

Evoluciones estructurales del sistema jurídico a partir de los derechos humanos

Structural developments of the legal system based on human rights

Cuauhtémoc Rueda Luna¹

Resumen: Los derechos humanos tienen dos tipos de funciones operativas; por un lado, en un sentido extensivo, se han constituido en criterio de validez del orden jurídico, y, por otro, en un sentido intensivo, se han diferenciado de otras materias para establecerse como una materia específica. En ambos casos, el surgimiento de una posición subjetiva (la noción de ser humano y su correlativa víctima de violaciones de derechos humanos) genera la estructuración del sistema en su conjunto, produciéndose a partir de allí una serie de elementos que se han ido integrando progresivamente al orden jurídico.

Abstract: Human rights have two types of operational functions; on the one hand, in an extensive sense, they have been established as a criterion of validity of the legal order, and, on the other hand, in an intensive sense, they have been differentiated from other matters to establish themselves as a specific matter. In both cases, the emergence of a subjective position (the notion of being human and its correlative victim of human rights violations) generates the structuring of the system as a whole, producing from there a series of elements that have been progressively integrated to the legal order.

Palabras clave: Derechos humanos; sistema jurídico; organismos públicos de derechos humanos; víctimas; obligaciones generales del estado

Introducción

Esta ponencia tiene por finalidad establecer una primera aproximación hacia el estudio de los derechos humanos como sistema social, por lo cual representa un nivel aproximativo de su estudio. Para ello, debemos partir de reconocer que los derechos humanos implican una transformación jurídica global que permite el acoplamiento de los diferentes derechos nacionales a nivel internacional, para lo cual requiere que sus evoluciones particulares también impliquen la

¹ Maestro en Ciencias Sociales por la FLACSO-México; ámbito disciplinario: derecho sociología, historia, derechos humanos; adscripción independiente; líneas de investigación: organismos públicos de derechos humanos, análisis de discurso, derechos políticos, libertad de expresión; correo-e: cuhtrl@gmail.com

transformación estructural del derecho como tal.

De esta forma, el desarrollo constante de los derechos humanos ha impactado en todo el derecho, permitiendo su acoplamiento con las realidades y subsistemas sociales a que se enfrenta el mundo actual mediante la diferenciación funcional de la sociedad.

Para el estudio del tipo de impacto que generan los derechos humanos en el derecho es necesario comprender a profundidad los diversos ámbitos en que se desarrollan los principios estructurantes que garantizan su operatividad, y su funcionamiento como sistema social en sí mismo, particularmente a partir de la relación entre el derecho internacional y los derechos nacionales.

A fin de poder dar cuenta de ello en México, es necesario desarrollar las implicaciones en el ordenamiento jurídico y establecer los aspectos en que estructuralmente se ancla este tipo de desarrollo, lo que permitiría comprender específicamente algunas de sus posibles evoluciones.

Los derechos humanos como sistema social

En la literatura reciente no es fácil encontrar una perspectiva de análisis del derecho que permita verlo sistémicamente desde la sociología, ya sea como sistema social¹ (Luhmann, Teubner) o como discurso (Foucault, Laclau), a partir de la cual se puedan establecer los elementos estructurales que lo componen y permita identificar problemas esenciales para la realización de los derechos humanos. Así, por ejemplo, aunque Ferrajoli habla del derecho como sistema de garantías, o bien, busca planteamientos estructurales (o formales) de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2004), permanece en un nivel de sistema de normas antes que de sistema social o discurso visto como un producto de la sociedad. Una aproximación sistémica tampoco se ha satisfecho desde una observación histórica o social de los derechos humanos.

Así, se ha estudiado cómo se ha logrado un mayor cumplimiento de derechos y avances en democratización (Keck y Sikkink, 2000; Maza, 2009), las formas en que los derechos han sido parte de una política internacional de lucha por el poder en los Estados (Dezalay y Garth, 2008), o bien, se ha señalado la importancia de la Accountability Horizontal Asignada (O'Donnell, 2004) mediante la figura de los ombudsmen en los procesos de democratización para la protección de los derechos (Uggla, 2004; Velasco, 2010).

Otras aproximaciones sociológicas usuales respecto de los derechos humanos suelen

señalar su diversidad de usos, incluso contradictorios, exaltando su uso bivalente en la medida en que pueden servir para la dominación y legitimación, y por otro lado permiten mantener una dimensión utópica (Douzinas, 2008) que sirve simultáneamente para reivindicar lucha contra la opresión y la carencia desde la particularidad del contexto (Nyamu-Musembi, 2007), realizando una adaptación de los derechos desde lo local (Whitehead, 2008). Asimismo, se ha estudiado cómo a partir de la positivización y la institucionalización de los derechos paradójicamente se sustentan formas de dominación, cuando anteriormente a este momento de positivización habían sido un desafío del *status quo* (Stammers, 2009); y profundizando en esta situación, se ha indicado que una vez institucionalizados se ha logrado ampliar o modificar interpretaciones o contenidos de esos derechos (Nyamu-Musembi, 2007), y de igual forma, a pesar de que la institucionalización ha generado una restricción de la acción colectiva, simultáneamente se han abierto espacios formales de participación y otras posibilidades de movilización, particularmente en México (López e Hincapié, 2015; López, 2017). Bajo una visión de este último tipo, ha sido posible estudiar los esfuerzos de medición de su realización y de política pública (Ansolabehere, Valdés, Vázquez, 2015), en particular a partir del esfuerzo de Naciones Unidas en la materia.

