

# LA IMPORTANCIA DE LA CONVENCION Y LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS PARA LA DEFINICIÓN DE DERECHOS HUMANOS\*

WILSON DE LOS REYES-ARAGÓN\*\*

## RESUMEN

Junto a otros elementos, la convención y los estudios empíricos deben ser incluidos en el concepto de “derechos humanos”, pues suponen la legitimidad del ordenamiento jurídico y el punto de comunicación entre los sistemas de la política y el derecho, aportando de manera decisiva a la efectividad de los derechos humanos.

**Palabras clave:** convención; sistemas sociales; derechos humanos.

Fecha de recepción: 31 de julio de 2008  
Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2008

\* El presente artículo es un resultado parcial de la investigación doctoral en derecho “Los derechos asibles”. (*Touchable Rights*) financiada por la Universidad del Norte (España) - Fundación Carolina (España). El presente artículo es un resultado parcial de investigación, y pretende la identificación de elementos sociojurídicos que deberían incluirse en la construcción de una noción de “derechos humanos” capaz de adaptarse a la complejidad social actual y a las dificultades en la implementación de los mismos, y con posibilidades de servir a la medición de la efectividad de los derechos humanos y de las funciones que ellos cumplen en una sociedad concreta a través del uso de indicadores.

\*\* Abogado. Máster Oficial Europeo en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Univ. Carlos III de Madrid). Doctorando en Derecho (Univ. Carlos III de Madrid). Becario Universidad del Norte - Fundación Carolina. Contacto: wdelosreyes@uninorte.edu.co

## THE CONVENTION AND THE IMPORTANCE OF EMPIRICAL STUDIES ON THE DEFINITION OF HUMAN RIGHTS

### *ABSTRACT*

*Along with other elements, Convention and empirical research must be included when building a concept for “human rights”. These elements characterise the legitimacy of the rule of law and the communication point between political and juridical social sub-system, contributing largely to the effectiveness of human rights.*

**Key words:** *Convention; Social Systems; Human Rights.*

**Sumario:** Prefacio.- I. El papel de la convención respecto del derecho.- II. Algunas consideraciones empíricas.- A. El experimento de Milgram y la legitimación de la dominación autoritaria.- B. Conclusión sobre la importancia de los estudios empíricos.- Conclusión.- Bibliografía.

### PREFACIO

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

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

Debido a su extensión, en el presente artículo nos limitaremos a exponer dos elementos que hemos considerado necesarios para tal cometido: 1) el papel de la convención respecto del derecho da cuerpo a la noción de legitimidad; 2) a lo anterior se suma la importancia que tiene la comunicabilidad entre la teoría y la práctica como fuente de retroalimentación mutua a nivel jurídico. Todo ello incide en el grado de efectividad que pueda llegar a tener un cúmulo de normas positivas cuyo contenido verse sobre derechos humanos.

Si bien no de forma obvia o directa, estos elementos aportan algo al estudio del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), especialmente en la relevancia que tiene el concepto de los derechos en la decisión de suscribir ciertos instrumentos internacionales y/o en la formación de la *opinio juris* de uno o varios Estados de cara a la eventual verificación de la costumbre internacional en esta materia. La práctica de los Estados en materia de derechos humanos y su disposición a implementar ciertos contenidos por la vía de la recepción interna del derecho internacional público muchas veces estará mediada por el ambiente “convencional” y “político” a nivel interno, como se ha evidenciado durante la primera década del presente siglo.

## I. EL PAPEL DE LA CONVENCION RESPECTO DEL DERECHO

Si la convención (entendida como uno de los medios externos de garantía de un orden social legítimo, que incluye también la opinión generalizada sobre el contenido del derecho<sup>1</sup>) no es estrictamente parte del derecho, debemos encontrar una razón para incluirla como uno de los elementos presentes en un concepto de derechos humanos. Esta aparente dicotomía resulta aún más relevante si se considera que la diferenciación sistémica es también un aspecto importante para conceptualizar los derechos humanos. En las

---

1 Estos “valores comunes vigentes en la sociedad” han recibido también muchos otros nombres. Pueden mencionarse, p. ej., el de “moral pública” (Peces-Barba), el de “derecho social” (Gurvitch), o el de “*intuitive law*” (Podgórecki).

próximas páginas intentaremos demostrar que la diferenciación sistémica y la presencia de elementos convencionales en el derecho no son incompatibles entre sí, sino más bien complementarios.

Entre las perspectivas que otorgan mucha relevancia al papel que tiene la convención respecto del contenido del derecho se encuentra aquella que parte del concepto *intuitive law* acuñado por Podgórecki. Dicha perspectiva se distingue precisamente porque en el ámbito de dicho concepto las conductas individuales se producen “*como producto exclusivo de la voluntad interna [y] pueden ser entendid[as] como derechos morales*” (1991: 101-102)<sup>2</sup>, y cuya génesis está “*conectada con la aparición o reaparición de la desigualdad social*” (1991: 106). A partir de esta explicación podemos comprender que los derechos humanos se materialicen como “demandas sociales concretas” derivadas de respuestas ideológicas a “situaciones sociales clave” y que los derechos tiendan a poseer un carácter más colectivo que individual (aunque no se niegue la existencia de tal dimensión).

En algunas ocasiones ocurre que, tal como dice Carbonier, el derecho dude de sí mismo, y que el hombre dude del derecho (1974: 141). Dichas dudas se concretan en las fuentes jurídicas, y también en lo que este autor denomina como la “*incertidumbre de las ideas*” (1974: 146), aunque entre ambos centros de duda existan relaciones muy fluidas. Sin embargo, respecto del tema de la convención y el derecho, lo más llamativo del “*papel del derecho en la angustia contemporánea*” es la identificación que realiza Carbonier entre el contenido del derecho (formal en todo caso) y la preponderancia de unas u otras ideas políticas, económicas y/o sociales en un contexto específico<sup>3</sup>. Si el derecho es siempre influenciado por ciertas ideas presentes en la sociedad, estas ideas tendrán repercusiones

---

2 En una terminología que, en la teoría jurídica, se relaciona con los postulados de Dworkin (1989) o Fernández (1991).

3 De hecho, Carbonier siempre habla del derecho francés. Respecto de la ideología siempre presente y su influencia en el contenido del orden jurídico, este autor considera que “*el derecho liberal e individualista, que habíamos heredado del siglo XIX, es, cada vez más, sustituido por un derecho de socialismo y autoridad*” (1974: 147).

sobre la legitimidad del sistema jurídico, moldeando en mayor o menor grado al derecho. Estas ideas no son, como asegura Weber, totalmente racionales sino basadas en otro tipo de legitimación, lo cual, como ya se indicó en el apartado anterior, no les resta valor como fuentes de legitimación social.

Aunque a estas ideas, valores, preceptos éticos o cualquier otro tipo de fundamentación de carácter axiológico se les reconozca una influencia respecto del derecho, ella será mucho más acotada que la que les atribuye el iusnaturalismo filosóficamente entendido. Desde la perspectiva de la sociología jurídica, el papel de los valores o “imágenes del mundo” sobre el derecho en general (y sobre los derechos humanos en particular) es importante como motor de cambio y evolución del derecho, y es por este motivo que puede coexistir con la diferenciación sistémica, sin incurrir en contradicciones metodológicas.

Para explicar por qué este modelo puede funcionar, es necesario hacer un paréntesis a fin de recordar el primero de los elementos expuestos, denominado “desmitificación” del derecho, y que se definió como la aceptación de que los derechos humanos no vienen predeterminados por un intelecto superior o por naturaleza, sino que tienen un origen mucho más próximo a la realidad social. Si los derechos humanos tienen un origen “terrenal”, la racionalización y “burocratización” de la sociedad (y específicamente del derecho y del aparato político) adquieren mucha importancia como garantes de la implementación de los derechos humanos una vez se han formalizado y positivado (cfr. Aymerich, 2001: 523 y ss.). Pero este esquema de racionalización progresiva puede no perpetuarse eternamente, así como también es imposible que toda la sociedad siempre se ponga de acuerdo respecto del camino a seguir por el derecho. Si la diferenciación sistémica y la burocratización que le es consecuente reviste alguna utilidad para un concepto sobre los derechos humanos, ella estriba en que dichos procesos tienen la capacidad de fundamentar ciertos derechos humanos, como la inviolabilidad personal por parte del cuadro de dominación, a diferencia de lo que era posible en un escenario en el cual todos los sistemas y los tipos de autoridad confluían. Algunos ejemplos de

estos sistemas no diferenciados, muy presentes en la Antigüedad, pueden observarse en ciertas costumbres religiosas inspiradas por motivos sanitarios, como las prescripciones sobre permisión o prohibición de comer la carne de ciertos animales (Levítico, III: 11-16). En estos ejemplos, más allá de ponerse de manifiesto algún gusto gastronómico particular por parte de los redactores de estas leyes religiosas, resulta evidente la presencia de un criterio sanitario vigente para la época en que fueron escritos.

