



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,  
bajo acuerdo número 2003040 de fecha 24 de Enero de 2003

---

## **“DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. SU CARÁCTER TAUTOLÓGICO Y CRITERIOS RACIONALES PARA SU DESARROLLO”**

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Derecho Procesal Constitucional**

Sustenta el

**Lic. José Rogelio Alanís García**

Director de la Tesis

**Dr. Juan Manuel Acuña**

*a.m.g.D.*

*A mi esposa Dafne, mi hija  
Sofía y a quien ya llegó*

*A mis padres y familia*

*A mis amigos*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>I</b>
<b>I. CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>CONSIDERACIONES SOBRE LA SEMIÓTICA</b>	
I.1. Ámbito gnoseológico de la semiótica y sus límites .....	1
I.1.1. Objeto y límites de la Semiótica .....	1
I.2. Partes generales de la Semiótica: sintáctica, semántica y pragmática. ....	14
I.3 Conceptos generales de la semiótica .....	19
I.3.1 Signo.....	19
I.3.1.1 Frege.....	19
I.3.1.2 La tradición de Saussure.....	24
I.3.1.2.1 Saussure.....	24
I.3.1.2.2 Barthes.....	26
I.3.1.3 La tradición de Peirce .....	28
I. 3.1.3.1. Peirce .....	28
I. 3.1.3.2. Eco.....	37
I.3.2 Información.....	40
I.3.3 Código semiótico.....	42
I.3.3.1 Códigos fuertes y códigos débiles .....	44
I.3.3.2 Posición de Eco respecto al código jurídico .....	46
I.3.4 Semántica.....	46
I.3.4.1 Denotación y connotación .....	49
I.3.4.2 El problema del referente y las unidades culturales .....	51
I.3.4.3 Diccionario y Enciclopedia .....	55
I.3.4.3.1 Árboles de Porfirio, de Katz y Fodor .....	55
I.3.4.3.2 Enciclopedia y modelo semántico reformulado de Eco.....	57

I.3.4.4 Juicios analíticos y sintéticos en relación con el Código .....	61
I.3.4.5 Tautología .....	63
I.3.4.6 Definición semiótica de las ideologías .....	69
I.3.4.7 Interpretación de textos: isotopías, <i>fabula</i> , uso e interpretación .....	72
I.4 Conclusiones parciales .....	77

## **CAPÍTULO II**

### **LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO METALENGUAJE DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO**

II.1. Postura de Rolando Tamayo y Salmorán .....	85
II.1.1. Consideraciones sobre la postura de Tamayo y Salmorán .....	89
II.2. Samuel González Ruiz: el Derecho y el código semiótico .....	92
II.2.1 Consideraciones sobre la postura de González Ruiz .....	99
II.3. Postura de Niklas Luhmann.....	100
II.3.1. Conceptos generales de la teoría de sistemas sociales .....	100
II.3.2. La sociología del Derecho de Luhmann y la posición de la teoría y dogmática jurídicas dentro del sistema del derecho .....	113
II.4. Conclusiones parciales .....	124

## **CAPÍTULO III**

### **ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LA TEORÍA Y DOGMÁTICA JURÍDICAS, COMO CONTINENTE DE CONDICIONES SINTÁCTICAS, SEMÁNTICAS Y PRAGMÁTICAS DEL DERECHO**

III.1. Recorrido sobre diversas consideraciones dentro de la dogmática jurídica sobre la forma y elementos de los derechos fundamentales .....	128
a) Posiciones positivistas y no moralistas sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales .....	128
b) Posiciones trialistas sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales .....	137

c) Posiciones ius naturalistas y morales sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales	139
c.1) Posición de Rodolfo Luis Vigo .....	140
c.2) Posición de John Finnis .....	142
c.3) Posición de Ruiz Miguel .....	152
c.4) Posición de Dworkin .....	153
d) Posición de Luhmann sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales .....	182
III.2. Conclusiones parciales. ....	197

## **CAPÍTULO IV**

### **EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

IV.1. Fuentes del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. ....	229
IV.1.1 Sistema Universal de Derechos Humanos .....	229
IV.1.2. Sistema Regional Americano .....	232
IV.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como tautología .....	233
IV.2.1 La necesidad del desarrollo de la tautología .....	240
IV.2.2 Operaciones diferenciadas en cada función o posición sintáctica para desarrollar la tautología .....	241
IV.2.2.1 Operaciones para asimetrizar la tautología sobre la posición sintáctica del titular, su carácter de regla y el derecho al reconocimiento de la personalidad como la condición jurídica-formal de todos los demás derechos .....	241
IV.2.2.2. Operaciones para asimetrizar la tautología sobre la posición sintáctica del objeto y el derecho al reconocimiento como principio.....	248
IV.3. La tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en relación con la dogmática y teoría jurídicas .....	251
IV.3.1. El mantenimiento de la tautología: posiciones analíticas de Kelsen y Ferrajoli .....	251
a) Kelsen.....	251
b) Ferrajoli.....	257
IV.3.2. La destautologización del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	264

IV.3.3. Primera aproximación sobre la necesidad de emplear juicios sintéticos para desarrollar la tautología: multidisciplinariedad .....	268
IV.3.4 Primer criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad .....	272
IV.3.5 Segundo criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad .....	276
IV.3.6 Tercer criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad .....	277
IV.3.7 Cuarto criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad .....	279
IV.3.8 Digresión .....	281
IV.4 Criterios semánticos de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	286
IV.4.1 Un origen del derecho al reconocimiento de la personalidad: el totalitarismo y el pensamiento de Hanna Arendt .....	287
IV.4.2 Primer criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	296
IV.4.3 Segundo criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	300
IV.4.4 Tercer criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	300
IV.4.5 Desarrollo racional de la tautología mediante decisiones sustentadas en razones .....	301
IV.5 Posturas de relevancia jurídica que desarrollan la tautología con juicios sintéticos basados en razones .....	302
IV.5.1 Posiciones liberales basadas en juicios sintéticos: Dworkin y Rawls. Desarrollo ideológico de la tautología .....	302
IV.5.1.1 Crítica al juicio sintético liberal sobre lo humano .....	306
IV.5.2.2 Otras críticas a las posiciones liberales: cosmopolitismo, republicanismo, comunitarismo, algunos feminismos y pragmatismo .....	309

IV.6. Criterios de cortes nacionales sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica .....	320
IV.6.1 Suprema Corte de Justicia de los EEUU. La sentencia Roe v. Wade y sucedáneas .....	321
IV.6.1.1 Algunas condiciones semánticas del Derecho estadounidense necesarias para comprender Roe .....	321
IV.6.1.1.1 Métodos argumentativos en materia constitucional en los EEUU .....	321
IV.6.1.2 Sentencia del caso Roe v. Wade (410 U.S. 113 1973) .....	326
IV.6.1.2.1 Antecedentes del caso .....	326
IV.6.1.2.2 Consideraciones sobre los argumentos de la sentencia de Roe v. Wade .....	331
a) Argumento que excluye a los nonatos de la categoría de persona para el Derecho .....	332
b) Argumento histórico sobre el common law y la legislación sobre aborto.....	338
c) Argumento histórico sobre la medicina.....	341
d) Derecho a la intimidad y sus alcances: operación sobre la posición sintáctica o función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	347
e) Sentencias de la Corte estadounidense después de Roe	351
f) Conclusiones sobre el caso Roe v. Wade.....	358
IV.6.2. El Tribunal Constitucional Federal alemán .....	362
IV.6.2.1. Sentencias que operan sobre la posición sintáctica del titular: BVerfGE 30, 1, BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203.....	362
IV.6.2.2. Sentencias que operan sobre la posición sintáctica del objeto: dignidad humana y derecho al desarrollo de la personalidad .....	380
IV.6.2.3. Consideraciones generales sobre los fallos del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad .....	388

IV.6.3. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana.....	400
IV.6.3.1. Sentencias de la Suprema Corte mexicana que operan sobre la posición sintáctica del titular.....	400
IV.6.3.2 Sentencias de la Corte nacional que operan sobre la posición sintáctica del objeto .....	403
IV.7 Fallos de cortes internacionales de Derechos Humanos .....	406
IV.7.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	406
IV.7.1.1 Consideraciones sobre la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	410
IV.7.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	418
IV.7.2.1 Sentencias que operan sobre la función o posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica .....	418
IV.7.2.2 Sentencias que operan sobre la función o posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica .....	435
IV.7.3 Consideraciones sobre las sentencias de la Corte Interamericana relacionadas con el derecho al reconocimiento de la personalidad .....	439
IV.7.3.1 Sobre los aspectos de la sentencia Artavia y otros vs Costa Rica.....	439
IV.7.3.2. Sobre los aspectos de las sentencias de la ColDH que operan sobre la posición del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad.....	468
IV.8 Temas pendientes .....	469
<b>V. CONCLUSIONES GLOBALES.....</b>	<b>471</b>
<b>VI. FUENTES, BIBLIOGRAFÍA Y HEMEROGRAFÍA</b>	
VI.1 Fuentes .....	485
VI.2. Bibliografía y hemerografía citadas en el texto .....	486
VI.3. Bibliografía y Hemerografía adicional .....	497

## INTRODUCCIÓN

Hasta donde tenemos conocimiento, no existen estudios sistemáticos y orgánicos sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, tales que permitan darle operatividad práctica. En los tratados de derechos humanos, recibe alusiones tangenciales si no es que, de plano, es completamente ignorado. En esos trabajos suele concederse análisis mayores a los derechos a la igualdad, a la libertad (o libertades, si aludimos a Dworkin), al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la seguridad jurídica, etc., pero poca o ninguna atención se concede al derecho al reconocimiento de la personalidad.

Entonces, si en la teoría y dogmática de los derechos humanos es prácticamente nula la alusión al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, no es de extrañarse que pocas, muy pocas veces, sea invocado en fallos jurisdiccionales e incluso en textos normativos distintos a las Declaraciones y Convenciones internacionales. Veremos en este trabajo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido de las pocas en sustentar algunos de sus fallos en este derecho; sin embargo, lo ha hecho de manera poco sistemática y clara (naturalmente, esto se debe al escaso interés que se ha dedicado a tan importante derecho) e, incluso, en un reciente fallo, *Artavia y otros vs. Costa Rica*, no sólo no lo invocó, sino que, en nuestra fundada opinión, lo infringió casi en su totalidad.

En nuestra Constitución es sumamente reciente su incorporación textual, aunque esta se limita a su sola mención en el artículo 29, solamente para establecer la prohibición absoluta de su suspensión, incluso en situaciones de emergencia.

Este panorama es el principal inductor para que afrontemos el estudio sistemático del derecho en cuestión, a fin de establecer criterios normativos concretos que permitan darle operatividad: *effet utile*, según la jerga de la Corte Interamericana.

Sin embargo, al abordar este estudio, caímos en la cuenta de por qué este derecho ha recibido tan escasa atención: para analizarlo debidamente se requiere de mucho más que conocimientos de dogmática jurídica, sin los cuales, empero, tampoco es posible aproximársele. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es nada más y nada menos que una tautología y, como tal, se encuentra en el fundamento mismo de todos los derechos humanos, es su condición positivada de posibilidad. Esta es la tesis que, en nuestro parecer, hemos demostrado en este trabajo.

Tal característica, única de este derecho, significa que el derecho al reconocimiento de la personalidad está implícito en todos los derechos humanos, incluso a sí mismo (de ahí su carácter tautológico). Es, en suma, una especie de punto ciego de los derechos que, sin embargo, es preciso develar, no sólo porque a todos los derechos corresponda darles un efecto útil, sino porque, además, constantemente ha sido infringido precisamente por este carácter peculiar. En este trabajo se expondrá que este derecho ha sido muchas veces aplicado, cumplido e incumplido, pero casi siempre de manera inconsciente. Para esto se dedica la extensa última parte del cuarto capítulo.

Así, para acometer nuestra labor, fue necesario referir a complejos teóricos no acostumbrados en el análisis de los derechos humanos. Las tautologías, las paradojas, las necesidades de desarrollarlas y el establecimiento de los mecanismos para desenvolverlas, no son conceptos propios del aparato dogmático y teórico jurídico, sino que, más bien, son propios de la lógica, de la semiótica, de la filosofía y de ciertas teorías sociológicas, de ingente importancia, como la de Luhmann.

Por esta razón, en el primer capítulo introducimos los conceptos generales de la semiótica, los cuales son necesarios para demostrar nuestra tesis y darle operatividad al derecho al reconocimiento de la personalidad. El autor sobre cuya obra sustentamos principalmente este apartado, es Umberto Eco. Pero no nos reducimos sólo a este conspicuo semiótico italiano. También referimos a Peirce,

Saussure, Frege, Wittgenstein, Hjelmslev, Jakobson, Barthes, Ricoeur, Verón, Beuchot, Fabbri y Rastier, entre otros.

Somos conscientes de la poca frecuencia en que la semiótica se aplica a la dogmática y teoría jurídicas. De hecho, aunque en discusiones de la teoría se acude con frecuencia a la lingüística (por ejemplo, la argumentación jurídica de Alexy, McCormick y Atienza sería impensable sin los trabajos de Wittgenstein, Bühler y Austin), lo cierto es que pocas veces se acude a la semiótica, la cual, como veremos, es la disciplina capaz de englobar a la lingüística y, sin demeritar su gran importancia, develar que la comunicación y la semiosis, incluso la jurídica, no se reduce al lenguaje doble articulado, según lo definió Martinet.

Así, hemos procurado ser lo más claros y concisos posibles en la exposición de la semiótica. En ésta exponemos brevemente sus orígenes, su campo epistemológico y sus conceptos fundamentales. Estos últimos son imprescindibles para resolver el problema del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Información, signo, semiosis, sintáctica, semántica, pragmática, código semiótico, función (de primer, segundo y tercer orden), tautología, tautología lingüística, semema, sema, recorridos semánticos, unidades culturales, metalenguaje, juicios analíticos o semióticos, juicios sintéticos, ideología (*inventio* y *dispositio ideologica*), interpretación de textos y uso de textos son conceptos de clara raigambre semiótica o, en su caso, debidamente explicados por ésta, y todos ellos, principalmente los de semiosis, tautología lingüística, semema, sema y recorridos semánticos, son indispensables para acometer nuestro objetivo y llevarlo a buen término.

De este primer capítulo conviene tener mayor atención a la siempre problemática relación entre la semiosis y la "realidad real", lo cual debe tomarse en cuenta en todo momento para reconocer los límites no sólo de esta investigación, sino de todas. Asimismo, es importante reparar en los conceptos de ideología, de interpretación de textos y de uso de textos, pues son aquellos que nos permiten dar un tamiz normativo a los criterios interpretativos que expondremos respecto del derecho en estudio.

Sin embargo, es claro que entre la semiótica y la dogmática y teoría jurídicas existe una distancia más o menos considerable, por cuanto en éstas no se ha utilizado habitualmente las sutiles y eficaces herramientas de aquella. Para acercarlas es que redactamos el segundo capítulo.

En este se expone el pensamiento de Tamayo y Salmorán, González Ruiz y Luhmann. Los tres convienen, ya veremos, que la dogmática y teoría jurídicas forman parte del complejo comunicativo del Derecho, al ser su semántica. Los últimos dos, de hecho, van más allá, para establecer que forman parte integrante del sistema del Derecho, lo cual explica su carácter normativo, sin renunciar a su carácter racional y descriptivo.

Estas precisiones sin duda vinculan el Derecho con la semiótica. Pero no sólo esto. Igualmente permiten establecer cómo es mejor discurrir en el campo jurídico con el apoyo de instrumentos semióticos. Con apoyo de la semiótica y de lo expuesto en el capítulo segundo, somos capaces de establecer una especie de mapa sobre lo jurídico, que permite ir y venir en diversas direcciones a partir de determinados puntos o lugares del sistema del Derecho. Por ende, si la dogmática y la teoría jurídicas son el complejo semántico del Derecho, entonces los textos normativos no pueden entenderse y no tendrán operatividad posible, sin aquellas. Esto significa que toda disposición normativa textual supone la semántica de la dogmática y teoría jurídicas y, consecuentemente, existen selecciones semánticas necesariamente previas a todo texto jurídico. Esto permite no sólo dar constancia de la tautología, sino también desarrollarla y hacerla operativa.

En el tercer capítulo se sigue la senda trazada en el mapa conceptual del Derecho elaborado en el capítulo segundo, con apoyo en el primero. El primer objeto del tercer capítulo es referir a los rasgos generales de la semántica de los derechos humanos, la cual, según se demuestra en el segundo capítulo, necesariamente está supuesta a todo texto normativo. El segundo es establecer cuál es la estructura sintáctica general de los derechos humanos, limitada a los estrictos fines de este trabajo, para establecer que todo derecho es una función de tercer orden que opera sobre tres funciones de segundo orden: la función o

posición sintáctica del titular, la función o posición sintáctica del objeto y la función o posición sintáctica relacional (en otro trabajo procuraremos determinar de manera más general esta estructura).

A fin de evitar en lo posible la *inventio* y *dispositio ideologica*, tratamos de exponer un panorama general del estado actual de la semántica de los derechos humanos, según es elaborada por la teoría y dogmática jurídicas. De esta forma, se alude a autores positivistas (Picard, Kelsen, Bobbio y Ferrajoli), trialistas (Bidart Campos y Peces-Barba), ius naturalistas (Vigo y Finnis), moralistas (Ruiz Miguel, Dworkin, Alexy), para terminar con un análisis sociológico que confirme que los componentes semánticos atribuidos por las anteriores posiciones teóricas, no sólo tienen contenido normativo, es decir, no son solo contenidos semánticos que se estima deben ser parte del significado de los derechos, sino que objetivamente forman parte de su significado social, como algo que se comprueba descriptivamente (Luhmann).

Somos conscientes de que lo anterior es solo un muestrario de la inmensa semántica existente sobre los derechos humanos dentro del propio sistema jurídico (dogmática y teoría jurídicas). También tenemos presente que este recorrido se concentra principalmente en el neoconstitucionalismo y, por ende, deja de lado la crítica de Waldron y otros a las tensiones democráticas. De cualquier forma, tenemos confianza que, a pesar de estas limitaciones (después de todo, ¿qué texto y qué trabajo no las tiene?), podemos demostrar razonablemente aquello que es objetivo de este tercer capítulo.

Por último, en el cuarto capítulo se aborda, por fin, el derecho al reconocimiento de la personalidad. Este es el apartado más extenso del trabajo. En general, tiene tres partes:

La primera se aboca a la sintáctica del derecho, para determinar su carácter formalmente tautológico y la necesidad de su despliegue, implícita a la propia formalidad sintáctica. Se demuestra que, formalmente, es la condición de todos los demás derechos. Igualmente, se argumenta que el derecho se comporta como

regla y como principio, según se efectúen operaciones en la posición sintáctica del titular o en la posición sintáctica del objeto. Con base en esta distinción, es decir, sobre si se actúa sobre la posición del titular o la posición del objeto, se clasificarán las sentencias que consciente e inconscientemente han referido a este derecho.

La segunda aborda cuestiones semánticas: se determina que la semántica positivista sobre la personalidad jurídica no puede desarrollar la tautología, por basarse en juicios analíticos; por tanto, son necesarios los juicios sintéticos. En este apartado también se demuestra que las posiciones de Kelsen y Ferrajoli, si bien son la base para comprender el derecho al reconocimiento de la personalidad (sin duda, este trabajo camina sobre la base del positivismo, pero no se queda en ella), necesariamente son contrarias a él, no sólo descriptiva sino normativamente. También se determinan cuatro criterios interpretativos formales del derecho, cuya omisión o infracción significan la violación de este derecho.

Determinada la necesidad de utilizar juicios sintéticos, se acude a una teoría que puede desarrollar la tautología: la liberal de Rawls y Dworkin. Sin embargo, demostramos que la manera en que esta posición teórica desarrolla (inconscientemente) la tautología, es indebidamente ideológica, reductiva e, incluso, algo atrasada de noticias, pues termina sustentándose en el árbol de Porfirio y en la metafísica que le da sustento. Esto se respalda con las posiciones republicanas (Petit), comunitaristas (Sandel y Taylor), cosmopolitas (Rorty), semióticas (Derrida) y otras (Arendt y Beuchot).

Al haber desestimado la postura liberal, la cual vía Dworkin forma parte de la semántica jurídica, se prosigue a determinar tres criterios interpretativos semánticos del derecho al reconocimiento de la personalidad. Esto se hace con base en el origen de este derecho, según lo ha puesto en evidencia Hannah Arendt y Michael Burleigh.

La tercera parte de este último capítulo es la parte pragmática. Se aborda cómo es que las Cortes nacionales e internacionales han desarrollado

(inconscientemente) la tautología y cómo han operado sobre las posiciones del titular y del objeto de este derecho.

En esta parte se realizan estudios amplios sobre la sentencia *Roe v. Wade*, así como las ya varias emitidas por la Corte estadounidense sobre el tema, para demostrar que poco ha quedado de aquella importante y controvertida sentencia. Aprovechamos en este punto, para exponer nuestra posición sobre el debate respectivo, con base en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el material obtenido en esta tesis.

Después se analizan los dos fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán correlativos a *Roe*, para determinar que éstos operan sobre la posición del titular del derecho al reconocimiento a la personalidad y lo hacen con apego, en lo general, a lo expuesto en esta tesis. Asimismo, se analizan diversas sentencias en las cuales ese Tribunal ha actuado sobre la posición del objeto. Estos fallos nos confirman en la clasificación basada en el criterio de cuál es la posición sintáctica sobre la que se actúa, así como en el carácter bivalente del derecho: ya como regla ya como principio.

Se hace alusión a los resuelto por la Suprema Corte de Justicia mexicana, tanto en los casos sobre aborto (2002, 2008 y 2011), como en aquellos donde ha operado en la posición del objeto de este derecho.

Analizadas las sentencias de las cortes nacionales referidas, procedemos al estudio de lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy*, para después entrar de lleno con lo fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia*. También se analizan las sentencias donde la CoIDH ha invocado expresamente el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, para concluir que en ellas se operó sobre la posición del objeto de ese derecho.

Por último, anotamos cuáles son los temas pendientes que tienen relación directa con el derecho al reconocimiento de la personalidad: trata de personas, genocidio, derecho penal del enemigo y, en general, todos aquellos en los cuales

los Estados o los particulares dejan a ver a los demás como personas, para verlas como verdaderos “monstruos”.

Aprovechamos este lugar para pedir paciencia a nuestro amable lector. Esta introducción pone en evidencia la complejidad del tema y la necesidad de extensos argumentos semióticos, filosóficos y sociológicos, a los cuales no estamos habituados en Derecho. Asimismo, la complejidad y la amplia variedad de sentencias que consciente o inconscientemente actúan sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad, amplían demasiado la extensión de este trabajo. En nuestra defensa sólo podemos decir que el tema nos obligó a ello y, por esto, apelamos a la comprensión y generosidad de nuestro lector.

Antes de terminar esta introducción, es preciso referir a algunas cuestiones terminológicas:

Derecho, con la “D” mayúscula, se refiere al Derecho como sistema.

derecho, con “d” minúscula, se refiere a los derechos subjetivos y humanos.

Derechos humanos y fundamentales se manejan como sinónimos, aunque sabemos de diferentes clasificaciones que los distinguen.

En marcar en comillas, significa que la palabra respectiva, se entiende en su carácter de signo. Por ejemplo “humano”, significará que humano lo entendemos como signo, no como espécimen homo sapiens.

Las palabras entre guiones –x–, significa que la palabra enmarcada en ellos, se entiende en su carácter de semema.

Las palabras entre diagonales /x/, significa que la palabra enmarcada en ellos, se entiende en su carácter de sema.

$\forall$  significa “para todo x”.

$\exists$  significa “para algún x”.

· significa la cópula “y”.

$\vee$  significa la disyunción “o”.

$\sim$  o  $\neg$  significan “no”.

$\leftrightarrow$  significa doble condicionalidad o identidad.

$\rightarrow$  o  $\supset$  significan condicionalidad simple.

$\therefore$  significa “por tanto”.

$\downarrow$  significa doble negación, es decir “ni x ni y”.

$f(x)$  significa función de x.

Junio de 2013

## I. CAPÍTULO PRIMERO

### CONSIDERACIONES SOBRE LA SEMIÓTICA

#### I.1. Ámbito gnoseológico de la semiótica y sus límites

##### I.1.1. Objeto y límites de la Semiótica

El acercamiento disciplinario hacia los signos surgió casi simultánea y paralelamente dentro de dos sistemas de pensamiento distintos: el pragmatismo de Charles Sanders Peirce<sup>1</sup> y el positivismo de Saussure<sup>2</sup>. Sin embargo, aunque tanto Peirce como Saussure dieron nombre a la disciplina y sentaron importantes bases para su desarrollo, se puede decir que existe cierto consenso en cuanto a que la semiótica se consolidó propiamente hasta las décadas de 1950 y 1960, con el pensamiento de Roland Barthes y Umberto Eco. El primero partió principalmente del pensamiento saussuriano, y el segundo, del peirciano<sup>3</sup>.

a) *Ferdinand Saussure. La semiología a partir de la lingüística (lenguaje, lengua, habla, sintagma y paradigma)*

La obra principal de Saussure es “Curso de Lingüística General”, la cual Eliseo Verón califica de obra fundacional de la perspectiva semiótica<sup>4</sup>.

El tratadista suizo planteó la posibilidad de

*concebir una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social. Tal ciencia sería parte de la psicología social, y por consiguiente de la psicología general. Nosotros la llamaremos semiología (del griego *sēmeion* 'signo'). Ella nos enseñará en qué consisten los signos y cuáles son las leyes que los gobiernan. Puesto que todavía no existe, no se puede decir qué es lo que ella será; pero tiene derecho a la existencia, y su lugar está determinado de antemano. La lingüística no es más que una parte de esta ciencia general. Las leyes que la semiología descubra serán*

<sup>1</sup> Cfr. Rorty, Richard. “The pragmatist’s progress. Umberto Eco on Interpretation”, en “Philosophy and social hope”, Penguin books, Londres, 1999, p. 134.

<sup>2</sup> Cfr. Verón, Eliseo. “La semiosis social”, editorial Gedisa, Barcelona, 1993, p. 39. Título original: “La semiosis social”. Traducción del francés: Emilio Llovera.

<sup>3</sup> Según Paolo Fabbri, Barthes representa la consolidación de un primer paradigma semiótico, basado principalmente en el pensamiento de Saussure, al que abordó a propósito de su defensa de la estética de Berthold Brecht; mientras que Eco representa un segundo paradigma semiótico, basado en su lectura del pensamiento de Peirce. Cfr. Fabbri, Paolo. “El grio semiótico”, editorial Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 21-22 y 27-28. Véase también: Verón, Eliseo, op. cit. p. 73 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Op. cit. pp. 38 y ss.

aplicables a la lingüística, y así es como la lingüística se encontrará ligada a un dominio bien definido en el conjunto de los hechos humanos<sup>5</sup>.

Para Saussure el objeto de la lingüística y, por ende, también de la semiótica, no es el lenguaje, sino la lengua<sup>6</sup>. Esta “es la parte social del lenguaje, exterior al individuo, que por sí solo no puede ni crearla ni modificarla; no existe más que en virtud de una especie de contrato establecido entre los miembros de la comunidad”<sup>7</sup>. La lengua encuadra en el dominio social y comprende “el conjunto de los hábitos lingüísticos que permiten a un sujeto comprender y hacerse comprender”<sup>8</sup>.

Frente a la lengua se encuentra el habla (*parole*), que se adscribe a lo individual y singular: se identifica con cada acto particular de ejercicio del lenguaje, lo que posteriormente se llamará mensaje.

Para llegar a la noción de habla, Saussure parte de la definición de circuito de la palabra, es decir, arriba a aquella a partir de su despliegue pragmático. En el circuito de la palabra, la fonación es un elemento físico; sin embargo, este se excluye del circuito como tal, es decir, en su aspecto meramente sonoro, porque la percepción exacta de los sonidos en nada implica su comprensión. Es decir, percibir vibraciones de determinada extensión de onda, en nada aprovecha para apreciar el carácter social del circuito<sup>9</sup>.

Por otro lado, también existe un elemento psíquico en el circuito de la palabra, el cual “tampoco entra en juego en su totalidad: el lado ejecutivo queda fuera, porque la ejecución jamás está a cargo de la masa, siempre es individual, y siempre el individuo es su árbitro; nosotros lo llamaremos el habla (*parole*).”<sup>10</sup> El habla, entonces, es práctica instantánea y singular; por tanto, es ejecución

---

<sup>5</sup> Saussure F., “Curso de Lingüística General”, editorial Losada, Buenos Aires, 24 ed, 1948, p. 43. Título original: Cours de Linguistique Générale. Traducción: Amado Alonso

<sup>6</sup> “Para atribuir a la lengua el primer lugar en el estudio del lenguaje, se puede finalmente hacer valer el argumento de que la facultad —natural o no— de articular palabras no se ejerce más que con la ayuda del instrumento creado y suministrado por la colectividad; no es, pues, quimérico decir que es la lengua la que hace la unidad del lenguaje”. Id.

<sup>7</sup> Ibid. P. 42.

<sup>8</sup> Ibid. p. 102.

<sup>9</sup> Ibid. p. 41.

<sup>10</sup> Ibid. p. 41.

individual de actos comunicativos en el que, si bien se emplea la lengua, se distingue diametralmente de ella.

Hay pues, entre lengua y habla, las siguientes oposiciones: social-individual (psíquico); general-particular; abstracto-concreto; global-singular; esencial-accidental<sup>11</sup>.

Es consecuencia de lo anterior, que la lengua sólo “existe en la colectividad en la forma de una suma de acuñaciones depositadas en cada cerebro, más o menos como un diccionario cuyos ejemplares, idénticos, fueran repartidos entre los individuos”<sup>12</sup>. Es decir, la lengua es intangible para los hablantes y se rige por reglas propias. La intervención individual no produce marcas inmediatas en la lengua, pues aunque se encuentra en cada uno y es común a todos, está “situado fuera de la voluntad de los depositarios”<sup>13</sup>.

Lo anterior lo sintetiza apropiadamente Ricoeur, para quien *langue* se define “como el código o conjunto de códigos en el que un hablante particular produce *parole* como un mensaje particular”<sup>14</sup>.

En relación con el tiempo, hay dos dimensiones teóricas para acercarse al conocimiento de la lengua: la sincrónica y la diacrónica. La primera se relaciona con un enfoque estático y sistemático, y la segunda, con uno histórico y evolutivo. Estas dimensiones son entrecruzamientos de dos órdenes de fenómenos, vinculados con el mismo objeto: la lengua<sup>15</sup>.

La dimensión sincrónica es la dimensión sistemática. La sincronía se refiere a las relaciones y posibilidades relacionales de los signos entre sí en un estado determinado de la lengua, de tal forma que el objeto de la lingüística sincrónica

---

<sup>11</sup> “Si pudiéramos abarcar la suma de las imágenes verbales almacenadas en todos los individuos, entonces toparíamos con el lazo social que constituye la lengua. Es un tesoro depositado por la práctica del habla en los sujetos que pertenecen a una misma comunidad, un sistema gramatical virtualmente existente en cada cerebro, o, más exactamente, en los cerebros de un conjunto de individuos, pues la lengua no está completa en ninguno, no existe perfectamente más que en la masa. Al separar la lengua del habla (*langue et parole*), se separa a la vez: 1° lo que es social de lo que es individual; 2° lo que es esencial de lo que es accesorio y más o menos accidental”. Ibid. p. 41.

<sup>12</sup> Id.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> Ricoeur, Paul. “Teoría de la interpretación”, ed. Universidad Iberoamericana-siglo XXI, México, 6ª edición, 2006. p. 17. Título original: “Interpretation theory, discourse and the surplus of meaning”. Traducción: Graciela Monges Nicolau

<sup>15</sup> Ibid. p. 107.

general es establecer los principios fundamentales de todo sistema idiosincrónico, esto es, de los factores constitutivos de todo estado de lengua<sup>16</sup>.

Por otro lado, “la lingüística diacrónica estudia no ya las relaciones entre términos coexistentes de un estado de lengua, sino entre términos sucesivos que se sustituyen unos a otros en el tiempo.”<sup>17</sup>

En el ámbito sincrónico se encuentra el análisis del sintagma. El sintagma se compone de dos o más unidades consecutivas (por ejemplo: *re-leer; contra todos; la vida humana; Dios es bueno; si hace buen tiempo, saldremos*, etc.). Un término colocado en un sintagma adquiere su valor porque se opone al que le precede, al que le sigue o a ambos<sup>18</sup>.

En palabras de Barthes, “el sintagma se presenta bajo una forma encadenada (por ejemplo, el flujo del habla) [...] Frente a todo sintagma, por ejemplo, existe un problema analítico: el sintagma es, a la vez, continuo (fluido, encadenado) y *sin embargo, sólo puede vehicular sentido si él mismo es articulado*”<sup>19</sup>.

El lugar sincrónico del sintagma, es su eje, el eje del sintagma. Frente a éste, Saussure postula, en el mismo nivel sincrónico, el eje de los campos asociativos, que después se denominará eje del paradigma.

En el eje de las asociaciones o del paradigma se devela, pues, el sistema de la lengua, es decir, no sólo las articulaciones presentes, sino la virtualidad de todas las combinaciones posibles que dan sentido y hacen, a su vez, posibles, aquellas articulaciones<sup>20</sup>. Los fenómenos semiológicos no se reducen a la presencia, sino también incluyen la ausencia.

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 125.

<sup>17</sup> Ibid. p. 166.

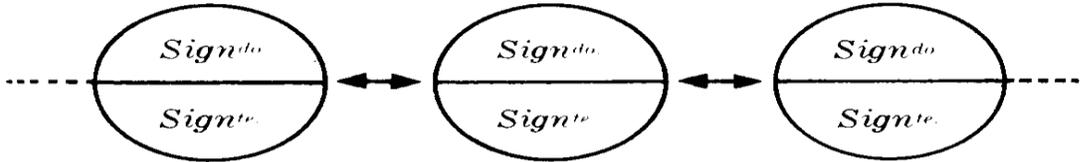
<sup>18</sup> Ibid. p. 147. La oración es el sintagma por antonomasia y aunque pertenece a la dimensión del habla, no puede considerarse que el sintagma pertenezca a éste, ya que no se rige por una libertad individual de combinaciones, sino que éstas se rigen por leyes objetivas intangibles para el hablante. Cfr. p. 148 y ss. Véase también: Barthes, Roland. “La aventura semiológica”, ediciones Paidós, Barcelona, 2ª. ed., 2000, pp. 56-57. Título original “L’aventure sémiologique”. Traducción: Ramón Alcalde.

<sup>19</sup> Barthes, Roland. Op. cit. p. 57.

<sup>20</sup> Cfr. ibid. p. 63.

Consecuencia ineludible de lo anteriormente expuesto, es que los valores de los signos se determinan solamente por oposición, es decir, la lengua es un sistema de oposiciones, tanto en el plano material como en el de contenido:

Puesto que la lengua es un sistema en donde todos los términos son solidarios y donde el valor de cada uno no resulta más que de la presencia simultánea de los otros, según este esquema:



[...] Dicho de otro modo, *la lengua es una forma y no una sustancia* (ver pág. 137). Nunca nos percataremos bastante de esta verdad, porque todos los errores de nuestra terminología, todas las maneras incorrectas de designar las cosas de la lengua provienen de esa involuntaria suposición de que hay una sustancia en el fenómeno lingüístico.<sup>21</sup>

#### b) Roland Barthes

En 1964, Barthes refirió que la semiología se encuentra en etapa embrionaria, de tal manera que no es posible aún contar con compendios didácticos sobre esa ciencia, ni sobre sus métodos, por lo cual, de momento, bastaba con proponer y establecer una terminología para introducir orden inicial a la disciplina<sup>22</sup>. Tales conceptos se clasifican en oposiciones binarias y son: lenguaje y habla; significante y significado; sistema y sintagma; y denotación y connotación.

La semiología, como cualquier otra ciencia, aborda su objeto a partir de un solo punto de vista. La determinación discriminatoria<sup>23</sup> por medio de la cual se selecciona de determinado objeto, aquello que es relevante explicar conforme al

<sup>21</sup> Ibid. p. 146.

<sup>22</sup> Ibid. p. 20.

<sup>23</sup> Naturalmente, se excluye aquí del vocablo "discriminatorio", la connotación (mutatis mutandi sema aferente, según Rastier) negativa que se ha expandido tanto en los análisis jurídicos del derecho a la igualdad, sin duda importados del discurso político (tampoco se asume negatividad alguna por el solo hecho de que haya sido importado). Quede aquí claro, que "discriminatorio" tiene de manera más o menos establecida dicha connotación en el código jurídico, pero, como tal, no puede considerarse como definitiva, ni, mucho menos, determinante de su significado, como muchas veces llega asumirse, sobre todo en discursos jurídico-políticos. Véase infra. denotación y connotación, y código.

punto de vista, es denominado por Barthes, principio de pertinencia<sup>24</sup>. Este principio fue obtenido de la lingüística y es el parámetro de decisión de “no describir los hechos reunidos sino desde un solo punto de vista y consiguientemente, no retener en la masa heterogénea de esos hechos más que los rasgos que interesan desde ese punto de vista, con exclusión de cualquier otro (estos rasgos se denominan ‘pertinentes’)”<sup>25</sup>.

Aplicado dicho principio a la semiología, la discriminación de relevancia sobre el objeto, se da en el nivel de la formación de los signos que, en particular, también son estudiados por otras ciencias. Es decir, la diferencia entre la semiología y otras disciplinas, es que la primera aborda el signo desde una posición que, de cierta manera, trasciende al signo, en tanto que no lo estudia dentro de los ambientes en los que se da, sino que se abstrae de estos para conocer las condiciones en las cuales se genera, es posible y tiene determinados alcances<sup>26</sup>.

La semiología no sólo aborda los signos, sino que se postula como un discurso racional que, conformado por signos, elabora respecto de estos una abstracción general, con lo cual hace posible estudiarlos en cuanto a su forma interna, sus condiciones de generación y de funcionalidad: el conocimiento que arroja la semiología, en cierta forma versa también sobre todo el conocimiento científico que utiliza signos. Esta aseveración no debe entenderse en un sentido de preeminencia de la semiología sobre el resto de las ciencias, pues, al igual que éstas, se encuentra limitada desde el inicio por la determinación del punto de vista relevante elegido, el cual, según Barthes, siempre implica algo de sesgo y arbitrariedad.

La semiología ha de producir, entonces, conocimiento útil para todas las ciencias, pues todas operan mediante signos y, algunas, además, los tienen también por objeto, aunque conforme a principios de relevancia diferentes.

---

<sup>24</sup> Ibid. p. 79.

<sup>25</sup> Id.

<sup>26</sup> Ibid. p. 80.

Barthes propone también una definición de metalenguaje, tomada de Hjelmslev, que nos permite establecer que la semiología es un metalenguaje en el sentido pleno del término, es decir, como un lenguaje que no sólo tiene por objeto otro lenguaje, sino toda la complejidad sígnica que absorbe y excede lo lingüístico.

Según se expondrá más adelante con más profundidad, en Saussure el concepto de signo implica dos planos: de la expresión y del contenido. Al primero se le asigna la letra E y, al segundo, la C. Barthes agrega que, entre ambos elementos, existe uno más que los pone en relación. A este elemento se le asigna la letra R. Por tanto, el sistema de significación en Barthes se puede expresar como E R C.

Si E R C se pone como el elemento simple de un segundo sistema de signos E R C', entonces ambos sistemas de significación están imbricados entre sí, a la vez que mantienen su diferencia; "sin embargo, el 'desligamiento de los dos sistemas puede hacerse de dos maneras enteramente diferentes, según el punto de intersección del primer sistema en el segundo, con lo cual resultan dos conjuntos opuestos"<sup>27</sup>.

En el primer caso, el primer sistema (E R C) empalma en el plano de expresión o significante del segundo sistema. Esto se expresa (E R C) R C y se esquematiza así:

2º Sistema:	E	R	C
1º Sistema:	(E R C) <sup>28</sup>		

Es éste el caso de lo que Hjelmslev denomina la semiótica connotativa; el primer sistema constituye entonces el plano de denotación y el segundo sistema (extensivo al primero) el plano de la connotación. Se dirá pues que un sistema connotado es un sistema cuyo plano de la expresión está constituido por un sistema de significación; los casos corrientes de connotación estarán evidentemente constituidos por los sistemas complejos cuyo primer sistema lo forma el lenguaje articulado (es el caso de la Literatura)<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ibid. p. 76.

<sup>28</sup> Cfr. id.

<sup>29</sup> Id.

En el segundo caso, el primer sistema engarza con el segundo, en el plano del contenido. Esto se expresa E R (E R C) y se esquematiza:

2º Sistema:	E	R	C
1º Sistema:			(E R C) <sup>30</sup>

Por tanto, “un metalenguaje es un sistema cuyo plano de contenido está constituido por un sistema de significación; o también es una semiótica que trata de una semiótica”<sup>31</sup>.

Entonces, la semiótica es un metalenguaje, cuyo plano de contenido es igual a un sistema de significación global, en cuanto que es la totalidad de los signos, es decir, la abstracción de estos tal que permite estudiarlos en cuanto a su forma interna, sus condiciones de generación y de funcionalidad. Este metalenguaje no tiene prioridad axiológica sobre los lenguajes ni sobre otros metalenguajes<sup>32</sup>.

### c) *Umberto Eco*

Umberto Eco sostiene que la “semiótica”<sup>33</sup> estudia todos los procesos culturales como procesos de comunicación. Y sin embargo, cada uno de dichos

---

<sup>30</sup> Cfr. id.

