., *De la mano de Alicia y lo político en la postmodernidad*, Santafé de Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 1998, p. 106. (Trad. De C. Bernal y M. García Villegas).

84 Vid; ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, ed. Ariel, 2013, pp. 294-

En efecto, la época actual nos obliga a tener una dialéctica basada en la realidad de los hechos y no solo en la ficción de las palabras. El derecho no puede subsumir ante una realidad social⁸⁵ que nos exige normas intersubjetivamente válidas de responsabilidad y deberes para con la sociedad en su conjunto. Desde esta perspectiva, se perciben nuevos peligros, desde el más visto, hasta el más íntimo, lo cual implica tener una capacidad de reacción a gran escala para afrontar, lo que llama Arnaud, la paradoja de las paradojas,⁸⁶ que tiene ver con la incapacidad regulativa del derecho, y su ineficacia a la hora de abordar la complejidad de los fenómenos jurídicos y sociales modernos.⁸⁷

Esta idea de la incapacidad regulativa del derecho para solucionar los problemas que nos muestra la realidad social según Arnaud, se presenta en el contexto mexicano bajo dos supuestos: como *problemas de eficacia* de los derechos humanos debido a las mínimas posibilidades de realización práctica; y como *problemas de legitimación social* del sistema de justicia penal y de seguridad en México, originado por la falta de efectividad de los mecanismos y fundamentos con lo que opera para cumplir con la finalidad de reducir a límites razonables la criminalidad, y por los efectos sociales creados, como la predictibilidad de la vigencia jurídica, inseguridad pública e impunidad; hechos que por sí mismos generan problemas de imputación, un daño a

295. También vid; FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1996, p.240. (Traducción de José F. Lorca Navarrete). Citado por: HALLIVIS PELAYO, M., *Teoría general de la interpretación*, Op. Cit., p. 180. También vid; BARBERIS, M., “El Realismo Jurídico Europeo-Continental”, en, ZAMORA FABRA, J.L., / NÚÑEZ VAQUERO, Á., (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Op. Cit., pp. 228-229.

85 Bajo este contexto se entenderá por realidad social, “un sistema de creencias, representaciones, pensamientos, sentimientos, actitudes y conductas compartidas por los miembros de una sociedad dada”. Vid: CÁCERES NIETO, E., *Institucionalismo jurídico y constructivismo social*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIV, núm. 100, enero-abril de 2001, p. 15.

86 La presencia de paradojas y contradicciones en la teoría y práctica de los derechos humanos no debe resultar extraña, pues estas se dan dentro de las relaciones entre los hombres y se proyectan en las dimensiones de la moral y del derecho. Así para López Calera, los derechos humanos tienen una naturaleza dialéctica: “Hágase lo que se haga, piénsese lo que se piense, el mundo de los derechos humanos es un mundo lleno de contradicciones”, “[...] los derechos humanos no son una realidad fija, estática, que pueda ser comprendida y mucho menos determinada por la praxis de manera objetiva y definitiva, sino que son una realidad que fluye en medio de contradicciones”. Vid; LÓPEZ CALERA, N. M., “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 6, 1990, pp. 73-75.

87 ARNAUD, A. J., “Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)”, *Doxa*, n° 15-16, 1994, p. 1003. (Trad. I. Lifante y V. Roca),

las víctimas de los delitos, y por ende, un deterioro en la confianza de los ciudadanos en el sistema jurídico.

En este sentido, para entender los problemas de legitimación social que presenta el nuevo sistema de justicia penal en México, y ubicar el punto crítico de Hermes al funcionalismo penal moderado, es preciso señalar brevemente, que con el impacto de las reformas de justicia penal de 2008, la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CoIDH) al Estado Mexicano con el caso Radilla Pacheco de 2009⁸⁸, y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011,⁸⁹ se ha originado un nuevo paradigma en la forma de interpretar y aplicar el derecho, impartir justicia y ejercer el poder público. En lo que respecta al nuevo modelo de justicia penal y de seguridad, es importante destacar que se debió a varios factores, por ejemplo, podemos mencionar la necesidad del Estado mexicano de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en los tratados internacionales, y en las Observaciones emitidas por los mecanismos de Naciones Unidas en materia de justicia, así como el rezago que presentaba el Estado mexicano en comparación con otros países de Latinoamérica en la modernización del sistema de justicia penal.⁹⁰

Otros factores fundamentales que propiciaron las reformas, se debieron a la ineficacia de un aparato de justicia que había perdido toda su credibilidad en su función de proteger los derechos humanos y garantías, y en proporcionar seguridad pública. En este sentido, los principales argumentos del Estado se basaban en el hecho de que la delincuencia organizada representaba una seria amenaza para el Estado y la sociedad; era evidente la penetración de los grupos criminales en las instituciones públicas, la creciente impunidad que impedía una justicia y reparación del daño para las víctimas, pues de cada 100 delitos que se denunciaban en México, solo cinco recibían sentencia; situación, que según el Estado, se debía al poder económico y en la capacidad de la criminalidad organizada para operar deliberadamente en evadir la justicia. Además, era innegable la opacidad y la burocracia engorrosa de los procesos y juicios penales, así como la desconfianza en el sistema penitenciario de garantizar la reinserción social a causa de la inseguridad y corrupción en las

88 CoIDH, *Caso Radilla Pacheco versus Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia sobre el fondo, del 23 de noviembre de 2009.