Cerrando el paréntesis, diremos que la burocratización sistémica, como se vio, puede explicar ciertos derechos humanos, pero resulta insuficiente para explicar o sustentar otros. Ahí es donde empieza la importancia de la convención como elemento de los derechos humanos, en su carácter “innovador” del sistema jurídico, y su relación con la efectividad y la legitimidad del mismo.

Aunque no es un fenómeno con consecuencias exclusivamente “progresistas”, puesto que la “convención” puede ser motivo de retraso en la evolución del derecho<sup>4</sup>, podemos afirmar que el germen de los derechos humanos en una sociedad concreta usualmente se presenta en la brecha que el derecho formal no regula institucionalmente, en las zonas en las cuales no se presenta una burocratización completa que racionalice todas las relaciones sociales. Igual ocurre con ciertas interpretaciones o aplicaciones concretas del derecho que en principio ya estaban formalizadas, pero que a partir de un cambio en la “convención” fueron determinantes en un cambio del contenido del derecho vigente. Esta situación “innovadora” ocurre sin que sea necesaria una racionalización formal (en sentido weberiano), pero aun así es legítima, en función de los valores presentes en la sociedad, y da muchas luces sobre la forma como una sociedad se mantiene unida, a pesar de sus diferencias y tensiones internas. Igualmente, es ilustrativa sobre los factores que motivan el cambio social, la

---

4 Como se comprueba en la prevención hecha por Gurvitch sobre los movimientos reaccionarios producidos por el adelantamiento del derecho sobre la moral corriente por parte del llamado “derecho progresista” (2001: 249). En el mismo sentido, aunque con una posición más optimista, Mannheim se expresa sobre las utopías (1987: 178).

revolución, la evolución, o cualquier otro fenómeno que implique algún “salto” de un escenario anterior a uno posterior. Para los derechos humanos, comprender la influencia de la convención en el derecho positivo formalizado es de vital importancia, puesto que junto con el sistema jurídico, la convención es uno de los factores de legitimación que resulta determinante en la estabilidad de un orden social (cfr. Aymerich, 2001: 146).

Repetimos, el origen de los derechos humanos no está en una especie de “derivación deductiva”. Aunque neguemos un origen exclusivo de los derechos humanos, sí podemos verificar que al menos uno de ellos es la convención. O lo que es lo mismo, que la percepción social sobre los valores vigentes legitima un orden social y que, por ese motivo, dichos valores se incluyen en el derecho a fin de dotar al sistema jurídico de garantías externas adicionales (formalizadas según la racionalidad jurídica) que coadyuven en su efectividad (cfr. Aymerich, 2001: 108, 111).

En la teoría weberiana, el concepto mismo de derecho va ligado a la vigencia convencional, como se deriva del comentario según el cual “*lo decisivo en el concepto de derecho es localizar qué tipo de orden legítimo rige en la práctica la acción social*” (Aymerich, 2001: 112), con lo cual se otorga gran valor a las representaciones, las creencias o la moral colectiva como medio de cohesión social.

Sobre la importancia de la cohesión dentro de un orden social también se pronunció Aaron, quien afirmó que Weber (al igual que Durkheim y Pareto) estaba convencido de que la única forma en la cual “*las sociedades pueden mantener su coherencia [era] apelando a creencias comunes*” (1970: 12), puesto que sin un conjunto de valores comunes de referencia a los cuales apelar en caso de necesidad “*la sociedad no podía conservar su estructura y coherencia interna*”. Aaron también considera que la tarea de lograr la cohesión social se le concedió siempre a algún sistema relevante para la sociedad, y menciona entre ellos a la religión y, un poco más atrás en la historia, a las teorías medievales sobre el Estado<sup>5</sup>. Esta tensión entre la necesidad de una coherencia social y

5 Sobre este tema, cfr. nuevamente a Gorecki (1991).

su ausencia en la sociedad moderna<sup>6</sup> explica el hecho de que, para Weber, la legitimidad social no se construya exclusivamente a través del derecho, que es una institución social formal y sistémicamente diferenciada, sino que también se construya desde la convención y la sanción social a las conductas de los actores sociales, que no necesariamente hacen parte del derecho formalizado<sup>7</sup>.

Depositara la legitimidad social en dos órdenes separados atribuye a la noción weberiana de derechos humanos un interesante carácter descriptivo tanto de lo existente como de las formas de modificación de la realidad social. Así, las pretensiones de legitimidad de una comunidad que cuenta con un derecho racional-formal suponen un aparato de dominación que busca su legitimación a través del actuar conforme a normas jurídicas, pero no sólo por la forma de expedición de dichas normas, sino también por su contenido, puesto que ello no escapa al juicio social que se realiza con base en una racionalidad material, según los valores presentes en dicha sociedad. Para que los derechos humanos, desde esta perspectiva, legitimen al poder estatal, no es suficiente la justificación formalmente racional de la inclusión, modificación o exclusión de una norma fundamental en el ordenamiento jurídico, sino que también adquiere relevancia, y

---

6 Como se pone de manifiesto en las conclusiones de los escritos de Maquiavelo y Hobbes, las representaciones medievales que ejercían labores de legitimación y coherencia social (básicamente religión y política) perdieron poder de convicción, cediendo su lugar a una fundamentación de soberanía estatal caracterizada por el contractualismo, en la cual la legitimación de tal Estado no se correspondía con un concepto maximalista (como era la preservación de la moral y el aseguramiento de la salvación eterna a través de las normas estatales) durante la Edad Media, sino con una noción minimalista, como remedio a un estado de naturaleza de guerra de todos contra todos. Así, tanto los racionalistas como los empiristas de la época ubican la legitimidad del Estado en su papel como alternativa viable a la lucha constante por la propia conservación (cfr. Honneth, 1997: 15). Este escenario es contrario, como se ve, a la coherencia social “total” que existía antes de la modernidad, reforzada por la noción “estamental” de la sociedad, dividida armónicamente entre “nobleza, clero y pueblo llano” que recuerda la obra platónica, y en la cual no se concebía ninguna diferenciación, ni mucho menos contraposición, de valores o intereses.

7 Entre otras cosas, porque para Weber la legitimidad no puede predicarse solamente del ordenamiento jurídico, sino de la sociedad en general, como ya se indicó anteriormente (cfr. Aymerich, 2001: 531).

mucho más en una sociedad democrática, la percepción que tenga dicha sociedad respecto del contenido jurídico, o de su aplicación por parte de los cuadros administrativos (a través de su interpretación por parte de la administración o los jueces, p. ej.), de forma que los destinatarios del derecho perciban las acciones del cuadro de dominio como representativas de toda la sociedad, lo que a su vez significa una mayor probabilidad de efectividad del derecho en general.

Sobre la idea mencionada en el párrafo anterior, valga recordar de nuevo lo dicho por Gurvitch sobre la inestabilidad del derecho formalizado cuando se distancia demasiado de la vigencia social convencional, ya citado anteriormente. Algunos ejemplos prácticos sobre estos aspectos pueden encontrarse en Carbonier (1974: 117), quien recuerda algunas leyes francesas sobre “el patrimonio familiar inembargable” (Ley de 1909), la “tutela oficiosa” (Código Civil francés de 1804) y la “sociedad anónima con participación obrera” (Ley de 1917), las cuales superaban de lejos la realidad social y los valores vigentes en la Francia de la época, y que terminaron configurando lo que Carbonier denominó la “impotencia de las leyes” (1974: 116), puesto que a pesar de su vigencia y a pesar de las buenas razones filosóficas que las respaldaban “nacieron muertas”, para utilizar la misma expresión empleada por ese autor.