Por otro lado, es posible encontrar la preocupación por la falta de fuerza de los regímenes internacionales de derechos humanos, en particular para lograr el cumplimiento de los derechos, incluso en los casos de mayor grado de institucionalización de los regímenes internacionales de la materia (Anaya, 2017; Alston, 2017), así como el señalamiento de las dificultades de acceso a esos mecanismos internacionales, y los esfuerzos por hacerlos más accesibles (Ploton, 2017), o también para que adquieran fuerza vinculante, incluso con la creación de un tribunal internacional de derechos humanos (Jaichand, 2014).

Todo esto sin pasar por alto que la afectación que los procesos económicos tienen para los derechos humanos son altamente relevantes, ya que hasta ahora se ha podido observar que existe una relación entre el nivel de salario y la realización de los derechos (Cfr. Moreno-Brid, Ros Bosch, 2010), sin embargo, parece tener una relevancia fundamental el modo de desarrollo económico implementado por los Estados (Constantino, Cantamutto, 2015), lo cual a nivel internacional puede tener implicaciones fundamentales puesto que se ha observado la propia incoherencia generada por el pluralismo jurídico global que, en los diferentes regímenes internacionales (en particular de derechos humanos y comerciales), puede dar lugar a

resoluciones contradictorias (Abramovich, 2015), lo cual en principio no es extraño atendiendo a que el funcionamiento del sistema mundial se sustenta fundamentalmente en la división del trabajo global, antes que en la unidad que proporciona un orden jurídico o una cultura común (Wallerstein, 2006; Wallerstein, 2013), pero implica un desafío claro para los derechos humanos en el mundo, y para la formación de una base jurídica con fundamento en estos.

En síntesis, una breve revisión de la literatura sobre las aproximaciones de estudio sobre los derechos humanos, permite señalar que son estudiados en términos genéricos estos sin dar cuenta de los elementos estructurales que les permiten funcionar como sistema social y modificar al propio derecho (en tanto este también funciona como sistema social), como lo puede permitir una aproximación luhmanniana o foucaultiana.² Los enfoques actuales mantienen una justificada preocupación en torno a su efectividad o realización, ya sea desde el plano de la movilización o de las posibilidades formales de cumplimiento, pero esta preocupación de fondo no remite directamente a la identificación y discusión de sus elementos estructurales y estructurantes, y a la identificación de su evolución (y la del derecho) a partir de ellos. La preocupación por su *materialización*, sin embargo, podría facilitarse si se partiera de la identificación apropiada de dichos elementos, ya que a partir de ello se podría fortalecer con todo propósito su propia evolución.

Para estudiar al derecho como sistema social se puede partir de concebirlo como una entidad que conoce, que produce comunicaciones a partir de esto y que se auto reproduce (autopoiesis); esto es, estudiarlo a partir de verificar como logra establecerse como *sujeto epistémico* (Teubner, 2002), pues a partir de ello se puede entender cómo se relaciona con los demás sistemas sociales y cómo establece los criterios internos de su propia reproducción.

Asimismo, esto es fundamental para situar dos aspectos estructurales y estructurantes de los derechos humanos que tienen consecuencias en la propia reproducción del derecho: ser criterio de validez del orden jurídico (Ferrajoli, 2004), así como diferenciarse y funcionar como una materia específica (de manera semejante al derecho civil, derecho penal, mercantil, etc.).

Una adecuada aproximación a este fenómeno, en el caso mexicano, parte de estudiar los derechos humanos tanto en el ámbito internacional como en el nacional, puesto que en cada uno de estos los desarrollos han sido diferenciados pero, en cierto nivel sistémico, complementarios. Así, por un lado, para revisarlos como *criterio de validez* será posible identificar cómo se han ido

estableciendo los criterios relativos a las obligaciones generales del Estado (en particular en el desarrollo propio del Comité DESC) y las determinaciones en México relativas al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Por otro lado, para estudiarlos como *materia*, será necesario identificar su desarrollo institucional en el ámbito global a partir de lo que se ha denominado como la fragmentación del derecho internacional, gracias a la cual los derechos humanos son considerados una materia independiente (a la comercial o en materia de marcas por ejemplo) y, simultáneamente, es necesario revisar cómo han evolucionado a nivel nacional a partir de las instituciones de derechos humanos en México, e incluso identificar a qué se le denomina como institución de derechos humanos.

Ambas definiciones pueden identificarse desde una perspectiva sistémica luhmanniana a partir de las categorías de *código*, *programas condicionales*, donde el código se relaciona con la condición de ser criterio de validez (que implica la definición *conforme a derecho / no conforme a derecho*), los programas condicionales con la materia específica, en tanto se trata de las normas que permiten la aplicación de dicho código, esto es, la definición de los criterios sustantivos que definen cuáles son los derechos humanos y a partir de allí la identificación de qué actos son conforme a derechos humanos y qué actos son contrarios a derechos humanos (para lo cual se requieren de las autoridades y procedimientos específicos).