<sup>31</sup> Id. No puede dejar de enfatizarse lo importante de esta definición, sobre todo cuando se considera, como se hace en esta tesis, que la ciencia del derecho es un metalenguaje cuyo plano de contenido es un sistema de significación, que llamamos (conforme a la dogmática y al discurso que tiene a ésta como objeto) derecho. En este trabajo se irá un poco más allá, siguiendo a Tamayo y Salmorán, Samuel González Ruiz y Niklas Luhmann: la ciencia del derecho es un metalenguaje, pero a la vez, está dentro del sistema de significación que tiene por plano del contenido: es también el plano del contenido del derecho.

<sup>32</sup> Es preciso mencionar que, posteriormente, Barthes pretendió dar un giro de la Semiología a la Lingüística, es decir, el movimiento contrario al efectuado por Saussure, quien postulaba ésta como parte de aquélla. “En resumen, es necesario admitir desde ahora la posibilidad de invertir algún día la proposición de Saussure: la lingüística no es una parte, incluso privilegiada, de la ciencia general de los signos, es la semiología la que es una parte de la lingüística”. Citado por Derrida, Jaques. “De la Gramatología”, siglo XXI, México, 1979, p. 67. Esta cita muestra la diferencia paradigmática respecto de la posición de Umberto Eco y de Derrida, quienes se oponen a la reducción lingüística de la semiótica: que la lingüística sea la rama más elaborada de la semiótica, no implica siquiera que todos sus métodos deban aplicarse a la totalidad de la disciplina del signo.

<sup>33</sup> En “La estructura ausente”, Eco distingue entre Semiótica y Semiología, la primera como sucesora del pensamiento de Peirce y el positivismo lógico, mientras que la segunda lo es del pensamiento de Saussure. Eco, Umberto. “La estructura ausente”, ed. Lumen, México, 2005, pp. 12-22. Título original: “La struttura assente”. Traducción de Francisco Serra Cantarell de la edición italiana de 1968. Sin embargo, en el Tratado de Semiótica General adopta la denominación “semiótica” como sinónimo de “semiología”, por razones formales: con ello se atiende la carta

procesos parece subsistir sólo porque por debajo de ellos se establece un sistema de significación”<sup>34</sup>. Para aclarar lo anterior, el mismo autor define el proceso comunicativo “como el paso de una señal (lo que no significa necesariamente un ‘signo’ [entendido éste en el sentido de Saussure]) desde una fuente, a través de un Transmisor, a lo largo de un Canal, hasta un Destinatario (o punto de destino)”<sup>35</sup>.

Eco menciona que una investigación semiótica “supone que todas las formas de comunicación funcionan como emisión de mensajes basados en códigos subyacentes. Es decir, que todo acto de *performance* comunicativa se apoya en una *competence* preexistente. Que todo acto de *parole* presupone una *langue*”<sup>36</sup>. Esto implica la existencia de un código semiótico, es decir, de una condición de posibilidad de cualquier acto concreto de comunicación, tal que hace viable su existencia en cuanto algo con sentido<sup>37</sup>.

Así, “la semiótica se ocupa de cualquier cosa que pueda considerarse como signo. Signo es cualquier cosa que pueda considerarse como sustituto significante de cualquier otra cosa. Esa cualquier otra cosa no debe necesariamente existir ni debe subsistir de hecho en el momento en que el signo

---

constitutiva de la International Association for Semiotic Studies de 1969. Eco, Umberto. “Tratado de semiótica general”, ed. Lumen, México, 2005, p. 17. Título original: “A theory of semiotics”. Traducción de Carlos Manzano de la edición estadounidense de 1976.

<sup>34</sup> Eco, Umberto. “Tratado de semiótica general”, op. cit. p. 24

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> Eco, “Estructura ausente”, op. cit. p. 11.

<sup>37</sup> Infra. Código. Sobre este aspecto, es preciso mencionar que Eco distingue claramente entre “significación” y “comunicación: “Digamos ya que, en principio, una semiótica de la significación es la desarrollada por la teoría de los códigos, mientras que una semiótica de la comunicación incumbe a la teoría de los signos”. Eco, Tratado de Semiótica General, op. cit. p. 18. Esto no significa que los códigos no prevean las condiciones de posibilidad de los actos concretos de comunicación, sólo que a ésta incumben principalmente “las posibilidades previstas por un sistema de comunicación para producir físicamente expresiones, para diferentes fines prácticos” (ibid. p. 19). Asimismo, la teoría semiótica de la producción de signos versa sobre las formas en que se generan materialmente signos (reconocimiento, ostentación, reproducción e invención) (ibid. pp. 319-364). Por su parte, la teoría de los códigos se refiere a las funciones semióticas (signos) (ibid. pp. 83-224).

la represente. *En ese sentido, la semiótica es, en principio, la disciplina que estudia todo lo que puede usarse para mentir*<sup>38</sup>.

Sobre el punto de vista a través del cual y conforme al cual se aborda su objeto, según Eco, “la semiótica estudia todos los procesos culturales como procesos de comunicación. Y, sin embargo, cada uno de dichos procesos parecen subsistir sólo porque debajo de ellos se establece un sistema de significación”<sup>39</sup>. A esto se denomina semiótica de la comunicación<sup>40</sup>.

Procesos de comunicación y sistemas de significación son, entonces, los aspectos preseleccionados por la semiótica para estudiar su objeto: los signos (o funciones semióticas, según la nomenclatura y teoría de Eco).

La semiótica de la significación remite a la teoría de los códigos, es decir, a las reglas que delimitan y hacen posible la comunicación, de tal manera que la diferencia entre la semiótica de la significación y la semiótica de la comunicación “se refiere a la oposición ‘regla vs proceso’. Pero, cuando los requisitos para la ejecución de un proceso se reconocen socialmente y preceden al propio proceso, entonces dichos requisitos deben considerarse como reglas (y, efectivamente, son reglas de competencia procesal)”<sup>41</sup>.

Establecidas las pertinencias de la investigación semiótica, se definen los límites o umbrales de la semiótica. Eco los clasifica en políticos y naturales.

Los políticos son de tres tipos<sup>42</sup>: a) académicos: otras disciplinas han investigado temas que forman parte de la semiótica, como por ejemplo la lógica formal, la lógica de los lenguajes naturales y la semántica filosófica, las cuales se ocupan del valor de verdad de los enunciados y de los diferentes tipos de actos de habla; b) cooperativos: varias disciplinas han elaborado teorías y descripciones

---

<sup>38</sup> Eco, Tratado de Semiótica General, op.cit. p. 22. Conforme a esta perspectiva (fundada precisamente en la exclusión del referente como condición para la significación y el sentido), es posible una semiótica de la ideología, más si se considera la etimología de esa palabra y su origen en la teoría marxista.

<sup>39</sup> Ibid. p. 24.

<sup>40</sup> Ibid. p. 19.

<sup>41</sup> Ibid. p. 19.

<sup>42</sup> Cfr. Ibid. pp. 20-21.

típicamente semióticas. Ejemplos de estos límites, son la lingüística y la teoría de la información, que han desarrollado el concepto de código; y la cinésica y la proxémica, que exploran los diferentes modos de comunicación no verbal; c) empíricos: hay fenómenos de interés para la semiótica que aún no han sido estudiados, como el universo de los objetos de uso y de las formas arquitectónicas.

Los límites naturales, por su parte, son “aquellos que la investigación semiótica no puede traspasar, porque en ese caso entraríamos en un terreno no semiótico, en el que aparecen fenómenos que no pueden entenderse como funciones semióticas” (i.e signos)<sup>43</sup>. Tienen dos umbrales. El inferior se conforma con la materialidad del signo, la cual presupone los conceptos de estímulo y señal<sup>44</sup>.

Los estímulos no se consideran objeto de la semiótica, porque la relación que existe entre éstos y sus consecuentes no responde a una relación codificada y, por ende, no tienen directamente significación<sup>45</sup>. Sin embargo, los signos son estímulos en su plano de expresión, de tal manera que del hecho que no haya identidad entre ambos conceptos,

no equivale a decir que el enfoque semiótico no deba referirse también a los estímulos. La semiótica se refiere a funciones, pero una función semiótica representa, como veremos, la correlación entre dos funtivos que, fuera de dicha correlación, no son por sí mismos fenómenos semióticos. No obstante, en la medida en que están en correlación mutua, pasan a serlo y, por esa razón, merecen la atención del semiólogo<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 21.

<sup>44</sup> Cfr. Ibid. pp. 40-43.

<sup>45</sup> Eco explica la diferencia que existe entre el estímulo y los actos de significación que pueden haber en relación a este, con el ejemplo de que, conforme a la teoría pavloviana, un perro secreta saliva cuando es estimulado por el sonido de una campanilla, de tal manera que la relación entre el sonido y la secreción salival no está correlacionada significativamente, sino solo por puro reflejo; mientras que la explicación de esa relación y su reproducción científica, sí está codificada. Esto se expone con más claridad con un chiste que cita el semiótico italiana y que aquí reproducimos: “Existe una conocida historieta que cuenta cómo dos perros se encuentran en Moscú: uno está gordo y bien alimentado, el otro flaco y hambriento. El perro hambriento pregunta al otro: ‘¿cómo consigues encontrar comida?’, y el otro, con habilidad zoosemiótica [es decir, aludiendo a un código, no a un reflejo], responde: ‘¡Es muy fácil!’ Cada mañana a mediodía voy al Instituto Pavlov y me pongo a babear; y, mira por dónde, al instante llega un científico condicionado que hace sonar una campanita y me trae un plato de sopa”. Ibid. pp. 40-41.

<sup>46</sup> Ibid. p. 41.

Otro umbral natural inferior es la señal y la teoría de la información. Esta no tiene por objeto específico a los signos, “sino unidades de transmisión que pueden computarse cuantitativamente, e independientemente de su significado posible; dichas unidades se denominan ‘señales’, pero no ‘signos’”<sup>47</sup>. La teoría de la información, entonces, confluye con la semiótica en el análisis de la materialidad de los signos, aunque aquella los analiza desde un punto de vista distinto, pues deja de lado todo lo relacionado con el significado.

En el umbral natural inferior, también se encuentran los fenómenos genéticos y neurofisiológicos, la circulación de la sangre y la actividad de los pulmones, que permiten generar y comprender signos<sup>48</sup>.

Sobre el concepto de cultura, Eco expone que existen dos hipótesis: a) la cultura por entero debe estudiarse como fenómeno semiótico (radical) y; b) todos los aspectos de la cultura pueden estudiarse como contenidos de una actividad semiótica (moderada)<sup>49</sup>.

Se puede decir que existe un fenómeno cultural en la producción de instrumentos de uso, cuando i) un ser pensante ha establecido una función de determinada cosa (una piedra o un palo, por ejemplo), sin importar si la modificó o la dejó igual a como estaba antes; ii) dicho ser denomina la cosa como “cosa que sirve para algo”<sup>50</sup>; iii) el ser pensante está en condiciones de reconocer la cosa u otra “igual” a la “cosa que responde a la función F y que lleva el nombre Y”<sup>51</sup>, aunque no sea usada nuevamente, basta que sea reconocible de esa forma.

Recorridos los ámbitos que, teniendo una base semiótica, se oponen a ésta por precisar de elementos no exclusivamente semióticos (economía y antropología), Eco arriba a la conclusión de que la cultura es un fenómeno propio de esta ciencia de los signos.

---

<sup>47</sup> Ibid. pp. 41-42.

<sup>48</sup> Cfr. Ibid. p. 42.

<sup>49</sup> Ibid. p. 44. Como más adelante se verá, Eco y Luhmann suscriben la posición “radical”, en cuanto determina que el elemento diferencial del sistema social es la comunicación.

<sup>50</sup> Id.

<sup>51</sup> Id.

Sin embargo, “reducir la cultura entera a un problema semiótico no equivale a reducir el conjunto de la vida material a puros fenómenos mentales. Considerar la cultura en su globalidad sub specie semiótica no quiere decir tampoco que la cultura en su totalidad sea sólo comunicación y significación, sino que quiere decir que la cultura en su conjunto puede comprenderse mejor, si se la aborda desde un punto de vista semiótico”<sup>52</sup>.

El carácter metalingüístico de la semiótica, a la vez que la pone en un posición relevante para todas la ciencias, principalmente las humanas, también representa su límite epistemológico, que toma una forma análoga al del principio de incertidumbre de Heissenberg: “está claro que la investigación semiótica estará regida por una especie de principio de indeterminación, puesto que significar y comunicar son funciones sociales que determinan la organización y la evolución cultural ‘hablar’ de los ‘actos de habla’, significar la significación o comunicar sobre la comunicación tienen por fuerza que influir en el universo del hablar, del significar, del comunicar”<sup>53</sup>.

Entonces, la semiótica tiene una posición metalingüística en relación con el resto de las ciencias sociales, sin que ello le otorgue una posición axiológicamente predominante, pero tampoco le niegue la constante consideración que cada una de estas ha de darle por claridad metodológica, pues los límites de la semiótica casi necesariamente han de permear a todas las ciencias que aborden de cualquier manera fenómenos de semiosis<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ibid. p. 51. Eco reduce la segunda hipótesis (moderada) a la primera.

<sup>53</sup> Ibid. p. 54.

<sup>54</sup> Otros límites epistemológicos de la semiótica son los de la ciencia en general: la imposibilidad de demostrar racionalmente la racionalidad; la relatividad del principio de identidad y la indecidibilidad racional sobre el seguimiento de reglas expuesta por el primer Wittgenstein; y el teorema de Gödel, que limita las posibilidades de los metalenguajes racionales. Cfr. Cántora G. Armando. “Los principios irracionales de la racionalidad”, *Anthropos*, México, 2005, pp. 204. Traducido del inglés por el autor y Jorge Tagle. Wittgenstein, Ludwig. “*Tractatus logicus philosophicus*”, Alianza Editorial, Madrid, 2003, proposición 6.123. Gödel, Kurt. “*Obras completas*”, Alianza editorial, Madrid, 2006, pp. 163-198. Traducción del inglés: Jesús Mosterín. Sobre la cuestión del seguimiento de reglas, es interesante Chomsky, Noam. “El conocimiento del lenguaje”, *Altaya*, Barcelona, 1998, pp. 244-266. También deben considerarse las posibilidades de cambio del paradigma semiótico de Eco, expuestas por Fabbri: “Más bien, es la incapacidad de crear un lugar de debate donde las críticas desde dentro y desde fuera (pienso en E. Benveniste y D. Goodman,

## **I.2. Partes generales de la Semiótica: sintáctica, semántica y pragmática.**

Charles Morris instituyó la clásica división de la semiótica en sintáctica, semántica y pragmática. Este autor forma parte de la tradición pragmatista de Peirce.

Con el rigor de quien sabe el carácter metalingüístico de la semiótica, Morris precisa que “sintáctica”, “semántica” y “pragmática” no son términos propios de la sintáctica, semántica y pragmática, sino de la semiótica, que de esta manera se postula como algo distinto de sus ramas. Por esta razón, la semiótica se ocupará fundamentalmente de las interrelaciones entre dichas disciplinas, a través del carácter unitario, pero complejo, de la semiosis<sup>55</sup>.

Para comprender por qué la semiótica se divide en los órdenes mencionados y, a la vez, se distingue de ellos, es necesario referir, aun cuando sucintamente, al concepto de semiosis-signo de Morris<sup>56</sup>.

El proceso en el que algo funciona como signo puede denominarse *semiosis*. Comúnmente, en una tradición que se remonta a los griegos, se ha considerado que este proceso implica tres (o cuatro) factores: lo que actúa como signo, aquello a que el signo alude, y el efecto que produce en determinado intérprete en virtud del cual la cosa en cuestión es un signo para él. Estos tres componentes de la semiosis pueden denominarse, respectivamente, el *vehículo sígnico*, el *designatum*, y el *interpretante*; el *intérprete* podría considerarse un cuarto factor. Estos términos explicitan los factores implícitos en la afirmación común de que un signo alude a algo para alguien.<sup>57</sup>

La semiosis es un concepto triádico, que comprende:

- a) La materia que puede ser empleada como signo (vehículo sígnico);
- b) Aquello a lo cual dirige el signo (designatum) y;

---

en las investigaciones cognitivas de D. Sperber, etc.) permitan la formación y el asentamiento de un paradigma teórico ¿Las causas? Muchas, pero los cambios de episteme (del estructuralismo al cognitivismo)- y los nuevos estilos filosóficos –de la filosofía analítica a la nueva fenomenología- no son unívocos, y hay que definirlos y configurarlos de nuevo en la teoría general”. Op. cit. pp. 32-54.

<sup>55</sup> Cfr. Morris, “Fundamentos de la teoría de los signos”, ediciones Paidós, Barcelona, 1985, p. 100.

Título original: Foundations of the Theory of Signs. Traducción: Rafael Grasa.

<sup>56</sup> Aquí sólo se esbozará el tema, el cual se desarrollará con un poco más de amplitud en el subcapítulo siguiente.

<sup>57</sup> Ibid. p. 27.

- c) El efecto que se produce en el destinatario o intérprete, quien comprende la materia como signo y, por ende, lo capta como algo que está en lugar de otra cosa y que necesariamente debe producir determinado efecto (interpretante).

Además de ser compuesta por tres elementos, la semiosis es un proceso, es decir, es dinámica, de tal manera que cada uno de sus elementos se encuentra en constante relación con los demás. Este dinamismo no parte de unidades estáticas que entran en movimiento en el signo, sino que más bien cada una de esas unidades es dinámica y cada que se atiende a una en particular, *no puede dejarse de atender a las demás*<sup>58</sup>.

La semiosis es, entonces, un proceso dinámico que se potencia a sí mismo y que tiende a la ilimitación<sup>59</sup>. Otra consecuencia, es que la semiosis resiste al principio de identidad, comprendido como identidad de objetos y no de estados de cosas<sup>60</sup>. La semiosis trata de la diferencia, que es externa en cuanto que está en lugar de algo que bien puede no existir, ni haber existido, e interna, por cuanto es triádico y dinámico<sup>61</sup>.

Ahora, precisamente del carácter triádico y dinámico de la semiosis, surge la sintáctica, la semántica y la pragmática, las cuales corresponden a cada uno de sus elementos. En efecto, si se abstraen en relaciones diádicas los tres componentes de la semiosis, para convertirlos en objeto de estudio separado, se producen la sintáctica, la semántica y la pragmática como disciplinas: la semántica trata de la diada signo y plano de contenido; la pragmática, de la diada signo e interpretante; y la sintáctica, de los signos entre sí, en el contexto de que todos los signos tienen, si no en presencia, por lo menos virtualmente, una relación con

---

<sup>58</sup> Esto se observa con claridad cuando se analiza el tercer elemento. El efecto que se produce en el destinatario o intérprete, implica que éste comprenda la materia como signo (primer elemento) y la capte como algo que está en lugar de otra cosa (segundo elemento) y que necesariamente debe producir determinado efecto (vuelta al tercer elemento).

<sup>59</sup> Véase infra. Eco y la semiosis ilimitada.

<sup>60</sup> Véase Wittgenstein, Ludwig. Op. cit, proposiciones 2.01, 2.014. 2.02, 4.05, 4.06, 4.0621, 5.5351. Asimismo, Brown, Spencer. "Laws of form", George Allen and Unwin Ltd. London, 1969. En el pensamiento clásico, podemos aludir a la crítica hegeliana al principio de identidad. Hegel, GWF. "Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas", Porrúa, México, 7ª. Ed., 1997, p.51 y ss.

<sup>61</sup> Sobre este punto, véase Derrida, Jaques, op. cit.

todos los demás (semiosis ilimitada). Así, la palabra “implica” se emplea en la sintaxis, “designa” y “denota” a la semántica, y “expresa” a la pragmática<sup>62</sup>.

La sintaxis o sintáctica abstrae de la complejidad de la semiosis, solamente las relaciones de los signos entre sí, prescindiendo deliberadamente de la demás componentes. Esta rama es la más desarrollada de la semiótica, pues incluye tanto a la lógica como a la matemática<sup>63</sup>.

Para la sintaxis un “lenguaje” ( $L_{sin}$ ) se transforma en un conjunto cualquiera de cosas relacionadas en función de dos tipos de reglas:

- a) Las *reglas de formación*, “que determinan las combinaciones independientes y permisibles de los elementos del conjunto (esas combinaciones reciben el nombre de oraciones)”<sup>64</sup> y;
- b) Las *reglas de transformación*, “que determinan las oraciones que pueden obtenerse a partir de otras oraciones.”<sup>65</sup> Aquí entran las inferencias deductivas, inductivas y abductivas.

A ambas reglas, las agrupa Morris bajo el nombre de «*regla sintáctica*». La sintaxis es, pues, “la consideración de signos y de combinaciones sígnicas en la medida en que unos y otras están sujetos a reglas sintácticas.”<sup>66</sup> La formalidad de la sintaxis implica que opera principalmente sobre el plano de expresión de la semiosis.

La semántica tiene por objeto la relación de los signos con sus designata y, en esa medida, con los objetos (reales o no, existentes o no) que pueden denotar o que, de hecho, denotan<sup>67</sup>.

Tal como la semiótica general, la semántica es un metalenguaje. Esto se prueba con el hecho de que los enunciados elaborados dentro de la semántica, tiene la forma del siguiente: «"Fido" designa A», donde «Fido» denota 'Fido' como vehículo sígnico, no como un objeto no lingüístico, mientras que «A» es un signo índice de algún objeto, que puede ser no lingüístico. “«Fido», por tanto, es un

---

<sup>62</sup> Cfr. Morris, op. cit. pp. 31-32.

<sup>63</sup> Ibid. p.43.

<sup>64</sup> Ibid. p.44-45.

<sup>65</sup> Id.

<sup>66</sup> Id.

<sup>67</sup> Ibid. p. 55.

término en el metalenguaje que denota el signo 'Fido' en el lenguaje objeto; «A» es un término presente en el lenguaje objetual que denota una cosa.”<sup>68</sup>

Por tanto, la semántica se compone de enunciados que describen metalingüísticamente la relación entre un vehículo sígnico y objetos o significados<sup>69</sup>, que pueden, a su vez, ser lingüísticos o no. Esa relación se expresa mediante «designa», que “es un término semántico, puesto que es un signo caracterizador que designa una relación entre un signo y un objeto”<sup>70</sup>.

Dado que la semántica trata de relaciones y que éstas, en principio, son sintácticas, se dice que “la semántica presupone la sintaxis, pero prescinde de la pragmática; ya se ocupe de signos simples o bien de signos complejos (como la totalidad de un sistema matemático), la semántica se limita a la dimensión semántica de la semiosis.”<sup>71</sup>

Así como la sintaxis tiene las reglas de formación y de transformación, la semántica opera conforme a la «*regla semántica*». Ésta “designa (dentro de la semiótica) una regla que determina en qué condiciones un signo es aplicable a un objeto o situación; tales reglas establecen correlaciones entre signos y situaciones denotables mediante signos. Un signo denota aquello que (de acuerdo a las condiciones) se afirma en una regla semántica, mientras que la regla en sí

---

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Más adelante veremos que el significado no depende de la referencia a objetos.

<sup>70</sup> Id.

<sup>71</sup> Id. Para complicar un poco más las cosas y hacer más clara el carácter dinámico y recursivo de la semiosis, puede decirse que es posible concebir esta cita implica una relación sintáctica entre sintáctica, semántica y pragmática, sin que esto signifique que, de hecho, pueda decirse que la semántica pueda darse sin la pragmática, porque entonces la estructura triádica del signo y la semiosis no se daría. Las tres ramas se dan en todos los casos: totum in toto et totum in qualibet parte. En términos un poco más claros: la operación sintáctica efectuada conforme a una regla de formación, puede aplicarse a los elementos “sintáctica”, “semántica” y “pragmática”, que a su vez resultan de aplicar esa regla a las relaciones diádicas que estudia (por eso es una recursión). Pero al aplicar esa operación recursivamente, se expresa tanto el carácter dinámico de la semiosis, como que las tres ramas de la semiótica siempre se implican entre sí sintácticamente. Otras recursiones similares, podrían mostrar que las tres ramas siempre se implican entre sí semántica y pragmática. En Morris, esta transparencia entre las tres ramas, no se contraponen con que el análisis de la sintáctica no precise del semántico, ni éste, del pragmático, pues esto se debe a que las reglas sintácticas pueden aplicarse directamente a las tres ramas, mientras que las semánticas, sólo a la pragmática y las pragmáticas, sólo a ellas mismas; sin embargo, no vemos por qué las reglas semánticas y pragmáticas no puedan aplicarse recursivamente a las demás ramas, dado que la semiosis siempre implica a las tres.

establece las condiciones de designación y determina el designatum (la clase o tipo de denotata).<sup>72</sup>

La pragmática, por último, es “la ciencia de la relación de los signos con sus intérpretes”. La mayoría de los signos, si no todos, tienen como intérpretes seres vivos<sup>73</sup>. Para caracterizar con precisión la pragmática bastará con decir que se ocupa de los aspectos bióticos de la semiosis, es decir, de todos los fenómenos psicológicos, biológicos y sociológicos que se presentan en el funcionamiento de los signos.

A partir de Peirce, John Dewey y George H. Mead, Morris afirma que “el intérprete de un signo es un organismo; el interpretante es el hábito del organismo de responder, a causa del vehículo sígnico, a objetos ausentes relevantes para una problemática situación actual como si éstos estuvieran realmente presentes.”<sup>74</sup>

Sobre las reglas pragmáticas, nada más claro que las palabras de Morris: “las reglas sintácticas determinan las relaciones sígnicas entre vehículos sígnicos; las reglas semánticas correlacionan vehículos sígnicos con otros objetos; las reglas pragmáticas expresan las condiciones (en los intérpretes) bajo las que un vehículo sígnico es un signo.”<sup>75</sup>

De esta manera, la designación y esquematización que permiten pensar la existencia de tres ramas de la semiótica, son creaciones semióticas metalingüísticas que tienen como plano de contenido las relaciones, también metalingüísticas, de la sintaxis, semántica y pragmática. Por tal razón la semiótica, a la vez que está compuesta por tales disciplinas, es distinta de ellas.

---

<sup>72</sup> Ibid. pp. 57-58.

<sup>73</sup> Recuérdese que Eco ha establecido que la Semiótica que asume una definición amplia de signo como la de Peirce (también empleada por Morris), no requiere necesariamente que el productor del signo sea un ser vivo (humano), sino que basta que sea un ser vivo capaz de interpretar el signo y provocar la consecución de la semiosis.

<sup>74</sup> Ibid. p. 70.

<sup>75</sup> Ibid p. 75. Para adecuar con la concepción objetiva del interpretante y la interpretación que se desarrollará más adelante, siguiendo el pensamiento de Eco, las reglas pragmáticas expresarán las condiciones bajo las que un vehículo sígnico es un signo, no dentro de los intérpretes, sino que objetivamente permiten que los intérpretes actúen sobre el signo.

Esta situación permite decir que, sin dejar de observar con rigor los niveles discursivos metalingüísticos, estos no guardan entre sí relaciones de exclusión, sino de transparencia: sin perder rigor, no sólo es posible pasar de un nivel a otro, sino que la semiosis como proceso triádico recursivo ilimitado, implica siempre la necesidad de hacerlo. La semiosis es la unidad de dos diferencias: una externa, respecto a lo demás, otra interna, respecto a cada una de sus tres partes; entonces es necesario poder pasar de cada una de las partes a las otras.

Esta precisión técnica y tal vez incluso oscura, se verá en acción con claridad cuando se observe la relación existente entre la dogmática jurídica (jurisprudencia) y el derecho, en la que la primera es un metalenguaje que tiene como plano de contenido al segundo, pero que, lejos de excluirse el paso de uno a otro, se propicia y se necesita, siempre que se haga con rigor y claridad.

### **I.3 Conceptos generales de la semiótica**

#### **I.3.1 Signo**

##### **I.3.1.1 Frege**

Según Jesús Mosterín,

para Frege, todo lo que hay, todo acerca de lo que hablamos, es objeto o es función. Hay objetos y hay funciones. No hay nada más. Función es todo lo que no es objeto; objeto es todo lo que no es función. Las personas, los vegetales, los planetas son objetos. También lo son los puntos espacio-temporales, los números naturales e incluso los valores veritativos (la verdad y la falsedad, o, como Frege dice, lo verdadero y lo falso). La adición, la multiplicación, etc. De números naturales son funciones, funciones cuyos argumentos son números naturales y cuyos valores de verdad son también números naturales. Igualmente son funciones los conceptos –Begriffe- y las relaciones –Beziehungen-. Los conceptos son funciones de un argumento cuyos valores son siempre valores veritativos.<sup>76</sup>

Frege menciona que tradicionalmente, se ha entendido por función de  $x$  “una expresión de cálculo que contenga  $x$ , una fórmula que incluya la letra  $x$ ”<sup>77</sup>. Sin

---

<sup>76</sup> Introducción a Frege, Gottlob. “Estudios sobre semántica”, Ediciones Folio, Barcelona, 2002, p. 10.

<sup>77</sup> Ibid. p. 19.

embargo, esa definición no le satisface, porque no distingue forma de contenido, signos de designado<sup>78</sup>.

Las expresiones:  $2 \cdot 2^3 + 2$  y  $3 \cdot 6$  tienen el mismo designado, a saber, 18, pero se alude a él de manera distinta; por tanto, “la diferencia de designación por sí sola no basta para fundamentar una diferencia de designados”<sup>79</sup>; sin embargo, “no podemos hablar en absoluto de cualesquiera propiedades aritméticas de los números sin remitirnos a la referencia de los signos numéricos”<sup>80</sup>, es decir, a su designado.

Así, las diferentes expresiones que tienen un mismo designado, “corresponden a diversas consideraciones y aspectos, pero, no obstante, siempre a la misma cosa”<sup>81</sup>. Esta distinción permite desechar la postura que establece que el signo de igualdad sólo significa concordancia parcial, es decir, para Frege la igualdad es igualdad plena<sup>82</sup>.

Una función se distingue de sus argumentos. Así, en la función  $2 \cdot x^3 + x$ ,  $2$  y  $x$  son los argumentos, mientras que la vínculos aditivos y multiplicativos entre ellos, son la función. Sin embargo, la función no coincide con las diferentes formas en que determinado resultado puede ser designado, sino con la estructura de sus vínculos; por ejemplo, en “ $2 \cdot 1^3 + 1$ ”, “ $2 \cdot 4^3 + 4$ ” y “ $2 \cdot 5^3 + 5$ ” se expresa la misma función, sólo que con distintos argumentos, a saber 1, 4 y 5<sup>83</sup>.

Por tanto,

el argumento no forma parte de la función, sino que constituye, junto con la función, un todo completo; pues la función, por sí sola, debe denominarse incompleta, necesitada de complemento no-saturada. Y ésta es la diferencia entre las funciones y los números. Y por esta naturaleza de la función se explica que, por una parte, reconozcamos la misma función en “ $2 \cdot 1^3 + 1$ ” y “ $2 \cdot 2^3 + 2$ ”, a pesar de que estas expresiones se refieran [designen] números distintos, mientras que, por otra parte, en “ $2 \cdot 1^3 + 1$ ” u “ $4 \cdot 1$ ”, a pesar de su mismo valor numérico, no encontremos la misma función.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> Ibid. p. 20.

<sup>80</sup> Id.

<sup>81</sup> Ibid. p. 22.

<sup>82</sup> Cfr. Id.

<sup>83</sup> Cfr. Ibid. p. 23.

<sup>84</sup> Id.

Así, la función es la forma vacía de una operación y el argumento es aquello que la satura y completa. Frege llama a la conjunción de función y argumento, valor de la función para ese argumento<sup>85</sup>.

Ahora, dos funciones distintas pueden tener el mismo referente (resultado) o uno distinto; y dos funciones iguales pueden tener referentes (resultados) distintos: “ $2^2=4$ ” y “ $2>1$ ” son funciones distintas con referentes distintos; “ $2^2=4$ ” y “ $4*4=4^2$ ” son funciones distintas con el mismo referente; y “ $2*2=4$ ” y “ $3*3=9$ ” son funciones iguales, con referentes distintos.

Las funciones distintas con resultados iguales son formas diferentes de pensamientos con un mismo referente o designado (designatum), por lo que “la igualdad de referencia no tiene como consecuencia la igualdad de pensamiento”<sup>86</sup>. Por tanto, “hay que distinguir entre sentido [Sinn] y referencia [Bedeutung]”<sup>87</sup>. El primero es la forma en que se expresa la segunda, en el entendido que esta se puede expresar de distintas formas. “ $2^4$ ” y “ $4*4$ ” tienen ciertamente la misma referencia; es decir, son nombres propios del mismo número; pero no tienen el mismo sentido”<sup>88</sup>.

Como se puede ver, por necesidades de índole lógica, Frege efectúa las distinciones función/argumento (objeto) y sentido/referente. Al hacerlas, está en posición de determinar que lo que en lógica se llama concepto está relacionado con su noción de función, “incluso podría decirse verdaderamente: un concepto es una función cuyo valor es siempre un valor veritativo”<sup>89</sup>.

Un concepto es una operación simple sobre algo. Por ejemplo, “árbol” es un concepto, por cuanto está compuesto de varias cualidades (argumentos) que se sintetizan de cierta manera (función), que dan por resultado, por ejemplo, una determinada imagen mental. Por tanto, un concepto es susceptible de tener valores veritativos, contrariamente a lo sustentado en la lógica tradicional, no

---

<sup>85</sup> Ibid. p. 24.

<sup>86</sup> Ibid. p. 30.

<sup>87</sup> Id.

<sup>88</sup> Ibid. pp. 30-31.

<sup>89</sup> Ibid. p. 31.

porque sea falso que sólo los juicios sean susceptibles de tener esos valores, sino porque los conceptos son juicios simples<sup>90</sup>. El concepto es una función con un solo argumento<sup>91</sup>.

Definida la función, Frege refiere que no es posible dar una noción académica de objeto, sino que se limita a decir que es “algo que, por su simplicidad, no permite una descomposición lógica”<sup>92</sup>.

De vuelta a la función, Frege distingue entre las de primer y segundo orden. Son funciones de primer orden, aquellas que son saturadas por objetos, mientras que son de segundo orden aquellas “cuyos argumentos son y deben ser funciones”<sup>93</sup>.

Sobre el signo, el lógico alemán sostiene que es “cualquier designación que represente un nombre propio, cuya referencia sea, pues, un objeto determinado (tomada esta palabra en su extensión más amplia), pero no un concepto ni una relación”<sup>94</sup>. Los signos tienen sentido y referencia. “La conexión regular entre el signo, su sentido y su referencia es tal, que al signo le corresponde un determinado sentido y a éste, a su vez, una determinada referencia, mientras que a una referencia (a un objeto), no le corresponde solamente un signo”<sup>95</sup>. Así, por “signo” Frege entiende solamente lo que, en términos saussurianos, es el plano de la expresión o significante, mientras que sentido y referencia se ubican en el plano del contenido.

---

<sup>90</sup> El primer Wittgenstein los denomina proposiciones elementales y los identifica con las letras p, q y r. Son los elementos de los modus ponens y tollens. Cfr. Wittgenstein, Ludwig. Op. cit. proposiciones 4.24, 4.27 y 4.441. Debe tenerse en cuenta que el lógico austriaco difiere de Frege en cuanto al tema de los objetos y las funciones, pues considera que los objetos también son no saturados y su forma determina la posibilidad de encuadrar en determinada función. Cfr. Coffa, Alberto, “La tradición semántica de Kant a Carnap”, UAM-Iztapalapa, México 2005, pp. 243-287. Sin embargo, sí es importante mencionar que las proposiciones elementales son similares a las funciones de primer orden de Frege y que son éstas a las que son atribuibles los valores de verdad. Esto es relevante para esclarecer lo que es una tautología.

<sup>91</sup> Ibid. p. 45. Las funciones de dos argumentos, son relaciones.

<sup>92</sup> Ibid. p. 34.

<sup>93</sup> Ibid. pp. 43-44.

<sup>94</sup> Ibid. p. 53. No deja de ser un poco contradictorio que el signo sea una función, pero no sea ni objeto ni relación, que son los dos tipos de funciones de primer orden.

<sup>95</sup> Ibid. p. 54.

Sin embargo, el hecho de que determinado signo tenga sentido, no implica que necesariamente le corresponda una referencia. “La expresión ‘la serie menos convergente’ tiene un sentido; pero se demuestra que no tiene referencia, puesto que para cada serie convergente puede encontrarse otra menos convergente, pero que, no obstante, es convergente. Así pues, por el hecho de que se conciba un sentido, no se tiene con seguridad una referencia”<sup>96</sup>.

Frege distingue también el sentido y la referencia de la representación, para abandonar toda implicación de psicologismo<sup>97</sup>.

Ahora, aun cuando un signo implica siempre un sentido, pero este no necesariamente corresponde con algún referente, Frege se opone a excluirlo del concepto general de signo, porque, a su juicio, el sentido perdería todo sustento y, por ende, dejaría de ser tal<sup>98</sup>.

Esta cuestión está estrechamente relacionada con la necesidad de introducir a la lógica y a las matemáticas, criterios que aseguren la posibilidad de asignar predicados con valores veritativos. Por ejemplo, el enunciado “Ulises fue dejado en Ítaca”, indudablemente tiene sentido, pero es dudoso que el signo “Ulises” tenga referencia, pero también es dudoso que lo tenga el enunciado entero, de donde se sigue que, si alguien piensa que “Ulises” tiene referente, entonces considerará que el enunciado puede ser verdadero o falso; “pues es justamente de la referencia de este nombre de lo que se afirma o se niega el predicado. Quien no

---

<sup>96</sup> Ibid. pp. 54-55.

<sup>97</sup> Ibid. pp. 56-57. Si la referencia de un signo es un objeto sensiblemente perceptible, la representación que yo tengo de él es entonces una imagen interna formada a partir de recuerdos de imprecisiones sensibles que he tenido, y de actividades que he practicado, tanto internas como externas [...] La representación es subjetiva: la representación de uno no es la del otro [...] Por eso se diferencia la representación esencialmente del sentido de un signo, el cual puede ser una propiedad común de muchos y que, por tanto, no es parte o modo de la mente individual; pues ciertamente no se podrá negar que la Humanidad tiene un tesoro común de pensamientos, que transmite de una generación a otra [...] La referencia de un nombre propio es el objeto mismo que designamos con él; la representación que tenemos entonces es totalmente subjetiva; entre ambas se halla el sentido, que ciertamente ya no es subjetivo, como la representación, pero, con todo, tampoco es el objeto mismo.

<sup>98</sup> Ibid. p. 59.

admira una referencia ni podrá afirmar ni negar de ella un predicado”<sup>99</sup>. Aún más, se requiere la asunción de un referente, aun cuando a la postre sea falsa<sup>100</sup>.

En conclusión, el signo en Frege es una función que se encuentra desvinculada de las psiques, pero no del mundo, aunque eso tiene relación a que el signo, tal como lo estudia el lógico alemán, se encuentra en discursos de verdad, como la lógica y la matemática.

### **I.3.1.2 La tradición de Saussure**

#### **I.3.1.2.1 Saussure**

El concepto de signo del semiólogo ginebrino deriva precisamente de su pensamiento sobre el circuito del habla. Así, si este implicaba que en sus extremos estuvieran ubicados dos psiques y en éstas se asocian los elementos intermedios, entonces “lo que el signo lingüístico une no es una cosa y un nombre, sino un concepto y una imagen acústica”<sup>101</sup>.

Saussure establece que el signo lingüístico vincula un contenido mental con una percepción, no con una cosa extrasemiológica (que naturalmente, se encuentra mediada por su percepción y representación)<sup>102</sup>. El signo, entonces, es una noción diádica, que asocia el concepto mental y el de la percepción; donde la segunda es una huella en la psique que permite desembocar en el concepto mental; por tanto, el signo “es, pues, una entidad psíquica de dos caras, que puede representarse por la siguiente figura:

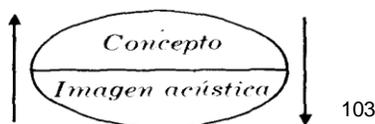
---

<sup>99</sup> Ibid. p. 61.

<sup>100</sup> Esta es la respuesta de Frege al problema clásico sobre la veracidad de la proposición “El actual Rey de Francia es calvo”. Sin control sobre la relación de la frase “Rey de Francia actual”, entonces se cae en una paradoja: si es falsa, entonces la contraria es verdadera, es decir, que “El actual Rey de Francia no es calvo”, lo que, empero, es contradictorio con el estado actual de cosas, en el cual Francia es una República.

<sup>101</sup> Saussure, op. cit. p. 91.

<sup>102</sup> “La imagen acústica no es el sonido material, cosa puramente física, sino su huella psíquica, la representación que de él nos da el testimonio de nuestros sentidos; esa imagen es sensorial, y si llegamos a llamarla «material» es solamente en este sentido y por oposición al otro término de la asociación, el concepto, generalmente más abstracto.” Id.



Esta definición plantea la cuestión terminológica de cómo llamar a cada uno de los planos, así como al resultado de su conjunción. Saussure llama “*signo* a la combinación del concepto y de la imagen acústica”<sup>104</sup>, es decir, al conjunto de los dos planos, mientras que reemplaza “concepto” por “significado” e imagen acústica, por *significante*<sup>105</sup>. El primero es el plano del contenido y el segundo, el plano de la expresión<sup>106</sup>.