89 Sobre un análisis completo de la reforma constitucional de derechos humanos vid; CARBONELL M., /SALAZAR, P., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., ed. Porrúa, IJ-UNAM, 2011.

90 Vid; LUNA CASTRO, J. N., “Introducción y características generales del nuevo Sistema de Justicia Penal”, en, AA.VV. *El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 1ª ed. 2011, p. 34.

cárceles, generando los espacios para que se perfeccionaran las habilidades delincuenciales como si fueran universidades del crimen. En definitiva, estas situaciones, entre otras más, llevaron a la conclusión de que el sistema de justicia penal resultaba un sistema injusto, arcaico e ineficaz, y que por lo tanto, debería cambiarse por un modelo moderno basado en el *common law*. En este contexto, el Estado mexicano inicia los trabajos para reformar diez artículos de la Constitución mexicana que transformará desde su núcleo esencial el sistema de justicia penal y de seguridad en México.⁹¹

No obstante, a pesar de que desde el 18 de junio de 2008 ha habido una intensa labor ardua y uniforme para dar cumplimiento a la reforma penal constitucional, y que desde el 18 de junio de 2016 ya tiene plena vigencia el sistema penal acusatorio en todo el país, el contexto impulsor de la reforma no ha cambiado del todo. Paralelamente se presentan en la actualidad algunas tensiones generadas desde el inicio de la aludida reforma, por la decisión de vincular simultáneamente los aspectos político-criminales, junto con los fundamentos de un sistema penal acusatorio híper garantista.⁹² Este conflicto creó una tensión dialéctica entre una lógica punitiva y de control mediante la implementación de restricciones o categorías de excepción diseñadas para combatir los efectos de la criminalidad organizada, y los principios y fundamentos con los que opera el sistema penal acusatorio orientado principalmente a maximizar el respeto de los derechos humanos y garantías en los procesos penales.⁹³ De tal manera que frente a la complejidad creciente de la violencia y la criminalidad, el sistema de justicia penal parece hallarse en estado lejos del equilibrio, entre la no impunidad -el castigo a los culpables- y la protección de los derechos humanos del más débil, -la víctima del delito-. Situación que ha generado un descontento en la ciudadanía afectada por la repercusión de las conductas delictivas en sus proyectos de vida, y una crisis de confianza en el justiciable, que se traduce a fin de cuentas, en problemas de legitimación social de este nuevo paradigma de justicia penal en México.⁹⁴

91 Sobre la reforma constitucional de seguridad y justicia en México vid; <http://portal.setec.gob.mx/docs/guia.pdf>

92 Sobre el estado actual del sistema penal acusatorio en México, vid; COSSÍO DÍAZ, J. R., <https://www.youtube.com/watch?v=UImpf33g2g4>

93 Para una mayor comprensión de la reforma penal y el sistema penal acusatorio en México, vid; GÓMEZ GONZÁLEZ, A., *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, Ciudad de México, INACIPE, 1ª ed. 2016, pp. 1-1046.

94 Es preciso mencionar que según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (en adelante ENVIPE), estima que en México existen 23.3 millones de víctimas de 18 años y más, lo cual representa una tasa de

Este escenario ha motivado una serie de posiciones controversiales en varios ámbitos de la sociedad mexicana relativos a las funciones, mecanismos y fundamentos con los que debe operar la justicia penal para afrontar situaciones relacionadas con la criminalidad organizada, la violencia extrema, impunidad, reducción de la inseguridad y un mejor control del orden social por parte del Estado en temas de justicia penal y seguridad.⁹⁵ En este sentido, tenemos una argumentación de política

prevalencia delictiva de 28,202 víctimas por cada cien mil habitantes durante 2015. La percepción de inseguridad de la población de 18 años y más, en las entidades federativas al momento del levantamiento de la encuesta (marzo-abril 2016), se ubicó en 72.4%. Otro indicador importante señala que a nivel nacional el 59.1% de la población de 18 años y más considera la inseguridad y delincuencia como el problema más importante que afecta en la actualidad en su entidad federativa, seguido del desempleo con 40.8% y la pobreza con 31.9%. La ENVIPE, estima que en 2015 se denunció el 10.5% del total de los delitos, y para los cuales el Ministerio Público inició averiguación previa o carpeta de investigación en 59.6% de los casos. Durante 2015 se inició averiguación previa en el 6.3% del total de los delitos. Lo anterior, representa un 93.7% de delitos donde NO hubo denuncia o NO se inició averiguación previa. En este sentido, la ENVIPE permite estimar que la “Cifra Negra” a nivel nacional en 2015 fue de 93.7% lo que implica un incremento respecto de la estimación de 92.8% en 2014. Del total de averiguaciones previas iniciadas por el Ministerio Público, en el 45.9% de los casos no pasó nada o no se resolvió la denuncia. Los principales motivos que llevan a la población víctima de un delito a no denunciar son circunstancias atribuibles a la autoridad, tales como considerar la denuncia como pérdida de tiempo con 33% y la desconfianza en la autoridad con 16.6%. La encuesta contiene información sobre el tipo de delitos que afectan de manera directa a las víctimas o a los hogares, tales como: robo total de vehículo, robo parcial de vehículo, robo en casa habitación, robo o asalto en calle o transporte público, robo en forma distinta a las anteriores (como carterismo, allanamientos, abigeato y otros tipos de robo), fraude, extorsión, amenazas verbales, lesiones y otros delitos distintos a los anteriores (como secuestros, delitos sexuales y otros delitos). Como consecuencia, el gasto de los hogares en medidas para protegerse de la delincuencia en 2015 tuvo un incremento de 17.7% respecto del estimado en 2014. (Subrayado añadido).