Ejemplos así no son patrimonio exclusivo de años pasados. Por el contrario, a pesar de la creciente influencia del “efectismo” (Carbonier, 1974: 129) o “consecuencialismo jurídico” (Aymerich, 2007\*), es cada vez más frecuente<sup>8</sup> que se expidan normas jurídicas que “nacen muertas” al estar diametralmente opuestas al orden convencional vigente (legítimo). Un trío de ejemplos tristemente célebres serían los instrumentos internacionales sobre la reducción de emisiones de (CO<sup>2</sup>)<sup>9</sup>, los denominados “Objetivos del Milenio”<sup>10</sup> o las leyes sobre seguridad vial (especialmente las que prescriben el uso obligatorio y permanente del cinturón de seguridad o el límite de velocidad en

8 Entre otros motivos, debido al fenómeno de la inflación normativa, que Carbonier (1974) estimaba en alrededor de “4 kg. anuales por jurista”.

9 Cfr., *inter alia*, León Jiménez (2003), sobre el escaso efecto del Protocolo de Kyoto.

10 Cfr., *inter alia*, Martínez Osés (2005) y United Nations (2005).

carreteras), que calzan perfectamente en el antiguo dicho de que “la ley se acata pero no se cumple”<sup>11</sup>. Respecto de los derechos humanos, este tema ha sido tratado de manera especial por Ferrajoli y su teoría garantista que resalta la importancia de la efectividad del derecho mucho más allá de la simple eficacia, al situar el eje gravitacional de la efectividad de los derechos humanos en las garantías de los mismos (primarias y secundarias), y decir que tales garantías constituyen un derrotero de conductas que deben seguirse o evitarse por parte de los destinatarios del derecho (incluidos los operadores jurídicos). Ahora bien, independientemente de ser partidarios o contradictores de la teoría garantista, lo que sí podemos concluir con certeza es que los mandatos jurídicos emitidos, incluso aquellos emitidos con fines garantistas, carecerán siempre de efecto si ellos distan demasiado del orden social vigente.

Para ilustrar lo anterior, se hará referencia a otro ejemplo expuesto por Carbonier, el cual a pesar de ser relativamente antiguo, guarda un asombroso parecido con situaciones más recientes, sobre todo con las medidas “antiterroristas” tan en boga después de 2001<sup>12</sup>. Cuenta Carbonier (1974: 129) que en 1897 Francia promulgó una ley que establecía garantías jurídicas a favor de los imputados en los procesos penales, consistentes, entre otras, en reservar la tarea de interrogatorio al juez de instrucción, estableciéndose un plazo perentorio de veinticuatro horas para llevarlo a cabo, etc. Sin embargo, ocurrió que

*“por pereza o debilidad de los que estaban encargados de [aplicarlas] y también por la poca profundidad de sus convicciones liberales, estas garantías quedaron inefectivas e incluso cedieron el puesto a abusos de signo contrario (investigaciones oficiosas, interrogatorios policiales). Los espíritus efectistas intervinieron entonces: no hay por qué lamentarse – dijeron– por unas garantías que no existen sino en el papel; es preferible*

---

11 Todo ello por no hablar de las normas sobre derechos humanos, y las siempre presentes dificultades para su implementación y cumplimiento.

12 Estas medidas son un buen ejemplo para ilustrar el papel de cierre social y su labor como formador de mayorías decisorias en materia jurídica. Sobre la confrontación “ellos contra nosotros” propiciada por tales normas antiterroristas, cfr. Ignatieff (2004) y Sontag (2004), entre otros.

*suprimirlas y colocarse en [entiéndase escribir el derecho positivo según] la línea de lo que efectivamente ocurre. La desgracia de este razonamiento influyó en nuestro Código de Procedimiento Penal de 1957 [medio siglo después]. Pero no se tardó en notar que el efectismo era un falso realismo. Mientras las prácticas policiales permanecían en la ilegalidad estaban obligadas a observar cierta prudencia, desde que fueron legalizadas han ido hacia delante [entiéndase generalizándose aún más]”.*

Este ejemplo nos lleva a considerar la importancia de que el derecho formal-positivo incluya algunas disposiciones que a pesar de no ser compartidas, o incluso ser despreciadas por el orden social vigente, deben mantenerse en el sistema jurídico, debido a la labor de “límite a la acción social” que ellas suponen. Si en el esquema de Luhmann los derechos fundamentales<sup>13</sup> sirven de garantía de la autonomía sistémica, las disposiciones jurídicas vigentes que no son compartidas por la sociedad son el límite a la libertad de la voluntad general y la garantía de la no opresión de unos actores sociales por parte del resto. En la teoría jurídica este tema ha sido tratado por varios autores. Puede mencionarse a Peces-Barba, quien reivindica el papel de la denominada “moral crítica” (1999). También es el caso del garantismo, que resalta el papel de la “democracia sustancial” y las materias sobre las cuales “no está permitido decidir” (Ferrajoli, 2001). Por su parte, Mannheim lo identifica con el papel que tienen las utopías en la sociedad (1987). Es evidente la cercanía, tácita o expresa, de todas estas ideas con la noción de “dignidad humana” de la obra kantiana. Finalmente, desde el plano sociológico, todos estos conceptos pueden identificarse con el papel que Weber atribuye a los intelectuales como impulsores del contenido del orden social vigente, y como agentes de cambio y evolución del mismo (cfr. Aymerich, 2001: 146).

El límite a la convención y su legitimidad como factor de cambio del derecho formalizado va delineando, según lo visto anteriormente, la importancia de la participación política en las sociedades, tema que se será objeto de otro artículo. En cuanto

13 Como la teoría de Luhmann prescinde conceptualmente de los individuos, técnicamente tampoco pueden existir derechos humanos, sino “fundamentales”.

al papel de la convención respecto del derecho, podemos concluir diciendo que es uno de los elementos del concepto de los derechos humanos por varias razones. En primer lugar, porque la vigencia de cierto orden convencional es condición necesaria para lograr la efectividad del derecho. En efecto, la convención social vigente influye en la modelación del mismo, ya sea impulsando la incorporación de nuevas normas como la exclusión de otras del ordenamiento jurídico. Como ilustramos a través de varios ejemplos, la excesiva lejanía entre el derecho y la moral social vigentes conduce a, para utilizar los términos de Carbonier, “la incapacidad” o el “desuso” del derecho. Esta afirmación es respaldada por Gurvitch (2001: 248), Foucault (en Ferrari, 2000: 344) y Aymerich (2001: 111-112).

Por otra parte, dado que la convención no esté ligada a la racionalización formal<sup>14</sup> posee un mayor margen de acción y movilidad para construir consensos para definir la cosmovisión social y precisar el carácter vigente o desueto de ciertos valores. Para los derechos humanos tal situación representa simultáneamente una ventaja y un peligro. Es una ventaja en tanto permite la creación y fundamentación de esas “demandas sociales concretas” (en términos de Podgórecki) universalizadas a través del derecho, ganando así medios externos de coacción y, por lo tanto, mayor efectividad potencial. Esta movilidad es la que ha permitido que aparezcan nuevos derechos, así como que surjan nuevas interpretaciones a viejos derechos, tanto para ampliarlos como para restringirlos en su intención original. El ejemplo clásico de ello es el derecho a la propiedad, ilimitado e ilimitable en sus inicios. Hoy, en cambio, existen muchas legislaciones en las cuales no es siquiera considerado como un derecho humano, y otras en las cuales está restringido en sus alcances y/o se encuentra sometido a la no vulneración de otros derechos socialmente considerados “más importantes”<sup>15</sup>. Pero la movilidad mencionada también representa

---

14 Al contrario de lo que ocurre con el sistema jurídico que sí lo está.

15 En esta dirección, se puede ver una sólida tradición constitucional en el sentido de prever la posibilidad de expropiación por motivos de interés general. Sin embargo, más allá de tales previsiones, existen otras, consistentes en la limitación adicional

un peligro, porque al igual que la diferenciación sistémica total implica la inmovilidad social, la falta de límites a la capacidad de la convención para moldear el derecho conlleva la posibilidad de usar ideológicamente el derecho y, en él, los derechos humanos. Entre dichos peligros se encuentran los siguientes:

- La manipulación ideológica de la sociedad por parte de personas, grupos o sectores de influencia, como la prensa, algunas capas intelectuales, los gremios económicos, etc.<sup>16</sup>.
- El aprovechamiento de las minorías por parte de las mayorías decisivas en el plano jurídico<sup>17</sup>, a través de una instrumentalización de aquellas en beneficio de estas últimas. Esto es, desatar los *poderes salvajes*, de acuerdo con el criterio del *más fuerte*, contrario a la función tradicional de los derechos humanos como *ley del más débil* (Ferrajoli, 2000: 120).
- La identificación de la moral convencional con el derecho, o lo que es lo mismo, la adopción irrestricta de una *ética oficial* por parte del derecho positivo. Esto es, que el sistema jurídico siga en todo a la convención, con la inherente dificultad de identificar quién tiene la autoridad y la

---

del derecho de propiedad, descartando en la práctica atribuirle el carácter ilimitado que poseía en sus orígenes, todo ello por no mencionar la aceptación de la llamada “propiedad colectiva” reconocida a ciertos grupos sociales como indígenas sobre tierras reclamadas como “ancestrales”. Al derecho a la propiedad se le han asignado “funciones”, “condicionamientos” y/o “límites”, como se puede observar, entre otras, en las constituciones de Alemania (art. 14.2), Brasil (art. 5 XXIII y XXIV), Colombia (art. 58 inc. 1 y 2), España (art. 33.2), Italia (arts. 42 inc. 2 y 44), México (art. 27 inc. 3), Suecia (arts. 18 y 22.8) y Sudáfrica (arts. 25.5 a 25.8).

- 16 Cfr., en relación con este tema, la predicción de Foucault sobre el control social a través de los *mass media* (en Ferrari, 2000: 344), el *homo videns* (Sartori, 1998 *inter alia*), la actitud del *ciudadano impecable* (Del Águila, 2000), o las actitudes psicosociales que permitieron desarrollar el fascismo y la cultura de masas (Habermas, 1988: 469-471), entre otros. La educación está relacionada también con este tema. Sobre el aspecto de la educación jurídica y la forma como se ejercita el derecho, cfr. Clark (1991).
- 17 Con este denominador queremos hacer referencia a los individuos y grupos sociales supra-representados jurídica y/o políticamente en un contexto concreto, quienes terminan influyendo determinantemente en el contenido del ordenamiento jurídico, con independencia de la convención social vigente para algún tema puntual. Un par de ejemplos clásicos serían el de cómo un pequeño grupo de empresarios puede tener capacidad para lograr una ley que les reduzca convenientemente sus cargas impositivas a pesar de la oposición de la mayoría poblacional, o el de cómo un grupo religioso pequeño con alta influencia puede lograr la aprobación de leyes que prohíben ciertos métodos anticonceptivos a pesar de la oposición de la mayoría de mujeres de la sociedad.

representatividad suficientes para decidir cuáles son los valores que deben imperar en la sociedad en cada momento concreto<sup>18</sup>. Ello supondría básicamente la existencia de un derecho oficial “confesional” producto de la dilución de las fronteras entre los sistemas moral y jurídico. Sobre este aspecto, vale la pena recordar lo dicho al inicio de este apartado en el sentido de que a pesar de estar estrechamente relacionados, convención y derecho son, por definición, dos sistemas sociales distintos.

La tercera razón por la cual la convención resulta importante como elemento de un concepto de derechos humanos no guarda relación con los “aspectos positivos” de su influencia sobre el derecho, sino con los “negativos”. Decir que algo es “importante” no siempre implica una connotación “positiva”. Muchas veces lo importante adquiere tal carácter en función del peligro que conlleva. Ese es el caso de una de las posibles formas de relación entre la convención y el derecho, dada la enorme influencia de aquella sobre la efectividad de éste. Si se otorga un papel desmesurado a la primera, como el que le atribuye tradicionalmente el realismo jurídico, puede existir una tendencia a pretender un cierto “efectismo” que, en últimas, termina siendo un reduccionismo del deber-ser al ser. En efecto, la existencia y la relevancia de la convención no pueden anular la denominada “función promocional” del derecho, entendiendo como “promoción” la posibilidad o la propuesta de cambio social a través del derecho. Con esto queremos indicar que el concepto de derechos humanos puede seguir considerándose como “valorativamente neutro” aun cuando se reconozca que no se puede sucumbir ante la “tiranía de las mayorías” y de sus convicciones axiológicas. Si el derecho es un sistema social diferenciado y racionalizado, debemos entender (para bien o para mal) que no debe adecuarse necesariamente *in totum* al sistema moral vigente. Este requerimiento de diferenciación sistémica es lo que posibilita la introducción de la llamada “moral crítica” (Peces-Barba: 1999) o de las “utopías” (en el sentido expuesto por Mannheim, 1987).

---

18 Cfr., sobre este tema, el análisis a la teoría de la desviación de Merton hecha por Mora Molina (2001: 181).

Con esto queremos decir que un derecho humano garantizado formalmente a través de una norma jurídica positiva, y vigente en un ordenamiento jurídico considerado legítimo, no necesariamente debe corresponderse con la moral convencional vigente en ese momento, más aún si aceptamos que, sociológicamente, el derecho y la convención son dos formas distintas de garantizar un orden legítimo, y que si ambos tienen garantías externas propias, ellas pueden no coincidir en todo momento, por lo que la eficacia de cada uno (derecho y convención) debe medirse por separado. Un ejemplo de ello es que el movimiento de derechos civiles en Estados Unidos, y en general los movimientos de *advocacy* en derechos humanos, intentan realizar cambios en la moral social vigente precisamente a través del derecho, no sólo como medio de control social, sino como herramienta de lograr cambiar la convención vigente. Esto es usar el derecho como medio de revolución<sup>19</sup>.

Para finalizar, sobre este aspecto de “control” que tiene el derecho en general, y los derechos humanos en especial, sobre la “convención”, mencionaremos que la efectividad del derecho no puede analizarse únicamente desde la perspectiva de si la norma se cumple en la práctica. De hecho, hay que recordar que el concepto de efectividad está ligado a la determinación de la conducta en función del contenido jurídico, no (únicamente) de la opinión que sus destinatarios tengan en concreto sobre una norma específica, aumentándose así el abanico de elementos para evaluar la efectividad. Para ilustrar lo anterior, puede ser útil retomar el ejemplo de Carbonier (1974: 129-130) sobre la aparente ineffectividad de las garantías procesales penales creadas en Francia en 1897 y retiradas en 1957. En concreto, este autor afirmó que los profetas del “efectismo” que justificaron la derogación de tales garantías procesales penales en virtud de su “ineffectividad”, olvidaron

*“demasiado de prisa que una regla de derecho, aunque resulte ineffectiva, puede tener su utilidad, creando un clima de inseguridad jurídica, de*

---

19 Cfr., sobre el *advocacy* legislativo, Warleigh & Fairbrass (2002). Sobre el movimiento de los derechos civiles y sus luchas en los tribunales, Greenberg (1994). Sobre la revolución a través del derecho, también Carbonier (1974).

*responsabilidad, de 'mala conciencia', que se opone a violaciones más amplias. En el fondo, aunque sea inefectiva a los ojos del jurista, continúa siendo efectiva, parcialmente efectiva, para el sociólogo".*

Con este ejemplo podemos dimensionar el verdadero alcance de la relación entre efectividad, legitimidad y convención, que no es unidimensional, sino que tiene muchos matices y posibilidades de interacción. De esta forma, es cierto que la convención ayuda en la legitimación del derecho, pero también es posible la vía contraria, en la cual el derecho transforma la convención, como lo afirma Treves (en Aymerich, 2001: 47-48). En las sociedades "democráticas", en las cuales las posibilidades de argumentación política y jurídica están abiertas teóricamente a todos los actores sociales, la posibilidad de influir en la legitimación del orden vigente queda, igualmente, abierta a todos los actores sociales. Esta afirmación supone otorgarle una gran importancia a la participación política, como se indicó párrafos arriba.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EMPÍRICAS

Hasta este momento, hemos intentado realizar un panorama de cuales serían los elementos necesarios para construir un concepto de derechos humanos útil para medir su efectividad en contextos concretos. Los hemos explicado y hemos señalado además las bases teóricas de cada uno. Sin embargo, todo ello parece insuficiente por una sencilla pero poderosa razón. Toda aproximación teórica (y esto vale para todas las ciencias, no sólo las sociales) a un objeto de estudio es una manera de comprender el funcionamiento del mismo, pero desde una perspectiva apriorística es imposible prever con absoluta certeza todos sus elementos relevantes.