Por otro lado, la relación entre ambos planos del signo es arbitraria, por cuanto no existe correspondencia directa entre ambos<sup>107</sup>. Por ejemplo, el sonido representado por “perro” carece de relación directa o indirecta (aun asumiendo que fuera onomatopéyica), con el concepto mental “animal doméstico del género canino”; por tanto, “todo medio de expresión recibido de una sociedad se apoya en principio en un hábito colectivo o, lo que viene a ser lo mismo, en la convención.”<sup>108</sup>

Saussure observa que la palabra “arbitrario” no debe asociarse con que el *significante* depende de la libre elección del hablante, sino que “es *inmotivado*, es decir, arbitrario con relación al significado, con el cual no guarda en la realidad ningún lazo natural [...] Si, con relación a la idea que representa, aparece el

<sup>103</sup> Ibid. p. 92. Es preciso mencionar que esta definición se da respecto del signo lingüístico; sin embargo, ello no impide extenderla al signo en general, dado que si Saussure restringe su noción a lo lingüístico, es porque principalmente se abocó al estudio de la lengua y se limitó a “profetizar” la semiología, como ciencia que absorbería la lingüística.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> Cfr. p. 92.

<sup>106</sup> El *significante*, por ser de naturaleza perceptiva (auditiva en el caso del lenguaje hablado), “se desenvuelve en el tiempo únicamente y tiene los caracteres que toma del tiempo: a) *representa una extensión*, y b) *esa extensión es mensurable en una sola dimensión*; es una línea”, es decir, su estudio de enfoca principalmente en el eje del sintagma y está, por ende, cercano al habla (*parole*)<sup>106</sup>.

<sup>107</sup> Id.

<sup>108</sup> Id.

significante como elegido libremente, en cambio, con relación a la comunidad lingüística que lo emplea, no es libre, es impuesto.”<sup>109</sup>

Determinado el carácter inmotivado del signo, Saussure lo opone con el símbolo, que tendrá como nota distintiva ser motivado. “El símbolo tiene por carácter no ser nunca completamente arbitrario; no está vacío: hay un rudimento de vínculo natural entre el significante y el significado. El símbolo de la justicia, la balanza, no podría remplazarse por otro objeto cualquiera, un carro, por ejemplo.”

Por tanto, para Saussure el signo es una entidad objetiva (intangibles para los hablantes), real, inmotivada y diádica, que asocia un plano de contenido con uno de expresión, que adquiere la característica de un valor de oposición respecto de los demás signos, para constituir sistemas semiológicos, específicamente, la lengua. Asimismo, el signo se distingue del símbolo solamente por su carácter inmotivado o arbitrario.

#### **I.3.1.2.2 Barthes**

Barthes retoma el concepto de signo de Saussure, pero lo complementa, para establecer su carácter dinámico y operativo, es decir, lo considera una función.

Refiere que los autores sobre el tema, normalmente identifican como signos los términos “señal”, “indicio”, “ícono”, “símbolo” y “alegoría”, por lo que procede a establecer qué tienen en común, antes de pronunciarse sobre la cuestión<sup>110</sup>. Establece Barthes, que un primer punto convergente de esos términos es el carácter relacional entre dos planos, por lo que no puede ser el criterio para distinguirlos.

El signo es una función, y los términos que se asocian a él, se determinan por oposiciones, es decir, por diferencias. Este concepto es similar al de lengua como sistema de oposiciones de valores.

---

<sup>109</sup> Ibid. p 94 y 97.

<sup>110</sup> Cfr. Barthes, op. cit. p. 36.

Para Barthes, el signo “está compuesto por un significante y un significado. El plano de los significantes constituye el plano de la expresión y el de los significados el plano del contenido.”<sup>111</sup>

Pero no se queda allí, sino que hace suya la complementación que efectuó Hjelmslev respecto a cada plano. Según el lingüista danés, en cada uno de estos planos existen dos estratos: forma y sustancia. “La forma es lo que puede ser descrito exhaustiva y simplemente, y con coherencia (criterios epistemológicos), por la lingüística, sin recurrir a ninguna premisa extralingüística; la sustancia es el conjunto de los aspectos de los fenómenos lingüísticos que no pueden ser descritos sin recurrir a premisas extralingüísticas”<sup>112</sup>.

Los dos estratos se encuentran en cada uno de los planos, de tal forma que existe un estrato formal de la expresión y uno del contenido, así como un estrato sustancial de la expresión y uno del contenido. El estrato sustancial de la expresión es, por ejemplo, la sustancia fónica, articuladora, no funcional, de la que se ocupa la fonética; el estrato formal de la expresión está constituido “por las reglas paradigmáticas y sintácticas”; el estrato sustancial de contenido es “por ejemplo, los aspectos emocionales, ideológicos o simplemente conceptuales del significado, su sentido ‘positivo’”; y el estrato formal del contenido “es la organización formal de los significados entre sí, por ausencia o presencia de una marca semántica”<sup>113</sup>.

Con esto, Barthes está listo para exponer su concepción del signo semiológico. Toma por modelo, al igual que Saussure, al signo lingüístico, y establece que ambos son iguales en cuanto a su composición diádica de significante y significado, pero distintos en el nivel de las sustancias, pues los sistemas semiológicos ajenos al lingüístico, “tienen una sustancia de la expresión cuyo ser no se encuentra en la significación; son frecuentemente objetos de uso, conducidos por la sociedad hacia finalidades de significación: la ropa sirve para protegerse, el alimento sirve para alimentarse, por más que también sirvan para

---

<sup>111</sup> Id.

<sup>112</sup> Ibid. pp. 39-40.

<sup>113</sup> Ibid. p. 40.

significar”<sup>114</sup>. A los signos semiológicos que están sustancialmente vinculados con su finalidad de uso, los denomina funciones signo<sup>115</sup>, por lo que es claro que en este punto, Barthes no emplea la palabra “función” en el sentido lógico del término.

Así, Barthes dinamiza el concepto de signo de Saussure y los extiende a todos los ámbitos de la sociedad. El signo, pues, es una entidad dinámica y operacional, que encuadra en el concepto de función de la lógica fregeana.

Para Barthes, el signo carece de relación directa tanto con el mundo como con la psique de sus destinatarios. Es una entidad objetiva y social, que segmenta el mundo y, aunque puede ser significativo sólo sobre la base de la existencia de psiques, no las requiere, pues lo relevante de la significación (que es parte del signo) es lo decible (λεκτον)<sup>116</sup>.

### **I.3.1.3 La tradición de Peirce**

#### **I. 3.1.3.1. Peirce**

Lillian van der Walde Moheno<sup>117</sup> sostiene que Peirce nunca elaboró una teoría sígnica propiamente dicha, sino que durante un largo periodo elaboró esbozos y postulados, corregidos constantemente; por eso, en este trabajo se

---

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> Ibid. p. 41.

<sup>116</sup> “En lingüística, la naturaleza del significado ha dado lugar a discusiones que versaron principalmente sobre su grado de ‘realidad’. Sin embargo, todos están de acuerdo en insistir sobre el hecho de que el significado no es ‘una cosa’, sino una representación psíquica de la cosa [...] Pero estas discusiones siguen impregnadas de psicologismo, y sería preferible tal vez seguir el análisis de los estoicos. Estos distinguían cuidadosamente la φαντασια λογικη (representación psíquica), el τυγχανον (la cosa real) y el λεκτον (lo decible). El significado no es ni la φαντασια λογικη ni el τυγχανον sino el λεκτον. Ni acto de conciencia ni realidad, el significado no puede ser definido más que en el interior de un proceso de significación, de una manera casi tautológica: es ese ‘algo’ que el que emplea el signo entiende por él. Se llega de esta manera a una definición puramente funcional: el significado es uno de los dos relata del signo; la única diferencia que lo opone al significante es que éste es un mediador. La situación no sería en lo esencial diferente en semiología [...]” Ibid. pp. 41-42.

<sup>117</sup> Walde van der, Lillian. “Aproximación a la semiótica de Peirce”, en Acciones Textuales Revista de Teoría y Análisis, Universidad Autónoma Metropolitana, número 2, año 1, México, 1990, pp. 89-113.

aludirá a su teoría a partir de los estudios de dicha autora, Daniel Chandler<sup>118</sup> y de Umberto Eco.

### En palabras de Peirce

A sign . . . [in the form of a *representamen*] is something which stands to somebody for something in some respect or capacity. It addresses somebody, that is, creates in the mind of that person an equivalent sign, or perhaps a more developed sign. That sign which it creates I call the *interpretant* of the first sign. The sign stands for something, its *object*. It stands for that object, not in all respects, but in reference to a sort of idea, which I have sometimes called the *ground* of the representamen<sup>119</sup>

El signo, entonces, tiene tres componentes: el representamen, es decir, aquello que está para alguien en lugar de algo conforme a algún aspecto o capacidad, por cuanto crea en la mente del destinatario un signo equivalente o, incluso, uno más desarrollado; el objeto, que es aquello en lugar de lo cual está el representamen (referente); y el representante, que es el signo creado en la mente del destinatario, que puede ser equivalente o más complejo que el signo que creó el interpretante en la mente del destinatario.

La definición anterior es dinámica. Se alude en ella a dos signos, pero no pueden considerarse diferentes pues lo que los identifica como tales es la relación mutua de implicación que tienen: se define el signo, pero se incluyen dos signos en la definición. Sin embargo, no es una tautología: más que una definición, la postura de Peirce es una descripción de un proceso que toma sus propios productos como elementos para operar, es decir, es recurrente y, en cuanto refiere a sus propios resultados y a las condiciones que lo hacen posibles, es autorreferente.

Veamos más de cerca. El representamen es cualquier cosa que se encuentra en lugar de algo más. En este punto, el representamen parece coincidir con el plano de la expresión de la definición saussuriana: es un vehículo sógnico<sup>120</sup>. Pero Peirce va más allá. El representamen no sólo está en lugar de

<sup>118</sup> Chandler, Daniel. "Semiotics. The basics", Taylor & Francis Group, Nueva York, 2a. ed. 2007, pp. XVIII-307.

<sup>119</sup> Citado por Chandler, op. cit. p.29

<sup>120</sup> Es importante precisar la trascendencia de distinguir el signo, como proceso dinámico triádico, respecto del vehículo sógnico (representamen o signifiante), pues con frecuencia se los confunde, incluso en ámbitos académico. El vehículo sógnico es, por decirlo en palabras simples, la materialidad perceptible que remite a algo más, no es el signo, sino parte de él. Por ejemplo,

algo más, sino que lo está *para alguien*. El representamen se desdobra necesariamente en un proceso, en un movimiento hacia algo más. Ese algo más, es otro signo, llamado interpretante, el cual se genera en la mente del destinatario, por virtud del representamen-objeto inicial, es decir, no por voluntad o capricho del destinatario, sino en razón del representamen-objeto inicial.<sup>121</sup>

Signo es, entonces, una operación triádica, más que una entidad u objeto. Contiene dos signos: el representamen-objeto y el interpretante, pero estos sólo pueden considerarse signos en tanto se encuentren en relación necesaria. El signo es una función de tres variables<sup>122</sup>.

En palabras de Chandler, “to qualify as a sign, all three elements are essential. The sign is a unity of what is represented (the object), how it is represented (the representamen) and how it is interpreted (the interpretant)”<sup>123</sup>, es decir, los tres elementos, representamen, objeto e interpretante, que a su vez es una operación de dos elementos, representamen-objeto, que remite necesariamente a otro interpretante, son esenciales para la noción de signo, la cual, por ser precisamente una operación recursiva (representamen-objeto-interpretante-representamen-objeto-interpretante...), es una función.

En palabras de Roman Jakobson, para Peirce “the meaning of the sign is the sign it can be translated into”<sup>124</sup>, es decir, el significado del signo es el signo al cual puede ser traducido.

La interacción operativa del signo es denominada “semiosis” por Peirce<sup>125</sup>, concepto que tomó Morris para desarrollar las ramas de la semiótica, según se ha desarrollado en este mismo trabajo.

Chandler menciona que The term ‘sign’ is often used loosely, so that this distinction is not always preserved. In the Saussurean framework, some references to ‘the sign’ should be to the *signifier*, and similarly, Peirce himself frequently mentions ‘the sign’ when, strictly speaking, he is referring to the *representamen*.” Ibid. p. 30.

<sup>121</sup> Según Van der Walde, “es posible decir que el signo obliga a que se presente una imagen, idea o sensación en la mente de una persona; efecto éste que es el signo *interpretante*. (En uno de los últimos documentos de Peirce, el autor se incomoda al tener que hacer intervenir la idea de “personal”. Pero lo hace porque –según señala-- “desespera” por lograr que se comprenda su propia concepción “más amplia””Op. cit. p. 92.

<sup>122</sup> Supra. Frege.

<sup>123</sup> Chandler, op. cit. 29.

<sup>124</sup> Id.

<sup>125</sup> Ibid. p. 30

Si bien el significante de la teoría de Saussure es igual al representamen de la teoría peirciana, no se puede decir lo mismo de los términos significado e interpretante. El significado en Saussure es la representación mental que es referida por el significante; mientras que en Peirce, el interpretante es un signo más, creado en la mente del destinatario, por virtud de la primera relación representamen-objeto.<sup>126</sup>

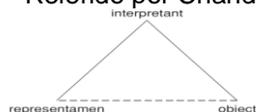
Por estas razones, la concepción de signo de Peirce es representada por un triángulo; sin embargo, Floyd Merrell, sostiene que la forma triangular no es precisamente la mejor para mostrar la estructura triádica, sino sólo una estructura diádica de tres vías: el signo es una función triádica<sup>127</sup>.

Ahora, en cuanto a la relación entre el representamen-objeto y el interpretante, Peirce rechaza la ecuación de “contenido” y “significado”: el significado no se encuentra dentro del signo primario, es decir, de la relación representamen-objeto, sino que sólo emerge a partir de la clarificación operada por el segundo signo, el interpretante. El significado no está dentro del signo, no está por debajo ni detrás de él: la relación representamen-objeto no supone un significado, sino que lo propone en cuanto exige un segundo signo (el interpretante), que lo precise. El significado es interpretación<sup>128</sup>: Peirce establece que la determinación del significado se da gracias al interpretante, sin referir directamente al intérprete, aun cuando este implícitamente se encuentra en la relación<sup>129</sup>, pero forzado por la semiosis. Por tanto, esta es un proceso intersubjetivo, en el cual los intérpretes son requeridos como extremos de la función sígnica, no como su contenido. Los intérpretes no son una variable de la función, sino un elemento externo que es precisado por ésta como una de sus condiciones de posibilidad.

---

<sup>126</sup> Cfr. Id.

<sup>127</sup> Referido por Chandler, id. 30. Esto se puede expresar con el siguiente esquema:



La línea punteada significa la relación no necesaria y oculta entre el representamen y el objeto. Cfr. Id.

<sup>128</sup> Cfr. Id.

<sup>129</sup> Id.

Pero volvamos a la relación representamen-objeto. Se dijo que ésta no se da a nivel externo, que es donde se da la semiosis, porque el objeto siempre está oculto, aunque la relación que apunta hacia él sí está a la vista.

Eco menciona que, en Peirce, “el interpretante ya no es una idea, sino un segundo signo. Si subsiste alguna idea, ésta es la idea del segundo signo, que debe tener su propio representamen independientemente de esa idea. Además, la idea interviene aquí para reducir la haecceitas de ese objeto dado: este objeto es tal sólo en cuanto se le piensa según determinado aspecto. Se le piensa como abstracción, como modelo de una experiencia posible”<sup>130</sup>.

El objeto del signo no es una cosa necesariamente actual, por lo cual se puede decir que basta para que exista un signo, que su objeto sea posible o virtual, no es necesaria su actualidad presente. Incluso podría decirse que el signo existe para que no sea necesaria esa actualidad presente, pues para qué se requeriría significar algo si ese algo estuviera claramente presente tanto como percepción como con idea.

Aún más, el objeto inmediato del signo no debe confundirse nunca con lo que posteriormente se denominó referente. El signo no tiene relación con sus condiciones de verdad. La veracidad del signo, es decir, la corrección de la relación representamen-objeto, determinada conforme a ciertos requisitos<sup>131</sup>, no es una condición necesaria del signo, sin más bien, por el contrario, la corrección de esa relación sólo es determinable porque la estructura del signo implica que la relación entre representamen y objeto implica la virtualidad de este último. Como dice Eco, la semiótica, como ciencia del signo, es la disciplina que trata todo aquello que puede ser usado para mentir.

---

<sup>130</sup> Eco, Umberto. “Lector in fabula”, Lumen, Barcelona, 5ª ed. 2005, p. 43. Traductor: Ricardo Pochtar. Haecceitas es “estidad” o “aquidad”, es decir, la abstracción de “esto” o “aquí”. Esta palabra se forma de manera muy similar a como Heidegger emplea el “Da” para formar conceptos filosóficos como “Dasein”.

<sup>131</sup> Esos requisitos son códigos, es decir, hay códigos que establecen condiciones para determinar la verdad o falsedad de signos y de relaciones. A su vez, esos códigos no tienen relaciones necesarias con la verdad, lo cual explica la existencia de cambios científicos (revoluciones científicas, según T.S. Kuhn, en “La estructura de las revoluciones científicas, Fondo de cultura económica, México, 1978. Título original: *The Structure of scientific revolutions*”, así como de las estructuras epistémicas de época a época. Véase también Foucault, Michel. “Las palabras y las cosas”, Siglo XXI, México, 32 ed., 2005, pp. VII-375. Título original: *les mots et les choses, une archéologie des sciences humaines*. Traducción Elsa Cecilia Frost.

Por tanto, si la relación representamen-objeto no implica la actualidad del segundo (haecceitas), sino su virtualidad, entonces “el objeto no es, necesariamente, una cosa o un estado del mundo: es más bien una regla, una ley, una descripción (podríamos decir: una instrucción semántica). Es la descripción operativa de una clase de experiencias posibles)”<sup>132</sup>.

Por tanto, si la relación representamen-objeto no implica la actualidad del segundo (haecceitas), sino su virtualidad, entonces “el objeto no es, necesariamente, una cosa o un estado del mundo: es más bien una regla, una ley, una descripción (podríamos decir: una instrucción semántica). Es la descripción operativa de una clase de experiencias posibles)”<sup>133</sup>.

De hecho, según Eco, Peirce trata de dos tipos de objetos: el inmediato, que es al que nos hemos venido refiriendo y, por tanto, es uno de los elementos del signo, y el dinámico, que es más bien la condición general de la existencia de la semiosis, algo similar, aunque no igual, al noumeno kantiano.

Peirce sostiene que el objeto inmediato es “el objeto tal como el signo mismo lo representa, cuyo Ser depende, pues, de la Representación que de él se da en el Signo”; mientras que el objeto dinámico es aquello “que de alguna manera obliga a determinar el signo por su representación”<sup>134</sup>.

Para entender mejor lo anterior, es preciso referir al concepto de *ground* o fundamento en Peirce.

Recuérdese la definición de signo de Peirce: el representamen “is something which stands to somebody for something in some respect or capacity”, es decir, es algo que está en lugar de otra cosa en algún aspecto o capacidad. El representamen no está en lugar de todo el objeto, sino sólo en cuanto a un aspecto o capacidad: el signo selecciona qué partes o aspectos del objeto se representan a través de él. El fundamento o *ground* es precisamente esa

---

<sup>132</sup> Eco, Lector in Fabula, op. cit. p. 44.

<sup>133</sup> Eco, Lector in Fabula, op. cit. p. 44.

<sup>134</sup> Citado por Eco, id.

selección, es el aspecto o capacidad del objeto respecto que es traído por el representamen<sup>135</sup>.

Por tanto, un signo se refiere a su fundamento “a través de su objeto o del carácter común de esos objetos”<sup>136</sup>, es decir, por medio del objeto inmediato y su relación con el interpretante, se accede al *ground* o base, es decir, a la condición de posibilidad y de anclaje del signo con lo extrasemiótico. El signo no tiene una relación inmediata con la realidad, lo que no significa que carezca de relación con él.

Por tanto, “el *ground* es un atributo del objeto en la medida en que dicho objeto se ha seleccionado de determinada manera y sólo algunos de sus atributos se han elegido como pertinentes para la construcción del objeto inmediato del signo”<sup>137</sup>.

Así, según Eco, “podría decirse que no hay mucha diferencia entre el significado (como suma de *grounds*) y el interpretante, porque un significado sólo puede describirse mediante interpretantes. El interpretante es entonces el medio para representar, mediante otro signo (/man/ igual a /hombre/), lo que de hecho el representamen selecciona en un objeto determinado (vale decir, su *ground*)”<sup>138</sup>.

Sin embargo, la diferencia entre fundamento del signo e interpretante tiene sentido. En palabras de Eco, la ambigüedad entre interpretante y fundamento, desaparece “si se considera que la noción de *ground* permite distinguir entre objeto dinámico (el objeto en sí en cuanto obliga al signo a determinarse por su representación) y el objeto inmediato, mientras que el interpretante permite determinar cuál es la relación entre el representamen y el Objeto Inmediato”<sup>139</sup>.

Por tanto, la relación interna del signo, vinculada a la realidad, es la siguiente:

El objeto dinámico provoca o motiva al representamen. Este requiere un interpretante que clarifique su relación con el objeto inmediato, el cual, por ende,

---

<sup>135</sup> Van der Walde dice: “El signo, como se ha dicho, representa a su objeto, pero no lo hace bajo todos los aspectos, sino que está en lugar de él sólo con referencia a una suerte de idea. A esta idea Peirce la llama *fundamento* del representamen.” Op. cit. p. 91.

<sup>136</sup> Citado por Eco, id.

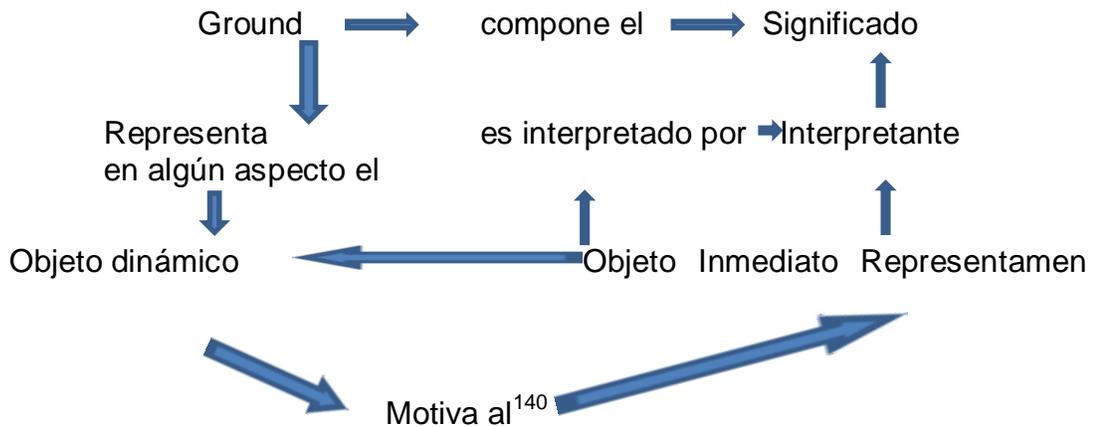
<sup>137</sup> Ibid. 45.

<sup>138</sup> Ibid. p. 47.

<sup>139</sup> Id.

es interpretado por el interpretante. El representamen está en lugar del objeto inmediato conforme a un aspecto o capacidad, es decir, conforme a un fundamento. El fundamento es la selección semiótica de ese aspecto o capacidad que distingue al objeto inmediato; por tanto, el fundamento compone el significado que, a su vez, se relaciona con el interpretante. El fundamento efectúa la selección que identifica al objeto inmediato como parte del signo, a partir de la condición de posibilidad última de éste, el objeto dinámico.

Esto es representado por Eco, por medio del siguiente cuadro:



De esta manera, el signo “empobrece”, pues implica una selección de aspectos relevantes del objeto dinámico para establecer su objeto inmediato. El signo o, mejor dicho, la semiosis, moldea y determina su objeto desde una selección operada a través del interpretante; es decir, usando términos de Hjelmslev, segmenta y precisa el continuo sobre el que se forma. Así, el interpretante se convierte en la puerta de salida del signo hacia todos los hechos conocidos respecto de ese objeto, bajo el entendido de que, al ser un signo, la salida se dirige hacia un espacio semiótico, no real<sup>141</sup>.

Por tanto, el signo no tiene una relación inmediata con la realidad, sin que ello signifique que carezca de relación en lo absoluto. Sólo se descartan las

<sup>140</sup> Id.

<sup>141</sup> En palabras de Eco, “esto hace que, apenas nombramos la realidad, ya sea por medio de la lengua verbal, ya sea por el pobre código del bastón de ciego, empobrecemos nuestra experiencia; éste es el precio que debemos pagar para poderla comunicar” Eco, Umberto. “La estructura ausente”, ed. Lumen, México, 2005, pp. 446. Título original: “La struttura assente”. Traducción de Francisco Serra Cantarell.

concepciones ingenuas que consideran que el signo y, por tanto, la semiosis, se relacionan directamente con la realidad.

Otra consecuencia inevitable del concepto de semiosis de Peirce es que el intérprete no es un elemento necesario del interpretante, porque este sólo implica necesariamente una vinculación con el sistema de signos: el interpretante es un signo que, a su vez, demanda la generación de otro.

Entonces, la semiosis en Peirce es un proceso autorreferente, pues se incluye parcialmente en su propia definición, por cuanto alude en ella a dos signos (que a su vez son semiosis), pero no pueden considerarse diferentes pues lo que los identifica como tales es la relación mutua de implicación que tienen: se define el signo, pero se incluyen dos signos en la definición. Pero no es una tautología: más que una definición, la postura de Peirce es una descripción de un proceso que toma sus propios productos como elementos para operar, es decir, es recurrente y, en cuanto refiere a sus propios resultados y a las condiciones que lo hacen posibles, es autorreferente.

Sin embargo, autorreferencia no significa cerrazón ni solipsismo. El signo tiene su fundamento en una selección mediada de aspectos extrasemióticos, es decir, del Objeto Dinámico. El signo es una diferencia, tanto interna, como externamente: es una función compleja, de tres variables inexorablemente unidas, que se funda en una diferencia radical con el objeto dinámico, diferencia que no se excluye, sino que se asume internamente en el Objeto Inmediato.

Pero también el signo es una diferencia respecto de sus interpretantes. En la definición y noción de semiosis no se requiere al Objeto Dinámico ni a los intérpretes, es decir, estos no forman parte de la operación o función de semiosis como elementos internos o variables. En palabras de Eco: "el interpretante no es el intérprete del signo (aunque ocasionalmente Peirce parezca justificar tan deplorable confusión). El interpretante es lo que garantiza la validez del signo aun en ausencia del intérprete"<sup>142</sup>.

Esto lleva a una conclusión más: el signo en Peirce es también arbitrario o inmotivado en relación con el objeto Dinámico y el objeto Inmediato, pues con el

---

<sup>142</sup> Eco, Tratado, op. cit. p. 114.

primero hay una vinculación mediada por una selección que empobrece y el segundo es el resultado de esa selección; pero si en esto coincide con Saussure, difiere de él tanto en la concepción mucho más dinámica y compleja de signo, como en no admitir la diferencia entre signo y símbolo, pues ambos, como semiosis, carecen de motivación.

Es preciso mencionar que, aun cuando todas las conclusiones anteriores se derivan de la concepción de Peirce, en realidad se precisan por la mediación de los autores que hemos citado en este capítulo, especialmente Umberto Eco.

### **I. 3.1.3.2. Eco**

Como se ha visto, el concepto de signo en Peirce es muy amplio, pues incluye casi cualquier cosa que esté en lugar de otra. Esta noción la hace propia Eco, cuando dice que “signo es cualquier cosa que pueda considerarse como sustituto de otra cosa”<sup>143</sup>, pero la precisa al excluir las señales de la noción de signo<sup>144</sup>.

Umberto Eco postula, siguiendo a Hjelmslev, abandonar el nombre “signo” para sustituirlo por el de función semiótica. “Existe función semiótica, cuando una expresión y un contenido están en correlación y ambos elementos se convierten en funtivos de la correlación”<sup>145</sup>.

El semiólogo italiano, observa que la señal es la unidad pertinente de un sistema que puede convertirse en un sistema de expresión correlativa a un contenido, pero que puede ser también perteneciente a un sistema de elementos físicos. “Una señal puede ser un estímulo que no signifique nada pero cause o provoque algo; pero cuando se la usa como el antecedente reconocido de un consecuente previsto, en ese caso se la admite como signo, dado que está en lugar de su consecuente (ya sea para el emisor o para el destinatario)”, por tanto,

---

<sup>143</sup> Eco, Umberto. “Tratado de Semiótica General”, op. cit. p. 22.

<sup>144</sup> Eco es consciente de la amplitud del concepto de signo que sostiene, siguiendo en lo general a Peirce, así como de las críticas en su contra, por lo que dedica un capítulo de su libro “Semiótica y Filosofía del Lenguaje”, editorial Lumen, Barcelona, 1990. Título original: *Semiotica e filosofia del linguaggio*. Traducción: Helena Lozano. Remitimos a esa obra.

<sup>145</sup> *Ibid.* p. 83. La palabra “correlación” está relacionada con la teoría del Código de Eco, que se verá más adelante.

“un signo está constituido siempre por uno (o más) elementos de un plano de la expresión, colocados convencionalmente en correlación con uno (o más) elementos de un plano del contenido. Siempre que exista correlación de ese tipo, reconocida por una sociedad humana, existe signo”<sup>146</sup>.

De lo anterior, derivan dos consecuencias:

1. El signo no es una entidad física, pues no es una señal; sin embargo, tiene un componente material, que es el elemento pertinente de la expresión, seleccionado previamente conforme a un código.

2. El signo no es una entidad semiótica fija, “sino el lugar del encuentro de elementos mutuamente independientes, procedentes de dos sistemas diferentes y asociados por una correlación codificadora. Hablando con propiedad, no existen signos, sino funciones semióticas”<sup>147</sup>.

Por ende, el signo deja de ser unidad fija, para asimilarse al concepto de Peirce: como función semiótica, la noción ingenua de signo “se disuelve en un retículo de relaciones múltiples y mutables”<sup>148</sup>, es decir, el signo deja de ser idéntico a sí mismo. No es un objeto, es operación. Es varias diferencias<sup>149</sup>.

El signo es una función y, como tal, un proceso interno, que se proyecta hacia otros signos a través del interpretante, para generar la *posibilidad* de una semiosis ilimitada<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Id.

<sup>147</sup> Ibid. p. 84.

<sup>148</sup> Ibid. p. 85.

<sup>149</sup> Sin apartarse demasiado del concepto de Peirce, Eco refiere que “el signo (o la función sígnica) aparece como la punta emergente y reconocible de un reticulado de uniones y disyunciones abierto siempre a una ulterior combinatoria. El signo lingüístico no es una unidad del sistema de significación sino una unidad reconocible del proceso de comunicación” Eco, Umberto. “Semiótica y Filosofía del Lenguaje”, op. cit. p. 31.

<sup>150</sup> Cfr. Tratado, op. cit. pp. 114-120. El concepto de semiosis ilimitada, que parte de la conexión entre signos a partir de sus interpretantes que, a priori, no puede asumirse con un fin, tiene por lo menos un punto de intersección con la postura de Gadamer del siguiente texto: “Una interpretación definitiva parece ser una contradicción en sí misma. La interpretación es algo que siempre está en marcha, que no concluye nunca. La palabra interpretación hace pues referencia a la finitud del ser humano y a la finitud del conocimiento humano, es decir, que la experiencia de la interpretación

Eco precisa y desarrolla el carácter autorreferente de la concepción peirciana de semiosis, específicamente del papel que juega en ella el interpretante: “la fertilidad de esta categoría viene dada por el hecho de que nos muestra que la significación (y la comunicación), mediante desplazamientos continuos, que refieren a un signo a otros signos o a otras cadenas de signos, circunscriben la unidades culturales, sin llegar a tocarlas directamente, pero volviéndolas de hecho accesibles a través de otras unidades culturales<sup>151</sup>. Así, una unidad cultural no pide nunca que se la sustituya por algo que no sea una entidad semiótica, sin por ello exigir que se la explique mediante una entidad platónica ni en una realidad física. La semiosis se explica por sí misma<sup>152</sup>.

Esta precisión de Eco, lo lleva a apartarse parcialmente del concepto peirciano. Menciona el semiótico italiano, que ese triángulo (así como los de Ogden y Richards, y Frege), están estructurados de tal manera que se incluye en el concepto de signo la necesidad de un referente: en el caso de Peirce el referente encuadraría en el concepto de objeto, lo cual es contrario a la autorreferencialidad del signo. Esos triángulos son útiles para una teoría de la referencia (que también es semiótica), no para una de los códigos<sup>153</sup>.

Sin embargo, como ya se vio en el subcapítulo dedicado al signo en Peirce, y el mismo Eco reconoce en *Lector in Fabula*, el filósofo norteamericano también sentó las bases para excluir al objeto como referente, de la función semiótica, pues distingue entre objeto inmediato del signo y el objeto dinámico, a la vez que sostiene que el objeto inmediato siempre está oculto por la relación entre representamen e interpretante.

Por tanto, con el pensamiento de Eco, confirmamos que la semiosis o función semiótica, es un proceso dinámico de interconexión con otras funciones, autorreferente mas no solipsista, que excluye de su definición tanto al mundo

---

contiene algo que no se daba en la autoconciencia anterior, cuando la hermenéutica era atribuida a ámbitos especiales y se la aplicaba como una técnica para la superación de las dificultades de los textos difíciles. En aquella época, la hermética era comprensible como teoría del arte; hoy ya no lo es más”. Gadamer, Hans G. “La razón en la época de la ciencia”, Alfa, Barcelona, 1981, p. 115. Título original: *Vernunft un Zeitalter der Wissenschaft*. Traducción de: Ernesto Garzón Valdés.

<sup>151</sup> Infra. Esta cualidad de acercarse sin tocar las unidades culturales, se explicó en el capítulo anterior, cuando se mencionó el carácter oculto del objeto inmediato del signo.

<sup>152</sup> Ibid. p. 118.

<sup>153</sup> Ibid. p. 101.

(objeto dinámico) como al intérprete (psiques), sin que se encuentre cerrada absolutamente ellos.

Asimismo, confirmamos que la función semiótica es una diferencia respecto del Objeto dinámico (“realidad”), a la cual necesariamente implica por lo menos dentro de la teoría del referente (que es parte de la semiótica)<sup>154</sup>, así como una diferencia interna y dinámica entre tres componentes (plano de expresión, significado e intepretante), en el entendido que los componentes son también objeto de diferenciaciones: por ejemplo fonológicas en el caso del plano de expresión; y oposiciones semémicas en el significado (como bien reveló Saussure)<sup>155</sup>. Estas diferencias permiten que la función semiótica sea dinámica, es decir, que sea precisamente una función.

El signo no es idéntico a sí mismo, en este sentido: es al mismo tiempo plano de expresión (que a su vez es objeto de diferenciaciones), plano de contenido (que a su vez es objeto de diferenciaciones) e interpretante (que también es objeto de diferenciaciones). *Es las tres cosas a la vez.*

El signo, entonces, es una función que opera sobre otras tres funciones; por tanto, es una función semiótica de segundo o tercer orden, dependiendo de si las funciones sobre las que opera a su vez sean de primer o segundo orden.

### **I.3.2 Información**

---

<sup>154</sup> No todos los signos tienen relación con el objeto dinámico: por ejemplo, los que en la escolástica se denominaban sincategoremáticos. Sin embargo, la necesidad de hablar de un objeto dinámico para explicar la semiosis en general, puede llevar a que ésta, tomada con cierta independencia de los signos que la conforman, pueda considerarse en su conjunto como una diferencia respecto de la realidad que, como tal, necesariamente la implica. La diferencia no anula una de las partes diferenciadas, sino que las implica a ambas.

<sup>155</sup> Que el signo sea en su base y en su contenido el producto de una diferencia, no pugna, en nuestra opinión, con las reservas expresadas por Eco respecto a la tesis de Derrida de que el signo es pura diferencia y, por tanto, ausencia. Eco sostiene que la ausencia sólo tiene sentido en cuanto algo tenga presencia y viceversa (cfr. *Semiótica y filosofía del lenguaje*, op. cit. pp. 34-36). Sin embargo, cuando nosotros decimos que es diferencia y, por ende, que el signo no es idéntico a sí mismo, referimos precisamente a que implica siempre tanto la ausencia como la presencia: el signo implica la necesidad de ese algo más que es el objeto dinámico y, al mismo tiempo, es la diferencia interna de plano de expresión (significante), significado e interpretante. También es la diferencia de oposiciones que se da en el ámbito semántico, según lo expuso Saussure. El signo es una diferencia que se recurre en el resultado de cada diferencia anterior. Esto se ve con más claridad en el pensamiento de Luhmann que expondremos en los capítulos II y III. Que no nos contradecimos con la postura de Eco, se aprecia más claramente si se observa que este está en contra de concebir el signo como identidad (Ibid. pp. 38-40). El signo es al mismo

Según Greniewski<sup>156</sup>,

la información implica cualquier mensaje, comunicación, permisión, orden o prohibición. Se dice que una entrada (o salida) dada es una entrada (o salida) de información, cuando cada uno de sus estados distinguibles es una información. Se dice que una entrada dada es una entrada de alimentación, en vez de decir que cada uno de sus estados distinguibles es una alimentación. Por alimentación entendemos aquí, una dosis de energía o de masa, relativamente grandes (es decir, grande en comparación con cualquier información). Análogamente consideramos las salidas<sup>157</sup>.

Compatible con las nociones cibernéticas de información, Eco refiere que, “cuando, entre dos acontecimientos, sabemos cuál se producirá, tenemos una información”<sup>158</sup>, bajo la consideración de que ambos tienen, en principio, la misma posibilidad de llegarse a dar. “La probabilidad es la relación entre el número de casos favorables a la realización del acontecimiento y el número de casos posibles”<sup>159</sup>. La información es meramente formal. Es sólo la medida de la relación de equiprobabilidad de actualización entre dos acontecimientos y el número de casos posibles.

La información no puede confundirse con los signos, sino que es solamente un concepto formal medible en bits, que se relaciona con eventos equiprobables. La información no es comunicación, “puesto que lo que nos es comunicado [...] no tiene importancia. Lo que realmente es importante es el número de alternativas necesarias para definir el acontecimiento sin ambigüedades”<sup>160</sup>. Por tanto, la información es mayor mientras más posibilidades de selección haya.

La información parte de una situación inicial de igualdad de posibilidades entre eventos. Esto es denominado entropía por los teóricos de la información. Siguiendo a Wiener, Shannon y Cherry, Eco la define como “el estado de equiprobabilidad a que tienden sus elementos. La entropía se identifica con un

---

<sup>156</sup> Greniewski, H. “Cibernética sin matemáticas”, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1978, pp. 591. Título original: *Cybernetyka Niematematyczna*. Traducción: Eli de Gortari y Ewa Wasilewska.

<sup>157</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>158</sup> Eco, *Estructura Ausente*, op. cit. p. 48.

<sup>159</sup> *Id.*

<sup>160</sup> *Ibid.* p. 51.

estado de desorden, en el sentido de que un orden es un sistema de probabilidades que se introduce en el sistema, para poder prever su evolución”<sup>161</sup>.

### **I.3.3 Código semiótico**

El código semiótico es un reductor de entropía. Su función es limitar las posibilidades de combinación de los elementos, así como su número. “La información de origen disminuye y la posibilidad de transmitir mensajes aumenta”<sup>162</sup>. Así, el código es un sistema de posibilidades sobrepuesto a la igualdad de probabilidades del sistema de origen, regido por la equiprobabilidad entrópica, para facilitar la comunicación.<sup>163</sup>

En primer lugar, deben reducirse las probabilidades del sistema de origen, mediante estrategias formales, como las de la información. De esta forma, se establece un sistema de recurrencias o repeticiones de elementos y se excluyen porciones ingentes de posibles combinaciones. Surge así el código sintáctico, que “es un sistema de reglas puramente sintácticas (establece compatibilidades e incompatibilidades, escoge determinados símbolos como pertinentes y excluye a otros como extraños)”<sup>164</sup>.

Pero el código no sólo establece qué elementos pueden ser combinados y la reglas de combinación, sino que también los relacionan con algo más, es decir, con un plano de contenido que, como más adelante veremos, se conforma de unidades culturales, de segmentaciones y selecciones del continuo externo a la semiosis: la “realidad”. El código no sólo es sintáctico, sino también semántico.

Por otro lado, Eco distingue entre s-códigos y códigos.

La reducción de complejidad se puede efectuar por medio de:

---

<sup>161</sup> Ibid. p. 52.

<sup>162</sup> Ibid. p. 53.

<sup>163</sup> Cfr. Ibid. p. 54.

<sup>164</sup> Ibid. p. 55.

a) “Una serie de señales reguladas por leyes combinatorias internas”<sup>165</sup>, es decir, por lo que antes se denominó sistema sintáctico. Estas reglas conforman un sistema sintáctico<sup>166</sup>.

b) Una serie de estados del continuo segmentado semióticamente, es decir, una “serie de contenidos de una posible combinación”. Este es el sistema semántico<sup>167</sup>.

c) Una serie de posibles respuestas de comportamiento por parte del destinatario. “Desde el punto de vista comunicativo, las respuestas constituyen la prueba de que se ha recibido el mensaje correctamente”<sup>168</sup>. Aunque Eco no nombra este sistema, es claro que es pragmático, según la definición de Morris que se ha expuesto antes en esta tesis.

d) “Una regla que asocia algunos elementos del sistema a) con elementos del sistema b) o del sistema c). Dicha regla establece que determinada serie de señales sintácticas se refiere a [...] determinada segmentación ‘pertinente del sistema semántico; o bien establece que tanto las unidades del sistema semántico como las del sistema sintáctico, una vez asociadas corresponden a determinada respuesta; o que determinada serie de señales corresponde a determinada respuesta, aunque no se suponga que vaya señalada unidad alguna del sistema semántico, etc. Sólo este tipo de complejo de regla puede llamarse con propiedad ‘Código’”<sup>169</sup>.