Las estadísticas que se presentan nos indican la desconfianza de la ciudadanía en el sistema de procuración de justicia en nuestro país, en ese sentido, tenemos un reto mayor: restaurar el tejido social a través del fortalecimiento del sistema de justicia penal y seguridad en México. Los resultados completos de la encuesta consúltense aquí: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_09_04.pdf

95 Vid; CARLOS ESPINOSA, A., “Criminología de la posmodernidad. Una lectura de derecho penal regional”, en, AA.VV. *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, México, IJ-UNAM, Facultad de Derecho, 1ª ed., 2011, pp. 168-169

criminal basada en la presunción de inocencia, y en la dignidad de la persona en su función con el grupo social; y por otro lado, un modelo para criminalizar sustentado en la presunción de culpabilidad, en derechos acotados y garantías mínimas procesales para el imputado. Por lo tanto, teorizar, será fundamental en esta materia, de modo que, de entre toda la dogmática penal, expondremos brevemente, dos tipos de funcionalismo penal: el *funcionalismo penal valorativo* y el *funcionalismo penal normativo riguroso, o radical*; modelos cuyo estudio y análisis resultan necesarios para tener mejores lógicas efectivas y una visión más amplia sobre el modo de afrontar la realidad de un nuevo orden criminal más sofisticado e inhumano, el fenómeno de la criminalidad posmoderna.⁹⁶

En primer lugar, presentamos la tesis del *funcionalismo penal valorativo o moderado* sustentando por Claus Roxin, quien sostiene que para combatir la criminalidad debe estar basada en una estrategia nacional de prevención interdisciplinaria y de respeto a los derechos fundamentales orientada a la búsqueda de alternativas al castigo penal, es decir, el sistema de penas debe limitar en lo posible los comportamientos delictivos con la amenaza penal. Desde esta concepción la persona acusada de violar una norma solo responde por la lesión del valor tutelado, por lo tanto, la pena adquiere una función de reinserción, de reparación del daño social como prevención general positiva, de una reeducación del criminal y no de privación de su libertad, excepto de delitos especialmente graves.⁹⁷

En base a este funcionalismo penal, en los últimos años en México se han realizado fuertes críticas en contra de la figura del arraigo⁹⁸ como medida

96 Para un mayor entendimiento del derecho penal posmoderno, vid; PARMA C., *Derecho penal posmoderno*, Perú, Ara editores, 2005.

97 Vid; ROXIN, C., “Zur Kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, em *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 885 y ss. Citado por: ARIAS EIBE, M. J., “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 29, 2006, pp. 440-442.

98 En el año 2008 el arraigo como “medida precautoria” se introduce en la Constitución mexicana bajo el argumento de su necesidad para evitar que el imputado pueda evadirse de las autoridades, o bien, que pueda obstaculizar el éxito de las investigaciones cuando se trate única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, permitiendo de esta manera restringir la libertad personal bajo ciertos requerimientos señalados en el texto del artículo 16, párrafo octavo que sobre el particular señala que: “(...) La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que

precautoria para combatir la delincuencia organizada. Los señalamientos se centran en que esta medida precondenatoria sitúa a la persona en un estado de indefensión al suspenderse sus derechos de manera temporal, afectando su plan de vida, restringiendo sus derechos de libertad e integridad personales, el principio de presunción de inocencia y el debido proceso, además que la pone en riesgo de ser víctima de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes⁹⁹ Por consiguiente, desde esta posición axiológica, ven un vínculo estrecho entre la concepción del valor absoluto de los derechos humanos y garantías y los “intereses críticos”, es decir, que el valor del criminal como persona es independiente de su historia particular, la clase de delitos que comete, del nivel de crueldad de sus actos, o de la impresión que generen en la sociedad; es decir, el carácter intrínseco de sus derechos y de su dignidad, no se ven afectados, ni dependen de la percepción del daño ocasionado a la víctima o al bienestar de la comunidad.¹⁰⁰

En segundo lugar, tenemos, el *funcionalismo penal normativo radical*, que va a tratar de superar lo abstracto del *funcionalismo penal axiológico* adoptando una postura rigurosa para lograr la estabilización social. Desde esta concepción el sujeto aparece como un peligro para el Estado y la sociedad. Por lo tanto, aparece un derecho penal de excepción

el inculpa se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días. Sobre los diversos puntos de vista del arraigo, Vid; LARA RIVERA, J. A., “La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos”, *Defensor, Revista de Derechos Humanos*, CDHDF, N° 02, año X, febrero 2012, pp. 8-12.