Para los derechos humanos, que no son la excepción a lo anteriormente expuesto, la realidad empírica es el laboratorio sin el cual es imposible conocer y comprender la totalidad de "*las fuerzas sociales subyacentes que generan el desarrollo de los derechos humanos*" (Huxley, en Aymerich, 2001: 31), así como los factores que determinan su efectividad. Con ello queremos reivindicar el

papel del estudio empírico de los derechos humanos, y de la riqueza conceptual que los resultados de dichos estudios representan para una comprensión más completa y, por lo tanto, más acertada de los derechos humanos.

Hablar de la efectividad de los derechos humanos desde la estricta teoría (jurídica, sociológica, económica, política, etc.) es importante, pero no es suficiente para lograr la implementación y protección de los derechos humanos en el mundo real. Aun si la labor se lleva a cabo con las mejores intenciones, limitar el estudio de los derechos humanos a la perspectiva estrictamente teórica, y pretenderla suficiente, cuando no sea una muestra de candidez, será una forma de mantenimiento del *status quo* que impedirá cualquier cambio social, como señalaba Podgórecki (1991: 113).

Los sectores doctrinarios siempre han visto con cierto recelo los estudios empíricos sobre temas jurídicos, al punto de llegar a afirmaciones como las de Kuhn, quien considera, no sin razón, que “*las mediciones tomadas sin un paradigma [no conducen] a una conclusión definitiva*” (en Aymerich, 2001: 503). Efectivamente, entre los grandes problemas de las investigaciones empíricas en derechos humanos se encuentran la dispersión metodológica y la debilidad conceptual que se ha evidenciado en muchas ocasiones (Aymerich, 2001: 503-504). No obstante, más allá de las críticas que dichos estudios prácticos puedan merecer, es necesario aclarar que sin ellos las teorías no podrían evaluarse en el mundo real. El análisis empírico de la implementación de teorías arroja muchas luces sobre la idoneidad, utilidad o eficacia de cualquier propuesta teórica. Si esto vale para campos como la física y la medicina, no se comprende la razón para un distanciamiento tan notorio entre la teoría y la práctica en el contexto jurídico.

Podgórecki, al referirse a la noción de Luhmann sobre el derecho, que por lo demás es exclusivamente teórica, señalaba que ella no podría ser reconocida como una teoría “*totalmente desarrollada debido a que no hace ninguna generalización basada en datos empíricos*”. De hecho Podgórecki califica a la teoría jurídica de Luhmann, y por extensión a todas aquellas que carezcan de vocación y/o verificación empírica, como ejemplo del “*típico*”

*intento germánico por construir una semi-teoría abstracta y conceptual” (1991: 258).*

Al igual de lo que ocurre entre la convención y el derecho, cuya influencia es recíproca o de doble vía, en materia de derechos humanos, la investigación teórica y la práctica pueden ser recíprocamente útiles y arrojar tanto mejores premisas de investigación como mejores resultados. El enriquecimiento interdisciplinario no sólo se presenta desde la teoría hacia la práctica. La práctica también es capaz de enriquecer a la teoría, y de obligarla a realizar ajustes y mejoras en sus conceptos para que resulten aplicables en la realidad. Los estudios empíricos también cumplen un papel crucial en el descubrimiento de cambios sociales, de nuevos elementos y percepciones generales sobre ciertos temas. Aún más, teniendo en cuenta que en materia de derechos humanos existe la tendencia a desconocer su contenido en la práctica sin incumplir su vigencia formal<sup>20</sup>, los estudios empíricos adquieren una gran importancia para detectar dichos incumplimientos soterrados, y para brindarle a la teoría jurídica, sociológica o axiológica información útil para desarrollar nuevas teorías, o ajustar las existentes, de suerte que resulten más efectivas y menos fáciles de “burlar”.

Con miras a ilustrar la importancia que tienen los estudios empíricos sobre derechos humanos para el desarrollo de modelos teóricos sobre los mismos, proponemos recordar un ejemplo cuyo resultado desafió su previsión teórica inicial.

#### A. EL EXPERIMENTO DE MILGRAM Y LA LEGITIMACIÓN DE LA DOMINACIÓN AUTORITARIA

El famoso experimento de Milgram sobre los límites de la obediencia a la autoridad es muy indicativo del gran trecho que separa a la teoría de la práctica en materia de derechos humanos. Su objetivo era determinar si era posible seguir obedeciendo

---

20 A esto ya se hizo referencia en el apartado sobre la importancia de la participación política, por lo que baste aquel comentario para ilustrar lo dicho en este párrafo.

órdenes de alguien a quien se le atribuía una gran “legitimidad”, a pesar de que el contenido de esas órdenes fuese contrario al íntimo convencimiento de quien debía obedecerlas. El experimento consistía básicamente en lo siguiente:

*“El director de un supuesto proyecto de investigación requería de sus ayudantes cooperación para realizar unos ensayos sobre el efecto del castigo en el aprendizaje. Se recomendaba a una persona (objeto de esta investigación) que memorizase series de palabras. El ayudante debía leer la primera palabra de una lista y el ‘aprendiz’ tenía que recitar de memoria las que seguían en la serie. Si fallaba, el ayudante debía someterlo a descargas eléctricas crecientes por medio de unos cables que se le habían aplicado. En realidad, las descargas no existían, y el aprendiz, de acuerdo con el ‘director’, respondía erróneamente, fingía dolor y gritaba desesperadamente que se interrumpiese el experimento y que lo dejaran salir de allí” (Aymerich, 2001: 240).*

Según los resultados finales del experimento, el 65% de los 40 participantes aplicaron en al menos una ocasión la descarga máxima de 450 voltios, y el 100% alcanzó a aplicar una descarga de 300 voltios, a pesar de haberles sido comunicado durante la explicación del procedimiento que una descarga de 300 voltios produciría un nivel de dolor intenso y provocaría en el “aprendiz” unos estertores previos al coma (cfr. Blass, 1999).

Uno de los mayores aciertos del experimento fue realizar una encuesta previa cuyo resultado estimaba en muy baja la probabilidad de que los “ayudantes” siguiesen hasta el final del experimento, toda vez que a través del mismo se iba a causar un dolor considerable a otra persona. En efecto, según se recoge en los resultados publicados, antes del experimento se consideraba que sólo un pequeño porcentaje de “ayudantes” seguiría con las descargas eléctricas a los “aprendices”. Ello permitió confrontar mucho mejor la teoría con la práctica, pues existían sobradas razones para anticipar teóricamente unos resultados concretos del experimento. Sin embargo, dichos resultados terminaron por ser por completo opuestos a las previsiones debido a que, como se indicó antes, la totalidad de los participantes al final sí que fueron capaces de provocar los supuestos estertores previos al coma en el sujeto pasivo de las descargas.

Otro aspecto muy relevante de este experimento fue la variedad de los participantes, puesto que se escogieron 40 participantes entre los 20 y los 50 años que representasen todos los niveles educativos, desde personas con una escasa educación primaria hasta individuos que poseían un doctorado. Sin embargo, a pesar de sus diferencias ambientales y contextuales, todos obedecieron a la autoridad que les exigía aplicar las descargas eléctricas. Según los resultados de la investigación, muchos de ellos empezaron a cuestionarse la continuación del experimento cuando escuchaban gritos de dolor de los supuestos “aprendices”, pero ante la orden de seguir adelante, muchos de ellos lo hicieron, y el 60% llegó a aplicar 450 voltios de descarga, como ya se indicó previamente. No obstante, hay que decir que en la mayoría de los casos los participantes realizaron cuestionamientos a la moralidad de sus acciones y las instrucciones que recibían, pero tales objeciones morales finalmente cedieron ante las órdenes de una persona que, aunque científicamente legitimada, resultaba autoritaria y compelia a los sujetos a infringir dolor a otro ser humano<sup>21</sup>.