Los sistemas sintáctico, semántico y pragmático sólo establecen correlaciones entre elementos por lo que, según Eco, propiamente dichos no son códigos, pero como comparten con éstos la característica de reducción de entropía, los reconoce como s-códigos (la “s” es por sistema). Por su parte, los códigos son una suerte de recursión reductora de complejidad que opera relacionando elementos de los sistemas sintáctico, semántico y pragmático. En

---

<sup>165</sup> Tratado de Semiótica General, op. cit. p. 63.

<sup>166</sup> Ibid. p. 64.

<sup>167</sup> Id.

<sup>168</sup> Id.

<sup>169</sup> Ibid. p. 65.

palabras más simples, los códigos son reducciones de complejidad que operan sobre reducciones de complejidad, estas últimas referidas sólo a correlaciones<sup>170</sup>. La comunicación emerge de esta recursión reductora de complejidad.

Por otro lado, debe mencionarse que la reducción recursiva de entropía generada por el código, no la elimina sino que la redirige hacia el interior de la semiosis<sup>171</sup>. El código no limita, sino que promueve la semiosis ilimitada, con el riesgo de entropía interna que eso representa. El código reduce complejidad respecto del entorno de la semiosis, pero es entropía respecto de ésta; por ende, “orden y desorden son conceptos relativos; en relación con un desorden precedente, se es ordenado y se es desordenado respecto a un orden sucesivo”<sup>172</sup>. Los códigos por un lado reducen complejidad y, por otro, la aumentan.

Es preciso mencionar que Eco postula los códigos y las estructuras como modelos construidos para fines teóricos, “en virtud de operaciones simplificadoras que permiten uniformar fenómenos diversos bajo un único punto de vista”<sup>173</sup>, para distanciarse de Saussure y Lévi-Strauss, a quienes atribuye un estructuralismo ontológico.

Por último, debe decirse que, si bien los signos y los códigos que los hacen posibles tienen autonomía respecto del continuo<sup>174</sup> del que surgen, es decir, de la “realidad”, ello no implica, según Eco, que sean puros<sup>175</sup>.

### **I.3.3.1 Códigos fuertes y códigos débiles**

Hemos visto que los códigos reducen complejidad. Si esta reducción de complejidad llega al grado de asignar un solo significado a una determinada expresión o bien se introducen varias reglas cuya aplicación progresiva reduce a

---

<sup>170</sup> Cfr. id.

<sup>171</sup> “El código ha introducido un orden en el interior del sistema físico y ha reducido la posibilidad de información, pero en sí mismo, aunque a escala más reducida, en un sistema de igualdad de probabilidades, respecto a los mensajes que puede originar”. Estructura Ausente, op. cit. p. 57.

<sup>172</sup> Id.

<sup>173</sup> Ibid. p. 59.

<sup>174</sup> En el próximo subcapítulo se ahondará sobre la noción de “continuo”.

<sup>175</sup> Tratado de Semiótica General, op. cit. p. 237.

una o pocas opciones las posibilidades semánticas de una expresión, entonces se estará frente a hipercodificación o códigos fuertes<sup>176</sup>.

La hipercodificación actúa en dos direcciones. La primera se da cuando el código asigna significados a expresiones mínimas. Es el caso de las reglas retóricas e iconológicas. También de los ritos y de las reducciones ideológicas que realizan determinados grupos<sup>177</sup>. La hipercodificación puede producir subcódigos dentro de un código, de tal forma que hipercodificar es una forma de innovación que, por su recursión, deja de ser provocadora y produce aceptación social<sup>178</sup>. Si la hipercodificación lleva a establecer relaciones seguras y firmes entre determinados planos de expresión y determinados planos de contenido, se estará frente a un código fuerte. Las matemáticas y la lógica tienen código de este tipo<sup>179</sup>.

Por otro lado, la hipocodificación es la “operación por la que, a falta de reglas más precisas, se admiten provisionalmente porciones macroscópicas de ciertos textos como unidades pertinentes de un código en formación, capaces de transmitir porciones vagas, pero efectivas, de contenido, aunque las reglas combinatorias que permiten la articulación analítica de dichas porciones expresivas sigan siendo desconocidas”<sup>180</sup>.

Entonces, la diferencia entre código fuerte y código débil radica en el grado de necesidad o grado de contingencia con el cual establezca las asociaciones entre funciones semióticas, así como entre los elementos de estas funciones. El código fuerte maneja mayor nivel de necesidad, mientras que el código débil, de contingencia. Veremos en el próximo capítulo, que el Derecho tiene un código semiótico débil y, en el tercer capítulo, observaremos que esta debilidad no significa aleatoriedad (Alexy y Finnis): no hay respuesta única a los problemas jurídicos, lo que no significa que no haya respuestas equivocadas ni tampoco que no haya respuestas en lo absoluto.

---

<sup>176</sup> Cfr. *ibid.* p. 210.

<sup>177</sup> Por ejemplo, la asignación de la connotación /malo/ al enunciado “él sigue a Marx”, para un grupo fascista.

<sup>178</sup> *Ibid.* 211.

<sup>179</sup> También, “Semiótica y filosofía...” *op. cit.* pp. 56-59.

<sup>180</sup> *Ibid.* p. 213.

### I.3.3.2 Posición de Eco respecto al código jurídico

Umberto Eco considera que el jurídico es un s-código. Sostiene que se conforma por un sistema de prescripciones y de “un aparente sistema de correlaciones”<sup>181</sup>. El código jurídico tiene, para el autor italiano, el formato de un cálculo, expresable en silogismos poniendo ponens (si firmas un contrato, entonces estás obligado a respetarlo); por ende, sólo la parte correlacional de un código es la que tiene aplicación en dicho cálculo. Ese cálculo no es lógico-matemático, sino modal, porque incluye también aceptaciones y rechazos, la posibilidad de violación, imperativos, concesiones y, en general, se abre a la posibilidad.

Por esa razón, el código jurídico “sólo puede expresarse mediante sistemas de lógica deóntica o de lógica de la acción, sobre la base de unos axiomas también coherentes con las leyes de la lógica matemática, como por ejemplo  $(p \rightarrow Oq) (q \rightarrow r) \rightarrow (p \rightarrow Or)$  (primer axioma de Mally, donde el operador O corresponde a ‘es obligatorio’) y tratando de ir formalizando cálculos que tomen en cuenta un estado del mundo y su modificación por la acción de un agente, o bien cálculos que tomen en cuenta (precisamente, con respecto a normas éticas o jurídicas) el concepto de ‘permisibilidad’ y el concepto de ‘prohibición’”<sup>182</sup>.

Por tanto, para Eco, el código jurídico es sólo correlacional y, por esa razón, un s-código. El código jurídico siempre es un código institucional, que da lugar a un cálculo y a una serie de transformaciones: “es código no como code-book, sino como Libro (sagrado) o manual de comportamiento”<sup>183</sup>.

### I.3.4 Semántica

Conforme al modelo de signo de Hjelmslev, que se expuso en esta tesis, con base en la lectura de Barthes, Eco analiza las articulaciones internas de los signos establecidos por el Código, para establecer los siguientes elementos:

---

<sup>181</sup> *Semiótica y Filosofía...* op. cit. p. 320.

<sup>182</sup> *Ibid.* p. 321.

<sup>183</sup> *Id.*

a) Un continuo (continuum) de posibilidades físicas que conforma el materia amorfo, previo a la selección y segmentación semiótica. Del continuo, se extraen elementos pertinentes y discretos para usarlos como artificios expresivos. Es la base extrasemiótica de la cual se obtienen selecciones y segmentaciones que generan el significado<sup>184</sup>. Es el objeto dinámico de Peirce.

b) El elemento material del plano de la expresión<sup>185</sup>.

c) El elemento formal del plano de la expresión: el sistema que selecciona y articula los vehículos sígnicos<sup>186</sup>.

d) La conjunción de b) y c) como plano de la expresión de un plano de contenido<sup>187</sup>.

e) Un sistema de posiciones vacías, una estructura que da a especímenes concretos de unidades de contenido sus valores posicionales y oposicionales<sup>188</sup>.

f) Especímenes concretos de unidades del contenido, “que representan elementos elegidos o ‘recortados’ por un continuum impreciso y amorfo de hechos y conceptos”<sup>189</sup>.

g) Un continuo de posibilidades físicas, de fenómenos psíquicos, de comportamientos y de pensamientos a los que el sistema f) confiere orden, por medio de la selección de un conjunto estructurado de unidades semánticas<sup>190</sup>.

Lo anterior se representa más claramente de la siguiente manera<sup>191</sup>:

---

<sup>184</sup> Cfr. Ibid. p. 86.

<sup>185</sup> Id.

<sup>186</sup> Id.

<sup>187</sup> Id.

<sup>188</sup> Id.

<sup>189</sup> Id.

<sup>190</sup> Ibid. p. 87.

<sup>191</sup> Cfr. Id.

	Plano de la expresión		Plano del contenido		
Continuo	Unidad	Sistema	Sistema	Unidad	Continuo
Luz, fenómenos		Funciones semióticas			Conjunto amorfo de posiciones de los estados del mundo y todo lo que se puede pensar a propósito de él.
Materia no semiótica	Espécimen de signo			Espécimen de signo	Materia no semiótica

Entonces, el continuo es la base sobre la que opera en su inicio la semiosis, así como el punto extrasemiótico de destino. Son el umbral inferior y superior de la semiosis.

También se aclara la exclusión de la psique de la semiosis: “como fenómenos materiales extrasemióticos no sólo los estados físicos del mundo, sino también los fenómenos psíquicos, como las ideas que, según se supone, ‘se producen’ en la mente de los usuarios de las funciones semióticas (y que, en realidad, son hechos materiales, en cuanto fenómenos químico-eléctricos al nivel de los circuitos nerviosos y de los fenómenos corticales”<sup>192</sup>.

Expuesto lo anterior, es preciso aclarar la nomenclatura que en lo subsecuente se empleará, específicamente qué es un semema y qué es un sema.

Para Rastier, semema es el contenido de un morfema (el cual es el plano de expresión), el cual es un signo mínimo, un representamen<sup>193</sup>; mientras que el sema es el elemento de un semema, definido como la extremidad de una relación funcional binaria entre sememas. Más exactamente, un sema es un “rasgo semántico distintivo (en al menos un contexto)”<sup>194</sup>, que siempre están actualizados si el semema lo está<sup>195</sup>. Un semema agrupa semas. El clasema es la parte del

<sup>192</sup> Ibid. p. 89.

<sup>193</sup> Rastier, François. “Semántica Interpretativa”, siglo XXI editores, México, 2005, p. 359. Título original: “Semantique interpretativ”. Traductor: Eduardo Molina Yvedia, a partir de la segunda edición francesa de 1996.

<sup>194</sup> Ibid. p. 48.

<sup>195</sup> Ibid. 51.

semema que agrupa semas genéricos y el semantema, la que agrupa semas específicos. Los semas pueden ser inherentes o denotativos, o aferentes o connotativos.

Los semas, por su parte, son las marcas semánticas o componentes que constituyen el significado de un signo<sup>196</sup>. Son los componentes del significado, que a su vez son designables por signos, conforme a la noción de semiosis ilimitada e interpretante que se ha manejado en esta tesis, siguiendo fundamentalmente a Eco y, a través de éste, a Peirce<sup>197</sup>. En los subcapítulos subsecuentes se entenderá mejor el significado de “semema”, “sema” y “recorrido de lectura”.

#### **I.3.4.1 Denotación y connotación**

Eco parte de la noción de connotación de Hjelmslev, para exponer su posición. Sostiene que “es connotativa una semiótica en que el plano de la expresión está constituido por otra semiótica. En otros términos, existe código connotativo cuando el plano de la expresión es otro código”<sup>198</sup>. Por tanto, las connotaciones no tienen relación directa con el signo a que refieren, sino que se encuentran mediadas por otra función semiótica. Por ejemplo, si en una máquina una luz roja significa peligro, una connotación posible es “evacuación”<sup>199</sup>.

Así, “la diferencia entre denotación y connotación no aparece definida aquí, como ocurre en otros autores, como la diferencia entre significación ‘unívoca’ y ‘vaga’, o entre comunicación ‘referencial’ y ‘emotiva’, etc. Lo que constituye una connotación en cuanto tal es el hecho de que ésta se establece parasitariamente a partir de un código precedente y de que no puede transmitirse antes de que se

---

<sup>196</sup> Cfr. *ibid.* p. 152.

<sup>197</sup> “[...] las marcas semánticas no son sólo ‘palabras’ (ni tampoco construcciones teóricas que puedan traducirse sólo mediante palabras), sino que son interpretantes”. Cfr. *ibid.* p. 167.

<sup>198</sup> *Ibid.* p. 94.

<sup>199</sup> Un ejemplo vinculado con el derecho, específicamente con el derecho a la igualdad, sería que, respecto de la palabra “indio”, que directamente significa persona que se adscribe a sí misma a alguna cultura de origen prehispánico, puede connotar (y desgraciadamente de hecho connota), “pobreza”, “subdesarrollo”, “ignorancia”, “inferioridad”, “mala educación”, “rural”, “agreste”, “necesidad de trato menor al común”, etc. Aunque, paradójicamente, también connota “bucólico”, “folklórico”, “orgullo nacional”, etc. El código jurídico calificaría como indebidas y prohibidas las primeras, y como permitidas las segundas.

haya denotado el contenido primario [...] la diferencia entre denotación y connotación se debe al mecanismo convencionalizador del código, independientemente de que las connotaciones puedan parecer habitualmente menos estables que las denotaciones [...] Un código connotativo puede definirse como sub-código, en el sentido de que se basa en un código-base”<sup>200</sup>.

Dado que dependen de un código primario y otro superpuesto, la denotación y la connotación son relativos, de tal manera que todos los semas asignados a determinado significante, pueden ser denotaciones o connotaciones y, dado que los sememas siempre implican pluralidad de semas y recorridos de lectura, entonces parece que la connotación es el concepto radical de la significación, no la denotación<sup>201</sup>.

Por esta razón, “como denotación deberemos entender la referencia inmediata que un término provoca en el destinatarios del mensaje. Y dado que no se quiere recurrir a soluciones de tipo mental, la denotación ha de ser la referencia inmediata que el código asigna a un término en una cultura determinada”<sup>202</sup>.

Por su parte,

la connotación es el conjunto de todas las unidades culturales que una definición intensional del significante puede poner en juego; y por lo tanto, es la suma de todas las unidades culturales que el significante puede evocar institucionalmente en la mente del destinatario. Diciendo ‘puede’ no aludimos a ninguna posibilidad psíquica, sino a una disponibilidad cultural. En una cultura, la secuencia de interpretantes de un término demuestra que éste puede vincularse a todos los demás signos que se refieren a él de alguna manera<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> Ibid. pp. 94-95.

<sup>201</sup> “En sí, el denotatum como posición en el campo semántico es puro paradigma. Para que pueda insertarse en el sintagma y dar lugar a expresiones dotadas de sentido, han de existir componente connotativos”. Estructura Ausente, op. cit. p. 104. Esto tiene relación con el abandono del referente, que en este trabajo se ha delineado cuando se trató del concepto de signo en Peirce y en Eco, lo cual se profundizará un poco más en el siguiente subcapítulo.

<sup>202</sup> Id.

<sup>203</sup> Ibid. p. 101. Rastier también aborda el tema de la denotación y connotación, pero bajo una nomenclatura diferente. Este autor distingue entre semas o rasgos semánticos distintivos y no distintivos o virtuales. Los primeros son inherentes al semema (que en términos simples, puede comprenderse como la globalidad del significado asociado a un significante), mientras que los segundos no, sino que son sólo posibles una vez que se actualiza el semema (de ahí que se denominen virtuales). Además, los semas distintivos se denominan así, porque establecen la posición y la oposición del semema en relación con otros. Los semas inherentes equivalen, mutatis mutandi, con los denotativos y los aferentes con los connotativos. “Un sema inherente es una

### I.3.4.2 El problema del referente y las unidades culturales

Al analizar el concepto de signo en Peirce y Eco, se apuntó su autorreferencialidad no cerrada respecto del continuo u objeto dinámico, lo que excluyó como elemento de la función semiótica al referente que postulaba Frege, Saussure y, en ocasiones, el mismo Peirce.

Derrida, al referirse al pensamiento de Peirce, sostiene que la lógica es parte de la semiótica, de tal manera que la primera, dominada por el valor de verdad, sólo ocupa un lugar no fundamental en la segunda<sup>204</sup>. Para este filósofo, la inmotivación es la nota fundamental de toda la semiosis, por lo que los signos con vehículos sonoros no tienen preeminencia alguna sobre aquellos que tienen vehículos materiales:

Antes de estar ligada a la incisión, al grabado, al dibujo o a la letra, a un significante que en general remitiría a un significante significado por él, el concepto de grafía implica, como la posibilidad común a todos los sistemas de significación, la instancia de la huella instituida [...] La 'inmotivación' del signo requiere una síntesis en la que lo totalmente otro se anuncia como tal –sin ninguna simplicidad, ninguna identidad, ninguna semejanza o continuidad –dentro de lo que no es él.<sup>205</sup>

El signo-huella es en sí mismo, entonces, diferencia y relación. Diferencia por cuanto siempre es en tanto que remite a otra cosa, y relación porque es en cuanto remite. El signo es en tanto que no es idéntico a sí mismo, es diferencia y relación, es función nunca plenamente saturada. Por tanto, “la huella, donde se marca la relación con lo otro, articula su posibilidad sobre todo el campo del ente, que la metafísica ha determinado como ente-presente a partir del movimiento ocultado de la huella. Es necesario pensar la huella antes que el ente”<sup>206</sup>. Es decir, pensar la

---

relación entre sememas en el seno de un mismo taxema, mientras que un sema aferente es una relación de un semema con otro semema que no pertenece a su conjunto estricto de definición: es por consiguiente una función de un conjunto de sememas hacia otro conjunto”. Rastier, op. cit. p. 56. Un taxema es un conjunto de sememas de rango inferior, dentro del cual se encuentran los semas específicos que distinguen sememas emparentados. Coseriu lo define como una “estructura paradigmática constituida por unidades léxicas (lexemas) que se reparten una zona común de significación y que se encuentran en oposición inmediata las unas con las otras”. Rastier incluye también los gramemas. Ibid. p. 60. El taxema es, pues, análogo al género próximo de la nomenclatura aristotélica.

<sup>204</sup> De la Gramatología, op. cit. p. 63.

<sup>205</sup> Cfr. Ibid. pp. 58-59.

<sup>206</sup> Ibid. p. 61.

función antes que el objeto, empleando la terminología de Frege; la diferencia antes que la identidad, la virtualidad antes que la presencia.

El signo no requiere la presencia del objeto para significar. De hecho, no requiere la existencia actual ni pasada de ese objeto para significar: el signo puede ser mentira. La semiosis moldea el continuo sobre el que surge, de tal modo que cualquier precisión sobre el continuo es más bien semiótica, que real. No se niega la realidad: esta está puesta y supuesta por el carácter diferencial del signo, lo que se niega es la existencia de una relación directa con la realidad, no mediada por la semiosis, por la huella, de tal forma que, al ser la relación diferencial de la huella la condición de acceso a la realidad, aquella precede a ésta.

El carácter inmotivado, diferencial y relacional del signo, lo hace necesariamente cultural, por oposición a natural. “La huella de la que hablamos no es más natural (no es la marca, el signo natural o el índice en un sentido husserliano) que cultural, ni más física que psíquica, ni más biológica que espiritual. Es aquello a partir de lo cual es posible un devenir-inmotivado del signo, y con él todas las oposiciones posteriores entre la physis y su otro”<sup>207</sup>.

Tenemos, en este orden de ideas, que la semiosis es una diferencia, es negatividad y movimiento, que siempre apunta a lo extra semiótico, sin tocarlo. Es posible, pues, una teoría de la referencia<sup>208</sup>, pero bajo la precaución de que siempre habrá mediación semiótica, una diferencia fundamental que remite al mundo siempre indirectamente, a través de su segmentación. No se anula a la realidad, sino sólo las visiones ingenuas sobre éste y la forma en que la semiosis opera respecto de él.

Eco también refuta que el referente sea parte de la semiosis. Para él, incluir en el concepto de signo al referente, genera dos problemas irresolubles: el valor

---

<sup>207</sup> Ibid. p. 62.

<sup>208</sup> De hecho, Eco plantea esa posibilidad en el Tratado de Semiótica General y establece sus fundamentos en la teoría de la creación de signos.

semiótico del signo se hace depender de su valor de verdad y se obliga a individualizar el objeto a que se refiere el significante.

El primer problema se topa con la cuestión de definir referentes inexistentes como los de los sememas –unicornio- y –centauro-; aunque se puede replicar que los signos no necesariamente refieren objetos físicos, sino también una relación lógica, una propiedad o un proceso, ello no hace sino diferir el problema uno al dos: con esto sólo se logra saber lo que es el referente, no cómo funciona un signo<sup>209</sup>. Asumir en el signo al referente, sólo es útil en la ciencias naturales, donde cada afirmación sobre la realidad se ha de comprobar mediante protocolos experimentales y ha de ser considerada como verdadera o falsa.<sup>210</sup>

El segundo problema es que no se puede individualizar en todo caso el referente, lo que tampoco puede suceder en sememas como “unicornio” y “centauro”; aunque se puede contestar que esos términos no tienen referente sino referencia, ello sólo demuestra que el primero bien puede excluirse del signo.

Así, “la semiótica se ocupa de los signos como fuerzas sociales. El problema de la falsedad (o mentira), importante para los lógicos, es anterior o posterior a la semiótica”<sup>211</sup>, incluso, es anterior o posterior a los signos que se usan en Lógica y, por esa razón, las proposiciones lógicas pueden ser verdaderas o falsas<sup>212</sup>.

Aún más, excluir la referencia del signo, permite comprender por qué en cualquier cultura se puede hablar de la verdad de objetos que no se experimentan comúnmente, como la existencia del átomo, la esferidad de la tierra o la existencia de /alfa centauro/, pues existe algún físico, geógrafo o astrónomo que haya tenido

---

<sup>209</sup> Id.

<sup>210</sup> Cfr. *ibid.* p. 68.

<sup>211</sup> *Ibid.* p. 69.

<sup>212</sup> Id. Por ejemplo, las proposiciones “Napoleón murió en 1821” y “Ulises regresó a Ítaca” tienen significado, aun cuando para distintos códigos pueden ser consideradas como verdaderas o falsas, respectivamente. Así, “desde el punto de vista semiótico interesa que: a) en nuestra cultura existen códigos con los que la primera frase se entiende, se estudia en la escuela y connota ‘verdad histórica’; b) que en la sociedad griega clásica existían códigos con los que la segunda frase era entendida, se estudiaba en la escuela y connotaba ‘verdad histórica’”. Se suma, que eliminar el referente permite una teoría semiótica de los términos sincategoremáticos, los cuales indudablemente significan y tienen una función imprescindible para la comunicación, aunque carecen de toda posibilidad de tener referente. *Ibid.* p. 71

la experiencia de ellos (o de fenómenos que sólo se expliquen postulándolos): la explicación es que “solamente conocemos una unidad cultural comunicada por medio de palabras, dibujos y otros medios. Para la defensa y la destrucción de estas unidades culturales (al igual que otras, como /libertad/, /transubstanciación/ o /mundo libre/) estamos dispuestos a afrontar incluso la muerte. Cuando llega la muerte y solamente con ella, tenemos un referente único, un acontecimiento no semiotizable (un semiótico muerto no comunica teorías semióticas). Pero antes de sobrevenir, incluso la muerte suele utilizarse como unidad cultural”<sup>213</sup>.

De esta manera, “cualquier intento de determinar lo que es el referente de un signo nos obliga a definir este referente en términos de una entidad abstracta que no es otra que una convención cultural”, dice Eco.

Asimismo, Michel Foucault muestra cómo en el siglo XVI la episteme tenía la forma general de un libro: la naturaleza se aprende de forma similar a como se desentrañan significados de un libro. En la época clásica (siglos XVII y XVIII, antes de la ilustración), la episteme se funda en la representación; mientras que, después durante la primera mitad del siglo XIX, volvió a cambiar, por lo menos en los campos de la economía, la lingüística y la biología, con la institución de los conceptos de trabajo de Smith y Ricardo (adoptado después por Marx), los trabajos de Bopp sobre la historia de las lenguas (que abandona el papel primordial de representación que se le asignaba anteriormente) y de vida, que cambiará la concepción botánica y de la historia natural de los siglos anteriores y derivará en la teoría de la evolución<sup>214</sup>.

John Searle, a pesar de su filiación realista, reconoce el carácter segmentador de la semiosis sobre la realidad, cuando dice:

---

<sup>213</sup> Ibid. p. 70.

<sup>214</sup> Cfr. Foucault, Michel. “Las palabras y las cosas”, op. cit. También en la Historia de la Locura de la Época Clásica, se observa cómo varía la segmentación del fenómeno de la locura durante los siglos XVI a XIX, así como la ética respectiva y en Vigilar y Castigar, en relación con el derecho, se observa también el cambio de segmentación en relación con la transgresión y el castigo: si hasta antes de la ilustración el proceso penal era oculto y la imposición de la pena, pública, después sería precisamente al revés, el proceso público y la pena oculta. Véase: “Historia de la Locura en la época clásica”, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1976, dos tomos; y “Vigilar y castigar”, siglo XXI, México, 2ª ed., 2009, pp. 359. Título original: surveiller et punir.

“Hay una razón sencilla pero profunda de que la verdad y la realidad no puedan coincidir del modo en que muchos filósofos piensan que el realista externo ingenuo estaría obligado a sostener. La razón es ésta: toda representación, y *a fortiori* toda representación verdadera, lo es siempre bajo ciertos aspectos y no bajo otros. Ese carácter aspectual de todas las representaciones deriva de hechos tales como que la representación se hace siempre desde dentro de cierto esquema conceptual y desde un cierto punto de vista [...]”<sup>215</sup>.

Posteriormente, este autor estadounidense precisa que la realidad como tal no puede ser “demostrada” porque se incurriría en circularidad, ya que “sería como si uno tratara de establecer que la representación representa”, es decir, en la demostración se asumiría analíticamente la respuesta<sup>216</sup>.

Por tanto, los contenidos semánticos que se asignan a los significantes, son contenidos culturales, no hechos reales. Las unidades culturales, sin embargo, no partende negar la realidad “referencial”, sino que la implican necesariamente porque la semiosis es una diferencia que apunta siempre hacia algo más, sin tocarlo directamente: se apunta a la realidad en todo momento, pero con mediación y distancia, por eso el referente no forma parte del signo y este puede servir para mentir. Por eso hay ideologías y, también por eso, estas no necesariamente son sólo mentiras.

### **I.3.4.3 Diccionario y Enciclopedia**

#### **I.3.4.3.1 Árboles de Porfirio, de Katz y Fodor**

Hemos expuesto qué es un semema y su composición por semas, que son marcas o rasgos semánticos. Pero debido a la ilimitación a priori de la semiosis; a que el código si bien es un cauce reductor de complejidad, pero respecto de la cantidad de mensajes que posibilita, es entrópico; y a la existencia tanto de semas inherentes (denotativos) y aferentes (connotativos); es necesaria la precisión sobre la organización interna del semema.

Katz y Fodor elaboraron, por medio de un árbol, una propuesta de dicha organización. En su esquema, existen marcas o indicadores sintácticos (que, por claridad, no se ponen entre paréntesis y comillas), que pueden incluir categorías

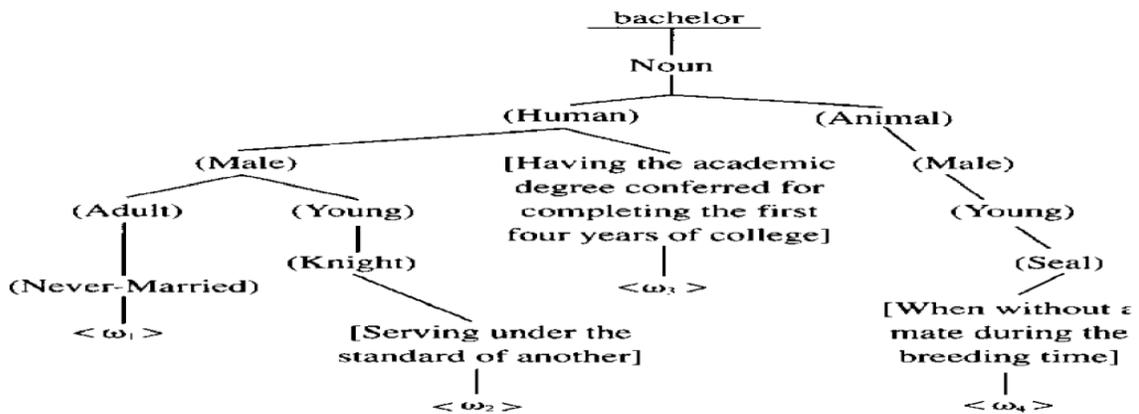
---

<sup>215</sup> Searle, John. “La construcción de la realidad social”, Paidós, Barcelona, 1997, p. 183. Título original: The construction of social reality. Traducción: Antonio Domenech.

<sup>216</sup> Ibid. p. 186.

como Animado, Numerable, Nombre Común. Incluye marcas distintivas o distinguishers (semas distintivos o inherentes en la terminología de Rastier), los cuales se pondrán entre corchetes. También contienen selecciones restrictivas, las cuales son condiciones formalmente expresadas, necesarias y suficientes para combinar lecturas con otras. Se simbolizarán por letras griegas entre paréntesis en forma de ángulo. Por último, una lectura es la elección de una trayectoria o path, o sea, un sentido de lectura<sup>217</sup>.

Eco expone el árbol tomando como semema la palabra inglesa “bachelor” que, en palabras llanas, significa tanto humano soltero varón, humano en el último año de la carrera universitaria y una foca macho que no consigue pareja durante la época de celo. Con esa palabra, el árbol de Katz y Fodor queda como sigue<sup>218</sup>:

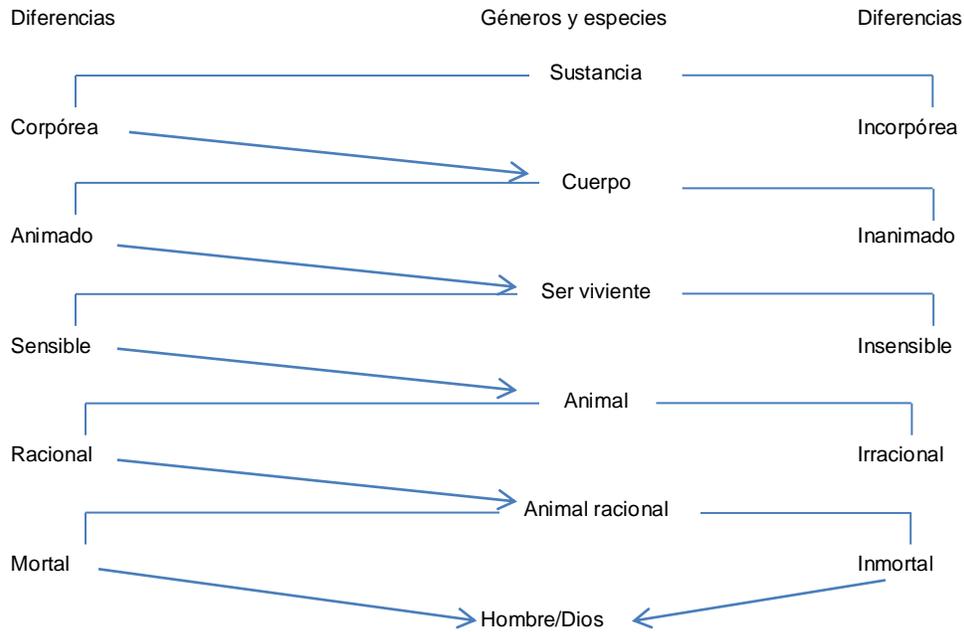


Es fácil ver cómo el modelo semántico de Katz y Fodor es similar al árbol de Porfirio. Este tiene la siguiente estructura<sup>219</sup>:

<sup>217</sup> Cfr. Eco, Tratado... op cit. p. 156.

<sup>218</sup> Ibid. p. 157.

<sup>219</sup> Eco, Semiótica y Filosofía del Lenguaje, op. cit. p. 118.



Siendo un poco anacrónicos, podríamos decir que, según el árbol de Porfirio, el semema –hombre- se compone de los semas /racional/, /animal/, /sensible/, /viviente/, /animado/, /cuerpo/, /corporal/, /sustancia/. Los semas /racional/, /sensible/, /animado/ y /corporal/, son aquellos que resultan de las elecciones binarias que se efectúan desde los géneros. Asimismo, el recorrido o path sería aquél que se señala del lado derecho del cuadro, desde “hombre” hasta /sustancia/.

#### I.3.4.3.2 Enciclopedia y modelo semántico reformulado de Eco

Los modelos anteriores, son calificados como diccionarios por Eco<sup>220</sup>, quien los critica por insuficientes dentro de la teoría de los códigos para explicar el funcionamiento de éstos en su aspecto semántico. En su lugar, propone el modelo enciclopédico.

Menciona el semiótico italiano, que “el modelo KF representa la competencia ideal de un hablante ideal: efectivamente, tiende a formular un diccionario elemental que no puede explicar la competencia socializada en la vivacidad de sus

<sup>220</sup> Ibid. p. 159. También, *Semiótica y Filosofía del Lenguaje*, op. cit. pp. 114-130.

contradicciones. La diferencia entre una competencia ideal y una competencia 'histórica' es la existente entre diccionario y enciclopedia"<sup>221</sup>.

Sobre el árbol de Porfirio Eco también elabora críticas.

Primero refiere que no es casualidad que Aristóteles se haya abstenido de formular un árbol a partir de las categorías. El estagirita determinó sólo cuatro predicables en los tópicos: género, propio, definición y accidente; mientras que Porfirio cinco: género, especie, diferencia, propio y accidente. "Aristóteles tenía varias razones de peso para limitar su número a cuatro: la especie es dada por el género más la diferencia, y género más diferencia dan la definición; por tanto, si se habla de definición ya no es necesario mencionar la especie [...] Aristóteles también excluye la especie porque ésta no se predica de nada, ya que es el sujeto último de toda predicación, y por tanto no se la puede enumerar entre los predicables. Para algunos, la decisión de Porfirio se inspiraría en una concepción más platónica de la especie"<sup>222</sup>.

Segundo, "en toda teoría de los inventarios finitos actúa una *forma mentis* neoplatónica, aunque totalmente secularizada"<sup>223</sup>, pues se pretende definir a priori toda la complejidad semántica.

Tercero, el árbol de Porfirio no da una respuesta congruente al tema de lo propio, que (según se verá más adelante, cuando se defina el modelo semántico reformulado) sería considerado como un sema denotativo o inherente<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Id.

<sup>222</sup> Semiótica y Filosofía del Lenguaje, op. cit. p. 115.

<sup>223</sup> Ibid. p. 116.

<sup>224</sup> "En un árbol de este tipo, hombre y caballo (u hombre y gato) no podrían distinguirse entre sí. Un hombre se distingue de un caballo porque, aunque ambos sean animales, el primero es racional y el segundo no. La racionalidad es la diferencia del hombre. La diferencia representa un elemento crucial, porque los accidentes no se necesitan para producir una definición, y el propio tiene una índole muy curiosa: pertenece a la especie, y sólo a ella, pero no forma parte de su definición [...] En este sentido podría constituir perfectamente un componente esencial de la definición, pero en cambio es excluido de ella y se presenta como un accidente, aunque goce de un régimen muy especial. El motivo más obvio de esta exclusión consiste en que para descubrir el propio es necesario llevar a cabo un acto de juicio bastante complejo, mientras que se suponía que el género y la especie se 'aprehendían' en forma intuitiva (Tomás y la tradición aristotélico-tomista hablarán de simplex-apprehensio)". Ibid. p. 117.

Cuarto, en relación con la crítica anterior, Eco refiere que el mismo Santo Tomás de Aquino cuestiona la diferencia /racional/ del hombre.

El Aquinate dice muchas veces que el efecto es signo de la causa (gran parte de su teoría de la analogía se basa en ese supuesto de origen estoico: los efectos son signos indicativos). Esa idea reaparece por ejemplo en S. Th. 1.29 2 a 3, o en S. Th. 1.77 1 a 7: una diferencia como 'racional' no es verdadera diferencia específica que constituye la forma sustancial. La ratio como *potentia animae* se manifiesta como *verbo et facto*, a través de acciones exteriores, comportamientos psicológicos y físicos (¡y las acciones son accidentes, no sustancias!). Decimos que los hombres son racionales porque manifiestan su potencia racional mediante actos de conocimiento, ya sea cuando llevan a cabo esas acciones mediante un discurso interno (y se supone que esta actividad de pensamiento es aprehendida por introspección) o bien cuando la manifiestan mediante el discurso externo, es decir, mediante el lenguaje (S. Th. 1.79 8 co). En un texto decisivo de la Contra Gentiles [III, 46], Tomás dice que el ser humano no sabe lo que es (quid est) pero conoce que es así (quod est) en la medida en que se percibe como agente de una actividad racional. Sabemos en qué consisten realmente nuestras potencias espirituales 'ex ipsorum actuum qualitate'.

Así pues, también 'racional' es un accidente, al igual que todas las diferencias en las que se pulveriza el árbol de Porfirio<sup>225</sup>.

Entonces, el problema principal de la exposición del significado mediante diccionario, es que parte la posibilidad de que apriorísticamente se puedan establecer todos los semas posibles del semema, *lo cual a su vez se funda en una concepción metafísica e ingenua de la relación que existe entre semiosis y el continuo o realidad*, es decir, se sustenta en que el referente sea parte del signo y que éste sea una entidad idéntica a sí mismo y estática. Los diccionarios, por eso, pretenden reducir los sememas a determinados semas y, en casos extremos, como el de Porfirio, a un solo sema.

Por tanto, el diccionario es inconsistente con los conceptos de signo como entidad fundada en una diferencia basal y en un proceso interno, así como con la necesidad de entender el significado como referente a unidades culturales.

**Corolario de lo anterior, es que el semema –humano- no puede reducirse a un solo sema, específicamente, es válido decir que es semióticamente insostenible que –Humano- se reduzca al sema /racional/, a**

---

<sup>225</sup> Ibid. p. 128.

**menos que se instituya un código en el cual arbitrariamente o con base en criterios racionales, se establezca esa necesidad<sup>226</sup>.**

La enciclopedia es un modelo construido con base en la definición de Peirce-Eco de signo-semiosis, de tal manera que las marcas semánticas se entienden como interpretantes, con la complejidad que implican como procedimientos y como negación de una identidad estática del signo<sup>227</sup> (es decir, como una negación o, por lo menos, reformulación del principio de identidad).

Eco propone el modelo semántico reformulado, en el cual se incluyen:

1. Marcas sintácticas, que son reglas de subcategorización y, como tales, pertenecen a la expresión y no al contenido; “por tanto, un enunciado como /cualquier globo es un blopo/ es correcto sintácticamente, aunque no se sepa qué significa, con tal de que /glopo/ y /blopo/ vayan marcados igualmente como Nombre + Masculino + Singular”<sup>228</sup>.

2. Marcas denotativas, que “permanecen inalterables en cualquier contexto y circunstancia posibles”, sin que eliminen la necesidad de ser desambiguados en concreto, por medio de selecciones circunstanciales y contextuales. “Así, /bachelor/ es convencionalmente ‘joven’, sólo si una selección contextual específica (cont<sub>caballería</sub>), pues a denotación ‘joven’ se abre a connotaciones como ‘castidad’”<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Quien escribe estas líneas no conoce un discurso taxonómico racional que reduzca con base en criterios rigurosos “Humano” a /racional/. Por ejemplo, es patente que los criterios biológicos de determinación de especies no toma en cuenta /racional/ como criterio, pues de lo contrario “Homo neandertalensis” no podría formar parte del mismo género que “Homo sapiens”. Asimismo, la taxonomía biológica se basa en criterios homogéneos aplicables a todos los reinos. En cambio, sí conocemos diversas ideologías que pretenden esa reducción, pero como tales, son lábiles a la crítica a los diccionarios. Veremos a continuación, que semióticamente las ideologías se caracterizan precisamente por esa reducción, acompañada de pretensiones de verdad, como sucede con quienes, ostentándose con la verdad entre sus manos, llaman a sus postulados hijos del progreso y la racionalidad, frente a sus contrarios, que por solo serlo, son adalides del oscurantismo y la reacción, o bien, viceversa, se acusa al contrario de ser escepticismo y caos.

<sup>227</sup> Cfr. Ibid. p. 161

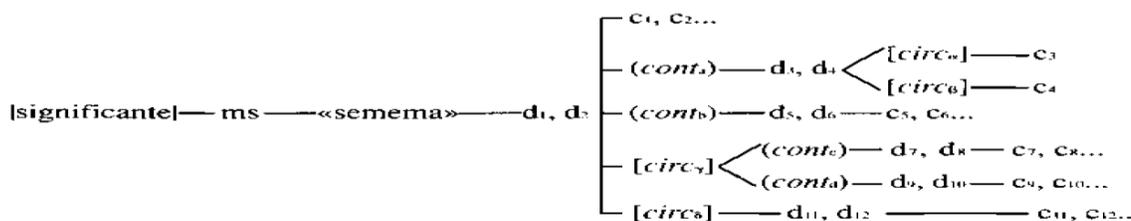
<sup>228</sup> Ibid. p. 170.

<sup>229</sup> Id.