99 Las violaciones sistemáticas a los derechos humanos relacionadas con el uso del arraigo, ha dado lugar a que varios organismos internacionales realicen señalamientos y recomendaciones destinadas a condenar esta práctica a nivel federal y local. Vid; Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, 2002, párr. 50; Comité Contra la Tortura, 2007, párr. 15; Subcomité de Prevención de la Tortura, 2009, párr. 238; Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, 2009; Comité de Derechos Humanos, 2010, párr. 15; Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, 2010, párr. 92-94; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2011, párr. 88; Comité Contra la Tortura, 2012, párr. 11. También vid; Recomendación 2/2011. *Caso de violaciones a derechos humanos con motivo de la solicitud, expedición y condiciones en las que se aplica el arraigo en el Distrito Federal*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

100 Vid; DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 306 y ss. (Trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres). También vid; PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México, D.F., Fontamara, 1ª ed. 2007.

cuya finalidad es combatir esos peligros a través de ciertas medidas de seguridad como la restricción de determinados derechos humanos.¹⁰¹ Bajo este argumento, los derechos humanos estarán supeditados por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistema social como filtros y límites frente a la tendencia expansiva del Estado.¹⁰² De tal manera que si no se garantizan las expectativas normativas y sociales de comportamiento, se podrán restringir los derechos humanos a través de un derecho que sirva como instrumento de cohesión social.¹⁰³

En el centro de esta teoría penal encontramos a Günther Jakobs, considerado como uno de los juristas más polémicos, artífice del llamado “derecho penal del enemigo”. Jakobs se basa en la cualidad del sujeto que defrauda la expectativa normativa, modificando la estructura de la culpabilidad y la pena, en el supuesto del “enemigo”. Para Jakobs, la función de la pena no es la coacción dirigida contra la persona, sino la de combatir el riesgo generado por el sujeto peligroso a través de medidas de seguridad.¹⁰⁴ En efecto, lo fundamental de esta teoría se concentrará en la eficacia de la pena en relación a la reafirmación de la validez de la norma y el restablecimiento del orden social.¹⁰⁵ Jakobs considera que “quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como una persona, sino que el Estado no debe ya tratarlo como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”.¹⁰⁶ Por lo tanto, la persona

101 Sobre la justificación de nuevos paradigmas penales, vid; PORTILLA CONTRERAS, G., (Coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Andalucía, España, ed. AKAL, 2005.

102 Vid; PRIETO NAVARRO, E., “La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho”, en, GARCÍA AMADO, J. A., (Coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001, p.340. También vid; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997, p. 12.

103 MONTORO BALLESTEROS, A., “El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, Op. Cit., p. 370,

104 Vid; JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, Op. Cit., pp. 24-25.

105 Vid; ARIAS EIBE, M. J., “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, Op. Cit., pp. 447-448.

106 JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003, p. 47. (Trad., de M. Cancio Meliá).

existe en función de su relación social en base no solo a la autodeterminación personal, sino que se define mediante una regla independiente de cualquier decisión o preferencia, pudiendo ser invocada por los demás. Esta regla se convierte para Jakobs en una norma social en sentido estricto: en el momento en que nos damos cuenta lo que queremos para nosotros, es decir, que no se nos haga nada malo, que pueda considerarse como algo cruel, inhumano, injusto, es válido también para los demás. En este sentido, en Jakobs se resalta la importancia en la formación de “todo orden personal,” de los “deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden”.¹⁰⁷

A pesar de tener una mayor aceptación el *funcionalismo penal axiológico*, las teorías del *funcionalismo penal radical o estratégico* han venido cobrando cierta aceptación en el ámbito de la dogmática penal mexicana,¹⁰⁸ constitucionalmente lo tenemos en figuras como el arraigo, en diversas disposiciones del derecho penal y en recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (en adelante SCJN).¹⁰⁹ Este

107 JAKOBS, G., “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, *Doxa*, n° 23, 2000, pp. 342-343. (Trad., de M. Cancio Meliá). Del mismo autor vid; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 79. (Trad., de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez).

108 Sobre las implicaciones del “derecho penal del enemigo” en el sistema de justicia penal en México, vid; UROSA RAMÍREZ, G. A., “Algunas reflexiones en relación con el “derecho penal del enemigo” dentro del contexto nacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, n° 255, UNAM, 2011, pp. 71-92.