Sin embargo, existe un tercer elemento que no se sitúa en este momento pero que tiene que referirse, y se trata de lo que considera la *fórmula de contingencia*, que usualmente corresponde a la noción de justicia, y en el caso de los derechos humanos se debe estudiar en tanto éstos, de manera abstracta se consideran como un criterio que permite definir lo que es justo y lo que es injusto en sí mismo, dando lugar a una observación de las normas individuales a partir del sistema jurídico en su conjunto bajo la presuposición de que éste, en principio, es justo, o bien, ahora cumple con los derechos humanos.³

No obstante, para poder comprender la transformación de estos niveles (los dos primeros en análisis), es necesario acotar la aproximación a partir de la noción de *víctima*, como se recuperará al final.

El derecho como sujeto epistémico y las funciones estructurantes de los derechos humanos

Teubner indica que “alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre”

requiere tres cambios “primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo, de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero, del Derecho como un sistema de normas al Derecho como un sujeto epistémico” (Teubner, 2002: 541); y esto es necesario para comprender de qué forma las estructuras internas del Derecho condicionan y posibilitan su evolución; así como de qué manera pueden transformarse en función de una realidad social que le afecta e incide al interior en sus propios procesos comunicativos internos.

El derecho, en tanto sujeto epistémico autónomo, establece tipos de comunicación que funcionan como pautas para la construcción de su propia realidad social (autopoiesis). Es un sistema social que, para relacionarse con su entorno, establece mecanismos y normas a partir de las cuales observa, así como operaciones para tomar conocimiento del mismo:

“La autonomía del Derecho moderno se refiere, en primer lugar, a sus operaciones normativas: éstas se vuelven independientes respecto de la normatividad moral o política. En segundo lugar, la autonomía se refiere a las operaciones cognitivas del Derecho: bajo la presión de las operaciones normativas, las operaciones cognitivas construyen imágenes propias de la realidad y las desplazan lejos de las construcciones de la vida cotidiana y de las del discurso científico.” (Teubner, 2002: 555)

Desde esta perspectiva la noción *víctima de violaciones de derechos humanos* adquiere un sentido propio (según se indicará) que funciona como el eje fundamental a partir del cual se constituye el subsistema de los derechos humanos en las dos dimensiones señaladas: *criterio de validez y materia*; puesto que mediante estas funciones genera tanto una función normativa como una cognitiva a partir de lo cual se constituyen las operaciones en el ámbito de los derechos humanos.

Mediante su diferenciación funcional respecto de las demás materias, los derechos humanos se establecen igualmente como una *materia* en que la noción *víctima* (o su correlativo *persona*) funciona como el elemento en torno al cual se constituye. Esta diferenciación sucede tanto a nivel internacional, donde ha tenido un claro reconocimiento a partir de la noción “fragmentación” (A/CN.4/L.682: párr. 7-8),⁴ como nacional, en donde ha costado mucho trabajo observarla y comprenderla,⁵ posiblemente porque simultáneamente se está dando un proceso de

constitución de los derechos humanos como *criterio de validez* del orden jurídico, lo que solemos denominar garantismo, y conforme al cual la validez de un ordenamiento jurídico en su conjunto no deriva ya solamente de su validez formal (esto es, incorporación de las normas al sistema a partir de un procedimiento específico) sino de su validez material o sustantiva (que las normas no violen o sean conforme a derechos humanos).⁶ Así, es posible señalar que de la primer función surgen las autoridades de derechos humanos, mientras que de la segunda surgen las obligaciones generales de las autoridades en materia de derechos humanos (respetar, proteger, garantizar y promover) derivadas de las obligaciones generales del estado.

Si bien la forma *materia* que adquieren los derechos humanos permite conocer casos individuales, la posibilidad de que éstos se refieran a la totalidad posible de hechos deriva de las obligaciones generales del estado (*criterio de validez*). Por ello es necesario señalar que, más allá de una definición teórica de la aplicación del criterio de validez a todo el orden jurídico, las obligaciones generales establecen medios operativos para traducir esto a toda realidad posible al distinguir entre hechos y actos, y estos a su vez, entre actos realizados por agentes estatales y actos realizados por agentes no estatales (sociedad).⁷

Tabla 1. Objeto de las obligaciones estatales⁸

Actos (u omisiones)		Hechos
Estado	Sociedad	Cumplir (Situaciones o condiciones)
Respetar (Estado o agentes estatales)	Proteger (terceros o agentes no estatales)	

Fuente: Elaboración propia.

En estos términos, la noción (posición o función) *víctima de violaciones de derechos humanos* nos permite situar simultáneamente esta posición respecto de dos lugares de observación: la posición surgida dentro del derecho a partir de la diferenciación funcional (*materia*), y la posición surgida para todas las autoridades al establecerse como criterio de validez del orden jurídico, es decir, la generalización de las obligaciones a todas las autoridades.

Sin embargo, en ambos casos, el establecimiento de esta posición para una persona, implica dificultades si no se logra atribuir de manera específica dicha posición; en particular, esto ha podido observarse cuando se refiere en la Ley General de Víctimas que la forma de adquirir la “calidad de víctima” (artículo 110) puede suceder institucionalmente a partir de una diversidad de autoridades que así lo determinen, en donde se incluye tanto a aquellas que realizan investigaciones de violaciones de derechos humanos, como autoridades judiciales de cualquier otra materia, o incluso autoridades penales o la propia autoridad responsable. En este sentido, en dicho artículo se establece la posibilidad de que la “calidad de víctima” se establezca tanto por autoridades propias de la *materia* de derechos humanos como de autoridades que actúan directamente en función del criterio de validez y las obligaciones generales.