3. Las selecciones contextuales, las cuales “registran otros sememas (o grupos de sememas) comúnmente asociados con el semema representado: las selecciones circunstanciales registran otros significantes) que pertenecen a diferentes sistemas semióticos, o bien objetos y fenómenos considerados como signos ostensivos, que suelen producirse junto con el significante correspondiente al sistema representado; ambos actúan como intercambios o conmutadores de amalgama”<sup>230</sup>.

4. Se eliminan las selecciones restrictivas y los *distinguishers*. “Las primeras las dan por adelantado las selecciones contextuales y circunstanciales, los segundos se descomponen en una red de marcas semánticas”<sup>231</sup>.

Con estos elementos, Eco formula el siguiente esquema del MSR<sup>232</sup>:



#### I.3.4.4 Juicios analíticos y sintéticos en relación con el Código

Al inicio de la analítica trascendental, Kant introduce la necesidad de contar con juicios sintéticos a priori para asegurar la universalidad del conocimiento proposicional, ya que en la estética trascendental demostró la necesidad de universalidad de la temporalidad y espacialidad de los fenómenos. En contrapartida, se encontraban los juicios analíticos, que como tales son apriorísticos, pero que no aportan conocimiento extensional alguno.

Más de un siglo después, Ernst Cassirer definió el juicio analítico como aquel en el cual el predicado está contenido implícitamente en el sujeto y el juicio sintético es aquel en que el predicado se añade al sujeto como un atributo nuevo

<sup>230</sup> Ibid. p. 171.

<sup>231</sup> Id.

<sup>232</sup> Ibid. p. 170.

del todo, gracias a una síntesis que se produce entre los datos de la experiencia y una nueva forma del pensamiento<sup>233</sup>.

Sin embargo, tales definiciones, que sin duda son parte de la misma tradición, son incapaces de explicar ¿por qué para Kant “todos los cuerpos tienen extensión” es un analítico y “todos los cuerpos son pesados” es sintético?<sup>234</sup>

La respuesta de Eco es:

sencillamente porque Kant se refería al ‘patrimonio del pensamiento’, que suponía que era conocido por sus contemporáneos. Caber decir que /cuerpo/ para él no era un referente, sino una unidad cultural. Y desde Descartes a Newton, a esta unidad cultural se le había atribuido la extensión como una cualidad esencial que formaba parte de su definición, en tanto que el peso era una cualidad accesorio, contingente, que no entraba en dicha definición. Los juicios analíticos o sintéticos con referencia a los códigos existentes y no a las presuntas cualidades naturales de los objetos [...] Por lo tanto, un juicio analítico es un juicio semiótico, en el sentido de que constituye el enunciado de las in-tensiones que un código atribuye a una unidad cultural.<sup>235</sup>

Entonces, un juicio semiótico es analítico, por cuanto se limita a constatar las correlaciones efectivamente existentes en un código respecto a determinado sema. Así, por ejemplo, decir que los derechos humanos son universales, hoy por hoy es un juicio semiótico, pues el código jurídico asigna necesariamente a los sememas “derechos” y “humanos”, la calidad de “universales”, que es un sema respecto de los sememas mencionados.

Por otra parte, un juicio factual es aquél que relaciona sememas, de manera que la correlación no estaba previamente asignada por el Código. Es decir, el semema “sujeto” no tiene como sema denotativo o incluso connotativo, al semema “predicado”. Esta tesis sostiene que el derecho al reconocimiento de la personalidad, es de este tipo. Pero dejando de momento esta cuestión de lado, un ejemplo de juicio factual jurídico, sería una norma jurídica individualizada novedosa, como lo son casi todas las sentencias: “Juan debe pagar X a Pedro”, pues en el Código Jurídico esa correlación no estaba previamente establecida,

---

<sup>233</sup> Cfr. Ibid. p. 133.

<sup>234</sup> Id.

<sup>235</sup> Id.

aunque, naturalmente, era posible<sup>236</sup>. Sin embargo, al establecerse novedosamente esa correlación, el Código se enriquece, de tal forma que, en lo subsecuente, el juicio será analítico: en el ejemplo citado, deviene cosa juzgada y su respeto se da en relación analítica<sup>237</sup>.

Concluye Eco, que “un juicio es analítico (o semiótico), cuando su condición de verdad depende de su significado (como Sinn o in-tensión, en el sentido que le dan los lógicos); y es sintético (o factual), cuando su significado depende de una condición de verdad dada por una comparación con el referente empírico (/Napoleón murió en Santa Elena/ es lógicamente cierto si de hecho murió en Santa Elena). Pero este aspecto del problema no reintroduce el referente en el universo semiótico. Un juicio factual tiene importancia semiótica sólo si se admite como verdadero, con independencia de su comprobación o del hecho de que sea falso [...] Para concluir, un juicio semiótico dice lo que prevé el código. Un juicio dice lo que no prevé el código, y por esta razón misma enriquece el código”<sup>238</sup>.

#### **I.3.4.5. Tautología**

En el apartado sobre el signo en Frege, vimos que los conceptos son funciones, es decir, son susceptibles de análisis ulterior y se compone por elementos. El concepto es una operación que vincula esos elementos: el concepto, en lógica, es susceptible de verdad y falsedad, así como el signo que lo refiera.

Wittgenstein sostiene que “la proposición más sencilla, la proposición elemental, afirma el darse efectivo de un estado de cosas”<sup>239</sup>, por lo que “las posibilidades veritativas de las proposiciones elementales significan las

---

<sup>236</sup> Como ya se vio, los Códigos son entrópicos hacia el interior de la semiosis que ordenan, de tal manera que permiten combinaciones novedosas.

<sup>237</sup> Cfr. Ibid. pp. 133-134.

<sup>238</sup> Ibid. pp. 134-135.

<sup>239</sup> Tractatus, op. cit. proposición 4.21. Según Coffa, la noción de objeto de Wittgenstein es similar a la de concepto en Frege, pues el primero considera al objeto o cosa como conteniendo una forma que prefigura, por decirlo así, la estructura de la función en la cual puede encuadrar, de tal forma que el lógico vienés considera al objeto como un elemento analizable, a diferencia de Frege. Sin embargo, las proposiciones elementales wittgensteinianas también son similares a las funciones de primer orden de Frege. Coffa, op. cit. pp. 243-287.

posibilidades del darse y no darse efectivos de los estados de cosas”<sup>240</sup>. Esas posibilidades se representan de la siguiente forma<sup>241</sup>:

p	q	r
V	V	V
F	V	V
V	F	V
V	V	F
F	F	V
F	V	F
V	F	F
F	F	F

p	q
V	V
F	V
V	F
F	F

p
V
F

Respecto de las proposiciones elementales y sus posibilidades veritativas, surgen las proposiciones propiamente dichas (que, tomo tales, son de segundo orden). “La proposición es la expresión de la coincidencia y no coincidencia con las posibilidades veritativas de las proposiciones elementales”<sup>242</sup>.

La proposición que versa sobre las posibilidades veritativas de las proposiciones elementales, puede, a su vez, coincidir o no con esas posibilidades veritativas, es decir, puede ser verdadera o falsa. Esto se esquematiza<sup>243</sup>:

p	q
V	V
F	V
V	F
F	F

V
V
F
V

Como tanto p como q, se bifurcan en dos posibilidades veritativas (V y F), entonces la expresión lineal de las condiciones de verdad tienen cuatro posibilidades y dos proposiciones elementales: por ejemplo (VFVF) (p,q).

Entre los grupos posibles de condiciones de verdad, hay dos casos extremos:

<sup>240</sup> Ibid. proposición 4.30.

<sup>241</sup> Ibid. proposición 4.31.

<sup>242</sup> Ibid. proposición 4.4.

<sup>243</sup> Ibid. proposición 4.441.

En uno de ellos la proposición [propiamente dicha] es verdadera para todas las posibilidades veritativas de las proposiciones elementales. Decimos que las condiciones veritativas son tautológicas.

En el segundo, la proposición es falsa para todas las posibilidades veritativas: las condiciones veritativas son contradictorias.

En el primer caso llamamos a la proposición una tautología, en el segundo una contradicción.<sup>244</sup>

La tautología no puede decir nada sobre estados del mundo, pues carece de posibilidades veritativas, al ser todas la misma: verdadero. La forma de representar la tautología es: (VVVV) (p,q).

Sin embargo, los objetos-cosas no son idénticos a sí mismos, porque sólo son conocidos como parte de estados de cosas y, por ende, se definen por la posibilidad que tienen de formar parte o no de estados de cosas. Los objetos son posibilidades y, por ende, necesariamente son diferencia: positiva o negativa<sup>245</sup>. Por tanto, la tautología no puede decir nada sobre estados del mundo ni sobre objetos. Carece de sentido pero no es absurda. Porque pertenece al simbolismo “y ello de modo similar, ciertamente, a como el cero pertenece al simbolismo de la aritmética”<sup>246</sup>.

Tautología y contradicción “no son figuras de la realidad. No representan ningún posible estado de cosas. Porque aquélla permite cualquier posible estado de cosas, ésta ninguno. En la tautología las condiciones de coincidencia con el mundo –las relaciones representativas- se neutralizan entre sí, de modo que no está en relación representativa alguna con la realidad”<sup>247</sup>.

Por tanto, la tautología lógica tiene tres características:

1. Es una proposición que en todo contexto y circunstancia es verdadera. Los axiomas lógicos son tautológicos.

2. Son proposiciones absolutamente analíticas.

---

<sup>244</sup> Ibid. proposición 4.46.

<sup>245</sup> Véanse las proposiciones 1.1, 2, 2.01, 2.0121, 2.01231, 2.014, 2.0231 y 2.0271. También es útil el primer capítulo de la Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas de Hegel.

<sup>246</sup> Ibid. proposición 4.461.

<sup>247</sup> Ibid. proposición 4.461.

3. No expresan nada sobre algo distinto al discurso lógico en el que se inscriben.

Hemos visto en este trabajo que los signos no representan la realidad, sino que, en su caso, la segmentan y la median. Sin embargo, esto no resta utilidad a la concepción lógica de la tautología, dentro de un argumento semiótico.

Las tautologías lógicas ocupan un determinado sitio dentro de la lógica, a saber, la cumbre axiomática, pues sólo puede predicarse verdad (los teoremas y fórmulas, son tautológicas sólo en tanto deriven directa o indirectamente esa condición del axioma). Asimismo, son vacuas en el sentido de que sólo expresan condiciones relacionadas con el código que las hace posibles, de tal manera que si éste carece de elementos semióticos que garanticen cierta referencialidad de sus signos, entonces sus tautologías también carecerán de referencialidad.

En otras palabras, se puede trasladar el concepto total de tautología a otros discursos, siempre que se aplique a proposiciones que sean analíticas (semióticas, según se ha definido antes), se asuman como ciertas o verdaderas para todo mensaje regido por el código del que derivan y, por ello, sólo expresen condiciones de ese código.

Rastier emplea, en este sentido, el término de “tautología lingüística”<sup>248</sup>.

Para este autor, la tautología lingüística ha recibido, tanto entre los modernos como en los antiguos, dos definiciones. Conforme a la primera, es una repetición del mismo signo o del mismo grupo de signos. Conforme a la segunda, se trata de una yuxtaposición en el seno del mismo enunciado, de expresiones diferentes cuyo contenido es similar o, incluso, idéntico. Esta segunda noción la que se aplicará en el capítulo IV de este trabajo respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad.

Rastier define dos tipos de tautologías lingüísticas: atributivas y disyuntivas.

---

<sup>248</sup> Op. cit. pp. 184-195.

Las primeras consisten en que el signo reiterativo es atribuido al signo reiterado. Como ejemplos refiere: “Una moneda es una moneda”, “una mujer es una mujer”, “Francia es Francia”.

Sin embargo, en el caso de las tautologías atributivas, si el contenido semántico de las dos ocurrencias de los signos fuera la misma, entonces los enunciados carecerían de interés, pues simplemente no dirían nada. Por ende, para que semánticamente sean interpretables enunciados de este tipo, es preciso operar una diferenciación entre el significado de ambos signos aparentemente idénticos. Es decir, para que estos enunciados signifiquen algo y sean interpretables, es necesario romper la identidad. “Estos enunciados pueden ser interpretados –y son entonces provistos de significación- a condición de operar una disimilación: así, se afecta a los sememas recurrentes, ya sea que se encuentren expresados por gramemas o bien por lexemas, con semas genéricos aferentes distintos”<sup>249</sup>.

Esto significa que la disimilación opera al establecer diferencias de componentes semánticos (semas) connotativos, no así en los denotativos, los cuales permanecen iguales. Por tanto, la diferenciación es parcial: la tautología lingüística termina analogando los términos reiterados.

---

<sup>249</sup> Ibid. p. 186. Para Rastier, el morfema es el plano de expresión al cual se asigna un semema como significado. El morfema puede ser lexema o gramema. El lexema es el radical, por ejemplo: *jueg-* en *juego*, mientras que el gramema se asigna al lexema, en este caso –o. Tanto el lexema como el gramema tienen asignados sememas, de tal manera que la palabra “juego” tiene dos sememas. Por otra parte, los sememas se componen por semas. Los semas se agrupan dentro del semema, en clasemas y semantemas. En los clasemas se agrupan los semas genéricos (por ejemplo, el sema /animal/ es genérico para el semema ‘humano’). En los semantemas se agrupan los semas específicos, como por ejemplo /inteligencia/, /habla/, /homo sapiens/. Tanto en clasemas como en semantemas, hay semas inherentes o aferentes. Los primeros coinciden, *mutatis mutandi*, con la denotación y los segundos, con la connotación. Los sememas se agrupan en taxemas, dominios y dimensiones. La determinación de qué sememas se actualizan con cada morfema, y cuáles semas adquieren valores aferentes o inherentes, se determina sólo a posteriori, según este autor. Es decir, la semántica, aun cuando autónoma, requiere referir a aspectos sintácticos y pragmáticos. Es preciso mencionar que Rastier critica, con esta base, los conceptos de denotación connotación que hemos expuesto; sin embargo, para los alcances de este trabajo, la diferencia entre “denotación” e “inherencia” y “connotación” y “aferencia” no son relevantes, por lo cual a continuación se tendrán como sinónimos, bajo la concesión de que, salvo en lenguajes formales con código fuerte ubicados en tiempo y espacio determinados (por ejemplo, la matemática actual), nunca hay sinonimia completa.

La categoría disimiladora pertinente de las tautologías no estereotipadas (las cuales son de aquellas para las que está previamente establecida en el código la disimilación), se selecciona de dos maneras:

a) Por el contexto lingüístico: por ejemplo “esta frase de J. Geninasca: ‘una teta es una teta’ (1983, p.30) permanece desprovista de significación –aunque su sentido sea perfectamente indentificable- si se ignoran las palabras que la preceden: ‘En la pintura rococó (...)’. Conocerlas permite operar la disimilación: ‘teta<sub>1</sub>’/representada/ vs ‘teta<sub>2</sub>’ /real/”<sup>250</sup>.

b) Por el entorno pragmático: por ejemplo “‘un desarmador es un desarmador’ adquirirá su significación cuando se sepa que el que me dice esas palabras se inquieta al verme remover la pintura con la herramienta que me ha prestado. Tenemos entonces la oposición /uso efectivo/ vs /uso codificado/”.

Entonces, la fórmula general de las tautologías lingüísticas atributivas es:

$$\forall x, f1(x)$$

$$\forall x, f1(x) \rightarrow f2(x)$$

$$\exists x f1(x) \cdot f2(x)$$
<sup>251</sup>

Concluye Rastier respecto de las tautologías lingüísticas atributivas que “en suma, los sintagmas recurrentes no son idénticos más que sobre el plano de la expresión”<sup>252</sup>.

Esto es aplicable también cuando, a pesar de ser distintos los planos de expresión, en principio se trata de los mismos sememas, de tal forma que la disimilación se puede realizar al actualizar en cada semema, semas aferentes distintos. Se podría entonces decir, que las tautologías lingüísticas atributivas

<sup>250</sup> Ibid. p. 187.

<sup>251</sup> Ibid. p. 188. Esto se lee así: para todo x, la función 1 de x (recuérdese que el signo es una función). Para todo x, si la función 1 de x entonces la función 2 de x, por tanto, para algún x, se da la función 1 de x (es decir, al semema de x se atribuye un sema aferente genérico determinado) y la función 2 de x (es decir, al semema de x se atribuye un sema aferente genérico determinado distinto del atribuido a x en la función 1). Dada la conclusión particular, resulta que la tautología lingüística no es necesariamente verdadera, por lo cual no es una tautología lógica.

<sup>252</sup> Id.

expresadas con diversos planos de expresión, parten de atribuir a los morfemas distintos, los mismos sememas y semas inherentes, para terminar distinguiendo éstos por la actualización de semas aferentes distintos. Tal será la tarea que se emprende en el capítulo IV de este trabajo.

Rastier refiere también a las tautologías lingüísticas disyuntivas. En éstas, los sememas o significados de los planos de expresión reiterados no son atribuidos, sino separados. Por ejemplo: “Hay música y música” o “Hay Justicia y Justicia”. En estos casos, la disimilación se dan también a través de contextos lingüísticos o pragmáticos, de tal manera que en el primer ejemplo, la primera ocurrencia de “música” referiría a /buena/ música, las palabras previas hubieran sido éstas: “Estábamos oyendo a Beethoven y llegaste cantando reggaetón, pero has de saber que hay música y música”.

La fórmula de estas tautologías es:

$$[\exists x, f(x) \vee (\exists x, g(x))]^{253}$$

#### **I.3.4.6 Definición semiótica de las ideologías**

Derrida previene que la carga histórica de los conceptos que se usan en un discurso o en un texto determinados, no puede neutralizarse con una mera declaración de intención<sup>254</sup>. Aunque en este trabajo hemos iniciado con un análisis sobre los alcances de la semiótica, sobre lo que puede decir y sobre lo que debe callar<sup>255</sup>, sabemos que eso no es suficiente, ni mucho menos, para neutralizar y desideologizar este trabajo. Alguna ventaja, sin embargo, ha de tener que la semiótica, como metalenguaje en la plenitud del significado de esa palabra, pueda

---

<sup>253</sup> Ibid. p. 190. Esto se lee así: Para algún x, función de x ó (algún x una función distinta de x). X es el morfema repetido. La primera función atribuye a X un semema y la segunda función atribuye otro semema. A diferencia de la tautología atributiva, donde se atribuye el mismo semema a los morfemas recurridos y la variación sólo se da en actualizar semas aferentes distintos en el seno del mismo semema.

<sup>254</sup> De la Gramatología, op. cit. cfr. p. 79.

<sup>255</sup> Wittgenstein termina el tractatus así: “De lo que no se puede hablar, hay que callar”. Op. cit. proposición 7.

explicar las ideologías, aun cuando expresar cuál sea esa ventaja siempre adolezca de circularidad<sup>256</sup>.

Eliseo Verón menciona que existen dos visiones generales sobre la historia de la ciencia: la continuista y la de la ruptura. La primera la ubica del lado de la verdad, la segunda, inmersa en la sospecha, la orienta hacia la mentira y el enmascaramiento. En resumen, ambas posturas refieren a la cuestión de las relaciones entre ciencia e ideología<sup>257</sup>. La postura de Verón se resume en la siguiente cita<sup>258</sup>:

Lo ideológico no es el nombre de un tipo de discurso (ni aun en un nivel descriptivo), sino el nombre de una dimensión presente en todos los discursos producidos en el interior de una formación social, en la medida en que el hecho de ser producidos en esta formación social ha dejado sus 'huellas' en el discurso (y también, como ya lo he dicho, dimensión presente en toda materia significativa cuyo sentido está determinado socialmente)<sup>259</sup>.

Lo ideológico, entonces, atraviesa todo el campo del conocimiento. Está en su base. El conocimiento está transido por la parcialidad y lo inacabado. Si relacionamos esta posición de Verón con lo que hemos expuesto hasta el momento, podríamos aventurar que esa parcialidad proviene del propio carácter abierto, dinámico y siempre inacabado de la semiosis (ilimitación), que como actividad nunca cesa de segmentar el continuo sin agotarlo.

Pero la ideología no sólo se muestra en ese ámbito general. La parcialidad puede someterse a revisión, de hecho así se hizo para establecer que atraviesa todo el conocimiento y la semiosis. La semiosis está cargada de historia y de

---

<sup>256</sup> Si la Semiótica se asume con alguna ventaja precisa sobre las ideologías, entonces se asumiría en cierto aspecto como neutral, que es precisamente aquello que no puede hacer desde el momento en que sobre todo discurso puede caber la duda sobre su carga histórica.

<sup>257</sup> Verón, op. cit. cfr. p. 13.

<sup>258</sup> Ibid p. 13. Esta postura parece contradecir lo que hemos expuesto en relación a los cambios de segmentación en la episteme, pero desde nuestro punto de vista, no es así. Por ejemplo, Foucault critica la postura marxista de ruptura y acusa que su filosofía, lejos de ser un cambio radical respecto del pensamiento previo a él, lo encuadra dentro de la episteme económica creada por Smith y Ricardo: todos ellos elaboran su pensamiento sobre el eje del concepto de trabajo. Además, en "Las palabras y las cosas", se sostiene que los cambios de segmentación de la episteme, no ocurren de un momento a otro, sino que se traslapan entre sí. Por eso, nos parece que el pensamiento de Verón, según se expresa en la obra citada, se encuentra en el mismo tenor de lo que hemos expuesto en esta tesis.

<sup>259</sup> Ibid. pp. 16-17.

parcialidad, esto es parte de su base. Sin embargo, no lo es lo que Eco llama “*inventio ideologica*”.

La *inventio ideologica* no es igual a la ideología considerada como parcialidad general de la semiosis y del conocimiento. En cambio, es un ocultamiento riesgoso, que bien puede ser, incluso, consciente y reprochable, sin excluir, claro, los semas del semema “riesgoso”, que connotan /oportunidad/ y /mejoramiento/. Hay, entonces, *inventio ideologica* cuando se reduce un semema a uno solo de sus semas denotativos o connotativos, en detrimento de los demás. Un ejemplo de esto, se da claramente cuando, tomando consciente o inconscientemente como base el árbol de Porfirio, se reduce el semema “humano” a la racionalidad, que es uno de sus semas y sólo sobre él se sustenta otro semema: “dignidad-humana”<sup>260</sup>.

Por otra parte, la dispositio ideológica es “una argumentación que, si bien elige explícitamente una de las posibles relaciones circunstanciales del semema como premisa, no presenta de forma explícita el hecho de que existen otras premisas contradictorias o premisas aparentemente complementarias que conducen a una conclusión contradictoria, con lo que oculta el carácter contradictorio del espacio semántico”<sup>261</sup>. Es decir, la dispositio ideológica aparenta asumir el carácter parcial de su posición, pero a la postre mantiene el ocultamiento de la contradicción latente en el espacio semántico.

En suma, el discurso ideológico es aquél que “a partir de premisas probables que definen sólo una sección parcial de un campo semántico determinado, se

---

<sup>260</sup> Esto se observa en Kant, quien en la Crítica de la Razón Práctica, hace de la razón y de la libertad, ambas como condiciones nouméticas, la posibilidad de relaciones necesarias no fenoménicas (deber) y, por ende, condiciones únicas de la dignidad humana. Cuando se define la persona en términos jurídicos, con base solamente en esos semas, se incurre en *inventio ideológica*, a menos que se complemente y se justifique profundamente por qué es razonable esa reducción y por qué los demás semas deben ser relegados, a pesar de que su carácter denotativo y connotativo es relativo: una tarea realmente difícil. Claro que esa dificultad también aplica para otras posiciones que reducen la humanidad a otros semas, por ejemplo, de carácter estrictamente relacionados con códigos científico-biológicos. Parece que es razonable buscar semas que, en lo posible, involucren la mayor parte de los semas contradictorios que componen el semema “hombre”.

<sup>261</sup> Ibid. pp. 408-409.

pretende llegar a conclusiones que hay que aceptar como verdaderas, con lo que se abarca la naturaleza contradictoria del campo semántico global y se presente el punto de vista propio como el único adoptable”<sup>262</sup>.

#### **I.3.4.7 Interpretación de textos: isotopías, *fabula*, uso e interpretación**

Eco sostiene su teoría de la interpretación de texto en la definición de signo de Peirce<sup>263</sup>, que ya hemos analizado y sobre la cual también hemos sustentado los principales postulados basales de esta tesis.

Dada la importancia del interpretante dentro de esa definición, la participación del lector no sólo en la comprensión del texto, sino en su actualización y construcción, es ineludible.

En la medida en que debe ser actualizado, un texto está incompleto. Por dos razones. La primera no se refiere sólo a los objetos lingüísticos que hemos convenido en definir como los objetos lingüísticos que hemos convenido en definir como textos (cf. 1.1), sino también a cualquier mensaje, incluidas las oraciones y los términos aislados. Una expresión sigue siendo un mero flatus vocis mientras no se le pone en correlación, por referencia a determinado código, con su contenido establecido por convención: en este sentido, el destinatario se postula siempre como el operador (no necesariamente empírico) capaz, por decirlo así, de abrir el diccionario a cada palabra que encuentra y de recurrir a una serie de reglas sintácticas preexistentes con el fin de reconocer las funciones recíprocas de los términos en el contexto de la oración.<sup>264</sup>

Por tanto, la decodificación de un texto implica la competencia enciclopédica del destinatario, es decir, su conocimiento del campo semántico y de los semas que integren los sememas expuestos en la obra. Esta se compone tanto de lo que allí está dicho, como de lo que se deja de decir: por ejemplo, cuando se narra una historia, no se cuentan todos los detalles con exhaustividad, ni se describen todas las características del escenario, de los objetos ni de los personajes, por lo que estos silencios requieren ser llenados por el lector.

De esta manera, los semas de los sememas expuestos en el texto, “permanecen virtuales, es decir, permanecen registradas en la enciclopedia del lector, quien simplemente se dispone a actualizarlas a medida que el desarrollo

---

<sup>262</sup> Ibid. p. 388.

<sup>263</sup> “La obra de Peirce, más que la de muchos autores posteriores, proporciona la junta cardánica capaz de articular una semiótica del código con una semiótica de los textos y de los discursos”. Lector in Fabula, op. cit. p. 72.

<sup>264</sup> Ibid. p. 73.

del texto de lo vaya requiriendo. Es decir, que el lector sólo explicita la parte que necesita y el resto queda semánticamente incluido o entrañado. Al hacerlo, amplía algunas propiedades mientras que a otras las mantiene anestesiadas”<sup>265</sup>.

Esta necesidad de complementación del texto a cargo del lector, conlleva la de que el autor, al elaborarlo, genere estrategias que hagan más probables ciertas lecturas a cargo de aquél, en detrimento de otras, pues se parte del hecho de que la competencia del lector y del autor no coinciden necesariamente. Así, el texto se estructura mediante una selección del lector deseado o modelo<sup>266</sup>. El texto postula y ayuda a producir a su lector modelo<sup>267</sup>, así como éste formula al autor modelo<sup>268</sup>.

Por tanto, “por cooperación textual no debe entenderse la actualización de las intenciones del sujeto empírico de la enunciación, sino de las intenciones que el enunciado contiene virtualmente [...] La cooperación textual es un fenómeno que se realiza entre dos estrategias discursivas, no entre dos sujetos individuales”<sup>269</sup>.

De esta suerte, texto se define como “un producto cuya suerte interpretativa debe formar parte de su propio mecanismo generativo: generar un texto significa aplicar una estrategia que incluye las previsiones de los movimientos del otro, como ocurre, por lo demás, en toda estrategia”<sup>270</sup>, o como “un artificio sintáctico-semántico-pragmático cuya interpretación está prevista en su propio proyecto generativo”<sup>271</sup>.

Lo anterior conlleva dos posibilidades desde el punto de vista del lector. Este puede *usar* libremente el texto y tomarlo como estímulo imaginativo, sin considerar su estructura ni la estrategia de selección del lector modelo, o bien puede considerar esos factores. A lo primero se denomina **uso** y a lo segundo,

---

<sup>265</sup> Ibid. p. 123.

<sup>266</sup> Cfr. Ibid. p. 77.

<sup>267</sup> Cfr. Ibid. p. 84.

<sup>268</sup> Ibid. p. 90.

<sup>269</sup> Id.

<sup>270</sup> Ibid. p. 79.

<sup>271</sup> Ibid. p. 96.

**interpretación.** Sólo en el segundo hay, propiamente dicho, cooperación<sup>272</sup>. “Hay que decidir si se usa un texto como texto para el goce o si determinado texto considera como constitutiva de su estrategia (y, por consiguiente, de su interpretación) la estimulación del uso más libre posible”<sup>273</sup>.

Entre uso e interpretación no deja de haber relatividad, porque en principio es posible el paso de uno a otra. “Desde el punto de vista de una semiótica general, y precisamente a la luz de la complejidad de los procesos pragmáticos [...] y del carácter contradictorio del campo semántico global, todas estas operaciones son teóricamente explicables. Pero aunque, como nos ha mostrado Peirce, la cadena de las interpretaciones puede ser infinita, el universo del discurso introduce una limitación en el tamaño de la enciclopedia. Un texto no es más que la estrategia que constituye el universo de sus interpretaciones, si no legítimas, legitimables”<sup>274</sup>.

Sin embargo, esto sucede en el ámbito de la semiótica general, de tal manera que en semióticas especiales, donde se superponen otros códigos, puede haber más o menos restricciones a la relatividad entre uso e interpretación, y operar de tal manera que se asegure uno o la otra. En el Derecho hay más restricciones.

Eco sostiene que la apertura del texto hacia su destinatario, lleva tres posturas posibles: la primera consiste en que el lector busque la intención original del autor; la segunda, que es defendida por Rorty<sup>275</sup>, la intención del intérprete “golpea el texto hasta darle una forma que servirá para su propósito”; y la tercera, que es la expuesta por el semiótico italiano, consiste en la obtención de la intención del texto<sup>276</sup>. Hemos visto que la psique del autor y la del lector se encuentran fuera de la semiosis y, por tanto, del texto como acto semiótico, de tal

---

<sup>272</sup> Cfr. Ibid. p. 85.

<sup>273</sup> Ibid. p. 86.

<sup>274</sup> Ibid. p. 86.

<sup>275</sup> Rorty critica la posición moderada de Eco y desconoce la distinción de uso e interpretación. Rorty, Richard. “Philosophy and social hope”, Penguin books, Londres, 1999, pp.129-147.

<sup>276</sup> Cfr. Eco, Umberto. Interpretación e historia, en Eco y otros, “Interpretación y sobreinterpretación”, Cambridge University Press, España, 1995, p. 35.

forma que se descartan las opciones primera y segunda. Queda, entonces, la tercera vía, es decir, aquella que construye la coherencia del texto a partir de sí mismo, es decir, de la detección de las estrategias insertas en él, de la elaboración de cuál es el lector ideal que prevé y de las posibilidades de construcción válidas que un lector, quien pretenda actuar como intérprete y no como usuario del texto, puede realizar.

Por esta razón, es preciso determinar qué son las isotopías y la *fabula*.

Según Eco, la enciclopedia semántica “es potencialmente infinita (o finita, pero ilimitada)”, por lo que “en cada proposición están contenidas todas las otras proposiciones”, de tal modo que “un texto podría genera, a través de sucesivas interpretaciones y ampliaciones semánticas, cualquier otro texto”<sup>277</sup>. La ilimitación de la semiosis permite que todos los sememas puedan relacionarse, lo cual genera entropía tal que parecería que respecto de los textos sólo pudiera haber usos y no interpretaciones.

Sin embargo, los textos contienen ya determinadas conexiones semémicas determinadas por la disposición que guardan los signos que emplea entre sí, por lo cual existe desde la materialidad del texto una reducción de complejidad y de caminos para continuar la semiosis: esta no es completamente ilimitada de esta forma. A la relación que guarda determinado signo con aquel o aquellos que se encuentran a su alrededor en el texto, Eco la denomina “cotexto”.

Por ende, “debemos decidir de qué manera un texto potencialmente infinito puede generar sólo las interpretaciones que prevé su estrategia”<sup>278</sup>. Una primera forma, es establecer, con base en el texto, cuál es su topic o tema. El topic emerge del texto mediante una actividad interpretativa, por lo que, propiamente dicho, no está en el texto: “el topic es un instrumento metatextual, un esquema abductivo que propone el lector”<sup>279</sup>. El topic “no sólo sirve para disciplinar la

---

<sup>277</sup> Eco, *Lector in Fabula*, op. cit. p. 125.

<sup>278</sup> Id.

<sup>279</sup> Ibid. p. 126. El texto puede (y, de hecho, suele) establecer estrategias para que el lector modelo que propone, determine más fácilmente el topic, como por ejemplo, mediante los títulos o por una reiteración evidente de series de sememas o palabras claves.

semiosis y reducirla; también sirve para orientar la dirección de las actualizaciones<sup>280</sup> de las opciones posibles de significados de los signos, es decir, permite que el lector, dentro de la miríada de posibilidades semánticas que tienen los signos que interpreta, elija los apropiados para comprender el texto como un mensaje objetivo.

El concepto de topic deriva en el de isotopía, guardando las diferencias entre ambos: “el reconocimiento del topic permite realizar una serie de amalgamas semánticas que establecen determinado nivel de sentido o isotopía [...] Sobre la base del topic, el lector decide ampliar o anestesiar las propiedades semánticas de los lexemas en juego, estableciendo un nivel de coherencia interpretativa llamada isotopía<sup>281</sup>”.

Greimas define la isotopía como “un conjunto de categorías semánticas redundantes que permiten la lectura uniforme de una historia<sup>282</sup>”, es decir, permite la desambiguación transoracional o textual, basada en la ilimitación de la semiosis. Según Eco, las isotopías no sólo son categorías semánticas redundantes, sino, en general, todo mecanismo objetivo (en cuanto está previsto en el código), que permite la lectura coherente de un texto<sup>283</sup>.

Con el topic y las isotopías, el lector determina el nivel discursivo del texto, por lo que está en posición de “sintetizar partes enteras de discurso a través de una serie de macroposiciones<sup>284</sup>”.

La *fabula* “es el esquema fundamental de la narración, la lógica de las acciones y la sintaxis de los personajes, el curso de los acontecimientos ordenado temporalmente. No tiene por qué ser necesariamente una secuencia de acciones humanas”, mientras que la trama “es la historia tal como de hecho se narra, tal como aparece en la superficies de sus dislocaciones temporales, sus saltos hacia adelante y hacia atrás (o sea, anticipaciones y flash-back), descripciones,

---

<sup>280</sup> Ibid. p. 127.

<sup>281</sup> Ibid. p. 130.

<sup>282</sup> Citado por Eco, *ibid.* p. 131.

<sup>283</sup> Cfr. *ibid.* p. 132 y 134.

<sup>284</sup> *Ibid.* p. 145.

digresiones, reflexiones parentéticas. En un texto narrativo, la trama se identifica con las estructuras discursivas [...] la *fabula* se construye en el nivel de abstracción que se considera más fructífero desde el punto de vista interpretativo”<sup>285</sup>.

#### **I.4 Conclusiones parciales**

1. La semiótica es un metalenguaje, cuyo plano de contenido es igual a un sistema de significación global, en cuanto que es la totalidad de los signos, es decir, la abstracción de estos que permite estudiarlo en cuanto a su forma interna, sus condiciones de generación y de funcionalidad. Este metalenguaje no tiene prioridad axiológica sobre los lenguajes ni sobre otros metalenguajes.

1.1. “Metalenguaje” es un concepto semiótico, pues tanto su generación como su contenido, depende precisamente del conocimiento que tiene al signo, en su abstracción general, como objeto: la semiótica puede ser la semiótica de la semiótica... Por esto se dice que la semiótica cubre en toda su amplitud el significado de “metalenguaje”.

1.2. Entonces, la semiótica tiene una posición metalingüística en relación con el resto de las ciencias sociales, sin que ello le otorgue una posición axiológicamente predominante, pero tampoco le niegue la constante consideración que cada una de estas ha de darle por claridad metodológica, pues los límites de la semiótica casi necesariamente han de permear a todas las ciencias que aborden de cualquier manera fenómenos de semiosis.

1.3. Esta situación permite decir que, sin dejar de observar con rigor los niveles discursivos metalingüísticos, estos no guardan entre sí relaciones de exclusión, sino de transparencia: sin perder rigor, no sólo es posible pasar de un nivel a otro, sino que la semiosis como proceso triádico recursivo ilimitado, implica siempre la necesidad de hacerlo. Esta precisión técnica y tal vez incluso oscura, se verá en acción con claridad cuando se observe la relación existente entre la dogmática jurídica (jurisprudencia) y el derecho, en la que la primera es un

---

<sup>285</sup> Ibid. p. 146 y 147.

metalenguaje que tiene como plano de contenido al segundo, pero que, lejos de excluirse el paso de uno a otro, se propicia y se necesita, siempre que se haga con rigor y claridad.

## 2. Sobre las funciones

2.1. La función es la forma vacía de una operación y el argumento es aquello que la satura y completa. Frege llama a la conjunción de función y argumento, valor de la función para ese argumento.

2.2. Un concepto es una operación simple sobre algo, es una función. Por tanto, un concepto es susceptible de tener valores veritativos, no porque sea falso que sólo los juicios sean susceptibles de tener esos valores, sino porque los conceptos son juicios simples<sup>286</sup>. El concepto es una función con un solo argumento.

2.3. "Objeto" es algo que, por su simplicidad, no permite una descomposición lógica.

2.4. Las funciones pueden ser de primer y segundo orden. Son funciones de primer orden, aquellas que son saturadas por objetos, mientras que son de segundo orden aquellas cuyos argumentos son y deben ser funciones. Los signos no son objetos, porque son descomponibles. Por tanto, las funciones cuyo argumento sea un signo, son de segundo orden.

## 3. Sobre el signo:

3.1. Para Barthés, la relación significante-significado instituida por Saussure, es una parte de un proceso más amplio, la semiosis, en cuyo concepto no entran como elementos el mundo ni la psique, sino sólo como bases o condiciones externas de posibilidad. El signo es una función, en el sentido lógico

---

<sup>286</sup> El primer Wittgenstein los denomina proposiciones elementales y los identifica con las letras p, q y r. Son los elementos de los modus ponens y tollens. Cfr. Wittgenstein, Ludwig. Op. cit. proposiciones 4.24, 4.27 y 4.441. Debe tenerse en cuenta que el lógico austriaco difiere de Frege en cuanto al tema de los objetos y las funciones, pues considera que los objetos también son no saturados y su forma determina la posibilidad de encuadrar en determinada función. Cfr. Coffa, Alberto, op. cit. Sin embargo, sí es importante mencionar que las proposiciones elementales son similares a las funciones de primer orden de Frege y que son éstas a las que son atribuibles los valores de verdad. Esto es relevante para esclarecer lo que es una tautología.

del término. Asimismo, si el signo es diádico, no lo es la semiosis, la cual empuja hacia fuera de esa relación dual.

3.2. El signo en Frege es una función que se encuentra desvinculada de las psiques, pero no del mundo, aunque eso se debe a que el signo, tal como lo estudia el lógico alemán, se limita a discursos de verdad, como la lógica y la matemática.

3.3. Para Peirce, un signo es, en la forma de un representamen, algo que está para alguien en lugar de algo en algún aspecto o capacidad. Crea a través del destinatario un signo equivalente o, incluso, más desarrollado. Este signo es el interpretante. Aquello en lugar de lo cual está, es el objeto inmediato. El fundamento del signo es el resultado de la selección semiótica efectuada sobre el objeto dinámico, que establece que el signo sólo esté en lugar de otra cosa en un aspecto o capacidad.

3.3.1. La semiosis es una función triádica, recurrente y autorreferente, pero no tautológica. Sin embargo, autorreferencia no significa cerrazón ni solipsismo.

3.3.2. El signo no tiene una relación inmediata con el mundo y la realidad, sin que ello signifique que carezca de relación en lo absoluto. Sólo se descartan las concepciones ingenuas que consideran que el signo y, por tanto, la semiosis, se relacionan directamente con la realidad. El fundamento del signo, al ser la instancia que determina el Objeto Inmediato mediante una selección, permite pensar la relación del signo con el Objeto Dinámico, es decir, con el mundo. Así, “el Objeto Dinámico motiva al signo, pero el signo instituye al Objeto Inmediato a través del *ground*; este Objeto Inmediato es ‘interno’ (8.534), es una idea (8.183), una ‘representación mental’”.

3.3.3. El signo “empobrece”, pues implica una selección de aspectos relevantes del objeto dinámico para establecer su objeto inmediato. El signo o, mejor dicho, la semiosis, moldea y determina su objeto desde una selección operada a través del interpretante; es decir, usando términos de Hjelmslev, segmenta y precisa el continuo sobre el que se forma. Así, el interpretante se convierte en la puerta de salida del signo hacia “todos los hechos conocidos

respecto de ese objeto”, bajo el entendido de que, al ser un signo, la salida se dirige hacia un espacio semiótico, no real.

3.3.4. La semiosis o función semiótica, es un proceso dinámico y autorreferente de interconexión con otras funciones, mas no solipsista, que excluye de su definición tanto al mundo (objeto dinámico) como al intérprete (psiques), sin que se encuentre cerrada absolutamente a ellos. La semiosis moldea el continuo sobre el que surge, de tal modo que cualquier precisión sobre el continuo es más bien semiótica, que real. El signo es diferencia por cuanto siempre es en tanto que remite a otra cosa, y relación porque es en cuanto remite.

3.4. El signo es una función y, como tal, un proceso interno, que se proyecta hacia otros signos a través del interpretante, para generar una semiosis ilimitada.