109 Como parte de esta concepción del *funcionalismo penal riguroso o radical* en el que se privilegia el enfoque de la “peligrosidad” del criminal desde una “construcción normativa”, lo podemos ver claramente, -como habíamos visto *ut supra*-, con la figura del “arraigo”; que, al introducirse en la constitución mexicana esta medida precautoria destinada a evitar que el imputado se sustraiga de la justicia, obstaculice las investigaciones o pueda ponerse en riesgo a las víctimas de los delitos, permite que se justifique la restricción legítima a los derechos humanos como la libertad personal y la presunción de inocencia. Un aspecto fundamental, es que, a raíz de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN, deja sin validez cualquier contenido normativo reconocido en un tratado internacional o los criterios de interpretación que resulten de ellos cuando se confronten con la existencia de *restricciones expresas al ejercicio de los derechos humanos* en la Constitución como el caso del “arraigo”. Por lo tanto, bajo este criterio de la SCJN, deja sin efecto todo recurso judicial que pueda interponerse o técnica de interpretación judicial que pueda aplicarse en contra de esta medida precautoria así transgrede principios y derechos humanos reconocidos en el artículo 1° de la Constitución mexicana que conllevan una serie de mandatos de actuación y de optimización del sistema jurídico. Sobre la Contradicción de tesis 293/2011 SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 96. El 14 abril de 2015 la SCJN en base a la resolución del amparo directo en revisión 1250/2010 amplía la aplicación de esta medida precautoria para

acercamiento apunta hacia una posición penal restrictiva para reducir la alta peligrosidad que representa el crimen organizado para la sociedad, y que no se ha podido solucionar con la política criminal y con las reglas del sistema penal acusatorio actual.

En este sentido, desde la concepción crítica de Hermes al *funcionalismo penal axiológico*, se plantea la posibilidad de que: en un contexto, en el que predomine la inseguridad pública, violencia extrema, actos de terrorismo, y alta criminalidad, se pueda tener una posición más rigurosa y radical en el derecho penal, que logre ser factible, que en un proceso judicial, una persona o un grupo de personas que cometan actos orientados a la destrucción del tejido social, y que conmocionen la seguridad del estado, se les pueda juzgar con las máximas del derecho penal, ya sea desde una *construcción normativa*, que anteponga restricciones punitivas modificando la estructura de la culpabilidad y la pena, es decir, ajustando los criterios de imputación de responsabilidad penal para contener la realización de conductas criminales; o a través de *evidencia científica*, obtenida de la aplicación de “dictámenes neuropsicológicos” y de “predicción de riesgo”¹¹⁰ que puedan ser aprovechados como instrumentos de valoración para medir la capacidad cognitiva del comportamiento criminal, la alta peligrosidad, y el riesgo de violencia, para poder tomar las medidas restrictivas y de protección a los derechos de las víctimas de los delitos.¹¹¹

Desde este *funcionalismo penal radical*, al establecerse la predictibilidad conductiva criminal contraria a los intereses de experiencia “delitos graves” hasta por 40 días, al declarar la constitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos, y el artículo 11 transitorio del decreto de reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. A pesar de que el arraigo para delitos graves solo tendría vigencia en tanto entrase en vigor el Sistema Penal Acusatorio en todo el país, no deja de ser un precedente importante de la SCJN que nos indica una postura funcional penal restrictiva de los derechos humanos. Sobre los argumentos de los ministros en torno a la figura del arraigo vid; <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=video/1712>

110 Sobre la aplicación práctica de dictámenes basados en estudios neuropsicológicos y de predicción de riesgo en el sistema judicial mexicano, vid; DZIB AGUILAR, J. P., *Manual Práctico de Psicología Forense*, Mérida, Yuc., México, Universidad Autónoma de Yucatán, 2013.

111 Actualmente hay estudios derivados de investigaciones neuro científicas sobre las conductas antisociales y psicopáticas que señalan los alcances esenciales de las amígdalas cerebrales en las conductas delictivas. Está científicamente comprobado, que, cuando se daña o se ve afectada estructuralmente la corteza pre frontal, -que es la zona donde reside la sede del razonamiento moral y lo instintos primarios-, se tendrá mayor predisposición hacia la realización de conductas violentas o estrictamente criminales. Vid; DAMASIO, R. A., *El error de Descartes*, Barcelona, ed. Andrés Bello, 1996, pp. 73-103. (Trad. Pierre Jacomet).

del Estado y del grupo social, las penas y las medidas restrictivas que se impongan, dependerán principalmente de que se pueda garantizar una capacidad cognitiva suficiente de un comportamiento que pueda causar un daño o poner en riesgo la seguridad de los demás.¹¹² En definitiva para Hermes, lo que se pretende con estos criterios, es demostrar mayor grado de eficacia preventiva en la comisión de delitos cometidos por criminales de alta peligrosidad, logrando en consecuencia, una estabilización del Estado de derecho, del orden, y la paz social.¹¹³