De esta forma, en la medida en que se tiene clara la coexistencia de ambas funciones de los derechos humanos (*materia* y criterio de validez), sería posible señalar las formas conforme a las cuales debe actuar cada tipo de operador jurídico.

La capacidad de que el derecho como sistema *reconozca* las violaciones de derechos humanos, y a las personas afectadas por éstas, es decir, que actúe como *sujeto epistémico*, deriva entonces de esos dos niveles de relación con las personas. Al conocer, como *criterio de validez*, las posibilidades de reconocimiento se generalizan a cada ámbito en que exista un procedimiento en que se puedan conceptualizar las violaciones de derechos humanos; sin embargo, al establecerse como *materia* específica, simultáneamente se garantiza que exista una diferenciación entre las formas de conocer de dichas violaciones por las demás materias (civil, mercantil, penal, familiar, etc.) y las vías que son propiamente de derechos humanos que constitucionalmente actualmente son las comisiones de derechos humanos (puesto que son las únicas que tienen plenamente un procedimiento acorde a la materia), y, en alguna medida, las vías judiciales de protección de derechos humanos (específicamente amparo y acciones de inconstitucionalidad).

No obstante, la diferencia entre la generación de ambos tipos de conocimiento (el derivado de las autoridades conforme a sus obligaciones generales y el derivado de las autoridades de derechos humanos) da por resultado que exista simultáneamente un doble proceso de generación de información y conocimiento cuyos criterios no son asimilables. Así, es diferente la información sobre *reparación del daño* que pueden resultar de los casos que se constituyen a partir de las obligaciones generales (o *criterio de validez*) como aquellos en que una institución

puede reconocer directamente que violó derechos humanos (la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas o las propias autoridades responsables, según se indicó), así como aquellos que derivan del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad como resultado de algún tipo de resolución; respecto de la información que puede resultar sobre *reparación* de los casos que se constituyen a partir de la *materia específica* de los derechos humanos, es decir, aquellos derivados de investigaciones de los organismos de protección de derechos humanos (comisiones), o bien, de los órganos judiciales encargados del control de constitucionalidad directo.⁹

Esto es así porque las autoridades de derechos humanos, a partir de la información que pueden generar, tienen una mayor posibilidad de reconocimiento de las violaciones, de sus relaciones internas y del tipo de consecuencias que deben establecerse por ellas. Esto se traduce en estándares en materia de prueba (OACNUDH: 99 y 102.), en carga de prueba (Bovino, 2005: 69)¹⁰ e incluso en el objeto de prueba,¹¹ así como en la necesidad de concebir la reparación del daño en términos de derechos humanos. De esta manera, la diferenciación entre ambos tipos de conocimiento (por criterio de validez o por materia) y sus resultados, se constituye en un problema de conocimiento jurídico, es decir, en materia de prueba y objetivo de la investigación.

De esta manera, la investigación de los casos puede permitir tener un conocimiento sobre las violaciones de derechos humanos en sus diferentes niveles, y vehiculiza la necesidad internacional observada por Luhmann (y que al parecer tiene relación con la constitución del enfoque propio de los derechos humanos) al valorar la situación de la *sanción* respecto de los derechos humanos en el ámbito internacional cuando señaló que se requería encontrar una consecuencia alterna a la sanción, dados los términos de su aceptación en la sociedad (internacional): “la sanción sigue siendo un problema. Es difícil aceptar ya que ciertos estados [...] se conduzcan como jueces y como potencia sancionante, al mismo tiempo que rehúsan someterse a la *Interamerican Court of Human Rights*. Más bien debemos contar con una internacionalización de la atención que se presta a este problema y es posible también que con una mayor atención al respecto en el contexto de las ayudas política y del desarrollo.” (Luhmann, 2005: 658). Esta observación es sustantiva ya que no sólo permite comprender el derecho como sistema de expectativas sino vincular dichas expectativas a algo alterno a la sanción (expectativas reparadoras), y desplazar aún más la idea del derecho como sistema de normas coactivas (sancionatorias), siendo en esto al parecer el problema que más da forma en estos momentos a la

evolución de los derechos humanos.

Así, la *reparación del daño*, como complementaria a la *sanción*, y en algunos casos una alternativa, ha sido posible a partir de distinguir entre un *enfoque punitivo* y un *enfoque reparador*, siendo el enfoque punitivo el que usualmente se mantenía para que el derecho respondiera a los *hechos ilícitos* que requerían una investigación por parte del propio Estado. Esto es lo que constituye la esencia de abordar la evolución del derecho frente a los hechos ilícitos desde los derechos humanos. Se trata de que más allá de la afectación que realizó la persona que cometió el hecho ilícito (“el victimario”), se generan efectos con un enfoque reparador en torno a las consecuencias del hecho ilícito en diferentes niveles (de “la víctima”) como son el individual, el colectivo y el general (o social), como lo ha advertido el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (A/HRC/28/73).¹²

El conocimiento del derecho (su actuación como sujeto epistémico) a partir de un enfoque reparador y con base en la diferenciación entre criterio de validez y materia, parecen ser los elementos básicos que estructuran la evolución de los derechos humanos, y que implican un despliegue normativo e institucional que para entenderse debe analizarse a partir de los desarrollos correlativos entre el derecho internacional y el derecho nacional. Quizá sólo de esta forma se pueden encontrar las respuestas más apropiadas, ya que los esfuerzos de ambos lados aunque paralelos no tienen los mismos términos de desarrollo, pero están teniendo por resultado la evolución común del derecho a nivel global. Las respuestas de un lado pueden servir al otro en la medida en que se identifique que se trata de una evolución del sistema jurídico como tal; en donde, como puede observarse, la noción (posición o función) *víctima* es fundamental.