3.5. El signo es una función que se compone de tres funciones. Cada una de éstas se refiere a los componentes del signo: plano de expresión, plano de contenido e interpretante. Por esto, el signo es una función de segundo o tercer orden, dependiendo de si las funciones de que se compone sean a su vez de primer o segundo orden.

#### 4. Sobre códigos:

4.1. Los s-códigos sólo establecen correlaciones entre elementos por lo que, según Eco, propiamente dichos no son códigos.

4.2 El código propiamente dicho “representa un sistema de estados discretos superpuestos a la equiprobabilidad del sistema de partida, para permitir dominarlo comunicativamente”<sup>287</sup>, pues implica los tres s-códigos: sintáctico, semántico y pragmático. Los códigos son reducciones de complejidad o entropía.

4.2.1. Si bien por un lado los códigos reducen complejidad, por otro la aumentan. Siempre permiten variadas formas de realizar semiosis dentro de su marco.

---

<sup>287</sup> Tratado de Semiótica General, op. cit. p. 76.

4.3. Los códigos pueden ser fuertes o débiles, es decir, provenir de hipercodificación o de hipocodificación. Los códigos fuertes reducen altamente la complejidad, mientras que los débiles no. La hipercodificación avanza desde un código establecido, por medio de recurrir o repetir la reducción de complejidad que lo constituyó, hasta subcódigos más analíticos. La hipocodificación avanza desde un código inexistente o desconocido hasta un código general siempre en formación.

4.4. Para Eco, el código jurídico es un s-código, porque sólo establece correlaciones reductibles a cálculos y estructuras lógicas, entre descripciones de conductas y deberes de sanciones.

#### 5. Sobre semántica, tautología e interpretación:

5.1. Denotación o inherencia es la conexión inmediata que un plano de expresión provoca en el destinatario del mensaje. La connotación es el conjunto de todas las unidades culturales que una definición intensional del significante puede poner en juego; y por lo tanto, es la suma de todas las unidades culturales que el significante puede evocar institucionalmente en la mente del destinatario.

5.2. Los contenidos semánticos que se asignan a los significantes, son contenidos culturales, no hechos reales. Las unidades culturales, sin embargo, no parten de negar la realidad "referencial", sino que la implican necesariamente porque la semiosis es una diferencia que apunta siempre hacia algo más, sin tocarlo directamente: se apunta a la realidad en todo momento, pero con mediación y distancia, por eso el referente no forma parte del signo y este puede servir para mentir. Por eso hay ideologías y, también por eso, estas no necesariamente son sólo mentiras.

5.3. Los árboles de Katz y Fodor y de Porfirio son insuficientes para explicar el plano semántico de la semiosis: son incompatibles con su carácter ilimitado. Son diccionarios.

5.3.1. Emplear un diccionario sin aquilatar su carácter limitado y, por ende, reducir los sememas a determinados semas, es ideológico. El uso ingenuo o el abuso de los árboles, es ideológico en el sentido negativo del término.

5.3.2. Decir que el semema –humano- tiene como único sema distintivo /racional/, es ideológico. También es ideológico establecer como único sema distintivo, cualquier otro sema, como, por ejemplo, /sentir-dolor/.

5.4. La enciclopedia es un modelo construido con base en la definición de Peirce-Eco de signo-semiosis, de tal manera que las marcas semánticas se entienden como interpretantes, con la complejidad que implican como procedimientos y como negación de una identidad estática del signo (es decir, como una negación o, por lo menos, reformulación del principio de identidad).

5.5. La tautología lógica tiene tres características: 1. Es una proposición que en todo contexto y circunstancia es verdadera. Los axiomas lógicos son tautológicos. 2. Son proposiciones absolutamente analíticas. 3. No expresan nada sobre algo distinto al discurso lógico en el que se inscriben.

5.5.1. Las tautologías lógicas ocupan un determinado sitio dentro de la lógica, a saber, la cumbre axiomática, pues sólo puede predicarse verdad (los teoremas y fórmulas, son tautológicas sólo en tanto deriven directa o indirectamente esa condición del axioma). Asimismo, son vacuas en el sentido de que sólo expresan condiciones relacionadas con el código que las hace posibles, de tal manera que si éste carece de elementos semióticos que garanticen cierta referencialidad de sus signos, entonces sus tautologías también carecerán de referencialidad.

5.5.2. Las tres características de las tautologías no son otra cosa que tres semas denotados por el signo “tautología”, asociados a éste por un determinado código, a saber, el del lenguaje formal de la lógica. Así, la tautología es lo expuesto en 4.5 sólo en el lenguaje formal de la lógica. Naturalmente, en sistemas semióticos con un código no tan fuerte como el de la lógica, el uso de “tautología”

no podrá ser sino analógico: se tendrá que discernir qué denotaciones de “tautología” son compatibles con el sistema semiótico distinto del lógico.

5.5.3. La primera denotación es la que más puede asociarse al código fuerte de la lógica, pues es el que permite ubicar la tautología en la cumbre axiomática del sistema. Además, esa denotación se asocia con el sema /verdad/, que no necesariamente tiene sentido directo en todos los sistemas semióticos donde pudiera utilizarse el signo “tautología”, pero indudablemente lo tiene en el código de la Lógica. Es necesario el concepto de “tautología lingüística” de Rastier.

5.5.3.1. Nada obsta, por lo menos desde lo abstracto, a que en códigos semióticos distintos del de la lógica, alguna tautología ocupe un lugar tal, que siempre que se enuncie cualquier otro juicio, implícitamente se afirme también el juicio tautológico. En los capítulos subsiguientes, trataremos de demostrar que la tautología del derecho al reconocimiento a la personalidad implícitamente se afirma cada que se enuncia un derecho fundamental; sin embargo, dado que el código semiótico-jurídico en última instancia no provee sentido a los juicios que de él derivan o que conforme a él se emiten, entonces no podrá decirse que el derecho al reconocimiento a la personalidad sea la condición de “verdad” de los otros derechos. En otras palabras, no se trasladará al Derecho el sema “verdad” del signo “tautología”, ni tampoco la posición jerárquica que implica “tautología” en el código de la Lógica. Que en materia de derechos humanos siempre se implique el derecho al reconocimiento a la personalidad cuando se afirme cualquier derecho humano, no implica jerarquía superior sobre los demás, sino solamente una posición sintáctica, no asociada a semas valorativos como “superior”.

5.5.4. Las otras denotaciones pueden tener mejor acomodo en códigos semióticos distintos al de la lógica, pues todos los códigos pueden generar juicios semióticos o analíticos y en todos se pueden producir juicios que no digan nada, por lo menos no en principio.

5.5.6. Veremos en el próximo capítulo, que cuando Luhmann emplea “tautología” en un discurso distinto al de la Lógica, lo hace principalmente en el

aspecto de vacuidad, aquel conforme al cual no dice nada. Sin embargo, también emplea parcialmente la denotación de posición primaria, aunque sin asociarla a valoración alguna ni a jerarquía. Por eso es importante para este trabajo, considerar la forma en que el sociólogo alemán habla de tautología en materia de comunicación y en materia de Derecho.

5.6. La ideología sesga las posibilidades semánticas de los sememas que emplea. Contra ella, no basta la sola declaración de principios, pues incluso en esta se puede ocultar una parcialización: por ejemplo, una universalización de la parcialización. Otro ejemplo, es aquél que, por un lado, se asume consciente del carácter parcial de sus premisas y, por otro, enarbola la “razón” y el “progreso” para asegurar sus posiciones como aquellas que, si no semánticamente, sí pragmáticamente son las únicas.

5.7. La interpretación es un proceso semiótico que involucra todas sus ramas (sintáctica, semántica y pragmática). El lector tiene una participación primordial en ella, pues reconstruye las coherencias internas del texto. *Si lo hace conforme a la estructura interna de éste, interpreta; si no, usa el texto.*

6. La personalidad jurídica es una unidad cultural.

## CAPÍTULO II

### LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO METALENGUAJE DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

#### II.1. Postura de Rolando Tamayo y Salmorán

Tamayo considera que el modelo de ciencia que acoge la dogmática jurídica, aún en la actualidad, es la clásica de Aristóteles, conforme a la cual “la investigación científica [es] una progresión que va de la observación de los hechos a los principios generales y regresa a los hechos”<sup>288</sup>.

El método de la ciencia del derecho, obtenido del modelo clásico de ciencia, consiste en los siguientes pasos:

a) La determinación del material jurídico dado. El jurista primeramente, señala cuál es el material jurídico existente ([...] establece, por decirlo así, la base empírica de su sistema); b) búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados) a partir del material jurídico dado; c) deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y d) sistematización y ordenación del material<sup>289</sup>.

Asimismo, considera Tamayo y Salmorán que la dogmática jurídica admite ser considerada como una ciencia, pues su método y modelo es análogo al de otras ciencias respecto de las cuales no se duda de su carácter científico y porque los enunciados que genera implican un incremento en el conocimiento científico<sup>290</sup>.

Establecido el origen y método de la ciencia del derecho, queda la cuestión sobre su objeto. Tamayo y Salmorán considera que éste consiste en el comportamiento humano, pero bajo un determinado aspecto o cualidad. Este aspecto y cualidad no es otro que la norma: “dicho en otros términos, este conjunto de enunciados jurídicos es lo que nos permite dotar del carácter de norma jurídica al comportamiento humano. Puede entonces decirse, que la ciencia

---

<sup>288</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*, México, UNAM, IJ, 1984, pp. 110-112.

<sup>289</sup> *Ibid.* p. 130.

<sup>290</sup> “Por todo lo que acabo de referir, pienso que, ‘derecho’ ocurre propiamente en el campo del operador ‘ciencia’ para ‘ciencia del derecho’, tanto como ocurre en él, los nombres de las ciencias paradigmáticas (i.e. aritmética, geometría, gramática)”. *Ibid.* p. 137.

del derecho no considera el comportamiento humano sino en tanto que éste se encuentra constituyendo normas jurídicas”<sup>291</sup>.

Afirma nuestro autor, que un comportamiento humano puede tenerse como parte de una norma, si se convierte –dentro de un enunciado normativo- en antecedente o consecuente de una relación normativa. Por ello, la norma se considera como una relación de imputación que se hace de un comportamiento consecuente a uno precedente<sup>292</sup>. Por tanto, si la dogmática jurídica tiene por objeto el comportamiento humano solamente en cuanto forme parte de una relación de imputación normativa, entonces “todos los enunciados pertenecientes a la ciencia del derecho suponen, necesariamente, esta relación de imputación”<sup>293</sup>.

Por tanto, la unidad de la dogmática jurídica se da en virtud de la relación de imputación jurídica que selecciona ella misma como relevante del comportamiento humano que estudia: la ciencia del derecho, entonces, segmenta la realidad que le es pertinente, pues selecciona de ella determinados aspectos, los cuales determinan la unidad de la dogmática. La determinación de la relación de imputación, su descripción y análisis son la base de la unidad de la dogmática jurídica<sup>294</sup>.

La ciencia del Derecho no se limita, pues, a ser un discurso meramente explicativo, sino que el concepto que constituye principalmente su unidad también permite una lectura jurídica del derecho, es decir, el derecho sólo se puede abordar desde una perspectiva de derecho, a través de la doctrina.

---

<sup>291</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. Sobre el sistema jurídico y su creación, UNAM, IJ, México, 1976, p.21.

<sup>292</sup> La demostración lógica de la existencia de una relación de imputación es: 1. Si phi entonces puede darse o no psi;  $\phi \rightarrow (\psi \downarrow \sim\psi)$ . Donde phi es el antecedente y psi el consecuente. 2. Entonces no es cierto que la ausencia de psi implique la ausencia de phi.  $\sim(\sim\psi \rightarrow \sim\phi)$ . 3. La ausencia de phi implica la de psi.  $\sim\phi \rightarrow \sim\psi$ . 4. Entonces, psi se imputa a phi;  $\psi \rightarrow \phi$ . Cfr. Ibid. p. 23. Creemos que en la primera proposición debió emplearse la doble condicionalidad, pues como se ve en 3, la ausencia de phi implica la ausencia de psi; es decir, la única causa posible de psi o no psi, es phi. Por tanto, si y sólo si phi, entonces (psi o no psi):  $\phi \leftrightarrow (\psi \downarrow \sim\psi)$ .

<sup>293</sup> Id.

<sup>294</sup> “Si el comportamiento humano se encuentra imputativamente relacionado, éste se constituye en condición o consecuencia de una norma y, por ende, en objeto propio del conocimiento jurídico”Ibid. p. 24.

Por otro lado, dado que todos los comportamientos jurídicos tienen las dimensiones referidas y que la relación de imputación no es sino “un enlace de conductas espaciales, temporales y personales”, entonces esta relación se reduce a la dimensión de las conductas que vincula. “De acuerdo con esto último, podemos sostener que la norma, es decir, la relación imputativa de comportamientos, dura cierto tiempo, se da en cierto espacio y vincula conducta de algunos”<sup>295</sup>.

Tamayo y Salmorán excluye que la relación normativa tenga como último sustrato la subjetividad de alguno o algunos individuos. Las normas, que surgen de la selección de determinado aspecto del comportamiento humano (relación de imputación), tienen fundamento objetivo, no subjetivo; es decir, su carácter vinculador (imputativo) no deriva de la aquiescencia de sus destinatarios, ni de cualidad alguna de su emisor<sup>296</sup>. Es objetiva como la semiosis.

Por otro lado, para Tamayo la ciencia del Derecho no tiene una relación pasiva respecto de su objeto, sino que tiene un carácter constitutivo, es decir, crea su objeto en la medida en que lo comprende como un todo dotado de significado. La ciencia del derecho no se limita a describir y explicar las normas jurídicas, sino antes bien las crea, en tanto la relación de imputación que las determina como tales, no es un concepto ontológico, sino una construcción explicativa de la propia ciencia del derecho y es propia de la dogmática a tal grado que determina su unidad.

Lo anterior lleva a concluir a Tamayo, que:

Si tenemos presente que es la ciencia del derecho la que proporciona al comportamiento humano el carácter de norma jurídica, y si tenemos en cuenta que las normas jurídicas proporcionan al comportamiento jurídico un específico significado normativo (esto es,

---

<sup>295</sup> Id.

<sup>296</sup> Nos parece claro que la concepción de Tamayo y Salmorán en este aspecto es compatible con lo que hemos expuesto sobre la semiosis: podría decirse que nuestro autor considera la ciencia del derecho compuesto por semiosis, en un sentido similar al que ensayamos en este trabajo cuando se trató del concepto de Peirce y Eco, salvo, tal vez, por la exclusión que en este último se hizo de los seres humanos individuales. Esta exclusión, entendida por Eco como un umbral exterior de la semiótica, es compartida por Niklas Luhmann, como veremos en este mismo capítulo.

contrato, homicidio, divorcio, etcétera), entonces, no existen predicados jurídicos por fuera de las normas jurídicas determinados por la ciencia del derecho<sup>297</sup>.

Por tanto, el Derecho sólo admite como lectura estrictamente jurídica, la que de él hace la ciencia del derecho. Ésta no es derecho, pero “permite una lectura jurídica del derecho”<sup>298</sup>. “Sólo por ella sabemos qué son, qué alcance tienen y cómo funcionan los materiales jurídicos”<sup>299</sup>. La ciencia del derecho proporciona significados a las normas jurídicas y, por esa razón, debe considerarse como un lenguaje y, dado que refiere directamente a normas jurídicas, las cuales a su vez forman parte de otro lenguaje (el del derecho), entonces la dogmática jurídica es un metalenguaje. Así, la ciencia del derecho es un lenguaje que directamente significa, pues atribuye significados a las normas jurídicas, mientras que estas últimas directamente ordenan o prescriben y sólo mediatamente pueden significar<sup>300</sup>.

La distinción discursiva entre el derecho y la ciencia del derecho, se da porque el primero se compone de enunciados prescriptivos (normas jurídicas) y el segundo, por enunciados descriptivos (reglas jurídicas)<sup>301</sup>.

Aún más, la ciencia del derecho, además de ser un metalenguaje respecto del derecho (que permite nada más y nada menos la posibilidad de operarlo racionalmente, pues permite su lectura jurídica), es la fuente para “un claro entendimiento de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica”, pues esto “presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas que conforman dicha institución (que yacen detrás de dicha institución)”<sup>302</sup>.

Entonces, el material jurídico sólo puede ser entendido conforme a determinadas reglas de desciframiento (código). “El ‘código’ (en el sentido de

---

<sup>297</sup> Ibid. p. 35.

<sup>298</sup> El Derecho y la ciencia del Derecho, op. cit. p. 128.

<sup>299</sup> Tamayo y Salmorán, Introducción al Estudio de la Constitución, Fontamara, México, 1998, p. 213.

<sup>300</sup> Cfr. ibid. p. 36.

<sup>301</sup> Ibid. pp. 38-39. Véase también, del mismo autor, Derecho y ciencia del Derecho, op. cit., p. 126,

<sup>302</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica, UNAM, IIJ, México, 2007, p. 183.

vocabulario de un léxico) para tal 'lectura' es proporcionado por la dogmática jurídica y su historia"<sup>303</sup>, por lo que la ciencia del derecho se constituye, de esta manera, en el aparato semántico del derecho, porque se ha instituido para "leer' (identificar, seleccionar, reformular) el derecho que se tiene que aplicar"<sup>304</sup>.

La ciencia del Derecho es, entonces, el aparato semántico del derecho, es decir, contiene las condiciones en las cuales puede ser entendido el derecho. Si empleamos los elementos obtenidos en el primer capítulo de este libro, entonces la ciencia del derecho establece los recorridos semánticos que los diferentes signos jurídicos (palabras, conceptos, principios, instituciones, etc.) tienen.

Esto denota para Tamayo el carácter práctico de la ciencia del derecho: es un discurso científico, pues su método y modelo es el de la ciencia (clásica), a la vez que su finalidad es establecer qué hacer. La ciencia del derecho no es solamente conocimiento científico (*επιστημη*), sino principalmente es prudencia (*φρονεσις*)<sup>305</sup>.

Tamayo suma a los anteriores niveles discursivos jurídicos, uno más: la filosofía del derecho. Ésta es una "disciplina metajurídica, cuyo objeto de estudio lo constituye el análisis de los conceptos, métodos y estructura de la ciencia jurídica".

### **II.1.1. Consideraciones sobre la postura de Tamayo y Salmorán**

Es preciso apuntar que no compartimos completamente el análisis del iusfilósofo de nuestra atención. En primer lugar, nos parece que cuando emplea el adjetivo "jurídico" para referir a cada uno de los niveles discursivos, incurre en algunas inconsistencias.

Si la dogmática jurídica es el aparato semántico del derecho (lo cual compartimos), entonces ya sea que se asuma la noción de semiosis de la escuela saussuriana, que distingue entre plano de la expresión y plano del contenido, ya la

---

<sup>303</sup> Ibid. p. 184.

<sup>304</sup> Ibid. p. 190.

<sup>305</sup> Razonamiento y argumentación... op. cit. p. 93.

peirciana, que se compone de representamen, objeto e interpretante (además de intérprete y ground), la dogmática jurídica debe considerarse como parte del mismo fenómeno semiótico del Derecho; es decir, es parte del mismo Derecho.

Consideramos esto pues, como ya se observó en el primer capítulo, el signo (más propiamente, la semiosis) no debe confundirse con el plano de expresión. La función semiótica es todo el proceso dinámico que lo relaciona con el plano de contenido y, si seguimos la noción de Peirce-Eco, lo proyecta o enlaza con un nuevo proceso de semiosis.

Sin embargo, Tamayo y Salmorán insiste con particular énfasis, siguiendo a Kelsen, en que la ciencia del Derecho se compone de enunciados representativos o referenciales (utilizando la nomenclatura de Bühler y Jakobson), mientras que el derecho se integra por enunciados normativos (conativos o apelativos), de tal manera que los significados de los componentes semióticos de la ciencia del derecho se caracterizan por su falsabilidad (empleando el concepto popperiano), lo cual no es propio del Derecho, que sólo admitiría calificación sobre su validez o invalidez. Conforme a esta posición, Tamayo concluye que la dogmática del Derecho es científica, es decir, que tiene el mismo status que las ciencias como la matemática, la geometría, la física y la biología, entre otras.

En nuestra opinión, esta separación tajante entre Derecho y ciencia del Derecho es contradictoria con la afirmación de que esta última es el aparato semántico de la primera, porque si la dogmática jurídica reformula el derecho y establece las condiciones en las cuales el derecho puede ser leído no de cualquier manera, sino jurídicamente, entonces ello implica que la doctrina se constituye en parte inescindible de la semiosis jurídica.

También nos parece que la escisión entre derecho y ciencia del derecho es incompatible con la posición que Tamayo adopta, en el sentido de que la dogmática, más que ser sólo *επιστημη*, es más bien *φρονεσις*<sup>306</sup>. La prudencia es conocimiento racional que se produce para establecer qué hacer, es decir, su

---

<sup>306</sup> Razonamiento y argumentación... op. cit. p. 93.

sentido no es tanto exponer lo que es verdadero o falso, sino lo que es debido o no; en este sentido, la ciencia del derecho formaría parte de la semiosis jurídica, sin tener que renunciar a su carácter racional y a que se compone de enunciados referenciales, aunque éstos tendrían su significado final no en su representatividad, sino en su orientación normativa (apelativa o conativa).

Esta “permeabilidad” entre lenguajes-objeto y metalenguajes ha quedado expuesta en el primer capítulo de este libro y es compatible con que, dentro del mismo proceso semiótico (complejo, por supuesto), pueda haber cierto tránsito racional entre cada nivel, y si ese tránsito ocurre desde un discurso racional, esto tiene que suceder con rigor.

Por otro lado, tampoco compartimos la afirmación en la cual se expone que los enunciados normativos no significan, sino que norman, mientras que los enunciados de la ciencia del Derecho sí significarían. Los actos del lenguaje, según Austin, son locutivos<sup>307</sup>, ilocutivos<sup>308</sup> y perlocutivos o realizativos<sup>309</sup>. Los primeros son aquellos que, según Tamayo, conformarían la ciencia del derecho, mientras que los segundos y los terceros, al derecho. Empero, es claro que todos los actos del lenguaje, como semiosis, son significativos, aunque lo sean de

---

<sup>307</sup> “Llamo al acto de “decir algo”, en esta acepción plena y normal, realizar un acto locucionario (*locutionary act*) y denomino al estudio de las expresiones, en esa medida y en esos respectos, estudio de las locuciones, o de las unidades completas del discurso [...] Podemos decir que realizar un acto locucionario es, en general, y *eo ipso*, realizar un acto ilocucionario (*illocutionary act*), como propongo denominarlo”. Austin, J.L. “Cómo hacer cosas con palabras”, en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/austin.htm>, pp. 62 y 64.

<sup>308</sup> “Expresé que realizar un acto en este nuevo sentido era realizar un acto “ilocucionario”. Esto es, llevar a cabo un acto *a*/ decir algo, como cosa diferente de realizar el acto *de* decir algo.” p. 65.

<sup>309</sup> “Hay un tercer sentido (C), según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos. Podemos decir entonces, pensando en esto, que quien emite la expresión ha realizado un acto que puede ser descrito haciendo referencia meramente oblicua (C.a), o bien no haciendo referencia alguna (C.b), a la realización del acto locucionario o ilocucionario. Llamaremos a la realización de un acto de este tipo la realización de un acto *perlocucionario* o *perlocución*.” Ibid. p. 66.

manera diversa. Además, en las normas también se encuentra actos locutivos, por ejemplo, cuando se define determinada palabra o institución<sup>310</sup>.

Igualmente nos apartamos de que el objeto de la ciencia del Derecho se reduzca a comportamiento humano imputativamente relacionado, pues de ser así, sería cierta la crítica de Eco en el sentido de que el código jurídico sería un s-código que sólo correlacionaría conductas conforme a un esquema lógico-condicional. Nuestra opinión es, siguiendo a González Ruiz y a Luhmann, que esa posición confunde la totalidad del derecho con una parte de él, a saber, su programa, sin considerar su estructura (código en sentido semiótico), ni la referencia última conforme a la cual se estabiliza la semiosis jurídica (derecho-no derecho). Esto lo expondremos en los siguientes subcapítulos.

## **II.2. Samuel González Ruiz: el Derecho y el código semiótico**

En cuanto al código semiótico del Derecho, González Ruiz se aparta de la opinión de Umberto Eco, de que el derecho conforma solamente un s-código.

Sostiene González Ruiz, que dicha opinión “confunde la noción de código, que en derecho tiene una acepción precisa –cuerpo ordenado de normas-. Con el concepto de derecho objetivo o la norma misma”<sup>311</sup>, de tal manera que, a fin de cuentas, la concepción de Eco sobre el código jurídico, confunde éste con el concepto de derecho objetivo. Así, “la relación que existe entre código, en sentido jurídico, y código en sentido semiótico, es a nuestro entender de homonimia”<sup>312</sup>.

Respecto del código semiótico-jurídico, González Ruiz se adhiere a la teoría de las unidades culturales de Eco, y sostiene que éstas forman un sistema semiótico en el interior del cual actúan dos tipos de relaciones fundamentales: las sintagmáticas y las paradigmáticas o asociativas<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> Cfr. González Ruiz, Samuel. “Código semiótico y teorías del derecho”, ed. Fontamara, 1ª edición, México, 2004, pp. 77 y 100.

<sup>311</sup> Ibid. p. 123.

<sup>312</sup> Ibid. p. 125.

<sup>313</sup> Supra capítulo I.1.1, inciso a).

Sostiene también que el código semiótico-jurídico cuenta con mecanismos de control a través del cual se actualiza cada vez que viene utilizado (feedback)<sup>314</sup>, lo cual se aprecia con particular claridad en el control de interpretación que se ejerce en las diversas instancias jerárquicas de los tribunales.

Igualmente, considera que el código semiótico-jurídico es un código débil aunque especializado, por cuanto no es asimilable a los códigos fuertes como los de los lenguajes formales (lógica y matemáticas, por ejemplo). En este punto, refiere a la teoría de Eco y a la asociación que hace éste entre los códigos fuertes y los recorridos semánticos en forma de diccionario, frente a los códigos débiles, que cuentan con estructuras semánticas enciclopédicas<sup>315</sup>. La semántica del Derecho es, para Samuel Ruiz, enciclopédica, en el sentido que hemos explicado en el primer capítulo de este trabajo.

González analiza diversos modelos de emisión de normas. El primero trata de prescripciones particulares y concretas dadas por una sola persona (prescripciones personales individuales y concretas). Este modelo requiere un modelo comunicativo elemental, donde hay un emisor (la autoridad), un mensaje transmitido mediante un código (en sentido semiótico) y un receptor. No hay ruido. En este modelo son perfectamente aplicables los operadores deónticos tradicionales<sup>316</sup>.

El segundo modelo introduce la generalidad en el modelo comunicativo, pues se trata de prescripciones personales concretas generales, es decir, normas dirigidas a un colectivo de personas, pero con un objeto particular y un solo emisor. Por tanto, el modelo comunicativo es similar al del primer modelo, salvo porque el destinatario es colectivo<sup>317</sup>.

El tercer modelo agrega abstracción en la prescripción, es decir, se trata de prescripciones personales individuales abstractas y prescripciones personales

---

<sup>314</sup> Ibid. p. 137.

<sup>315</sup> Ibid. p. 140.

<sup>316</sup> Cfr. Ibid. pp. 155-158.

<sup>317</sup> Cfr. ibid. p. 156.

generales abstractas, en las cuales el objeto o conducta deja de ser concreta. En este modelo, el esquema comunicativo no varía respecto de los anteriores, pues sigue siendo una sola persona el emisor, el mensaje sigue siendo enviado a través de un código en sentido semiótico y el receptor es una persona (individuales) o una colectividad (generales)<sup>318</sup>.

El cuarto modelo implica una modificación en el sujeto emisor de las normas, pues deja de ser un individuo para convertirse en un grupo de personas. En este modelo, el mensaje adquiere la característica de hipotética o condicional, de tal manera que se aumenta el contenido de información, pues se trata de normas del tipo: en caso que suceda la circunstancia (ph) (que suene una campanilla), el miembro A de la comunidad debe realizar la conducta Z, que consiste en cerrar la puerta Y. El aumento de información también permite al emisor prever el futuro, es decir, genera una expectativa sobre la conducta del destinatario, lo que permite planificar.

En el quinto modelo, se introduce el elemento de la sanción, lo cual tampoco modifica mayormente el esquema comunicativo elemental de los modelos anteriores. Después se introducen normas secundarias, pues al haber añadido el elemento sanción, se diferencia la función de emisión de normas de la aplicación, lo cual hace necesaria una “regla secundaria de adjudicación” (según la terminología de Hart), conforme a la cual se autoriza a un miembro de la sociedad a aplicar las normas: surge la función judicial. El esquema comunicativo se enriquece, aunque no aumenta demasiado la complejidad: un emisor genera un mensaje por medio de un código (en sentido semiótico), el mensaje viaja a través de un canal, hasta un punto (juez), donde es retransmitido para llegar al receptor<sup>319</sup>. También se incorpora la regla de cambio, conforme a la cual se determina el procedimiento para modificar las prescripciones en el sistema jurídico.

---

<sup>318</sup> Cfr. Ibid. pp. 160-162.

<sup>319</sup> Cfr. Ibid. pp. 164-166.

Posteriormente, se pierde la significación unívoca comprendida en el esquema comunicativo anterior, porque los lenguajes empleados en Derecho, por el legislador, los jueces y la doctrina no son formales, “sino en todo caso especializado, pero que tienen todas las características del llamado lenguaje natural; una de ellas es la ambigüedad”<sup>320</sup>. Esta característica fue denominada por Hart como “textura abierta del derecho”. La ambigüedad justifica la aparición de abogados y doctrinarios, es decir, nuevos metalenguajes que refieren al lenguaje del legislador y de los jueces<sup>321</sup>.

Aún más, se introduce la discrecionalidad del juez en el sistema. Ahora no se tratará sólo de prescripciones que hacen una escala en el juez para ser reenviadas a sus destinatarios, porque se agrega la necesidad de aplicar principios. Con esto, emerge la conciencia sobre la posibilidad de la irracionalidad del legislador y del juez, pues es claro que no son perfectos<sup>322</sup>. Dentro del sistema de derecho, por exigencias de la complejidad de los procesos comunicativos que implica (y que lo conforman), es necesario considerar como variable interna la irracionalidad.

Entonces, *el Derecho no sólo tiene una cara, no es sólo cumplimiento, sino también transgresión*, y ésta no es sólo relativa a la conducta infractora del destinatario. La transgresión es parte del derecho, de tal manera que “la teoría del derecho que no es capaz de explicar las decisiones judiciales basadas en actos de corrupción, amiguismo, compadrazgo, etc., es una teoría limitada en su poder explicativo”<sup>323</sup>.

Con lo anterior, González Ruiz ha demostrado el carácter débil, pero especializado, del código semiótico-jurídico. También ha explicado cómo dentro de

---

<sup>320</sup> Ibid. p. 168.

<sup>321</sup> Cfr. Ibid. p. 171.

<sup>322</sup> Cfr. Ibid. p. 174.

<sup>323</sup> Ibid. p. 172. Si empleamos los conceptos de lógica no reducida a identidad que hemos expuesto en el primer capítulo, podríamos decir que el derecho, así como la semiosis misma, es antes que unidad idéntica a sí misma, una diferencia o bien, la unidad de una diferencia, de tal forma que ambos planos de la diferencia forman parte de la unidad del derecho. Derecho no es sólo consenso, como tampoco lo es la comunicación, es también, y al mismo tiempo, disenso; es conformidad y transgresión; lícito e ilícito; derecho/no-derecho.

los procesos comunicativos del derecho emergen signos y compendio de signos jurídicos, que tienen por plano de contenido otros signos también jurídicos: surgen metalenguajes jurídicos, que forman parte del derecho mismo, a pesar de su distinción de los lenguajes-objeto que también son jurídicos. Lo jurídico tiene su unidad en la multiplicidad de los eventos comunicativos que lo conforman. Tiene unidad aun cuando se conforme de varios lenguajes y metalenguajes: el código semiótico-jurídico es más que correlación entre conductas y consecuencias, pues cada lenguaje y metalenguaje que lo componen, tiene su propio sub-código. Sólo el lenguaje jurídico del derecho objetivo se compone de dichas correlaciones, no así el del legislador, del juez, del abogado y del doctrinario<sup>324</sup>.

Para explicar mejor esta multiplicidad de lenguajes que, pese a su diferencia, forman parte del mismo proceso comunicativo del derecho (es decir, son Derecho), Samuel González aborda el tema de los metalenguajes.

A partir de los trabajos de Tarski, Carnap, Popper, Hjelmslev y Jakobson, González elabora una tipología de los metalenguajes que aclara la posición de los diversos lenguajes que integran el derecho. Esta tipología se compone de cuatro tipos de relaciones:

1. La relación metalingüística en un solo sistema. Consiste en que, en un mismo lenguaje se dan relaciones metalingüísticas, como por ejemplo, en el lenguaje del Legislador, el uso de definiciones que tienen por objeto palabras de las mismas leyes.

2. La relación metalingüística entre dos sistemas lingüísticos distintos, separados a través de una operación teórica, que permite establecer las relaciones entre los sistemas que pueden afectar al código semiótico del lenguaje

---

<sup>324</sup> Estos niveles lingüísticos del derecho, son respaldados por la doctrina de Scarpelli. González explica que, conforme a dicho autor, hay tres niveles lingüísticos en el derecho: el primero se refiere a normas de comportamiento que expresan guías del comportamiento y conceptos de cosas, propiedad y relaciones de hecho, o sea, el lenguaje del legislador; el segundo se emplea enunciados normativos y asertivos, que se combinan para dar conclusiones normativas, es decir, es el lenguaje de los jueces; y el tercero opera con conceptos que designan normas, ordenamientos, elementos o aspectos de normas u ordenamientos, lo cual integra el lenguaje teórico. Cfr. Ibid. pp. 219-220.

objeto. Es decir, el metalenguaje no se relaciona pasivamente con el lenguaje objeto, sino que incide y altera su código. Éste es el caso del metalenguaje de la dogmática jurídica sobre el lenguaje del derecho (lenguaje del legislador y lenguaje de los jueces), según la concepción de Bobbio<sup>325</sup>.

3. La relación metalingüística entre disciplina y lenguaje analizado, en la cual la primera no modifica el código semiótico del segundo. Es el caso de la ciencia. González también incluye en este apartado, la relación entre teoría del derecho y el lenguaje normativo, pues sostiene que no altera los elementos significativos de este último.

4. Las relaciones metalingüísticas existentes sobre los enunciados prescriptivos que señalan la manera de construir reglas (metarreglas) y las propias reglas constituidas. Aquí se encuentran las reglas secundarias de Hart (reconocimiento, cambio y adjudicación)<sup>326</sup>.

Estas relaciones metalingüísticas son las que existen en lenguajes naturales, es decir, son aplicables a sistemas semióticos con código débil, como el derecho. González refiere también a las relaciones metalingüísticas entre lenguajes formales, pero no es el caso de referirlas en este estudio.

Sobre la relación entre doctrina y los demás lenguajes del derecho, González se aparta de la concepción de Norberto Bobbio, pues mientras éste considera que no es posible una jurisprudencia neutra que sólo describa las normas y no modifique alguna relación al interior del sistema, por lo que la dogmática jurídica sería prescriptiva; aquél estima que si bien existe una relación de la clase 2 de la tipología antes mencionada, no concuerda con que la doctrina sea prescriptiva, porque “la base para determinar el tipo de relación metalingüística está en la posible modificación de las relaciones significativas del lenguaje objeto: en su código semiótico”<sup>327</sup>, lo que permite la posibilidad de que haya mejor o peor doctrina. En otras palabras, no es necesario que la dogmática jurídica se

---

<sup>325</sup> Cfr. *Ibid.* p. 218.

<sup>326</sup> Cfr. *Ibid.* pp. 214-215.

<sup>327</sup> *Ibid.* p. 218.

componga de enunciados prescriptivos, para que modifique los lenguajes-objeto integrados por este tipo de enunciados.

Por esto, en el Derecho conviven seis tipos de lenguajes, algunos de los cuales operan como metalenguajes respecto de los otros:

a) El lenguaje normativo del legislador, que se compone por normas generales y abstractas. Estas normas contienen el mensaje básico del sistema comunicativo del derecho y tiene como receptor último, a los ciudadanos, aunque también son sus destinatarios los jueces, los funcionarios, doctrinarios y abogados. Es preciso mencionar que por "legislador" no se entiende sólo al Poder Legislativo, sino por aquél que, en general, emite normas generales y abstractas (constituyentes, partes en tratados internacionales, emisores de reglamentos, etc.)

b) El lenguaje de los jueces y funcionarios. Éste es un metalenguaje respecto del lenguaje del legislador. Se compone por normas personales y concretas (normas jurídicas individualizadas) y por las interpretaciones obligatorias emitidas por los tribunales. Este lenguaje recibe el mensaje del legislador, a la vez que lo modifica conforme al tipo dos de relaciones metalingüísticas antes expuesto.

c) El lenguaje del dogmático del derecho. Este lenguaje actúa como metalenguaje respecto de los dos anteriores, pues pretende describirlos y aportar elementos para determinar el derecho vigente. La relación metalingüística es también del tipo dos.

d) El lenguaje de la teoría y sociología del derecho. Es un metalenguaje de los tres primeros, así como del quinto. Tiene una relación metalingüística del tipo tres, es decir, de aquellas que no modifica el código del lenguaje-objeto.

e) El lenguaje valorativo sobre el derecho. Corresponde a la teoría de la justicia y a la axiología jurídica. También tiene una relación metalingüística del tipo tres, en relación con los tres primeros lenguajes mencionados.

f) Las relaciones entre reglas y metarreglas dentro de un sistema jurídico. Son las normas secundarias de Hart (de adjudicación, reconocimiento y cambio). Tienen una relación metalingüística del tipo cuatro respecto de las demás normas.

Una variable comunicativa más que tiene el derecho, es el feedback o retroacción. Como ya se vio, el feedback implica que la comunicación vuelva sobre sí misma para hacer más probable su continuación en términos estables y dentro de un determinado rango de probabilidad. Esto se logra en derecho por medio del control institucional, de tal forma que el derecho “se trata de un proceso continuo de control recíproco de los sistemas significativos del lenguaje del legislador y del juez, que se da a través de las diversas fases administrativas o judiciales, que van desde los funcionarios hasta las cortes supremas, e incluso, a los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales”<sup>328</sup>. El feedback es un control institucional que disminuye los efectos de la ambigüedad implícita en los mensajes jurídicos.

De esta manera, para González el Derecho es un “complejo sistema de sistemas comunicativos”<sup>329</sup>, porque incluye diversos elementos y lenguajes (con su propio código) que, a fin de cuentas, forman parte del mismo derecho. Los elementos que se deben considerar en un modelo comunicativo completo del derecho, son los lenguajes de que se compone, el emisor básico del sistema (legislador), el destinatario final de éste (las personas), los mensajes (normas), el carácter ambiguo del derecho, el feedback, las metarreglas, la doctrina y el foro de abogados. El modelo comunicativo del Derecho es, entonces, mucho más complejo que los analizados en líneas anteriores, pues los abarca e incluye más variables. La comunicación que compone el Derecho es dinámica, no lineal.

### **II.2.1. Consideraciones sobre la postura de González Ruiz**

Conforme al pensamiento de nuestro autor, podemos decir que la dogmática jurídica es un metalenguaje jurídico, porque forma parte del mismo proceso comunicativo que el derecho. Además, está compuesto por enunciados

---

<sup>328</sup> Ibid. p. 235.

<sup>329</sup> Ibid. p. 269.

descriptivos (no prescriptivos) que modifican el código semiótico-jurídico de los lenguajes objeto sobre los que versa (lenguaje del legislador y de le juez). También podemos observar que la concepción dinámica de semiosis que manejamos en el primer capítulo a partir de Peirce y Eco, no sólo es aplicable para el derecho, sino que éste no es sino un sistema de sistemas de semiosis. Por esto, si la semiosis es una diferencia radical que se proyecta autorreferencialmente hacia la generación de más semiosis, eso mismo aplica para el derecho y las semiosis jurídicas.

En el capítulo primero, expusimos que la semiosis se proyecta (a través del interpretante) hacia la generación de más semiosis, pero sostuvimos que la semiosis ilimitada no es una condición a priorística, sino sólo una posibilidad que la propia semiosis hace más probable. Es decir, la semiosis ilimitada requiere de confirmación empírica: la semiosis futura es contingente, aunque la propia semiosis propicia que sea más probable la siguiente semiosis. Si a esto añadimos el concepto de feedback y la forma en que la expone González Ruiz en el modelo comunicativo del derecho, podemos concluir que éste es un sistema de sistemas semióticos, compuesto de semiosis. Por tanto, este sistema comparte las características de la semiosis: se basa en una *diferencia radical*; es *autorreferente* y al estar orientada hacia la creación de más semiosis jurídica, es *autopoiético*<sup>330</sup>.

## **II.3. Postura de Niklas Luhmann**

### **II.3.1. Conceptos generales de la teoría de sistemas sociales**

Hemos visto en el capítulo anterior, que la semiosis es un proceso dinámico tripartito, que se proyecta hacia la creación de más semiosis a través del interpretante. Esto significa que la semiosis genera la posibilidad a priori de ser ilimitada. Sin embargo, a priorísticamente no se puede decir que de hecho sea

---

<sup>330</sup> Aunque González Ruiz no efectúa estas afirmaciones, sino que en algunos pasajes parece sostener que el derecho es un conjunto de normas que versan sobre la conducta humana, creemos que son compatibles con su pensamiento, sobre todo cuando asevera que su análisis es de corte funcionalista, no estructural. De cualquier forma, nos parece que lo que nosotros afirmamos en el párrafo anterior, es sostenible con base en lo expuesto en el primer capítulo.

ilimitada. También expusimos que la semiosis parte de una diferencia radical, es decir, que en vez de entenderse a partir de la unidad y de la identidad, se entiende a partir de la diferencia que es respecto de la realidad (objeto dinámico) y respecto de sí misma (carácter triádico), lo que origina que es autorreferente y que la proyección hacia más semiosis es también autorreferente. Entonces, la semiosis es autorreferente y potencialmente ilimitada, pero por sí sola no puede establecer todas las condiciones para ser en efecto ilimitada.