CONCLUSIONES

En definitiva, ante las actuales tensiones y complejidades que presenta la realidad jurídica mexicana, la única posibilidad de encontrar una salida se encuentra en la ruta de una nueva toma de conciencia ampliada a las dimensiones del bienestar de los intereses colectivos; es decir, tiene que pasar por un profundo cambio de mentalidad de la sociedad en su conjunto, que la lleve a replantearse su relación con los demás y con su entorno. Es evidente que en México, la política se está quedando muy atrás respecto de las necesidades humanas, ya que se percibe un permanente discurso que nos indica una visión cada vez más desajustada de la realidad social; pareciera que nuestro sistema jurídico-político actual está justamente como señala Piscitelli, -en estado lejos del equilibrio-, entre un gobierno controlado y un gobierno efectivo; entre una norma reconocedora de derechos y su real eficacia jurídica en las relaciones humanas.¹¹⁴ Desde esta reformulación, se presenta un gran reto para el sistema jurídico mexicano contemporáneo, el de afrontar sus deficiencias y solucionar determinados problemas relacionados con la eficacia, con la praxis y el bienestar social; e incorporar al paradigma original los nuevos sujetos, actores, destinatarios, reivindicaciones que surgen ante los diferentes problemas que afectan al ser humano, para propiciar, con esto, una expectativa más amplia de reflexión acerca de lo que es ser persona, para

112 Vid; DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Op Cit., p. 306 y ss.

113 Sobre los retos que plantea el derecho penal en la actualidad vid; MACEDONIO, HERNÁNDEZ, C., A., “La acción privada de la víctima en el proceso penal acusatorio del Estado de Yucatán ¿el retorno a una acción procesal ineficaz o verdadero beneficio para la víctima?”, en, GORJÓN GÓMEZ, F. J., (Coord.) *Mediación Penal y Justicia Restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 1ª ed. 2014, pp. 231-259.

114 Vid; PISCITELLI, A., *Ciberculturas en la era de las máquinas inteligentes*, Buenos Aires, Paidós, 1995.

repensar el derecho, la práctica que lo efectiviza, la ciencia que lo estudia, no como fenómeno inmutable, sino en constante transformación, como un sistema en forma de red, compuesto de elementos complejos, múltiples, flexibles, en interacción dinámica con factores de la vida jurídica y la realidad social.

Ante las tensiones actuales que presenta el sistema penal y de seguridad en México, creemos que el reto más importante de la reforma de justicia penal, no está en la implementación del sistema acusatorio y garantista, sino en lograr su legitimación social a través de la credibilidad y confianza de los ciudadanos en sus operadores; y esto solo podrá darse en tanto los operadores políticos y jurídicos conciban que el modelo de un sistema penal acusatorio solo será aceptado como una concepción genuinamente igualitaria y garantista, en tanto se reconozca que el discurso sobre los derechos humanos encubre una gran desigualdad estructural en el sistema de justicia penal. De esta manera, se irá disminuyendo la tensión que según Harold Berman está presente no solo en el sistema de justicia penal mexicano, sino en todos los sistemas jurídicos modernos occidentales, esa tensión que la justicia en términos dialécticos ha generado: tensión entre la realidad social –bienestar de la comunidad–, y los derechos humanos de la persona, –el valor que plantea la norma abstracta legal–.¹¹⁵ En definitiva, más allá de la posibilidad de adoptar un funcionalismo penal riguroso para reestablecer los niveles razonables de seguridad y de eficacia de los derechos humanos en México, si no se disponen de instituciones sólidas y democráticas, de una litigiosidad social mínima, y de estrategias y políticas orientadas a la culturalización del sistema penal acusatorio, a la prevención del delito, a eficientizar la investigación científica criminal de los delitos y de combate a la corrupción e impunidad, poco o nada se podrá hacer aun teniendo las mejores reformas de justicia penal, de seguridad y de protección de los derechos humanos en México.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor/COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Granada, ed. Comares, 2010.
- ANSUÁTEGUI, ROIG, Francisco. J., *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 1997.
- ARIAS EIBE, Manuel, José., “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, *Doxa*, 115 Vid; BERMAN, H. J., *Law and Revolution*, The Harvard University Press, 1983, p. 21.

- Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 29, 2006.
- ARNAUD, André-Jean, “Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)”, (trad. I. Lifante y V. Roca), *Doxa*, n° 15-16, 1994.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, ed. Trotta, 4ª reimp. 2016,
- _____ *El sentido del derecho*, Barcelona, ed. Ariel, 2013.
- AYMERICH OJEA, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- BERMAN, Harold, J., *Law and Revolution*, The Harvard University Press, 1983.
- BIDART CAMPOS, Germán. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1991.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010.
- CÁCERES NIETO, Enrique, “Institucionalismo jurídico y constructivismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 100, enero-abril de 2001.
- CALVO GARCÍA, Manuel, “Poder, fuerza e integración social en la teoría sociológica de Talcott Parsons”, en, GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001.
- CAMPOS ZAMORA, Francisco, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 122, 2010, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- CARBONELL Miguel, /SALAZAR, P., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., ed. Porrúa, IJ-UNAM, 2011.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°15, octubre-2001.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos (una aproximación dualista)*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2001.
- _____ “Gregorio Peces-Barba Martínez: Derecho y derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, N° 3, 1994.
- DE LOS REYES ARAGÓN, Wilson, “Algunos elementos para construir una definición de derechos humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 10, N° 2, Julio-Diciembre, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1996. (Trad.

- Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres).
- DZIBAGUILAR, J. Paulino, *Manual Práctico de Psicología Forense*, Mérida, Yuc., México, Universidad Autónoma de Yucatán, 2013
- CARLOS ESPINOSA, Alejandro, “Criminología de la posmodernidad. Una lectura de derecho penal regional”, en, AA.VV. *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, México, IJ-UNAM, Facultad de Derecho, 1ª ed., 2011.
- FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1996
- FARIÑAS, María José, *Los derechos humanos: Desde la perspectiva socio-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid, Ed. Dykinson, 1997.
- FEINBERG, Joel, “The nature and value of Rights”, en, AA.VV. *Rights, justice and the bounds of liberty*, Princeton University Press, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2008. . (Traducción de Perfecto A. Ibáñez).
- _____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999. (Traducción de P. A. Ibáñez y A. Greppi).
- FERRAJOLI, Luigi, “Más allá de la Soberanía y la Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global”, en, CARBONELL, Miguel, /VÁZQUEZ, Rodolfo, (Comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, D.F., ed. Porrúa, 2ª ed., 2013.
- FERRARI, Vincenzo, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*. Milano, Ed. Franco Agnelli, 2007.
- _____. *A sociological theory of law*, Milano, Ed. Giuffrè Editore, 1991.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001.
- GARCÍA INDA, Andrés, “Cinco apuntes sobre Derecho y postmodernidad”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía el Derecho, n° 24, 1989.
- GARCÍA RUIZ, Leopoldo. “Aproximación al concepto de derecho de Roscoe Pound”, *Persona y Derecho*, núm. 36, 1997.
- GEIGER, Theodor, *Estudios de sociología del derecho*, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GIDDENS, Anthony, *Política, sociología y teoría social*, Buenos Aires, ed. Paidós, 1997.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Arely, *Reforma penal 2008-2016. El Sistema Penal Acusatorio en México*, Ciudad de México, INACIPE, 1ª ed. 2016.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, Mª José, *Ineficacia, anomía y fuentes del derecho*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad Carlos III, 2003.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco. J., (Coord.) *Mediación Penal y Justicia Restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 1ª ed. 2014.
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2007.
- GRÜN, Ernesto, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n°1, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998. (Trad. M. Jiménez Redondo).
- _____. *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, Madrid, ediciones Taurus, 1992.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, D.F., ed. Porrúa, 2012.
- BERMAN, Harold, *Law and Revolution*, The Harvard University Press, 1983.
- HIERRO, Liborio, “Conceptos jurídicos fundamentales. De las modalidades deónticas a las conceptos de derecho y deber”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N°3, 2000.
- _____. “Derechos humanos o necesidades humanas”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 46, 1982.
- HOLMES, Oliver Wendell, “The Common Law”, en, AA. VV., *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993.
- _____. “The Path of the Law”, 1897. Publicado en *Collected Papers*, 1920.
- HOLMES, Stephen, /SUNSTEIN, R. Cass, *El costo de los derechos*, Argentina, Siglo XXI editores, 1ª ed., 1ª reimp., 2012.
- HONNETH, Axel, *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, ed., Crítica, 1997.
- HUXLEY, Julian, *Freedom and culture*. Freeport. New York, 1971.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, trigésima edición, 2016.
- KRAWIETZ, Werner, “El concepto sociológico del derecho”, *Doxa*, N° 5, 1988.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003. (Trad., de M. Cancio Meliá).
- _____. “Sobre la génesis de la obligación jurídica”, *Doxa*, n° 23, 2000. (Trad., de M. Cancio Meliá)
- _____. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997.
- _____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996. (Trad., de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez).
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