La noción - función víctima

Identificar el papel (o función) de la noción (o posición) *víctima* para el conjunto del derecho es el elemento esencial para situar los derechos humanos. Por ello, es necesario especificar en qué términos funciona el *relación* (la *posición subjetiva*) “víctima” respecto del derecho entendiéndolo a éste como sistema (Luhmann) o como discurso (Foucault);¹³ puesto que se considera que al partir de este entendimiento será posible conceptualizar la *especificidad* que aportan los derechos humanos al derecho y le permiten su evolución, en tanto la noción *víctima* (cuando se habla de violaciones de derechos humanos) es correlativa de la noción *persona*, y una

parte fundamental de la evolución del derecho es a partir de su negación (las violaciones) y las definiciones que a partir de ello se establecen (Luhmann, 2005).

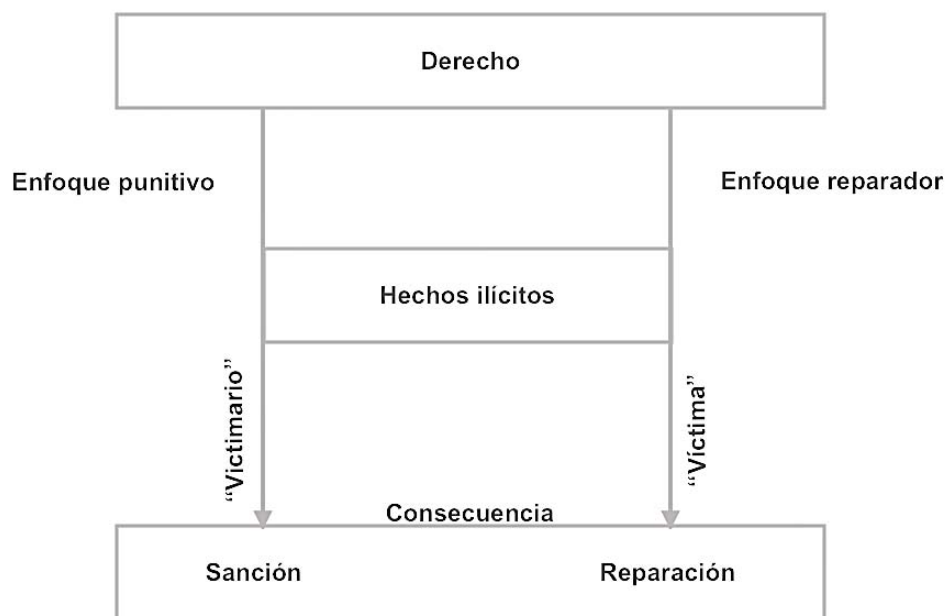
Los derechos humanos se articulan fundamentalmente en torno a la noción *persona* y su correlativa noción *víctima* de violaciones de derechos humanos, puesto que es a partir de estas nociones que se obtienen sus consecuencias institucionales y jurídicas. La noción *víctima* tuvo un origen fundamentalmente en relación a hechos considerados delictivos, sin embargo, a partir del desarrollo de los derechos humanos se ha considerado a un nuevo tipo de sujeto: la *víctima de violaciones de derechos humanos*. Esta noción, a nivel internacional en un principio ni siquiera se le refirió de esta forma, sino que se le indicó como *víctima del abuso de poder*.¹⁴

Sin embargo, lo relevante es que anteriormente frente a hechos considerados ilícitos el derecho reaccionaba enfocándose en la persona que cometió esos actos (esta reacción se realizaba fundamentalmente como una ofensa al propio orden jurídico, a la sociedad, al soberano o a la persona ofendida). Sin embargo, la entidad en torno a la cual giraba la actuación jurídico estatal se refirió específicamente a quien infringía la norma. A partir de ello, la lógica de la intervención estatal fue la determinación sobre la existencia o no del *hecho ilícito* y la determinación de *quién cometió* ese hecho (“el victimario”), fijando a partir de allí las consecuencias jurídicas.

Con el desarrollo de los derechos humanos esto cambió. Ante los hechos ilícitos ya no se trata sólo de quién fue la persona que cometió dichos hechos, sino de quién los sufrió. No se trata de una relación *punitiva* entre quien comete un hecho ilícito, por un lado, y, por otro, el Estado; sino que con el desarrollo de lo que hoy son los derechos humanos se trata del establecimiento de una relación *reparadora* entre el Estado y quien sufrió el hecho ilícito.

De esta forma se estableció un nuevo tipo de relación respecto de hechos ilícitos (reparador) que resulta complementario a la que previamente existía (punitivo), donde la característica fundamental es la entidad en la que se basa cada tipo (*víctima* o *victimaria*). A partir de allí ahora se establecen las consecuencias jurídicas por el hecho ilícito (reparación para la *víctima* y sanción para la *victimaria*), y se establecen autoridades específicas con criterios procedimentales particulares.