Finalmente, es pertinente mencionar que este experimento se replicó en otros contextos, cuyos resultados fueron compilados y publicados en 1999, indicando que en todos los casos un promedio situado entre un 61% y un 66% de participantes accedió a aplicar descargas eléctricas de consideración, a pesar de los cuestionamientos sobre la moralidad de las órdenes recibidas (cfr. Blass, 1999: 966).

Este experimento, en lo que respecta a los derechos humanos, tiene repercusiones de trascendencia sobre la exclusividad o no de los derechos humanos como pretensiones de legitimidad de

---

21 Sobre las razones de los distintos participantes para seguir con el experimento, aunque las acciones exigidas eran contrarias a su íntimo convencimiento, se elaboró un cuadro que incluía las siguientes: recompensa (suponían que cumpliendo la orden recibirían una recompensa), coerción (suponían que incumpliendo la orden recibirían un castigo), legitimidad (creían en el derecho de la autoridad para dar tales órdenes), referente (ellos hubiesen dado la misma orden de haber ocupado tal posición), experticia (consideraban que quien daba la orden tenía tanta experiencia que debía saber lo que hacía, por lo que no debían cuestionar tal conocimiento), y finalmente, informacional (la orden recibida es intrínsecamente obligatoria). Cfr. Blass (1999: 962).

un orden racionalizado, sobre todo en los contextos democráticos en los cuales coexisten legitimaciones racionales (formal-legales) expresadas en el derecho, pero también criterios de legitimación carismáticos, como los políticos. Esta coexistencia, como ya se mencionó a lo largo del presente capítulo, puede llegar a generar tensiones con consecuencias directas sobre la efectividad de las normas jurídicas de derechos humanos.

En la época del experimento de Milgram (1961-1963) aún estaba reciente el juicio de Eichmann en Jerusalén y los argumentos de su defensa en el sentido de que él sólo cumplía órdenes. En esa década también tuvo lugar un juicio por crímenes de guerra con ocasión de la matanza de My Lai (Vietnam), en el cual el acusado teniente Calley proclamó su inocencia en los asesinatos, infanticidios, violaciones, destrucción de ganado y viviendas cometidos argumentando que sólo “*cumplía con su deber en la lucha contra el comunismo*”<sup>22</sup>. El abogado de Calley, en su alegato final, utilizó también este argumento, al describir al superior de su defendido, el capitán Medina<sup>23</sup>, como un “*hombre obsesionado por la disciplina. Él quería que sus órdenes se cumplieran. Él ha dicho que no quería que ninguna de sus órdenes se rompiera, se ignorara o se desobedeciera*” (Latimer, 1971; cfr. en el proyecto de la UMKC).

Pero los alcances del experimento de Milgram superan con creces la comparación entre la defensa usada por Eichmann o Calley en los sendos juicios en su contra. Lo realmente relevante

---

22 Valga recordar que el teniente Calley fue condenado en marzo de 1971 por la Corte Militar de Apelaciones de Estados Unidos a cadena perpetua y trabajos forzados. Luego su condena se redujo a 20, y luego a 10 años de prisión domiciliaria. Finalmente, fue puesto en libertad en noviembre de 1974. Sobre los juicios del teniente Calley, así como de los demás implicados judicialmente por la masacre de My Lai, cfr. el Proyecto sobre Juicios Famosos, entre ellos el de My Lai, desarrollado por la Escuela de Derecho de la University of Missouri-Kansas City. Online en <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/MYLAI.HTM>

23 Ni el capitán Medina ni ninguno de los oficiales superiores de Calley que fueron procesados fueron condenados por la matanza de My Lai. Dicho juicio, por lo demás, no deja de tener sus desagradables paralelismos con los de las torturas ocurridas en Abu Grahیب y otros sucesos similares.

de las conclusiones extraídas por Milgram, así como de las que arrojaron las réplicas de su famoso experimento (recogidas por Blass, 1999) es que ellas pusieron en evidencia que la efectividad del derecho puede verse influenciada por más elementos que la racionalidad. De hecho, a pesar de la opinión personal de los participantes en el experimento sobre la moralidad o inmoralidad de infligir dolor a otros seres humanos, a la hora de decidir sobre si aplicar o no tal dolor no tuvieron en cuenta únicamente preceptos morales (de haber sido así, no hubiesen seguido adelante), sino también la identificación (legitimación) de quien emitía la orden, y la supuesta finalidad académica (reconocida como legítima) que tenía tal acción.

Las consecuencias de este experimento para los derechos humanos en la actualidad siguen siendo considerables, puesto que brindan nuevos elementos a la teoría sobre los derechos, su obligatoriedad y su efectividad. De hecho, pueden tener consecuencias sobre el diseño y aplicación de leyes sobre obediencia debida (en el caso de los militares) en violaciones de derechos humanos<sup>24</sup> y, más recientemente, sobre la responsabilidad penal internacional entre superiores y subordinados, como se observa en los artículos 28 y 33 del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>25</sup>. El experimento de Milgram y otros por el estilo pueden tener repercusiones en la forma como se diseñan normas jurídicas sobre la participación y responsabilidad individual de los mandos medios y bajos en las violaciones sistemáticas a los derechos humanos cometidas por parte de grupos armados, sean ellos estatales o no. Comprender este tipo de comportamientos, y las reacciones de los individuos a disyuntivas entre conciencia y cumplimiento de órdenes, pueden ayudar a los teóricos jurídicos (doctrinantes), legisladores y también a los jueces a diseñar y/o aplicar herramientas jurídicas más idóneas

---

24 P. ej., las leyes 23.492 y 23.591 de 1987 promulgadas en Argentina por el presidente Alfonsín, cuyo texto y finalidad fueron declarados incompatibles con las obligaciones internacionales sobre derechos humanos a cargo de Argentina. Cfr. Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

25 Texto tomado de la Corte Penal Internacional, disponible online en <http://www.icc-cpi.int/about.html>

para lograr el cumplimiento de los derechos humanos<sup>26</sup>. Como Milgram pudo probar, las opiniones de los individuos “en frío” pueden variar de las acciones de los mismos “en caliente”. Otra influencia de razonamientos del tipo de los analizados por Milgram se observa en la legitimidad otorgada por algunas sociedades a las leyes y medidas “anti-terroristas” tomadas por la mayoría de los Estados occidentales luego de los ataques a las torres gemelas de Nueva York y los trenes de Madrid y Londres, entre otros. En esas normas jurídicas se saca provecho de la situación de miedo, inseguridad y ansiedad de las sociedades que han sufrido ataques directos, así como de la paranoia que los medios masivos de comunicación han contribuido a crear. Por este motivo, a pesar de que “en frío” los actores sociales consideren “errado”, “inmoral” o “antidemocrático” emplear medidas que rayan en los límites legales de la tortura, la censura o el espionaje indiscriminado sobre toda la sociedad, pueden tener una percepción distinta de dichas medidas si consideran el fin que ellas persiguen como “legítimo”, reviviendo el viejo dilema maquiavélico de si el fin justifica los medios o no<sup>27</sup>.

## B. CONCLUSIÓN SOBRE LA IMPORTANCIA DE LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS

El ejemplo del experimento de Milgram es sólo uno de los casos en los cuales los resultados empíricos indican que las realidades que la teoría había dado por descontadas podían ser de una forma distinta a la concluida *a priori*. En estos casos, la experiencia empírica señaló algunos nuevos elementos a tener en cuenta en los

---

26 De paso, debe mencionarse que los resultados de este experimento también confirman la teoría de Merton sobre la anomia, según la cual, a pesar de no compartir los valores presentes en un orden social, la mayoría de los actores sociales optará por su cumplimiento incuestionado, del tipo “conformista” (en Giddens, 1991). En igual sentido se expresó Podgórecki, al hablar de la legitimación de tipo “*dead-end*” (1991), ya comentada anteriormente. En dicho tipo de legitimidad, a pesar de que el orden social es considerado injusto o “inmoral” por la mayoría de los actores sociales, la dominación consigue algún tipo de legitimación precisamente a raíz del cumplimiento “desesperanzado” de los actores sociales.

27 Cfr., sobre este tema, Ignatieff (2004), así como el informe sobre terrorismo y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002), entre otros.

estudios teóricos. Esta clase de estudios empíricos demuestran lo mucho que puede enriquecerse el estudio teórico de los derechos humanos a partir de los resultados del análisis práctico de sus causas, desarrollo e implementación.