En la teoría de sistemas de Luhmann encontramos un buen complemento<sup>331</sup>, que permite entender cómo se genera y cómo se autorreproduce la semiosis, a grado de que, mientras se siga reproduciendo, pueda lograr que su ilimitación sea más probable (aunque nunca se excluya la contingencia). La teoría de sistemas también permite entender al Derecho como un sistema conformado por comunicación y por semiosis.

Para el teórico alemán, la sociedad es un sistema autorreferente y autopoiético, cuyo elemento basal es la comunicación. La comunicación es el

---

<sup>331</sup> No sostenemos que la teoría de Luhmann sea semiótica. De hecho, en varias ocasiones expresa el sociólogo alemán que su teoría no puede considerarse una semiología. Esto se debe a que considera que el lenguaje y el signo no son comunicación, sino medios de comunicación. Sin embargo, nos parece que cuando realiza ese distanciamiento, tiene en mente una concepción de semiosis derivada de la tradición saussuriana o bien, cuando alude a Peirce, lo hace a partir de la lectura de Morris y otros norteamericanos. Creemos que esa distancia, pues, se debe a que tiene en mente posturas semióticas que o bien tienen al lenguaje como el modelo último de la semiótica o de plano reducen ésta a aquél (como hace Barthes). En otras palabras, no nos parece que la postura de Luhmann sea muy diferente de la teoría de Eco, con quien, sin duda, comparte que el ser humano, en cuanto tal, esté fuera del proceso semiótico y comunicativo, así como el carácter potencialmente ilimitado de la semiosis. Asimismo, nos parece un punto de convergencia importante entre ambos autores, el carácter autorreferencial de la comunicación y de la semiosis; el hecho de que ésta reduzca la complejidad entrópica por medio de selecciones (recuérdese que el objeto inmediato es una selección, “un aspecto o cualidad”), y las reservas respecto del estructuralismo ontológico de Lévi-Strauss. El concepto de estructura de Luhmann es muy similar al que Eco expone en la parte final de “La Estructura Ausente” y al comienzo de “El tratado de semiótica general” respecto de código. Naturalmente, existen también diferencias, tales como que en Luhmann el concepto de estructura no se entiende solamente como una construcción teórica, sino que se expresa como una referencia a la realidad, así como que tiene como componentes expectativas no signos (aunque el concepto de semiosis es más amplio que el de signo y podría incluir expectativas). Para fines de este trabajo, nos basta con precisar los puntos de intersección, así como el hecho de que para el sociólogo alemán, la teoría y dogmática jurídica son parte del sistema del derecho, de tal manera que los instrumentos semióticos no tienen que verse del todo ajenos a un trabajo dogmático, el cual opera sobre semiosis por medio de semiosis.

elemento constituyente del sistema social, y sobre el cual éste opera para generar más comunicación.

La comunicación es unidad de tres operaciones. Es la selección de información, la selección de acto de comunicar (medio de expresión de la información) y la diferenciación de las dos primeras selecciones<sup>332</sup>.

La comunicación es un proceso de tres partes. Primero se cuenta con información, la cual, per se, es una selección de posibilidades del entorno de la comunicación (o sea, de lo que no es comunicación, *mutatis mutandi*, lo que Peirce llamaba objeto dinámico). La información no es un acontecimiento ajeno a la comunicación, no es un estímulo externo, sino la selección operada comunicativamente de ese estímulo externo. La información no es heterorreferente, aunque la heterorreferencia surgirá necesariamente de la autorreferencia, como veremos más adelante.

La segunda parte es la selección de una conducta que exprese la información. Esta conducta no tiene que ser intencionada, sino que lo importante es que permita que el receptor la distinga de la información que contiene, como el medio por el cual esa información le fue proporcionada<sup>333</sup>.

La tercera parte es la que permite saber si existe o no comunicación. Consiste en la distinción efectuada por ego (el “decodificador”) entre la información y el acto de comunicar. Esto se llama entendimiento. “La comunicación sólo se

---

<sup>332</sup> “[La información es] una selección de un repertorio (conocido o desconocido) de posibilidades. Sin esta selectividad de la información no se logra ningún proceso comunicativo, por mínimo que se pueda mantener el valor de novedad del intercambio de noticias, como cuando la comunicación se realiza por ella misma o simplemente llena el vacío en una reunión. Además, alguien debe seleccionar una conducta que comunique esta información deliberada o impremeditadamente. Lo decisivo es que la tercera selección se puede basar en la diferencia entre la información y su comunicación. Como esto es decisivo y como la comunicación sólo se puede entender sobre esta base, llamaremos (un poco inusualmente) al receptor y al emisor alter”. Luhmann, Niklas. “Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general”, *Anthropos, UIA, CEJA, Barcelona-México-Santa Fe de Bogotá*, 1998, pp. 142-143.

<sup>333</sup> Aquí también hay similitud con el pensamiento de Eco, para quien lo decisivo de la semiosis está en que el destinatario sea un ser humano, aunque el representamen del signo no sea emitido por otro ser humano (por ejemplo, las nubes oscuras acompañadas de viento húmedo y frío, significan lluvia o lluvia potencial). Por otro lado, en ciertas partes Luhmann parece concebir que el hecho de atribuir significados a eventos no humanos, no es comunicación, v. gr. cfr. *Ibid.* 146.

genera cuando esta diferencia es observada, exigida y comprendida y puesta como base para la selección de la conducta de enlace”<sup>334</sup>, es decir, la conducta que, a partir de la primera comunicación, genera otra comunicación.

De esta manera, sólo se puede saber que existió comunicación, cuando se gestó una nueva a partir de la anterior, porque sólo por medio de una conducta de enlace se “prueba siempre si la comunicación anterior se entendió”, es decir, si ego efectuó la diferencia entre acto de comunicar e información.

Esto deriva en la concepción de una autorreferencia basal, “es decir, el proceso debe consistir de elementos (acontecimientos) que al retomar su relación con otros elementos del mismo proceso se remiten a sí mismos. La autorreferencia basal es, a la vez, la condición previa de las estrategias consiguientes que la ocupan de manera especial”<sup>335</sup>.

La comunicación, entonces, es una diferencia, antes que una unidad idéntica a sí misma. Es una diferencia que opera como unidad (lo que sin duda es paradójico). Parte de tres selecciones que, a su vez, son tales en cuanto que son la afirmación de algo en detrimento de lo preterido o no seleccionado. La selección es también una forma de dos partes: es tanto lo que se selecciona como lo desestimado. Lo desestimado no es aniquilado, sino que queda implicado en lo seleccionado como una posibilidad que, después, puede llegar a ser seleccionada<sup>336</sup>.

Estas selecciones parten de que lo que no es comunicación sea objeto de una operación radical de diferenciación que la haga devenir en información (repertorio); que esa información sea asociada con medios para su comunicación, es decir, que haya actos de comunicación; y que esos actos de comunicación sean susceptibles de ser distinguidos (entendidos) de la información que llevan,

---

<sup>334</sup> Ibid. p. 143.

<sup>335</sup> Ibid. p. 145.

<sup>336</sup> Por ejemplo, si en un testamento un hijo es preterido, ello no implica que se lo aniquile, sino que queda latente la posibilidad de que sea seleccionado en caso de que el testamento dejara de ser válido y la sucesión deviniera intestada. Mientras el testamento es válido, el hijo preterido queda como una posibilidad latente de selección para heredar.

por lo cual, al haber entendimiento, sea posible generar una conducta de enlace hacia otra comunicación.

El proceso comunicativo hace más probable su ilimitación o reproducción, aunque ésta sea contingente, es decir, hace más probable su continuación. Por eso, la comunicación no sólo es autorreferente, sino también autopoiética, es decir, se produce a sí misma a partir de sí misma.

La comunicación es una diferencia radical respecto a la “realidad”. Es una identidad basada en la diferencia: sólo es en cuanto que se distinga del entorno (objeto dinámico, en la terminología de Peirce)<sup>337</sup>. La diferencia es la nota de la comunicación, al igual que lo es de la semiosis, según la hemos expuesto. El proceso comunicativo explica cómo surge la semiosis, sus condiciones de posibilidad, así como la manera en que se conecta en los hechos con otras semiosis. La comunicación es un proceso de diferenciación externa (respecto del entorno), e interna (respecto de sí misma; i. e. tres selecciones)<sup>338</sup>.

Las tres selecciones referidas se relacionan con una cuarta, la cual es una posibilidad previa al enlace con una nueva comunicación, bajo la consideración que el enlace con la siguiente se puede dar a partir de cualquiera de las tres selecciones. Esta selección versa sobre la aceptación o el rechazo de la comunicación propuesta por alter (emisor). Esta es la premisa de la conducta de ego (receptor), que enlaza con la siguiente comunicación. La comunicación, al requerir de una tercera selección de comprensión por parte de ego, limita la

---

<sup>337</sup> Id. “Sobre el supuesto de que la comunicación es un proceso básico autorreferencial que coordina en cada uno de sus elementos tres selecciones diferentes, se infiere respecto de la teoría de sistemas que no puede existir ninguna correlación correspondiente entre el entorno y la comunicación. A la unidad de la comunicación no le corresponde nada en el entorno. La comunicación aparece, por lo tanto, necesariamente como proceso de diferenciación”

<sup>338</sup> Esta complementación que hace el concepto de comunicación de Luhmann, respecto del concepto de semiosis, es apuntada por dicho autor, cuando dice: “No tenemos que decidir aquí entre teorías filosóficas, entre la teoría trascendental [la fenomenología de Husserl] y la semiología [posición de Derrida] [...] Para la formación de una teoría sociológica importará sobre todo la comprensión de que ambas posiciones de la controversia aquí esbozada se basan en una comprensión abreviada de la comunicación. Por eso no retomamos ni una posición básica de la teoría del sujeto (teoría de la acción), ni una de la teoría del signo (lingüístico, estructuralista), sino que tendremos que revisar, en todo caso, cuáles de las ideas generadas desde estas perspectivas teóricas pueden retomarse” Ibid. p. 147. Lo escrito entre corchetes es propio.

entropía porque obliga a éste a comprender sobre la base de la distinción entre lo que ya se le ha dado: información y acto de comunicación. Sin embargo, esta acotación de posibilidades, abre otras: la comprensión o entendimiento de ego, implica la posibilidad del rechazo de la comunicación propuesta. En palabras de Goethe “cada palabra pronunciada incita al sentido contrario”<sup>339</sup>.

La aceptación o rechazo de la comunicación, se da después de que se han dado las tres selecciones que la conforman. Es decir, es posterior a la comunicación y tiene relevancia sobre la determinación de la conducta de enlace que se da respecto a la nueva comunicación que se genere. En la comunicación misma, *el rechazo es una posibilidad latente, por cuanto las selecciones de alter implicaron dejar de lado ciertas posibilidades a favor de la (s) seleccionada (s), pero no las eliminaron ni aniquilaron.*

Esta condición provoca que “la comunicación libera una sospecha que abarca todo, una sospecha universal e imposible de solventar, y toda afirmación o acallamiento no hace sino renegarla”: la comunicación siempre puede ser rechazada, es contingente. La sinceridad no es comunicable, “ya que ésta presupone la diferencia entre información y acto de comunicar, así como el hecho de que ambas son contingentes”<sup>340</sup>, pues parte de selecciones, que son tales precisamente porque pueden ser de otra manera, en tanto que lo seleccionado siempre implica que lo preterido pudo ser seleccionado y, por tanto, queda latente para otras selecciones. Todo esto genera demasiadas posibilidades equiprobables, es decir, entropía.

La comunicación entonces surge para disminuir y controlar la entropía, pero para hacerlo parte de la contingencia de las selecciones con las cuales la limita. Por esto, la comunicación es contingente o, más precisamente, contingencia que controla contingencia: no existe necesidad alguna de que se genere ni de que se enlace con otra. La comunicación es improbable, porque “incluso cuando una comunicación es comprendida por quien es alcanzado por ella, no será del todo

---

<sup>339</sup> Citado por Luhmann, *ibid.* p. 148.

<sup>340</sup> *Ibid.* p. 150.

seguro que se le acepte y se le tome en cuenta. Al contrario: ‘cada palabra pronunciada provoca su contrasentido’. La comunicación sólo tiene éxito si ego acepta el contenido selectivo de la comunicación (la información) como premisa para su propia conducta [...] El éxito de la comunicación es una unión lograda de selecciones”<sup>341</sup>.

Luhmann llama *medios* “a los logros evolutivos que arrancan en estos puntos de ruptura de la comunicación y sirven funcionalmente para transformar lo improbable en probable”<sup>342</sup>. Aquí se insertan los medios de comunicación simbólicamente generalizados (el Derecho es uno de ellos). Éstos son “aquellos medios que utilizan generalizaciones para simbolizar [o unir] la relación entre selección y motivación, es decir, para representarla como unidad”. La motivación es la presión y orientación que hace más probable que ego (el destinatario) seleccione la aceptación de la comunicación y, en caso que esto no suceda, exista tematización comunicativa del rechazo, de tal forma que no se extinga la producción de comunicación<sup>343</sup>.

Si la comunicación es autorreferente y autopoiética y, para ser esto último, reflexivamente opera sobre sí misma para hacer más probable su reproducción al motivar la selección de la aceptación de la comunicación, entonces surge un

---

<sup>341</sup> Ibid. p. 157. Las otras dos razones por las cuales la comunicación es improbables, son: 1. Para existir requiere que ego entienda lo que pretende alterar, lo que es poco probable “dada la separación e individualización de sus cuerpos y sus conciencias”; 2. La accesibilidad de los destinatarios es, en principio, difícil porque se circunscribe a la interacción, es decir, sólo a quienes estén presentes al momento de la comunicación.

<sup>342</sup> Ibid. p. 158. El lenguaje es un medio “que intensifica la comprensión de la comunicación más allá de lo perceptible [...] es un medio que se caracteriza por el uso de signos; utiliza signos acústicos y ópticos referentes al sentido”. Otros medios son la escritura, la impresión y las telecomunicaciones, los cuales sirven para disminuir la improbabilidad de la accesibilidad de la comunicación. La escritura y la imprenta provocan una diferencia unívoca entre actor de comunicar e información y, especialmente la segunda, refuerza la sospecha generada por el acto de comunicar: “sólo la escritura y la imprenta sugieren excluir los procesos comunicacionales que no reaccionan a la unidad de acto de comunicar e informar, sino precisamente a su diferencia: procesos de un control sobre la verdad, procesos de la articulación de la sospecha, con la consiguiente universalización de la sospecha hacia lo psicoanalítico y/o ideológico. La escritura y la imprenta produce, necesariamente, la experiencia de la diferencia, la cual constituye la comunicación, y por eso provocan la reacción de la comunicación o una comunicación mucho más específica de la que es posible establecer en un diálogo oral”. Ibid. p. 160.

<sup>343</sup> Ibid. p. 159.

sistema social, porque las nuevas comunicaciones estarán ceñidas a un rango de probabilidades<sup>344</sup>.

Por tanto, para Luhmann la sociedad es un sistema de comunicación, es decir, el componente elemental del sistema social es la comunicación y sólo ella. La sociedad es comunicación que se reproduce a sí misma a partir de sí misma (autopoiesis) y que, como tal, es autorreferente y autopoietico.

Asimismo, como la comunicación es una diferencia que se proyecta hacia a fuera, en el sentido de que es radicalmente distinta de su entorno (que es todo lo que no es comunicación), y también es una diferencia hacia dentro, en tanto opera sobre selecciones y su propia distinción interna (información, acto de comunicar y entendimiento, este último es a su vez una distinción respecto de los primeros dos), entonces el sistema social también parte de una diferencia fundamental respecto del entorno, la cual se recurre hacia dentro, para generar más distinciones. La comunicación, antes que ser unidad, es una diferencia y sólo como tal puede entenderse como unidad.

De esta manera, el entorno no es una categoría marginal, sino constitutiva de la comunicación. Dado que ésta es una diferencia, entonces necesariamente implica la existencia del entorno. La unidad de la comunicación es su diferencia respecto del entorno, sin el cual no podría existir. “En la teoría de sistemas autorreferenciales, el entorno es más bien una condición previa de la identidad del sistema, ya que ésta es posible únicamente gracias a esa diferencia”<sup>345</sup>.

Esta diferencia constitutiva implica la concepción de una lógica que no se base en el principio de identidad, pues la unidad del sistema no se da solamente por sí mismo, sino en virtud de que es diferente del entorno y de que opera de tal manera que esa diferencia se mantenga.

Una diferencia no debe tratarse como una cosa, su ‘reificación es un error de los propios críticos [...] el sistema no es ontológica ni analíticamente más importante que el entorno, ya que ambos son sólo en referencia uno con otro [...] También es necesario aclarar la ubicación de la diferencia sistema/entorno en la realidad. Tal diferencia no es ontológica

---

<sup>344</sup> Ibid. p. 160.

<sup>345</sup> Cfr. ibid. pp. 172-173.

y en esto residen las diferencias de comprensión. No divide a la realidad global en dos partes: aquí el sistema, allá el entorno. Esta alternativa no es absoluta, más bien relativa respecto del sistema y, no obstante, objetiva<sup>346</sup>.

Como la comunicación se proyecta por medio de la autorreferencia y la autopoiesis (autorreproducción) hacia la creación de más comunicación y ésta está constituida por diferencias (información y acto de comunicación) y una operación sobre la diferencia (entendimiento), entonces el sistema social mantiene su diferencia respecto del entorno por medio de operar su diferencia constitutiva. El sistema social opera la diferencia para crear más diferencia. Así, la diferencia con que opera el sistema social es un re-entry, pues es la aplicación de diferencia a la diferencia básica. Este re-entry se da del lado del sistema, porque “el entorno es sólo un correlato negativo del sistema. No es una unidad capaz de realizar operaciones, no puede percibir al sistema, no lo puede manejar, ni puede influir sobre él. Por eso se puede decir que una referencia indeterminada al entorno permite al sistema totalizarse a sí mismo. El entorno es, simplemente, todo lo demás”<sup>347</sup>:



El entorno es entrópico: necesariamente es más complejo que el sistema. El sistema debe ser capaz de manejar esa complejidad a fin de mantener la diferencia. Esto se hace por medio de creación de complejidad interna, la cual se genera por la operación recursiva de la misma diferencia.

Una de las diferencias que opera el sistema, es la observación, la cual “no es otra cosa que aplicar una distinción como, por ejemplo, la de sistema y entorno. La observación no es una operación especializada de adquisición de

<sup>346</sup> Id.

<sup>347</sup> Ibid. p. 176.

<sup>348</sup> Luhmann menciona que no es de su agrado esquematizaciones como la aquí expuesta y rechaza explicar su pensamiento con modelos como los conjuntos, pero nos parece que es útil para entender mejor la distinción fundamental.

conocimiento, no es un análisis. En este sentido, todos los sistemas que trataremos disponen de la capacidad de autoobservación”<sup>349</sup>. La observación es recepción de información a partir de la diferencia, por lo cual la información no tiene correspondencia punto por punto con el entorno, pues está mediada por la diferencia, específicamente por una selección (en el capítulo primero, llamamos a esto, segmentación)<sup>350</sup>.

La observación es una operación autorreferencial. La referencia se entiende como una distinción que dispone de otro lado, por lo que la autorreferencia implica la heterorreferencia y viceversa<sup>351</sup>. “El sistema que se alza a sí mismo mediante una discriminación operativa (y con esto se hace observable), se describe a sí mismo como algo distinto del entorno y con esto se incluye –como se puede claramente ver-, en la observación”<sup>352</sup>.

Por otro lado, vimos que la comunicación implica necesariamente la posibilidad de su aceptación y de su rechazo, lo cual se traduce en que se reabra la complejidad disminuida por medio de las selecciones de información, acto de comunicar y entendimiento. Esta nueva complejidad es reducida a través de los medios de comunicación simbólicamente generalizados, como ya se expuso, los cuales operan sobre la decepción (el rechazo de la comunicación) de dos formas: aprendiendo de ella, es decir, modificando la estructura para asimilarla; reforzando la expectativa decepcionada, es decir, haciendo valer la expectativa a pesar del desengaño fáctico. Esta segunda manera es evidentemente normativa y es la forma en que el derecho opera para controlar la complejidad y mantener la diferencia del sistema respecto del entorno, así como la diferencia del subsistema del Derecho.

---

<sup>349</sup> Ibid. p. 174.

<sup>350</sup> “Frente a un entorno experimentado de manera completamente indiferenciada no pueden desarrollarse estrategias de reducción. Para adquirir y trabajar la información, el sistema necesita diferencias en su entorno”. Ibid. p. 185.

<sup>351</sup> En palabras de Louis Kauffman: “The self appears, and an indication of that self can be seen as separate from the self. Any distinction involves the self-reference of the one who distinguishes. Therefore, self-reference and the idea of distinction are inseparable (hence conceptually identical)”. Citado por Luhmann, Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedad, UIA, ITESO, UNAM, IJ, Teoría Social, México, 2002, p. 108.

<sup>352</sup> Ibid. p. 107.

Los medios de comunicación simbólicamente generalizados requieren de estructuras para operar la contingencia que existe en el enlace de comunicación a comunicación, consistente en la posibilidad de la aceptación o rechazo de la comunicación inicial. La estructura es una “limitación de las relaciones permitidas en el sistema”<sup>353</sup>. Las estructuras son selección de relaciones combinatorias que versan sobre elementos cambiantes. Para mantenerse invariables y reducir la complejidad, requieren de asegurarse contra la readmisión de lo excluido en la selección<sup>354</sup>, es decir para mantener en la absoluta latencia lo preterido.

En este punto es preciso referir a la relación entre estructuras y procesos, pues esto aclara que el concepto de estructura de Luhmann es similar al de código de Eco. La estructura produce la constante determinación de los siguientes elementos debido a la exclusión de otras posibilidades disponibles; mientras que el acontecimiento se determina por la diferencia entre antes y después, “quizás el mejor ejemplo, por lo menos el de mayor alcance, es el habla, la cual se sirve de la lengua”<sup>355</sup>, por lo que es “el átomo temporal (socialmente el más pequeño posible): ‘un indivisible todo-o-nada acontecimiento’. ‘Un evento singular es, entonces, un acontecimiento ‘dicotomizador’, no cuantificable, y nada más. Su representación, mediante un modelo espacio-temporal, sería únicamente un punto”<sup>356</sup>.

Por otro lado, las estructuras sociales son estructuras de expectativas. Las acciones (que son la simplificación que realiza la autoobservación del sistema, para explicar sus elementos, ante la imposibilidad de observar directamente la totalidad del proceso comunicativo), se reproducen dentro de un margen de posibilidad<sup>357</sup>.

Las expectativas son el resultado de la reducción de posibilidades de conductas de enlace que realice ego (receptor) a partir de la comunicación

---

<sup>353</sup> Luhmann, Niklas. “Sistemas sociales...” op. cit. Ibid. p. 259.

<sup>354</sup> Ibid. p. 261.

<sup>355</sup> Ibid. p. 262.

<sup>356</sup> Ibid. p. 263.

<sup>357</sup> Ibid. p. 265.

propuesta por alter (emisor). Las estructuras establecen que a partir de determinada comunicación propuesta, las posibilidades de la conducta de enlace estén predeterminadas (si contrato entonces la conducta consecuente sólo puede ser cumplir o incumplir). Esta posibilidad se reduce a una conducta de enlace, de tal manera que las posibilidades que se esperan en cuanto a la realización de ésta, sólo son dos: que la conducta cumpla la expectativa o que la decepcione<sup>358</sup>.

Las estructuras, entonces, son de expectativas y éstas se refieren a las conductas de enlace. Las expectativas tienen que resistir el tiempo y la contingencia de su decepción. Para lograr esto, se recurre a cuatro mecanismos: el establecimiento de la persona, de roles, de programas y de valores.

Las personas no son los sistemas psíquicos ni sus cuerpos, es decir, no son los seres humanos que, como tales, se encuentran en el entorno del sistema social. “Ser persona implica atraer y fijar con su sistema psíquico y su cuerpo expectativas hacia sí y también expectativas propias y ajenas. Cuanto más diversas e individualizadas sean estas expectativas, tanto más compleja será la persona”<sup>359</sup>.

Los roles son puntos de vista más abstractos que surgen a partir de la concepción de persona. Están diseñados para corresponder a aquello que una persona puede rendir y se refieren solamente a un sector de la conducta de ésta

---

<sup>358</sup> Ibid. p. 268.

<sup>359</sup> Ibid. p. 288. Sobre la crítica a este concepto de persona y a la exclusión del ser humano del sistema social, Luhmann dice: “Desgraciadamente los críticos se limitan a blandir el argumento trivial de que el concepto de cerradura autopoietica no acontece sin el ser humano. Pero esto no decide todavía sobre el hecho de si los seres humanos concretos son componentes que forman parte del sistema de derecho –posición, por lo demás, insólita- o si más bien pertenecen a las condiciones del entorno. Jacobson, op. cit., a propósito, se traiciona ya que afirma que las en relación al ‘individuo’ no se piensa en el sistema viviente y psíquico del hombre. ‘Individuals figure in the common law only in the character they display through interaction oriented toward the values expressed in prior applications of norms. The individuals applying norms may have hosts of attitudes (personality, emotion) toward the application. The attitudes do not matter: only the display of character in interaction matters’ (p. 1684). Con esto no puede uno más que estar de acuerdo. Pero este concepto enjuto de individualidad no es, sin embargo, otra cosa que el concepto de persona, a saber, un conjunto selectivo de características producidas por la comunicación. Por consiguiente algo que no podría aclararse por la acción. Justamente la teoría de los sistemas autopoieticos, a diferencia de las teorías humanistas, toma al individuo muy seriamente: ‘taking individuals seriously’ - se podría decir”. Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedad, op. cit. p. 104. El subrayado es propio.

que es esperada, por ejemplo, el rol de un paciente, de un maestro, de un artista, de una madre, etcétera<sup>360</sup>.

Los roles se asocian e identifican con determinadas expectativas en un nivel de abstracción más alto que aquél relacionado con las personas. Sin embargo, ese nivel de abstracción superior, no es el último alcanzado. Si se va más allá, surgen los programas. “Un programa es un complejo de condiciones de veracidad (es decir, de aceptabilidad social) de la conducta. El nivel de programa se autonomiza frente al nivel del rol cuando se trata precisamente de esta ganancia de abstracción, es decir, cuando debe ser regulada y hecha esperable la conducta de más de una persona”<sup>361</sup>. Los programas, entonces, son más abstractos en cuanto a las expectativas y más generales, respecto al número de destinatarios. En cuatro palabras: son generales y abstractos.

Dado que el programa permite la calificación del acontecimiento de acuerdo a la conformidad o desviación de la expectativa, entonces genera un código binario que reduce la complejidad que representa la incertidumbre de la conducta de enlace: en el caso del derecho, el código es derecho/no-derecho (Recht/unrecht)<sup>362</sup>.

Los valores “son puntos de vista generales, simbolizados individualmente de la preferencia de estados o acontecimientos”<sup>363</sup>, es decir, son calificaciones generalizadas simbólicamente sobre lo mejor o peor de un estado o un acontecimiento, referido a una estructura (recuérdese la relación entre acontecimiento y estructura, como género de la relación habla/lenguaje). Como todo acontecimiento puede ser colocado bajo el punto de vista de valores negativos como de positivos, entonces no es posible deducir definitivamente sobre la bondad o no de una acción. Es decir, ningún juicio de valor es definitivo en relación a una acción.

---

<sup>360</sup> Cfr. Ibid. pp. 288-289.

<sup>361</sup> Ibid. p. 290.

<sup>362</sup> Cfr. Luhmann et al., op. cit. p. 164.

<sup>363</sup> Id.

Los valores son tan necesarios para la estructura como los programas, porque estos, en su abstracción y generalidad, son transformables e inestables en los detalles (no pueden prever todas las posibilidades y es fácil que casos concretos que debieran estar previstos, no lo estén), mientras que “el consenso acerca de los valores facilita la comunicación relativa a la contingencia de los programas”<sup>364</sup>, es decir, a lo que los programas no detallan. Los valores dan estabilidad adicional al subsistema, porque no se encuentran tan expuestos a la contingencia y el cambio como los programas.

### **II.3.2. La sociología del Derecho de Luhmann y la posición de la teoría y dogmática jurídicas dentro del sistema del derecho**

Los sistemas sociales son complejos de comunicación autorreferentes y autopoieticos, que parten de una diferencia radical respecto del entorno: son esa diferencia y la operación sobre ésta. La comunicación parte de una paradoja, pues es la unidad de tres diferencias. También recrea esa paradoja, porque su operación consiste en recurrir esa diferencia y en mantenerla: el sistema emerge a partir de la contingencia y de la reducción de complejidad, pero también la genera en cada enlace hacia una nueva comunicación.

El Derecho es un subsistema social, por tanto, es comunicación diferenciada respecto de otras formas de comunicación. El Derecho genera comunicación jurídica y se puede determinar que una comunicación concreta es jurídica si fue generada a partir de estructura de expectativas, programa, código y valores jurídicos<sup>365</sup>. El Derecho, entonces, es un sistema autopoietico y autorreferente de comunicación, que cuenta con estructura, programa, valores y código propios.

El sistema del Derecho pertenece a la sociedad y la realiza, por lo que no puede considerarse como algo que se imposta a la sociedad como una superestructura: el Derecho es de la sociedad. El Derecho está clausurado

---

<sup>364</sup> Ibid. p. 291.

<sup>365</sup> Cfr. Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedad, op.cit. p. 97.

operativamente y, por tanto, no hay relaciones causales con el entorno, incluso con el entorno inmediato que es la sociedad. Sin embargo, sus límites son transparentes a la comunicación, pues está formado por ésta. Utiliza el lenguaje para comunicar y, por tanto, supone posibilidades de conexión fuera de sí mismo<sup>366</sup>.

Escolio de estas consideraciones, es que *el Derecho no es un sistema de normas, sino uno de comunicaciones*. Las normas sólo forman parte del Derecho al nivel de su estructura y, más concretamente, al nivel de su programa. La unidad del Derecho no está en las normas, sino en la comunicación que lo integra, la función que desempeña y las expectativas que generaliza simbólicamente de manera normativa<sup>367</sup>.

Luhmann parte de que las teorías del Derecho no han resuelto satisfactoriamente el problema de la unidad del sistema jurídico. Esa cuestión la pretende solucionar con las herramientas teóricas expuestas en el subcapítulo anterior: la unidad del Derecho se da en cuanto que es comunicación operada sobre comunicación y en que es comunicación basada en una diferencia radical respecto del entorno, el cual es el resto del sistema social.

Para desarrollar esto, Luhmann acoge la distinción entre dogmática y teoría del Derecho, las cuales considera dentro del sistema jurídico. Abona, que la sociología del Derecho es un discurso racional sobre el Derecho que no está dentro del sistema jurídico, sino en el de la ciencia, pues la comunicación que produce sirve de base para generar comunicación científica, no jurídica: en

---

<sup>366</sup> “Por ello puede también comprender, aprovechar y procesar, ulteriormente, lo que en la sociedad se dice, sin que se tome en consideración el derecho. El derecho presupone simplemente que la comunicación funciona y que es entendida (o mal entendida) y que puede provocar aceptación o rechazo”. Ibid. p. 112.

<sup>367</sup> “El derecho no tiene ningún poder obligatorio; se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa”. Ibid. p. 87. Más adelante, dice: “Por ‘sistema’ no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones – independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción sistema/entorno”. Ibid. p. 96.

términos simples, si la comunicación jurídica cumple un código “derecho-no conforme a derecho”, la comunicación científica se refiere a un código “verdadero/falso”<sup>368</sup>. Asimismo, dentro de éste se encuentra la estructura de expectativas, el programa y el código binario “derecho-no conforme a derecho”<sup>369</sup>.

También considera que el problema de la unidad del Derecho es, en realidad, una paradoja, en tanto como sistema de comunicación, en realidad parte de una diferencia basal, comprendida como unidad. La paradoja es la unidad de la diferencia: el Derecho es una diferencia que funciona como unidad. Esta paradoja también adopta la forma de la unidad de la pluralidad. La explicación de la paradoja y la descripción de cómo el sistema del Derecho la desarrolla, son las tareas que Luhmann realiza.

Para toda teoría del Derecho y para todo discurso racional que lo explique (incluida la sociología del Derecho), es tema ineludible los requisitos para considerar qué comunicación o acción es jurídica y cuál no. La primera respuesta a esa cuestión es tautológica y sin contenido: el Derecho es lo que es Derecho, o en términos de teoría de sistemas, “la diferenciación de un sistema jurídico operativamente clausurado se lleva a efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas con operaciones jurídicas”<sup>370</sup>. *Esa tautología debe desdoblarse*. El desdoblamiento es la “ruptura de identidad (derecho es derecho) recurriendo a distinciones –la unidad de la distinción misma (y no la distinción de lo distinguido) ocupa el lugar de la identidad”<sup>371</sup>.

Esta tautología inicial del Derecho es poco problematizada en la praxis diaria del sistema, pues ésta se orienta por el derecho existente, sin cuestionar su validez (como diría Tamayo). Luhmann ejemplifica esto con el caso de las reformas jurídicas, en las cuales, incluso cuando hay una revolución, no se pone en cuestión todo el sistema, sino sólo sus partes.

---

<sup>368</sup> Ibid. p. 70 y 85.

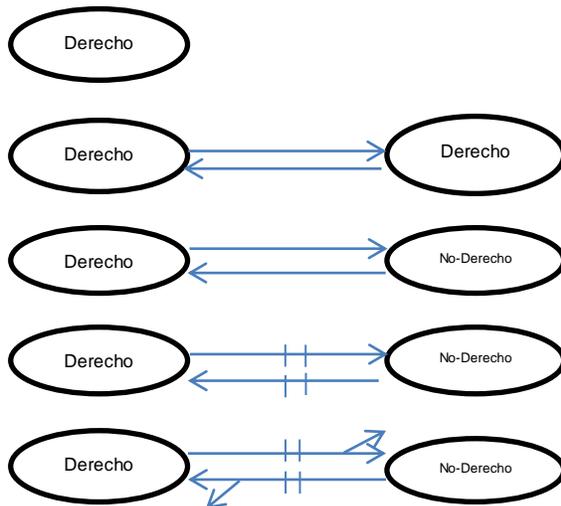
<sup>369</sup> Ibid, p. 64.

<sup>370</sup> Ibid. p. 112.

<sup>371</sup> Id.

El derecho, en primer lugar, es lo que siempre se ha considerado como tal y, por ende se considera distinto de otras cosas (1). Después, se duplica esa unidad, mediante la tautología “derecho es derecho” (2). La tautología se convierte en paradoja cuando se introduce una negación: “el derecho de una parte es un-no-derecho de la otra”. Esto es una paradoja, porque la introducción de la negación implica la necesidad de determinar el contenido de la parte positiva; sin embargo, este contenido no existe, precisamente porque la parte positiva es la tautología “derecho es derecho” (3). Cuando la tautología deriva en una paradoja, es necesario desarrollarla: no hay otra opción. Mediante otra negación se logra esto: “el derecho de uno no es el no-derecho-del-otro” (4), de tal forma que tanto quien está en-su-derecho como quien no, puede y debe contar con el estatuto de estar o no en su derecho. Este antagonismo de estatutos se excluye, finalmente, mediante condicionamientos (5), con lo cual queda desdoblada la tautología y resuelta la paradoja: “derecho es derecho, o bien derecho no es no-derecho, cuando se cumplen las condiciones indicadas en los programas del sistema jurídico”<sup>372</sup>.

Luhmann esquematiza la destautologización de la siguiente manera<sup>373</sup>:



La destautologización requiere del código y del programa jurídicos. El código, ya lo vimos, es una reducción binaria que, en Derecho, responde a la oposición:

<sup>372</sup> Ibid. p. 227.

<sup>373</sup> Id.

derecho/no-derecho. El código no clausura el sistema, sino requiere de esta clausura. Entonces, el código sirve de enlace, al permitir que las comunicaciones jurídicas producidas a partir de comunicaciones jurídicas previas, se identifiquen entre sí mediante la reducción a alguno de los dos valores de la dicotomía del código (derecho/no-derecho)<sup>374</sup>. El código garantiza la clausura operativa del sistema.

Sin embargo, el código no determina la manera en que, concretamente, se asignen sus valores a las comunicaciones. Esto lo efectúa el programa, que, según nuestro autor, es “aquella regla que decide acerca de la asignación de los valores independientemente del margen de interpretación. Pensamos, como programas, en las normas jurídicas, pero también en otras premisas de decisión del derecho: la autovinculación surgida de los prejuicios en la praxis de los tribunales”<sup>375</sup>. El programa permite el procesamiento del aprendizaje (cogniciones), mediante la posibilidad de su reforma (modificaciones a las leyes, por ejemplo), y a la vez se integra por expectativas generalizadas normativamente, es decir, mediante el mantenimiento y reforzamiento de la expectativa a pesar de su decepción. El programa se integra por el derecho objetivo y otras premisas de decisión.

Además del código y los programas, está el símbolo general de la validez, que permite la unidad del sistema jurídico. La validez es un símbolo porque permite conservar y reproducir la unidad del sistema dentro de la diversidad de su operación. La validez carece de valor intrínseco precisamente porque su función es de condensar la comunicación jurídica: significa “únicamente la aceptación de la comunicación, únicamente la autopoiesis de las comunicaciones del sistema jurídico”. Por esta razón, es posible que normas inconstitucionales, en principio sean válidas, por su sola relación con el derecho vigente (relación que se da a

---

<sup>374</sup> Cfr. *ibid.* p. 149. “Si un jurista quiere reconocer si una comunicación pertenece o no al sistema jurídico, debe comprobar si dicha comunicación se ordena dentro de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, por consiguiente, si entra en el dominio del código del derecho. Sólo estos dos logros, función y código, tomados conjuntamente, producen el efecto de que las operaciones específicamente jurídicas se puedan distinguir y reproducir a partir de ellas mismas, con márgenes de error marginales”. *Ibid.* p. 116.

<sup>375</sup> *Ibid.* p. 149.

partir, por ejemplo, del cumplimiento de determinado procedimiento como el legislativo), aunque cualitativamente pueda llegar a ser expulsada del ordenamiento jurídico. Como la validez es la calificación general que permite la condensación del sistema, es decir, que todos sus componentes puedan considerarse jurídicos por sus relación recíproca, la validez sólo es cuantitativa, es decir, si empleamos las categorías expuestas en el primer capítulo de este libro, es una condición sintáctica relativa a todos los componentes de las normas: por tanto, la validez no lo es todo en el derecho, pero su función tampoco es menor<sup>376</sup>.

Por estas razones, para Luhmann, la validez no es una norma, como sí lo es para Kelsen (norma hipotética fundamental) y para Hart (regla de reconocimiento)<sup>377</sup>.

La validez, entonces, no es el resultado de una causa externa ni trascendente, es decir, no depende de una razón inmanente autoritaria ni moral trascendente. “La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema”<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> Luhmann confronta su posición sobre la validez con la de Habermas. Sostiene que la definición de este último, consistente en que “válidas son aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrán dar su consentimiento”, no es jurídicamente útil para la producción y reproducción de la comunicación normativa. Esto porque, en primer lugar, es una definición impracticable dentro del derecho, específicamente en el foro (es difícil que, en una demanda, se haya invocado, se invoque o sea posible invocar una definición de validez de este tipo, para acreditar o desacreditar una pretensión conforme a determinada norma). La definición de Habermas, “no puede ser comprobado en el foro: no es justiciable, no se puede practicar dentro del sistema mismo” Ibid. pp. 155-156. En segundo lugar, la noción de validez que implica un consentimiento racional, basado a su vez en procedimientos (como es la de Habermas), sólo puede tener relación, dentro del derecho, con la optimización de los procedimientos jurídicos, es decir, pueden ser influjo que provoquen la cognición y adaptación del derecho a su entorno, pero en forma alguna tendría efectos directos sobre la validez del Derecho: “un sistema universal de examinación que consistiera en la validez/no validez normativa para cada norma jurídica, al parecer no se puede transformar en un programa practicable” Ibid. p. 156. Luhmann considera que, en último término, la posición de Habermas se reduce a la generalización de la regla liberal de que “cualquiera puede aprovechar su libertad (= tomar en cuenta la validez), mientras que esto no dañe a otros (= los afectados no podrían contradecir con razones sensatas). No obstante, es difícil imaginarse tan sólo un caso en el cual esta regla fuera aplicable, bajo las condiciones actuales (palabras claves: democracia, justa distribución, afectaciones ecológicas)”. Id.

<sup>377</sup> Ibid. pp. 159-160.

<sup>378</sup> Ibid. p. 159.

La validez, pues, no es una norma, pero sí una forma bifaz, que marca la diferencia entre dos lados: validez y no validez. La validez es el lado interior de la forma, se manera similar que semiosis y sistema son los lados interiores de las diferencias que marcan su unidad; mientras que la no-validez es el lado externo, como lo es el entorno o el objeto dinámico en sus formas respectivas. La validez es ambos lados. Esto permite entender las modificaciones jurídicas, así como el hecho de que determinadas soluciones jurídicas que fueron preteridas por modificaciones pasadas, puedan llegar a ser consideradas posteriormente como parte del derecho vigente en futuras modificaciones<sup>379</sup>.