Esquema 1. El derecho frente a los hechos ilícitos



Fuente: elaboración propia

Este esquema básico implica la necesidad de revisar los términos en que se establecen las consecuencias de los hechos ilícitos, el diseño institucional y las normas que permiten este nuevo funcionamiento del derecho.

Así, por ejemplo, en México algunos efectos específicos de la noción *víctima de violaciones de derechos humanos* y sus dificultades de implementación sucedieron a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, con base en la cual se publicó la Ley General de Víctimas. En esta ley se incorporaron tanto a las víctimas de violaciones de derechos humanos como a las víctimas de delito sin una diferenciación apropiada entre unas y otras, lo cual ha tenido por efecto que incluso llegue a resultar inoperativa (Sánchez Ramírez, 2017). Así, mientras no se tenga una diferenciación apropiada de ambos tipos de víctimas, las instituciones que deben actuar con las personas que se encuentran en cada categoría, permanentemente tendrán problemas operativos en detrimento de las propias personas.

De igual forma no terminará de comprenderse que una autoridad considerada de derechos humanos, y establecida para reaccionar ante la violación de estos, si su normativa no está

orientada para establecer una adecuada *reparación del daño* no puede considerarse propiamente una autoridad de derechos humanos (como sucede actualmente con los jueces de amparo, atendiendo a lo indicado en la tesis de la Primera Sala de la SCJN citada); ni tampoco puede considerarse que una autoridad encargada de investigar las violaciones de derechos humanos (como sucede con las comisiones que renuncian de manera masiva a ejercer esta facultad al emitir *recomendaciones* de manera selectiva en detrimento de las víctimas) cumpla con su función en los derechos humanos, incluso si sus posicionamientos políticos son acordes con estos, pues operativamente se sacrifica a la función víctima.

En forma de conclusiones preliminares

El sistema jurídico, así, se enfrenta a una evolución estructural que impacta tanto a nivel nacional como internacional en la medida en que se incorpore al derecho, como tal, el *enfoque reparador* de manera complementaria o, en algunos casos, alternativa, al *enfoque punitivo* para responder a los hechos ilícitos. Esto se cumple incluso considerando que las obligaciones generales establecen la posibilidad de pensar la ilicitud no sólo en términos de las violaciones cometidas por algún agente sino de lo que aún no se encuentra *realizado* como parte de los derechos humanos (en función de la obligación de *cumplir*), lo cual contribuye, asimismo, a generar un efecto *utópico* propio de la dimensión en que funciona la noción de *justicia* como fórmula de contingencia que le permite al derecho revisarse constantemente.

De esta manera, el derecho como sistema social, a partir de sus acoplamientos estructurales con los demás sistemas sociales (como son la política o la economía), tiene la posibilidad de incidir a partir de los derechos humanos en la propia evolución de la sociedad en la medida que el enfoque reparador se establezca apropiadamente en todo el derecho.

En todo caso, sirve observar que el funcionamiento de los derechos humanos como *criterio de validez* les permite, al igual que su funcionamiento como fórmula de contingencia (justicia), *extenderse* en el cuerpo social, al tener de esta forma tanto un sentido operativo como utópico, respectivamente; y que, al tiempo, su funcionamiento como *materia* le permite *intensificarse* en la medida en que es efectivamente usado; por lo cual el problema fundamental a este momento es el de la intensificación de los derechos humanos. A partir de allí, puede referirse que los problemas fundamentales para su intensificación proviene de la operatividad de las

instituciones de derechos humanos, particularmente en las que realizan la *investigación* de violaciones (comisiones de derechos humanos) y en las instancias que tienen oportunidad de conocer de controversias en términos judiciales en materia de derechos humanos (principalmente jueces de amparo para control concentrado de constitucionalidad, y los demás juzgadores para control difuso), así como del funcionamiento de las instituciones que pueden permitir la operativización de la reparación del daño, como son las comisiones de atención a víctimas.

Finalmente, cabe señalar que, si se tratase de establecer un criterio normativo que sirva como base para estos objetivos, sería necesario remitirse a los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 31, al interpretar el derecho a un recurso efectivo (artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en donde no sólo se hace alusión a las instancias judiciales (a diferencia de lo que sucede en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos con base en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino que se refiere el derecho a que se investiguen las violaciones de derechos humanos y a obtener una reparación del daño. La relevancia de este estándar radica en que la investigación, la resolución jurisdiccional de controversias y la reparación del daño se ven como parte de un todo armónico, de forma que el derecho a un recurso no se cumple si no existen estos elementos, instaurando así los derechos humanos como materia y simultáneamente como parte de una obligación general jurídica de los Estados.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor (2015). “Poderes jurídicos estatales en el pluralismo jurídico global”, Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 12, núm. 21.
- Alston, Philip (2017). “Los derechos humanos bajo ataque”, Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 14, núm. 25: 267 – 273.
- Anaya Muñoz, A. (2017). “Regímenes Internacionales de Derechos Humanos”, Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 14, núm. 25: 171 – 188.
- Ansolahehere, Valdés, Vázquez (2015). Entre el pesimismo y la esperanza: Los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición. México: FLACSO.
- Bovino, Alberto (2005). “La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Número 3, Año 2: 60-83.