Aunque no las abordaremos en este momento, hay que mencionar otras experiencias de la realidad que han obligado a replantear sendos postulados teóricos, así como otras que ayudarían en su desarrollo, mejoramiento y aplicación. Entre dichos ejemplos se puede mencionar el papel del cierre social en la participación política y la influencia de las redes sociales en las redes políticas, como el llamado “circulo íntimo” en Estados Unidos y las “élites escolares” en Gran Bretaña (cfr. Giddens, 1991: 355-362. Igualmente, cfr. Blau & Duncan, Heath, y Grusky & Hauser, en Aymerich, 2001: 44). Otro ejemplo es el papel de la economía y las necesidades de producción capitalista en la generalización del acceso a la educación y la determinación de su contenido (cfr. los estudios de Coleman, Rutter y Hasley, en Aymerich, 2001: 45-46. Igualmente, cfr. Toffler, 2006).

En estos experimentos y estudios empíricos se encuentran elementos que, de ser debidamente procesados por la teoría sobre los derechos humanos, pueden llegar a originar conceptos más omnicomprendivos sobre el origen, el alcance y la implementación de los derechos humanos en el mundo real, que es el sitio en el cual estos derechos realmente tienen un significado relevante.

## CONCLUSIÓN

Iniciamos este artículo clarificando que la convención, en estricto sentido, no es derecho sino algo distinto y, por lo tanto, posee una racionalidad propia, según las premisas de diferenciación sistémica. También mencionamos que tal diferenciación no significa una necesaria dicotomía entre convención y derecho, sino una relación de complementariedad recíproca que resulta vital, pues la vigencia de cierto orden convencional es condición necesaria para lograr la efectividad del derecho. De hecho, la convención influye en la

modelación del derecho, impulsando ya sea la incorporación de nuevas normas o la exclusión de otras de un ordenamiento jurídico.

Vimos también que, en la medida en que la convención no está “encorsetada” por una racionalidad formal como la del derecho, posee mayor libertad de movimiento para construir consensos sobre la cosmovisión social y sobre la vigencia o desuso de ciertos valores. Esta característica permite que la convención sea una especie de “contracara” del elemento de diferenciación sistémica al impedir que la sociedad se convierta en algo “inmutable”.

La evolución social (valorativamente neutra) fomentada por la convención implica, no obstante, el riesgo de un uso ideológico de la misma por la vía de manipular la voluntad de las mayorías, o por la vía de adoptar una “ética oficial”, que reduzca todo el derecho a la convención vigente, o a la inversa. En todo caso, esta eventualidad resalta el papel de la moral crítica como instrumento útil para contrarrestar la falacia antes descrita, debido a que al ser la convención y el derecho dos sistemas sociales distintos, su contenido no tiene por qué ser necesariamente siempre coincidente.

Hemos hecho referencia también a que uno de los elementos que debe ser tenido en cuenta en cualquier intento de definición de los derechos humanos es el de la investigación empírica y los resultados de sus estudios. A través del análisis del experimento de Milgram sobre los límites de la obediencia a la autoridad observamos cómo en muchas ocasiones las conclusiones teóricamente extraídas pueden ser cuestionadas por la experiencia.

Ambos elementos, entonces, pueden prestar alguna ayuda tanto en la interpretación de los instrumentos internacionales existentes como en el análisis sobre la formación y/o vigencia de cierta costumbre internacional, especialmente en lo concerniente a la conducta estatal en materia de derecho internacional de los derechos humanos, y a cómo dicha conducta puede estar frecuentemente matizada por las tensiones internas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aaron, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*, T. II, Durkheim, Pareto, Weber (Aníbal Leal, trad., Edit. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1970).
- Arnaud, André-Jean y María José Fariñas, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico* (BOE y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996).
- Aymerich, Ignacio, *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2001).
- Aymerich, Ignacio, *Consecuencialismo jurídico. Implicaciones metodológicas de las normas orientadas a la producción de resultados* (\* Original cedido por el autor. Publicación programada para 2007).
- Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Alianza editorial, Madrid, 1988).
- Blass, Thomas, *The Milgram Paradigm after 35 Years: some Things we now know about Obedience to Authority*, 955-978, in *Journal of Applied Social Psychology*, No. 29, 5, (1999).
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos* (Sistema, Madrid, 1992).
- Buerghental, Thomas; Caudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Caracas, 1990).
- Candela Soriano, Ma. Mercedes, *Los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la acción exterior de la Unión Europea* (Dykinson, Madrid, 2006).
- Carbonier, Jean, *Derecho flexible* (Luis Díez-Picazo, trad. y prólogo, Tecnos, Madrid, 1974).
- Castignone, Silvana, *Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analitica*, 15-20, en *Diritto e Legittimazione* (Renato Treves, ed., Franco Angeli, Milano, 1985).
- CERD (Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial), Acta resumida de la 1305.ª Sesión: Austria, Ginebra, 1999.
- Clark, David, *The Role of Legal Education in Defining Modern Legal*

- Professions*, 103-122, en *Laws and Rights* (Vincenzo Ferrari, Ed., Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna, Giuffrè, Milano, 1991).
- Colomer, J.M., *La política en Europa* (Edit. Ariel, Barcelona, 1995).
- Constant, Benjamin, *Escritos políticos. De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos* (María Luisa Sánchez, trad., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).
- Corcuera Atienza, Javier, *El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel*, 61-98, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati y Dykinson, Madrid, 2002).
- De Lucas, Javier, *¿Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías?*, 253-312, en *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural* (Javier de Lucas, dir., Consejo Superior del Poder Judicial, Madrid, 1998).
- De Schutter, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights* (Hart Publishing, Oxford, 2006).
- De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, T. I (Siglo del Hombre editores, Bogotá, 2001).
- Del Águila, Rafael, *La senda del mal. Política y razón de Estado* (Taurus, Madrid, 2000).
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989).
- Eriksson, Maja K. Y Sia S. Åkermark (eds.), *Documents in Public International Law* (Norstedts Juridik, Stockholm, 2000).
- Etzioni, Amitai y Eva Etzioni (comps.), *Los cambios sociales* (Florentino Torner, trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1984).
- Fariñas, María José, *La sociología del derecho de Max Weber* (Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989).
- Fariñas, María José, *Los derechos humanos: desde la perspectiva socio-jurídica a la actitud "postmoderna"* (Cuadernos San Bartolomé de las Casas, No. 6, Dykinson, Madrid, 1997).
- Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos* (Edit. Debate, Madrid, 1991).
- Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000).

- Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales*, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, eds., Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, trads., Edit. Trotta, Madrid, 2001).
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, trads., 5.ª ed., Edit. Trotta, Madrid, 2006).
- Ferrari, Vincenzo, *Acción jurídica y sistema normativo* (María J. Fariñas, prólogo, Andrea Greppi, trad., Dykinson, Madrid, 2000).
- Ferrari, Vincenzo, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche* (Mario Boffi, Apéndice metodológico, 7.ª ed., Franco Angeli, Milano, 2007).
- Ferrari, Vincenzo, *Funciones del derecho* (Javier de Lucas, nota introd., Debate, Madrid, 1989).
- García Amado, Juan (coord.), *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y Dykinson, Madrid, 2001).
- García Amado, Juan, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006).
- Geiger, Theodor, *Estudios de sociología del derecho* (Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, trads., Fondo de Cultura Económica, México, 1983).
- Giddens, Anthony, *Sociología* (Teresa Alberro et al., trad., Alianza Edit., Madrid, 1991).
- Giasanti, Alberto y Valerio Pocar (eds.), *La teoria funzionale del diritto* (2a. ed., Unicopli, Milano, 1983).
- Gorecki, Danuta, *Law and Social Change in the Byzantine Middle Ages, 181-192*, en *Laws and Rights* (Vincenzo Ferrari, Ed., Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna, Giuffrè, Milano, 1991).
- Greenberg, Jack, *Crusaders in the Courts: How a Dedicated Band of Lawyers Fought for the Civil Rights Revolution* (Perseus Group - Basic Books, New York, 1994).
- Gurvitch, Georges, *Elementos de sociología jurídica* (José Luis Monereo Pérez, estudio preliminar, Comares, Granada, 2001).
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I, Racionalidad de la acción y racionalización social* (Manuel Jiménez Redondo, trad.,