- LARA RIVERA, Jorge. Alberto, “La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos”, *Defensor, Revista de Derechos Humanos*, CDHDF, N° 02, año X, febrero 2012.
- LASZLO Erwin, *La gran bifurcación. Crisis y oportunidad: anticipación del nuevo paradigma que está tomando forma*, Barcelona, ed. Gedisa 1990.
- LLEWELLYN, Karl, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, Vol. XLIV, 1931.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, M., “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 6, 1990.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, México D.F., Ed. Herder-Universidad Iberoamericana, 2007.
- _____, *El derecho de la sociedad*, México D.F., Ed. Universidad Iberoamericana, 2002. (Trad. Javier Torres Navarrete).
- _____, *Introducción a la teoría de los sistemas*, México D.F., Ed. Universidad Iberoamericana, 2002 (Lecciones publicadas por Javier Torres).
- LUNA CASTRO, José Nieves, “Introducción y características generales del nuevo Sistema de Justicia Penal”, en, AA.VV. *El nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 1ª ed. 2011.
- _____, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, C.E.C., 1983. (Trad. Ignacio de Otto).
- MACEDONIO HERNÁNDEZ, Carlos, A., “La acción privada de la víctima en el proceso penal acusatorio del estado de Yucatán ¿el retorno a una acción procesal ineficaz o verdadero beneficio para la víctima?”, en, GORJÓN GÓMEZ, Francisco. J., (Coord.) *Mediación Penal y Justicia Restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 1ª ed. 2014.
- MANNHEIM, Karl, *Ideología y utopía*, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1987. (Trad. Salvador Echavarría).
- MARTÍN, Rex/NICKEL, James “Recent work on the concept of rights”, *American Philosophical Quarterly*, N° 3, 1980, Vol. XVII.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José M., “Los derechos sociales: Unos derechos controvertidos”, en, ZAPATERO, Virgilio/GARRIDO GÓMEZ, María Isabel (Eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2009 (Cuadernos de la Cátedra y de Democracia y Derechos Humanos, N° 1).
- MEDINA MORA, Alejandra, F., SALAZAR UGARTE, Pablo, VÁZQUEZ Daniel, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, ed. Porrúa, UNAM, 2015.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto, “El funcionalismo en el Derecho: notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”, *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 8, 2007.
- _____, “Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*. N° 23, 1990.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Academia, Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, Universidad de Buenos Aires, año 4, n° 8, 2007, p. 117. Publicado originalmente en *Doxa*, n° 14, 1993.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, Madrid, Ed. San Esteban-Edibesa, 2001.
- PARADA, H., Jeannette, /CASTELLANOS, O., Juan, M., “Trayectorias teóricas del reconocimiento moral en Axel Honneth”, *Revista de Antropología y Sociología: Virajes*, 17 (1), 2015.
- PARMA Carlos, *Derecho penal posmoderno*, Perú, Ara editores, 2005.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Dykinson, 2004.
- _____, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-B.O.E., 1999.
- _____, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Dykinson-Universidad Carlos III, 1999.
- _____, “El socialismo y el derecho al trabajo”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 97, 1990.
- PÉREZ LUÑO, Enrique A., “La ciudadanía en las sociedades multiculturales”, en, DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (Ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007.
- PÉREZ TRIVIÑO, José L., *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México, D.F., Fontamara, 1ª ed. 2007.
- PFEIFFER, Juan B., “Bases para una teoría interpretativa del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 13, 2010.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Revista Jueces para la Democracia*, N° 41, 2001.
- PISCITELLI, Alejandro, *Ciberculturas en la era de las máquinas inteligentes*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, (Coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Andalucía, España, ed. AKAL, 2005.
- POUND, Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Granada, ed. Comares, 2004. (Traducción y estudio preliminar de José Puig Brutau).
- _____, *Jurisprudence*, West Publishing Co., Minnesota, Vol. I., 1959.
- PRIETO NAVARRO, Evaristo, “La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho”, en, GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Coord.), *El derecho*

- en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005.
- RICOEUR, Paul, *Sí mismo como otro*, Madrid, Siglo XXI, 1998.
- RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío/TORRES NAFARRATE, Javier, *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México D.F., Ed. Herder-Universidad Iberoamericana, 2008.
- RODRÍGUEZ ZURITA, Fabiola, *El grado de culpabilidad: directrices para lograr la eficacia en el nuevo Sistema Penal Acusatorio en México*, Ponencia inédita, México, 2017
- ROQUE CARRIÓN, Warn, “Reconocimiento jurídico y fundamentación de los derechos humanos en América Latina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 26/27, 1986/87. (Número especial dedicado a: “Los derechos humanos en Latinoamérica”).
- ROXIN, Claus, “Zur Kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems”, em *Festschrift für Günther Kaiser*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, “Ciencia-ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos”, *Praxis*, núm. 64-65, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *De la mano de Alicia y lo político en la postmodernidad*, Santafé de Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 1998. (Trad. De C. Bernal y M. García Villegas).
- SAUCA CANO, José M., (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994.
- SOLANES CORELLA, Ángeles, / AÑÓN ROIG, Ma. José, /BEDOYA MURIEL, Ma. Helena, *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2010.
- SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, ed. Alianza, Ciencias Sociales, 2002.
- TORRES, Felipe, “Aproximaciones al conocimiento de lo social: entre teoría social y sociología”, *Cinta de moebio, Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, n° 55, 2016. FACSO, Universidad de Chile. Versión digital en: <http://www.scielo.cl/pdf/cmoebio/n55/art08.pdf>
- TREVES, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, ed. Ariel, 1988.
- UROSÁ RAMÍREZ, Gerardo, A., “Algunas reflexiones en relación con el “derecho penal del enemigo” dentro del contexto nacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 61, n° 255, UNAM, 2011.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío, *Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano*, en, Colección tesis doctorales N° 20, Universidad Castilla-La Mancha, 1995.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, D.F., ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.
- WIRTH, Louis, “El urbanismo como modo de vida”, *bifurcaciones*, núm. 2, 2005. Publicado originalmente en 1938 en el número 44 del *American Journal of Sociology*.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, MARTINI, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Minima Trotta, 2006. (Trad. Miguel Carbonell).
- ZAMORA FABRA, Jorge Luis, / NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. I, México, IJ-UNAM, 2015.
- ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, en, DE CABO, Antonio/PISARELLO, Gerardo (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

Recepción: 08-07-2017/ Dictamen: - 20-07-2017