- Constantino, A., Cantamutto, F. (2015). “Modos de desarrollo y realización de derechos en América Latina”, págs. 181-213 en Ansolabehere, Valdés, Vázquez (eds.), *Entre el pesimismo y la esperanza: Los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición*. México: FLACSO.
- Dezalay, Y., Garth, G. (2008). “Las paradojas de un imperialismo de la virtud cívica: de la internacionalización de los derechos humanos a la profesionalización del activismo jurídico”, págs. 152-174, en Santamaría, Vecchioli (eds.), *Derechos humanos en América Latina. Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*. Colombia: Universidad del Rosario.
- Douzinas, Costas (2008). *El fin de los derechos humanos*, Colombia: Universidad de Antioquia, Legis.
- Efecto Útil (2017). *Informe Previo Efecto Útil sobre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. México: Centro de Monitoreo de Organismos Públicos de Derechos Humanos, Efecto Útil.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, España: Trotta.
- Moreno-Brid, J., Ros Bosch, J. (2010). *Desarrollo y crecimiento en la economía mexicana. Una perspectiva histórica*, México: FCE.
- Foucault, M. (2010). *La arqueología del saber*, México: Siglo XXI.
- Jaichand, V. (2014). “¿Qué le sigue al establecimiento de los estándares de derechos humanos?”, *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 11, núm. 20, pp. 37 – 45.
- Keck, Sikkink (2000). *Activistas sin fronteras*, México: Siglo XXI.
- López Pacheco, Jairo Antonio; Hincapié Jiménez, Sandra (2015). “Campos de acción colectiva y las ONG de derechos humanos. Herramientas teóricas para su análisis” *Sociológica*, vol. 30, núm. 85: 9-37
- López, Jairo Antonio (2017). “Movilización y acción colectiva por los derechos humanos en la paradoja de la Institucionalización”, *Estudios Políticos*, núm. 51: 57-78
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, México, Colombia: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*, México: Herder, Universidad Iberoamericana.

- Luhmann, N. (2010). Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política, México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2014). La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Maza Calviño, E. C. (2009). Derechos humanos. México: retórica sin compromiso, México: FLACSO-México.
- Nyamu-Musembi, C. (2007). “Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada hacia los actores”, en Kabeer (ed.). Ciudadanía incluyente: significados y expresiones, México: PUEG-UNAM.
- O’Donnell (2004). “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, Revista Española de Ciencia Política. Núm. 11: 11-31.
- Ploton, Vincent (2017). “La aplicación de las Recomendaciones de los Órganos de Tratados de la ONU”, Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 14, núm. 25: 219 - 235.
- Rodríguez et al. (2007). Responsabilidad y reparación. Un enfoque de derechos humanos, México: CDHDF, Fundar, UIA.
- Sánchez Ramírez, M. C. (2017). Ley General de Víctimas. Justicia para las víctimas del delito o para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, México: Instituto Belisario Domínguez.
- Stammers, N. (2009). Human Rights and Social Movements, UK: Pluto Press.
- Teubner, G. (2002): “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho”, en DOXA, No. 25: 533-571.
- Ugglá, (2004). “The Ombudsman in Latin America”, en Journal of Latin American Studies, Vol. 36, No. 3: 423-450.
- Velasco, J. L., (2010). “Derechos humanos y ciencia política”, págs. 261-286, en Estévez. Vázquez (coords.) Los derechos humanos en las ciencias sociales. Una perspectiva multidisciplinaria, México: FLACSO-México, UNAM-CISAN.
- Wallerstein, I. (2006). Análisis de sistemas-mundo. Una introducción. México: Siglo XXI.
- Wallerstein, I. (2013). El capitalismo histórico. México: Siglo XXI.
- Whitehead, L. (2008). “Regionalismo, derechos humanos y democratización en América: La importancia del contexto” en Araucaria, Vol. 10, Núm. 20: 104-136.

Resoluciones y documentos internacionales

Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, 5 de enero de 2015, A/HRC/28/73.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte IDH, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, U.N. Doc. A/RES/40/34 Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010) Instituciones nacionales de derechos humanos Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades, Naciones Unidas, Ginebra, U.N. Doc. HR/P/PT/4/Rev.1.

Notas _____

¹ Es necesario acotar el señalamiento de que para Luhmann el sistema social se refiere a la sociedad como un todo (la sociedad mundial) y los subsistemas (jurídico, económico, político) implican esta comprensión (Luhmann, 1998).

² Teubner sostiene que es posible estudiar al derecho desde una perspectiva como la propuesta también a partir de Habermas, sin embargo, reitera que a su parecer es Luhmann quien da mayores elementos para ello (Teubner, 2002).

³ Puede considerarse que los esfuerzos por resolver la paradoja sobre el fundamento de los derechos humanos (Luhmann, 2014) abrió inicialmente el camino a un sentido estructural de los mismos, pero al parecer ya no constituye hoy su problema esencial, ya que no parecer ser la definición sobre su

historicidad o su esencialidad lo que hoy define su evolución. En términos luhmaniannos se trataría más de ver cómo se ha reformulado la fórmula de la contingencia para pasar de a plantear los derechos humanos como *justicia*, así como la forma como es posible que funcionen como criterio de validez (*código*) o que se hayan establecido como materia (*programas condicionales*); esto es, cómo los derechos humanos se están volviendo uno de los nombres de la justicia, han condicionado a todo el orden jurídico y se están volviendo operativos como materia. Luhmann trata los derechos humanos desde una perspectiva sistémica tanto en su aspecto jurídico (2005) como en la sociología política (2010), sin embargo, el es necesario establecer el mayor esfuerzo en el sentido de establecer un esquema que permita observar jurídicamente (a partir de un esfuerzo más sociológico) los desarrollos sistémicos estructurantes.