- Taurus, Madrid, 1988).
- Harms, Hans, *Anomia y trabajo en la civilización post-industrial*, en *Anomia: normas, expectativas y legitimación social* (Tosca Hernández, comp., Oñati Proceedings, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993).
- Hermida, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea* (Anthropos, Barcelona, 2005).
- Higgins, Rosalyn, *Problems & Process. International Law and how we use it* (Clarendon Press, Oxford, 2001).
- Hierro, Liborio, *El realismo jurídico*, 77-86, en *El derecho y la justicia* (Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, eds., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, No. 11, Trotta, Madrid, 2000).
- Honneth, Axel, *La lucha por el reconocimiento* (Manuel Ballester, trad., Crítica-Filosofía, Barcelona, 1997).
- Ignatieff, Michael, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror* (Princeton University Press, New Jersey, 2004).
- Inter-American Commission on Human Rights. Report on Terrorism and Human Rights (Washington, 2002).
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Roberto Aramayo, trad., Alianza Edit., Madrid, 2002).
- Krawietz, Werner, *El concepto sociológico del derecho*, en *Revista Doxa*, No. 5 (1988). También Distribuciones Fontamara, México, 1991, 7-26.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (Monografías Jurídicas 79, reimpr., Temis, Bogotá, 2005).
- León Jiménez, Rosario, *El comercio de emisión de gases propuesto por el Protocolo de Kyoto: perspectiva internacional y europea*, 15-23, en *Unión Europea Aranzadi*, No. 10 (2003).
- López Aranguren, José L., *Ética y política* (Biblioteca Nueva, Madrid, 1996).
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad* (Javier Torres Navarrete, trad., Jesús Martínez García, estudio preliminar, Universidad Iberoamericana, México, 2002).
- Luhmann, Niklas, *The Unity of the Legal System*, 12-35, en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Gunther Teubner, ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1988).
- Luhmann, Niklas, *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*

- (Gunther Teubner, ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1988).
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7<sup>th</sup> ed., Routledge, London-New York, 2003).
- Malem Seña, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción* (Gedisa, Barcelona, 2000).
- Mannheim, Karl, *Ideología y utopía* (Salvador Echavarría, trad., Fondo de Cultura Económica, México, 1987).
- Machiavelli, Niccolò. *El Príncipe* (Ana Martínez Arancon, estudio preliminar, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1993).
- Martínez Osés, Pablo, *Objetivos del milenio: ¿se puede acabar con la pobreza?* (PPC, Madrid, 2005).
- Merton, Robert, *Social Theory and Social Structure* (Revised and enlarged ed., The Free Press, New York, 1968).
- Mora Molina, Juan J., *El funcionalismo de Merton y el derecho*, 161-184, en *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (Juan García Amado, coord., Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y Dykinson, Madrid, 2001).
- O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano* (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004).
- Organization of American States (OAS-OEA), *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System* (General Secretariat, Washington, 2003).
- Orrù, Marco, *Ambivalence of Anomie*, en *Anomia: normas, expectativas y legitimación social* (Tosca Hernández, comp., Oñati Proceedings, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993).
- Ost, François, *Between Order and Disorder: The Game of Law*, en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Gunther Teubner, ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1988).
- Ovey, Clare & Robin White, *Jacobs & White European Convention on Human Rights* (3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2002).
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, Teoría general* (Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999).
- Peces-Barba, Gregorio; Eusebio Fernández y Rafael De Asís (dirs.),

- Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 1 (Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001).
- Peco, Miguel y Luis Peral, *El conflicto de Colombia* (Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”, Madrid, 2006).
- Pérez Ruíz, Carlos, *La construcción social del derecho* (Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996).
- Pérez Schael, María, *Legitimidad, representaciones y anomia*, en *Anomia: normas, expectativas y legitimación social* (Tosca Hernández, comp., Oñati Proceedings, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria, 1993).
- Podgórecki, Adam, *A Sociological Theory of Law* (Vincenzo Ferrari, presentación, Giuffrè, Milano, 1991).
- Prieto Navarro, Evaristo, *La teoría de sistemas de Luhmann y el derecho*, en *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (Juan García Amado, coord., Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y Dykinson, Madrid, 2001).
- Radhakrishnan, R., *Theory in an Uneven World* (Blackwell Publishing, Oxford, 2003).
- Russell, Bertrand, *Human Society in Ethics and Politics* (John Slater, Introduction, Routledge, London, 1992).
- Sartori, Giovanni, *Homo videns. La sociedad tele-dirigida* (Taurus, Madrid, 1998).
- Schmill, Ulises, *El positivismo jurídico*, en *El derecho y la justicia* (Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta, eds., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, No. 11, Edit. Trotta, Madrid, 2000).
- Smith, Rhona, *Text Book on International Human Rights* (Oxford University Press, Oxford, 2003).
- Sontag, Susan, *Ante el dolor de los demás* (Aurelio Major, trad., Punto de Lectura, Madrid, 2004).
- Stirk, Peter, *Critical Theory, Politics and Society* (Continuum, London, 2000).
- Tajadura Tejada, Javier, *La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales*, 443-464, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (Javier Corcuera Atienza, coord., Instituto Internacional de Sociología del Derecho de Oñati y

- Dykinson, Madrid, 2002).
- Toffler, Alvin, *La tercera ola* (4.ª ed., Plaza & Janés, Barcelona, 1996).
- Tomeo, Vincenzo, *Legittimazione e scambio político*, 93-107, en *Diritto e legittimazione* (Renato Treves, ed., Franco Angeli, Milano, 1985).
- United Nations. *The Millenium Development Goals Reports* (UN Department of Public Information, New York, 2005).
- Ureña, Enrique, *La teoría crítica de la sociedad de Habermas* (Tecnos, Madrid, 1978).
- Warleigh, Alex y Jenny Fairbrass, *Influence and Interests in the European Union: The New Politics of Persuasion and Advocacy* (Europa, London, 2002).
- Weber, Max, *El político y el científico* (Raymond Aaron, introducción, Alianza Edit., 7.ª reimpr., Madrid, 2005).
- Weber, Max, *Sociología del derecho* (José Monereo Pérez, estudio preliminar, Comares, Granada, 2001).
- Zeitlin, Irving, *Ideología y teoría sociológica* (Néstor Míguez, trad., Amorrortu, Buenos Aires, 1986).

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

African Commission on Human and People's Rights

Ver [http://www.achpr.org/english/\\_info/news\\_en.html](http://www.achpr.org/english/_info/news_en.html)

Asian Human Rights Commission

Ver <http://www.ahrchk.net/index.php>

Asian Network for Free Elections (ANFREL). Portal con los textos constitucionales de Estados asiáticos.

Ver <http://www.anfrel.org/2006/resources/Constitutions.asp>

Georgetown University. Political database of the Americas. Portal del Edmund A. Walsh School of Foreign Service, con información actualizada sobre los textos constitucionales de los Estados de América.

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

Inter-American Commission on Human Rights. Organization of American States (OAS-OEA).

Ver <http://cidh.org>

Inter-American Court of Human Rights. Organization of American States (OAS-OEA).

Ver <http://corteidh.or.cr>

International Criminal Court.

Ver <http://www.icc-cpi.int/about.html>

United Nations Organization. Portal sobre las relaciones entre las Naciones Unidas y las corporaciones

Ver <http://www.un.org/spanish/partners/business1/index.asp>.

University of Pretoria. Centre for Human Rights, con los textos constitucionales de los Estados africanos.

Ver [http://www.chr.up.ac.za/hr\\_docs/constitutions/constitutions.html](http://www.chr.up.ac.za/hr_docs/constitutions/constitutions.html)

University of Pennsylvania. Portal del African Studies Center, con los textos constitucionales de Estados africanos.

Ver [http://www.africa.upenn.edu/Govern\\_Political/afr\\_constit.html](http://www.africa.upenn.edu/Govern_Political/afr_constit.html)

University of Missouri-Kansas City. School of Law Famous Trials Project.

Ver <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mylai/MYLAI.HTM>

Universität Bern. Portal del International Constitutional Law Center.

Ver <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/index.html>