⁴ “7. [...] Una de las características de la reciente vida internacional ha sido lo que los sociólogos han denominado ‘diferenciación funcional’, es decir la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. [...]”

“8. La fragmentación del mundo social internacional ha alcanzado significado jurídico especialmente al ir acompañada de la aparición de normas o complejos de normas, instituciones jurídicas o esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’, se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especialistas tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’ [...] cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.”

⁵ Véase, por ejemplo, el *Informe Previo Efecto Útil sobre la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, en que se indica cómo se ha generado una forma de operación en la institución conforma a la cual no se investigan la mayoría de los casos de violaciones graves de derechos humanos, y esta situación es favorecida tanto por instancias estatales como por sociales, de forma que se mantiene de manera generalizada una ausencia de investigaciones de violaciones de derechos humanos.

⁶ Esta última dimensión no tiene equivalente en el derecho internacional, pues hasta ahora no se subordinan las demás normas a los derechos humanos. Así, la supraordinación de los derechos respecto de las normas deriva de la dinámica propia de la relación ente el derecho nacional y el derecho internacional, donde este último solicita la adecuación interna; e incluso la diferenciación funcional que se da al interior del Estado mexicano resulta en buena medida de la necesidad de satisfacer el requerimiento internacional de acoplamiento del derecho interno a los derechos humanos.

⁷ Es necesario señalar que las obligaciones generales del estado entendidas como se desarrollaron en el ámbito de Naciones Unidas (particularmente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) no se tradujeron apropiadamente en las obligaciones generales de las autoridades establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que se pasó de las obligaciones de *respetar, proteger y cumplir* (que a su vez incluye las obligaciones de *promover, facilitar y garantizar*) a las obligaciones de *respetar, proteger, garantizar y promover*, sin dejar claro dónde debería integrarse la obligación de *facilitar* (aunque bajo un criterio semántico podría considerarse en *promover*).

⁸ Estas obligaciones fueron establecidas a partir de las observaciones generales del Comité DESC, y pueden observarse particularmente en las relacionadas con el derecho a la salud o el derecho al agua.

⁹ Esto, sin embargo, actualmente no es suficientemente preciso derivado de que el juicio de amparo no otorga facultades a los juzgadores para establecer adecuadamente una reparación del daño; lo cual no cuestiona el argumento de la ponencia sino que hace ver que el juicio de amparo no es plenamente un procedimiento de derechos humanos, puesto que no permite apropiadamente la *reparación del daño*. Véase Tesis 1a. LIII/2017 (10a.), MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. POR REGLA GENERAL NO ES POSIBLE DECRETAR EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO MEDIDAS NO PECUNIARIAS DE SATISFACCIÓN O GARANTÍAS

DE NO REPETICIÓN PARA REPARAR AQUÉLLAS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, página 469, Registro IUS 2014342

¹⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 5, párrs. 135-136; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Fondo*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párrs. 141-145. Asimismo, pueden observarse los artículos correspondientes de las leyes de las comisiones de derechos humanos.

¹¹ En materia de derechos humanos, tanto a nivel nacional como internacional, el tipo de reponsabilidad del Estado que se ha definido como propio es el de la responsabilidad objetiva: “La responsabilidad del Estado en esta materia consiste en que éste asuma las consecuencias que se deriven de la violación de los derechos humanos previstos nacional o internacionalmente. Se trata, pues, de una responsabilidad objetiva y directa, es decir, el elemento que genera la responsabilidad es el daño producido. Dependiendo del caso, el Estado tendrá que responder frente a los individuos, a la sociedad, a los órganos internacionales y nacionales de protección, e incluso frente a otros Estados.” (Rodríguez, 2007: 72).

¹² La diferenciación entre el *enfoque reparador* y el *enfoque punitivo* como respuesta del *derecho* frente a *hechos ilícitos* no parece ser adecuadamente estudiado desde las diferentes aproximaciones teóricas a los derechos humanos. Lo cual, sin embargo, sí constituye parte de los resultados que se han ido definiendo desde Naciones Unidas y que, me parece, deberían incorporarse como una evolución respecto del derecho mismo.

¹³ Para poder pensar la afectación que puede tener una posición respecto de una totalidad en particular, puede considerarse lo que nos refiere Foucault respecto de las posiciones subjetivas (Foucault, 2010: 72-74), cuando señala que éstas funcionan de acuerdo a épocas específicas y discursos específicos, por lo que es necesario establecer su especificidad. Así la noción de víctima no funciona de igual forma cuando se refiere a víctimas de delito que a víctimas de violaciones de derechos humanos, desde cada posición se tienen consecuencias diferentes que han evolucionado de forma independiente, según se referirá. La discusión luhmanniana sobre la diferencia entre *elemento* y *relación* (Luhmann, 1998: 44-46), mostrando que este último adquiere una funcionalidad específica con relación al sistema que pertenece y que la idea de elemento esencializa posiciones da cuenta también de la necesidad de especificar el tipo de relación que constituye a las entidades que le integran.

¹⁴ Véase *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, U.N. Doc. A/RES/40/34 Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>