La dicotomía de la validez se distingue de la dicotomía del código. Mientras que el lado negativo de la forma de la validez sólo funciona como valor de reflexión, porque aclara las condiciones de validez, pero no las posibilidades propias de conexión de las operaciones; el valor negativo de la forma del código sí puede tener consecuencias jurídicas, como castigos, responsabilidad por daños causados, anulación. Por ejemplo, que un determinado acto se ubique en el lado negativo del código no significa que todo lo relacionado a ese acto se encuentre en ese mismo lado: “También los presos tienen derechos que pueden hacer valer en caso dado”.

Pero el sistema jurídico también cuenta con factores relacionados con el contenido del programa. Aunque el sistema esté clausurado operativamente, no significa que se renuncie en él a la idea de *justicia*, que Luhmann encuadra en el principio de igualdad. Recuérdese que los subsistemas también tienen valores.

Además del símbolo formal de la validez jurídica, el sistema del derecho dispone de una segunda posibilidad de expresar su unidad operativa, bajo la forma del principio de igualdad. Desde la antigüedad este principio pertenece al acervo de concepciones de cualquier cultura del derecho. Y se lo acepta como si fuera obvio por sí mismo. La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo

---

<sup>379</sup> Un ejemplo es el de los votos particulares. También lo es el de los materiales jurídicos que son desestimados para llegar a ser ley en un determinado momento, pero que después llegan a serlo. Este carácter dinámico es comprendido por la forma bifaz, porque ésta no se queda con la identidad del derecho vigente a sí mismo: el derecho que ahora vigente puede no serlo mañana, por tanto, derecho sólo es derecho vigente en cuanto que derecho vigente no sea idéntico definitivamente a sí mismo, sino que pueda ser distinto. La forma bifaz explica la unidad del derecho a pesar de la contingencia de su programa, así como de la contingencia del propio derecho.

que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho, en casos de disputa. En esta función adopta también el nombre de 'justicia'<sup>380</sup>.

La igualdad es también una forma bifaz. Sin la desigualdad carece de sentido. Lo igual se trata igual y lo desigual, desigual. La igualdad es un esquema de observación respecto de la comunicación que forma el Derecho, es decir, una comunicación de segundo orden, como también lo es la validez. Por esta razón, presupone la existencia de normas y preferencias para poder materializarse.

La forma de la igualdad sirve para contrastar las desigualdades. Éstas a su vez, deben tener un tratamiento igual dentro de las diferencias descubiertas, hasta que esta igualdad sugiera, nuevamente, la observación y designación de la desigualdad [...] A partir de esta posición de la forma se puede transformar la igualdad en norma. El tratamiento de lo igual servirá entonces como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en sí mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción<sup>381</sup>.

Así, la justicia funciona como una autoobservación y autodescripción del sistema. Pero la justicia no es solamente eso, también tiene cualidad normativa, a diferencia de la teoría y dogmática jurídicas, que son también autoobservación y autodescripción del sistema.

La justicia es un metaprograma, que no está sujeto a la contingencia de la decisión que puede modificar el programa. Esto es así, pues a la vez que es norma, es autoobservación y autodescripción y, al mismo tiempo, es también la calificación que el sistema en su conjunto se da a sí mismo. Así, la contingencia de la justicia está en un nivel distinto que el de las normas jurídicas, pues mientras éstas encuentran su contingencia al nivel de los programas, la justicia es a su vez un símbolo que está al nivel mismo de la validez y, por ende, su contingencia está de la mano de la contingencia del sistema jurídico mismo: se podría decir *si ubi societas, ibi ius, ergo ubi societas, ibi iustitia*.

Asimismo, como la justicia es también norma que admite el desengaño, entonces mediante la autoobservación que hace el sistema a la luz de la justicia, los ordenamientos jurídicos (programas) pueden ser en general más o menos

---

<sup>380</sup> Ibid. p. 167.

<sup>381</sup> Ibid. pp. 167-168.

justos, aunque difícilmente podrán ser totalmente justos ni totalmente injustos. Esto último, no obsta para que lo injusto de determinado programa jurídico considerado globalmente sea de tal magnitud que razonablemente pueda darse el salto (sin duda retórico) de decir que todo el sistema jurídico sea injusto<sup>382</sup>.

El Derecho no sólo se autoobserva y se autodescribe mediante la justicia. También realiza esto mediante la teoría del derecho y la dogmática jurídica, los cuales, por esa razón, se consideran como partes del sistema del derecho, no como parte del sistema de la ciencia.

La dogmática jurídica es una autoobservación y autodescripción del sistema jurídico que surgió durante la evolución de este último. El Derecho, en un principio difuso por la ausencia de la escritura, fue adquiriendo mayor consistencia por el uso de este medio de comunicación. Cuando la escritura fue empleada para manifestar el cambio jurídico, entonces se volvió la condición de la validez del Derecho<sup>383</sup>. El Derecho logra su clausura mediante la forma escrita, lo que permite distinguir entre textos jurídicos y no jurídicos: “únicamente entonces el Derecho se

---

<sup>382</sup> Por ejemplo, aunque es claro que el derecho nazi era injusto, no todo el sistema jurídico alemán vigente entre 1933 y 1945 podría considerarse injusto; por ejemplo, el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), que, de hecho, sigue vigente. Luhmann menciona el ejemplo de que “los nacionalsocialistas no suspendieron el art. 1 de la Ley Constitucional de los tribunales, a pesar de todas las declaraciones acerca de la unidad de Estado y derecho y a pesar de que todo se quería supeditar al principio del Führer. No obstante, no estaban permitidas las intromisiones políticas en los procesos en curso [...] Ciertamente, no se trataba de eliminar la capacidad de funcionamiento del derecho. Y aunque nosotros opinemos que en aquel entonces no hubo administración de justicia que fuera independiente, la idea de aquel tiempo era otra: se había partido del presupuesto de un cambio de orientación dentro del sistema jurídico y de la posibilidad de una realización autopoiética de ese cambio. La autopoiesis no es ningún criterio político ni ético de la aceptabilidad del derecho”. Ibid. pp. 138 y 139. Así, aunque es razonable decir que el derecho nazi era injusto, por la extensión y gravedad de la injusticia que generó, es claro que admite graduación esa injusticia. Por ejemplo, se puede confrontar con el derecho soviético del stalinismo y la justificación velada a tantas o más muertes que las del sistema nazi. Considerar que es graduable la justicia y la injusticia, en forma alguna significa tolerar o aceptar esta última, sólo significa constatar que es posible. Esta postura es compatible, por lo menos parcialmente, con la de Dworkin, quien dice: “We say the Nazis had law, even though it was very bad law. This fact about our linguistic practice was widely thought to argue for positivism, with its axiom that the existence of law is independent of the value of that law, in preference to any ‘natural law’ theory”. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 102.

<sup>383</sup> Cfr. *El Derecho de la Sociedad*, p. 312.

vuelve autónomo en el sentido de que no sólo utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de texto que se deslindan de otros”<sup>384</sup>.

Aparece en Atenas y el cercano oriente, la figura del jurista. En Roma esto se lleva más lejos, con la creación de la dogmática jurídica, que nació de la complejidad creciente, efecto de la diferenciación de la labor de la autoridad (pretor) y del juez, así como de la emisión de edictos por parte del primero y de que el segundo no necesariamente podía entenderlos, pues solía ser un ciudadano común, “de aquí que la jurisprudencia no fue otra cosa que el reconocimiento de lo que acontecía con el intento de llegar a clasificarlo y, más tarde, con ayuda de formulaciones epigramaticas (regulae) poder tener sobre ello una visión abarcadora”<sup>385</sup>.

En la Edad Media se trabajó sobre el material jurisprudencial romano y se lo sometió a pruebas de consistencia siempre nuevas. “Desde entonces, la dogmática jurídica se ha vuelto un factor de estabilización que empieza a tener repercusiones sobre la evolución del Derecho”<sup>386</sup>.

Para fines del siglo XVIII, cuando irrumpe la historia como ciencia, se puede “hablar de dogmática jurídica que toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica. Este material semántico que hace abstracción de la praxis casuística (pero que de ninguna manera es insensible a ella) ofrece posibilidades de que emerjan las preguntas de construcción”<sup>387</sup>.

En las postrimerías del siglo XIX, cuando se abandona la reducción conceptual de la jurisprudencia historicista, se comienza a justificar las innovaciones jurídicas como ejecución de normas de competencia del legislador y,

---

<sup>384</sup> Ibid. p. 315. “No se quiere decir que la escritura garantice al derecho la seguridad pretendida. De haber sido así, el sistema del derecho no hubiera evolucionado. La inseguridad de que en el futuro las expectativas se reconozcan como válidas, aun en el caso de que alguien no las haya cumplido (o que así lo considere), no se elimina; tan sólo se transforma. La escritura únicamente viene a sustituir una diferencia: signo/sentido. Una vez que el texto escrito queda encajado en el contexto de la comunicación de sentido, esto es: que puede ser leído, citado...; no queda otra posibilidad que organizar y abrirse a las remisiones de sentido. Esto es un doble procedimiento de reducción y aumento de complejidad”. Ibid. p. 317.

<sup>385</sup> Ibid. p. 327.

<sup>386</sup> Ibid. p. 327.

<sup>387</sup> Ibid. p. 335.

cada vez más, como del propio juez. La diferenciación de la dogmática es clara y “por sus características inconfundibles es parte del sistema de derecho [...] sólo a través de una dogmática jurídica elaborada, la estabilización y reestabilización del derecho se desplaza de la validez simple (y casi siempre religiosa) hacia normas de su consistencia. Por eso también se hablaba de método sistemático”<sup>388</sup>.

*La dogmática jurídica entonces, es una semántica interna al derecho, que permite su operación.* Es una autoobservación y autodescripción jurídica que facilita la estabilización del sistema, ante su creciente complejidad, es decir, ante la pluralidad de componentes (estructura, código, valores [justicia], validez, programa). La dogmática no se plantea a sí misma, en principio, el problema de su propia base teórica, pues surge dentro del Derecho como un componente que facilita la reproducción del Derecho.

La teoría del Derecho tiene ante sí la opción de elegir un modo de descripción externo al Derecho y, por ello, dar respuesta al problema de su propia base teórica, o bien como un modo de autodescripción del sistema jurídico, con pretensiones de validez normativa, para estar en posibilidad de adscribirse al sistema del Derecho, como la dogmática jurídica<sup>389</sup>.

Es función de la autodescripción garantizar la promesa que mantiene la clausura el sistema jurídico, consistente en que toda controversia debe contar con una solución: “sólo la renuncia a tomar partido de cara a las controversias, proporciona a la autodescripción del sistema jurídico su problema distintivo, es decir: el asunto de clarificar las implicaciones que tiene el que un sistema prometa una respuesta a todas las preguntas y que obligue a todas sus operaciones a partir de la existencia de tal respuesta”<sup>390</sup>.

Esta exigencia del sistema jurídico de que toda cuestión tenga solución jurídica, clausura el sistema en tanto así, toda información integrante del sistema

---

<sup>388</sup> Ibid. pp. 336 y 337.

<sup>389</sup> Cfr. p. 569.

<sup>390</sup> Ibid. p. 576.

debe tener forma jurídica para poder adoptar la forma de una controversia<sup>391</sup> y, por ende, ser susceptible de una solución también jurídica a través, por ejemplo, de un proceso jurisdiccional resoluble con un fallo razonado en términos jurídicos.

Esta exigencia también pone a los tribunales en el centro del sistema jurídico:

Los tribunales –por razones jurídicas- deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Sólo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema – independientemente de cómo se quiera denominar eso en concreto. Sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; sólo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios. Sólo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, sólo ellos gozan del privilegio de poder transformar la necesidad en libertad. Ningún otro órgano de la administración de justicia tiene una posición semejante.

La paradoja, sin embargo, es el santuario del sistema, su divinidad en múltiples configuraciones: unitas multiplex, re-entry de la forma en la forma, mismidad de los diferenciado, determinabilidad de lo indeterminado, autolegitimación. La unidad se expresa en el sistema mediante distinciones que, como distinciones directrices, tienen la función de esconder lo que manifiestan. Estructuralmente esto se lleva a cabo mediante el proceso de diferenciación: mediante multiplicación dentro del sistema de la distinción sistema/entorno. Por eso la pregunta por el desarrollo de la paradoja es la clave para el problema de la diferenciación –y desde la forma de la diferenciación se reglamenta qué semántica adquiere o pierde plausibilidad.

[...] Por consiguiente, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces<sup>392</sup>.

#### **II.4. Conclusiones parciales**

1. El sistema del Derecho se integra por semiosis y comunicación de diversos niveles. Por ende, se integra por el lenguaje del Legislador, el lenguaje de los jueces, el lenguaje de la dogmática y el lenguaje de la teoría del Derecho, según Luhmann y González Ruiz.

2. La dogmática jurídica segmenta la realidad (en este caso el derecho), y crea su propio objeto (es decir, el aspecto o cualidad del objeto inmediato que conforma su semiosis). No obstante, es importante precisar que esto refuerza comprender a la dogmática como parte del mismo proceso semiótico del derecho,

<sup>391</sup> Nadie pone en duda que el concepto de litis es jurídico.

<sup>392</sup> Ibid. pp. 382-383.

pues esa reformulación permite operar el derecho y generar nuevas semiosis jurídicas.

3. La dogmática jurídica es el aparato semántico del derecho, aunque lo complementamos con la afirmación de que esto implica que forman parte del mismo proceso semiótico.

4. Es igualmente nuestra opinión, que son dimensiones de lo jurídico, principalmente en su parte semántica, la temporal, la espacial y la personal. Particularmente a partir de esta última, inferimos que el problema que se plantea este trabajo es de índole jurídico, no filosófico, pues al tener relación *toda aseveración de la ciencia del derecho con las dimensiones temporal, espacial y personal, entonces el enunciado de la ciencia del derecho que determine una tautología en cuanto al antecedente y consecuente de la relación imputativa, se convertirá no en un problema filosófico, sino en uno de la dogmática jurídica y, dado que ésta forma parte del mismo proceso semiótico del derecho, entonces será un problema del derecho mismo.*

*Aún más, si la tautología refiere a la totalidad de una de las dimensiones del comportamiento, entonces el problema no sólo es de la ciencia del Derecho, sino que tiene relevancia para todos los enunciados que ésta emita, siempre que se la considere solamente como conjunto de enunciados sobre comportamientos imputativamente relacionados (id. est. normas). Pero la determinación y la solución de una tautología, requiere herramientas semióticas, es decir, aquellas que hemos delineado en el primer capítulo de esta tesis.*

5. La dogmática jurídica es un metalenguaje jurídico, porque forma parte del mismo proceso comunicativo del Derecho. Además, está compuesto por enunciados descriptivos (no prescriptivos) que modifican el código semiótico-jurídico de los lenguajes objeto sobre los que versa (lenguaje del legislador y de juez).

6. El Derecho es más que conjunto de normas. Éstas son sólo parte del programa del sistema (Luhmann) o bien parte del derecho objetivo (González). Por

tanto, la estructura del derecho (código semiótico, según Eco y González), no es un s-código. La concepción de Eco deja de lado el carácter complejo del derecho, el cual incluye no sólo normas, sino estructura, programa, código binario, validez y justicia, así como discursos metalingüísticos internos de autoobservación y autodescripción. El lenguaje de los jueces, de la dogmática, así como el contenido de diversas normas (como aquellas que establecen definiciones, así como las que regulan los procedimientos de emisión de normas [normas secundarias]), son metalingüísticas, pero al mismo tiempo forman parte del mismo proceso comunicativo del Derecho. Hay una relación transparente entre los metalenguajes.

7. El Derecho funciona como un conjunto de semiosis autorreferente o, si se piensa en términos luhmannianos, como sistema de comunicación, en el cual la dogmática jurídica establece los recorridos semánticos de las semiosis que lo componen; entonces se pueden emplear los conceptos de la doctrina para determinar, conforme a ellos, la existencia de la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad, de tal manera que si esos conceptos son parte del derecho (específicamente de su semántica), luego se podrá decir que la tautología también lo es y, en consecuencia, ésta es un problema jurídico en general y de la dogmática jurídica en particular.

8. La relevancia de estas aseveraciones tiene que ver también con el empleo de las herramientas semióticas expuestas en el primer capítulo (semiosis, unidades culturales, autorreferencia, recorridos semánticos, tautología e ideología), para construir y delimitar el problema, así como para plantear, aun cuando sea en líneas generales, un camino racional para su solución, que no sólo sea semiótico, sino al mismo tiempo, jurídico.

9. El Derecho, como la semiosis y la comunicación que lo componen, se yergue sobre tautologías que, precisamente por la necesidad que existe de desarrollarlas, son también paradojas. La paradoja principal es la de la unidad del derecho: unidad de la diferencia, unidad de la pluralidad. Esta tautología paradójica fue la base del pensamiento de Kelsen y Hart, y en Luhmann encontramos una forma racional de desarrollarla, con herramientas propias de la

teoría de la comunicación (con profundos nexos con la semiótica) y la teoría de sistemas.

10. Por tanto, si las autodescripciones necesariamente suponen la existencia del sistema en el que se inscriben y, por otro lado, requieren de la tautología de la normatividad para justificar la diferencia entre hechos y normas, entonces no es de extrañar que la dogmática jurídica como la teoría del derecho, así como las sentencias de los tribunales, oculten el carácter tautológico y paradójico de los temas que abordan.

11. Este trabajo expone una tautología jurídica en el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica; señala cómo por virtud de la autoobservación de la dogmática jurídica ésta deviene paradoja; posteriormente se refiere que ésta no puede ser resuelta por medio de definiciones puramente jurídicas (es decir, por medio del concepto de persona kelseniano, retomado por Ferrajoli, que es un juicio analítico o semiótico); la manera en que se la ha ocultado y a la vez desarrollado en diversas sentencias de tribunales constitucionales y, por último, se efectúa la crítica de la manera en que dichos tribunales desplegaron la paradoja, lo que se proyecta hacia establecer, dentro de la autodescripción del derecho, de instrumentos [semióticos] que permiten racionalmente proseguir la comunicación jurídica.

### **III. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LA TEORÍA Y DOGMÁTICA JURÍDICAS, COMO CONTINENTE DE CONDICIONES SINTÁCTICAS, SEMÁNTICAS Y PRAGMÁTICAS DEL DERECHO**

#### **III.1. Recorrido sobre diversas consideraciones dentro de la dogmática jurídica sobre la forma y elementos de los derechos fundamentales**

Este capítulo tiene por objeto determinar, conforme a las condiciones sintácticas y semánticas del sistema jurídico contenidas en la dogmática y teoría del Derecho, cuál es la estructura sintáctica general de todo derecho fundamental, es decir, su forma y la disposición que guardan entre sí sus elementos; así como las notas semánticas (semas) asignadas en general a estos derechos.

*a) Posiciones positivistas y no moralistas sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales*

A inicios del siglo XX, Edmundo Picard sintetizó con particular claridad la composición formal de todo derecho. El jurista belga se impuso la tarea de establecer cuáles son los elementos más generales y abstractos de los derechos, tales que se encuentran en todos los sistemas jurídicos de todos los tiempos. A esta empresa nada menor, la denominó Derecho Puro, noción expresamente vinculada con la de enciclopedia, lo cual se conecta directamente con la noción que de esta se ha expuesto en el primer capítulo de este trabajo.

Sobre el tema de la estructura formal de los derechos, Picard refirió que se compone de cuatro elementos: el objetivo, el subjetivo, la relación y la protección coactiva. El primero se relaciona con lo a que se tiene derecho; el segundo, es el polo opuesto, es decir, la personalidad a la cual se asocia el derecho sobre el objeto; el tercero es el lazo que parte del objeto hacia el sujeto; y el cuarto es la protección coactiva que, según Picard, es la característica propia del Derecho, en oposición a la Moral<sup>393</sup>. A partir de estos razonamientos, define un derecho como

---

<sup>393</sup> Picard, Edmundo. "El Derecho puro", Librería Guttemberg, Madrid, 1911, pp. 64-66. Trad. Alberto Serrano Jover.

“una relación de goce de un sujeto,-sobre un objeto,-protegida por la coacción social”<sup>394</sup>, la cual, por supuesto, debe corresponder en exclusiva al Estado.

Kelsen especificó más la cuestión al referirse a los derechos subjetivos<sup>395</sup>. Para el jurista austriaco, normalmente se entiende por derechos subjetivos, la contracara del deber jurídico; son la libertad relacionada con cierta conducta, tal que implica necesariamente que otro individuo o todos los individuos estén obligados al comportamiento correlativo; sin embargo, esta noción es insuficiente (aunque no incorrecta), porque no todo derecho subjetivo confiere a su titular una facultad en relación con el deudor, cuyo deber es la “conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción”<sup>396</sup>.

Para resolver el problema, Kelsen determina que no existe diferencia entre derecho subjetivo y derecho objetivo, pues aquél supone siempre la existencia de una norma conforme a la cual puede predicarse su existencia o validez. Por otra parte ello, el derecho subjetivo es en sentido técnico, “la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada”, por lo que “el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el actor potencial”<sup>397</sup>, de un procedimiento en el cual se exija y se pueda imponer la sanción.

El derecho subjetivo es fundamental (también lo denomina, libertad básica), “cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional. Puesto que el sentido del acto mediante el cual se elimina una norma, es él mismo una norma, la libertad

---

<sup>394</sup> Ibid. p. 67.

<sup>395</sup> También Ferrajoli inicia su exposición en relación con los derechos en general, con la noción de derecho subjetivo, dentro de los cuales se encuentran los derechos fundamentales. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, Trotta, Madrid, 2011, tomo I, p. 600 y ss.

<sup>396</sup> Kelsen, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”, México, UNAM, 2ª ed. 1958, 5 reimpresión 1995, p. 69. Traducción de Eduardo García Máynez.

<sup>397</sup> Ibid. p. 97.

garantizada consiste en el poder jurídico de poder intervenir en la producción de esas normas”<sup>398</sup>.

De esta manera, como derecho subjetivo se tiene la conducta correlativa a la debida por parte de un sujeto pasivo, relacionada con la facultad de impulsar la imposición de sanciones o con la facultad de intervenir en la producción de normas, de donde se sigue que

el derecho subjetivo de un individuo es o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho de incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordene la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de normas jurídicas generales denominadas ‘leyes’, o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien, como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea general (esto es, para todos los caso), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizados. Finalmente, también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa<sup>399</sup>.

Podemos entonces concluir que para Kelsen el derecho subjetivo tiene como elementos formales el sujeto, el objeto, la relación entre éstos y la coerción, tal como lo sostenía Picard. También vemos que el filósofo austríaco, así como el belga, establecen estos elementos a partir de juicios analíticos o semióticos, por cuanto obtienen esta caracterización formal de los derechos a partir de las condiciones semánticas del propio sistema jurídico, es decir, de su estructura o código semiótico. En palabras más simples, ambos analizan lo que dentro del propio discurso jurídico se entiende por derechos, para después abstraerlo y ordenarlo consistentemente: tanto Kelsen como Picard sostienen que sus teorías parten de los contenidos estrictamente de Derecho, es decir, son *puramente* jurídicos.

---

<sup>398</sup> Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho”, Porrúa, México, 11ª ed., 2000, p. 155. Traducción Roberto J. Vernengo.

<sup>399</sup> Ibid. pp. 156-157. Sobre este punto, nos parece interesante referir que Ferrajoli menciona que Kelsen, en las obras que aquí hemos citado considera como derecho subjetivo sólo el reflejo de un deber jurídico. Cfr. Op. cit. tomo I, p. 675. Sin embargo, aquí hemos visto que Kelsen sostiene que el derecho subjetivo es más que ese simple reflejo, aunque es verdad que siempre se asocia a un deber. Derecho subjetivo y deber son, para Kelsen, normas y siempre tienen relación, aunque su definición no consiste en esa relación, sino en su proyección hacia la sanción.

Por tanto, es un juicio analítico o semiótico obtenido a partir de la estructura o código semiótico del sistema jurídico, que *todo derecho se compone por un elemento subjetivo, uno objetivo, uno relacional y uno coercitivo*. Se dice que este juicio refiere a las condiciones sintácticas de los derechos, porque sólo establece cuáles son los puntos que se relacionan para formarlos, sin entrar a sus significados ni al de los derechos.

Salvo por el elemento coercitivo<sup>400</sup>, los elementos estructurales de los derechos expuestos por Picard y Kelsen han sido asimilados por la teoría y dogmática de los derechos humanos que continuación exponemos.

Refiere Sergio García Ramírez, que los derechos humanos son un asunto explosivo y expansivo. Lo primero, porque la demanda generalizada de su garantía creció en relativamente poco tiempo, principalmente debido al trauma de la Segunda Guerra Mundial. Esto tuvo efectos internos para los Estados, como internacionales, pero lo que no se pone en duda es que a partir de ese momento se vedó al Estado la disposición, por medio de decisiones simples, de los individuos sometidos a su jurisdicción<sup>401</sup>. La expansión se vincula con la extensión desde el núcleo duro o esencial de los derechos.

Así, la dogmática de los derechos fundamentales incluye a la par de los elementos sintácticos expuestos por Picard y Kelsen, uno semántico: la intangibilidad respecto de la decisión estatal. Se vinculan con el símbolo general de la Justicia, en términos luhmannianos.

---

<sup>400</sup> Esto lo expondremos con más claridad en el apartado de conclusiones de este capítulo. Por lo pronto, mencionados que este elemento más bien se traslada a la estructura de las obligaciones recíprocas a los derechos humanos, específicamente al deber de garantía. Sobre las obligaciones correspondientes a estos derechos, la Constitución mexicana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prevén el reconocimiento, respeto, protección, garantía y promoción. Por ejemplo, Bobbio considera que estos deberes son de promoción, control y garantía, y en este último encuadra la coerción. Cfr. Bobbio, Norberto. "El tiempo de los Derechos", Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 77. Por otro lado, siguiendo la teoría de Luhmann, el elemento coactivo no sería propiamente dicho, parte de la estructura sintáctica de los derechos, pues éstos, como parte del programa del subsistema jurídico, tienen su carácter jurídico en cuanto generalizan simbólicamente expectativas de manera normativa, es decir, reforzando la expectativa en caso de decepción. La coacción sería parte del sistema político, lo cual es compatible con la dogmática de los derechos humanos, pues en su garantía no se piensa inmediatamente en la coacción, sino en su positivación y en oponibilidad por medios procesales (Ferrajoli).

<sup>401</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio. "Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana". UNAM, IJ, México, 2002, pp. 5-21.

Norberto Bobbio considera que los derechos humanos son históricos, pues surgen al comienzo de la Edad Moderna, junto con la concepción individualista<sup>402</sup> de la sociedad y, por otra parte, son uno de los indicadores principales del progreso histórico<sup>403</sup>.

El primer germen histórico de los derechos humanos es, para el ilustre tratadista italiano, la aparición del derecho de resistencia ocurrida en el siglo XVII en la teoría (y algunas veces en la práctica). Esto fue resultado de la cuestión sobre la violación de la ley natural por parte del soberano. Ante la infracción de la ley natural, la desobediencia civil es legítima. Este derecho de resistencia convirtió en perfecta la obligación del soberano que, hasta ese entonces era sólo imperfecta, es decir, no exigible. A partir de ese momento, el soberano deja de responder sólo ante sí y ante Dios, para hacerlo también ante sus súbditos. La ley natural deja, pues, de estar dirigida sólo al soberano, para también serlo respecto de los súbditos, a quienes atribuye derechos<sup>404</sup>.

Los derechos humanos son una inversión de la relación entre soberano y súbdito, entre deber y derecho, por el cual los segundos toman el lugar de los primeros. Este giro está en el fundamento de los derechos humanos y se consuma cuando éstos se extienden “de la esfera de las relaciones económicas interpersonales a las relaciones de poder entre príncipe y súbditos, y nacen así llamados derechos públicos subjetivos, que caracterizan al Estado de Derecho.”

405

Los derechos humanos nacen, entonces, como derechos subjetivos frente y en oposición al Estado. Pero su reconocimiento teórico es insuficiente para su entrada formal en el sistema jurídico: para ello se requiere, según Bobbio, su

---

<sup>402</sup> “Concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado, en fin, por citar el famoso artículo 2 de la *Declaración* del 89, la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es «el fin de toda asociación política». Op. cit. Ibid. p. 107

<sup>403</sup> Cfr. Bobbio, Norberto. “El tiempo de los Derechos”, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 14.

<sup>404</sup> Cfr. Ibid. pp. 41-42.

<sup>405</sup> Ibid. p. 109

positivación, con la cual el siempre problemático y esquivo problema de su fundamentación, pasa a segundo plano<sup>406</sup>.

En cuanto a la definición de los derechos humanos, Bobbio considera que la mayor parte de las nociones que se han dado son tautológicas:

«Derechos humanos son aquellos que pertenecen al hombre en cuanto hombre.» O bien dicen alguna cosa sobre el *status* deseado o propuesto de estos derechos, no sobre su contenido: «Derechos humanos son aquellos que pertenecen, o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado.» Finalmente, cuando se añade alguna referencia al contenido, se introducen siempre términos de valor: «Derechos humanos son aquellos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana o bien para el desarrollo de la civilización, etc.»<sup>407</sup>

A pesar de que su definición es problemática, nuestro autor no deja de considerar que los derechos humanos son contenidos reconocidos a favor de las personas, es decir, tienen la misma forma general del concepto de derecho de Picard y de Kelsen. Esto es particularmente claro, cuando refiere Bobbio que, tras su positivación, el problema principal de los derechos humanos no es su fundamentación, sino su protección. Esto nos lleva a considerar que el problema de los derechos humanos deja entonces de ser filosófico, para ser jurídico y, por tanto, configurarse de acuerdo a la semántica del sistema jurídico (conceptos como derecho y obligación, principios, categorías, instituciones jurídicas, etc.)<sup>408</sup>.

---

<sup>406</sup> Cfr. Ibid. p. 61. "Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase *en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva*: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola." Ibid. p. 68. También los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen. La expresión «derechos del hombre», que es ciertamente, aunque oportunamente, enfática, puede llamar a engaño, porque hace pensar en la existencia de derechos pertenecientes a un hombre abstracto y, como tal, sustraído al fluir de la historia, a un hombre esencial y eterno de cuya contemplación derivamos el conocimiento infalible de sus derechos y deberes. Hoy sabemos que también los derechos llamados humanos son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización humana: en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación". Ibid. p. 70.

<sup>407</sup> Ibid. p. 55.

<sup>408</sup> "El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados." Ibid. p. 63.

Para Ferrajoli, la definición de los derechos fundamentales es una tarea ardua, pues se los ha denominado de diversa manera según las distintas ramas jurídicas: como derecho público para la doctrina constitucionalista; derecho personalísimo o universal, en la internacionalista; derechos ciudadanos o civiles, políticos y sociales en la literatura sociológica y politológica; derechos fundamentales en la teoría del derecho y en la filosofía política; derechos morales, naturales o inviolables, para el iusnaturalismo y las teorías de la justicia. Esta pluralidad deriva en la vaguedad y equivocidad de los elementos que se llegan a considerar como parte de su definición<sup>409</sup>.

Por esta razón, Ferrajoli opta por dar una definición formal, es decir, no toma posición sobre qué son los derechos fundamentales, ni cuáles ni quiénes son sus titulares: estas cuestiones se dejan al derecho positivo no a la teoría del Derecho, es decir, se dejan a la decisión que provee validez<sup>410</sup>. A esta corresponde sólo “estipular una definición del concepto de ‘derechos fundamentales’ que sea lo más clara y precisa posible. En otras palabras, esa definición puede identificar los rasgos formales y estructurales merced a los que son (o es justo que sean) tuteladas aquellas expectativas y aquellos intereses que el derecho positivo reconoce y establece como fundamentales”<sup>411</sup>. Esta definición formal se “basa únicamente en el carácter universal de su imputación: entiendo ‘universal’ en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son titulares de los mismos”<sup>412</sup>.

Con lo anterior en mente, sostiene que “los ‘derechos fundamentales’ son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en

---

<sup>409</sup>Cfr. Op. cit. p. 685.

<sup>410</sup> Esta postura, sin embargo, no puede dejar de ser cuestionada si se asume, como hemos expuesto en el capítulo anterior, que la dogmática jurídica y la teoría del Derecho forman parte del sistema jurídico, como autoobservación con pretensiones no sólo descriptivas, sino también normativas. Si la dogmática jurídica y la teoría del Derecho forman parte del código semiótico del sistema jurídico, y en esa medida contienen condiciones sintácticas, semánticas y pragmáticas del Derecho, entonces parece algo artificioso establecer que el significado cabal de “derechos fundamentales” y de sus elementos no sea materia de la teoría del Derecho, sino que se deje solamente a uno de los lenguajes de los que se compone el sistema, el del legislador o emisor de normas por medio de decisión.

<sup>411</sup> Id. Esta postura formal también se encuentra en Ferrajoli, Luigi. “Derechos Fundamentales”. en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, España, 2004, pp. 38-39.

<sup>412</sup> Ferrajoli, Luigi. “Derechos Fundamentales”, op. cit. p. 38.

cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”<sup>413</sup>.

Este carácter universal de los derechos fundamentales está relacionado con el principio de igualdad, en tanto “el universalismo de los derechos atribuidos a todos, es ante todo, por decirlo así, constitutiva de la unidad política de quienes se dice que son iguales: y, por ello, de la unidad y de la identidad de un pueblo en el único sentido en el que de esa unidad se puede hablar y en el que esa identidad merece ser perseguida en un ordenamiento democrático”<sup>414</sup>.

Asimismo, aunque dentro del ámbito de la teoría general del Derecho, Ferrajoli renuncia a introducir en su definición elementos valorativos, de tal forma que sujeta el contenido de cada derecho fundamental en particular a la decisión que provee validez, en su teoría de la democracia sí relaciona los principios de universalidad y de igualdad (indisociables de la postura que toma dentro de la teoría general del Derecho) con cuestiones sustanciales, sobre todo con la necesidad de que tales derechos estén sustraídos a la decisión política, es decir, estén de alguna forma exentos del símbolo general de validez. De esta manera, dice:

Para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción, dado que invisten, precisamente, los contenidos y, por lo tanto, la sustancia de las decisiones. Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de paz y similares. Y expresan la que podemos llamar dimensión sustancial de la democracia, dado que equivalen a otros tantos límites o vínculos de contenido a los poderes de la mayoría [...] En todos los casos, los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos son normas sustanciales sobre la producción legislativa<sup>415</sup>.

Entonces, los derechos fundamentales son intangibles a la decisión proveedora de vigencia, aun cuando esto no es absoluto, en tanto es precisa su incorporación a la Constitución. Podríamos decir entonces, que los derechos

---

<sup>413</sup> Ibid. p. 686.

<sup>414</sup> Ferrajoli, Luigi. “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México: SCJN-Fontamara, 2010, pp. 3.

<sup>415</sup> Ferrajoli, Luigi. “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en Bovero, M. y Ferrajoli, L. “Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas”, IFE, México, 2001, pp. 17.

fundamentales para Ferrajoli, aunque dentro del discurso de la Teoría General del Derecho están inexorablemente relacionados con la validez, tienen una pretensión de intangibilidad tal, que obliga a que al mismo tiempo, sean límite de las decisiones que dan validez a las normas.

Para Ferrajoli la diferencia específica de los derechos fundamentales en relación a los demás derechos subjetivos, es su universalidad, la cual se determina en relación con los sujetos titulares, en oposición específica a los derechos patrimoniales, que sólo son de determinadas personas con exclusión de las demás. Por tanto, “siendo universales (*omnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*) (T.11.14. T10.222, T.10.223), ya sean a su vez universales, esto es, dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantías del derecho a la vida-, ya singulares, es decir, dirigidos a determinados sujetos públicos, como la obligación de la asistencia sanitaria que es garantías del derecho a la salud”<sup>416</sup>.

La universalidad de los derechos humanos no es absoluta, “sino relativa a las clases de sujetos delimitadas por la identidad de ‘persona’ y/o de ‘ciudadano’ y/o de ‘capaz de obrar’, que han sido objeto a lo largo de la historia de las más variadas limitaciones y discriminaciones”. La universalidad expresada con el cuantificador “todos”, referida a los sujetos, lógicamente se relaciona a las clases de sujetos: “es un ‘todos’ marcado por las diferencias de estatus que de distintas maneras incluyen o excluyen de la personalidad, de la ciudadanía o de la capacidad de obrar, a clases más o menos amplias de seres humanos”<sup>417</sup>.

A partir de las distinciones anteriores, Ferrajoli precisa la existencia de derechos humanos, públicos, civiles y políticos. Los primeros “son los derechos de los que todos son titulares en cuanto que personas naturales”; los segundos “son los derechos de los que todos son titulares en cuanto ciudadanos”; los terceros “son los derechos-potestad de los que todos son titulares en cuanto capaces de

---

<sup>416</sup> Ibid. p. 688.

<sup>417</sup> Id.

obrar”; y los últimos “son los derechos-potestad<sup>418</sup> de los que todos son titulares en cuanto ciudadanos capaces de obrar”<sup>419</sup>.

Ferrajoli también bosqueja una clasificación de los derechos fundamentales en razón de su objeto, la cual llama tipología objetiva. Consiste en la distinción entre libertades, derechos individuales y derechos sociales. Las primeras se subdividen, a su vez, en “libertades frente a” y “libertades de”. He aquí sus definiciones:

Los ‘derechos sociales’ son los derechos fundamentales positivos.

Los ‘derechos individuales’ son los derechos fundamentales negativos.

Las ‘libertades frente a’ son los derechos primarios de inmunidad.

Las ‘libertades de’ son los derechos-facultad de carácter primario.

Los ‘derechos de autonomía’ son los derechos-potestad de carácter secundario.<sup>420</sup>

*b) Posiciones trialistas sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales*

Respecto a las concepciones de las teorías trialistas sobre los derechos humanos, creemos suficiente reducir nuestro estudio a la posiciones de Bidart Campos y Peces-Barba.

El primero define los derechos humanos como aquellos que pertenecen a los individuos de la especie humana en cuanto tales. De allí que hable de la individualidad de los derechos humanos. Si después se distingue entre ellos, a quienes son niños, ancianos, mujeres u hombres, en nada se altera la definición inicial, pues todos son humanos.

Los derechos humanos son derechos subjetivos porque cuando al hombre, a cada uno y a todos, se lo erige como “sujeto activo o titular de cada uno de los derechos ‘humanos’ con que componemos el plexo, aparece inexorablemente la subjetivización o la personalización o la individualización de la titularidad”<sup>421</sup>.

En relación con el objeto del derecho, el autor argentino sostiene que los derechos humanos tienen prioridad ontológica respecto a los deberes

<sup>418</sup> “Los derechos-potestad (o ‘derechos potestades’) son los derechos negativos consistentes también en potestades” Ibid. p. 610. “‘Derechos negativos’ son las expectativas de no lesiones” y los “derechos positivos son las expectativas de prestaciones” Ibid. p. 609.

<sup>419</sup> Ibid. p. 697.

<sup>420</sup> Ibid. pp. 701-702.

<sup>421</sup> Bidart Campos, Germán. Teoría General de los Derechos Humanos, UNAM-IIJ, México, 1989, p. 27.

correspondientes. Afirma que para poder válidamente considerar que determinado sujeto está obligado en relación a otro, este último debió tener el derecho relacionado. Los derechos y las obligaciones, entonces, son simultáneos, pero los primeros tienen prioridad sobre los segundos, más si se considera que su fundamento final es la dignidad humana. En cuanto a las obligaciones correspondientes, Bidart emplea la clásica distinción entre obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Por otro lado, los derechos humanos son ambivalentes, porque implican la existencia de dos sujetos pasivos: el Estado y las demás personas, respecto de las cuales valen tales prerrogativas individuales.

Gregorio Peces-Barba defiende que el paso de los derechos humanos como valores a los derechos humanos como derechos positivos se da siempre:

1. Que una norma jurídica positiva la reconozca.
2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
3. Que las infracciones de dichas normas y, por lo tanto, el desconocimiento de los derechos subjetivos que deriven de ellas, legitime a los tribunales ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y protección del derecho subjetivo, utilizando si fuese necesario para ello, el aparato coactivo del Estado<sup>422</sup>.

Es decir, un derecho fundamental es un derecho subjetivo atribuido a sujetos de derechos, oponible coerciblemente, por lo que los elementos que sustenta Peces-Barba como constitutivos de dichas prerrogativas personales son los mismos referidos por Picard y Kelsen.

Más concretamente, Peces-Barba define los derechos fundamentales como la “facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, UNAM, IJ, México, 2003, p. 52.

<sup>423</sup> Id.

El tratadista hispano considera que los derechos fundamentales son positivación de pretensiones morales justificadas, que facilitan la autonomía e independencia personal, relacionadas con las ideas de libertad e igualdad. Asimismo, considera que forman un subsistema dentro del Derecho, precisamente por su positivación y la consecuente oposición frente a sujetos obligados, quienes tienen, así, obligaciones correlativas, las cuales pueden ser objeto de garantía y protección individual. Asimismo, el fundamento último de tales derechos se encuentra en su aspecto moral, pues es la dignidad humana<sup>424</sup>.

Igualmente, considera como aspecto de los derechos fundamentales, su carácter de realidad social condicionada por factores extrajurídicos de carácter social, económico y cultural, que favorecen o impiden su efectividad.

Entonces, los derechos fundamentales son una realidad tridimensional: moral (justicia), jurídica (normatividad, positivación) y realidad social (eficacia)<sup>425</sup>.

Conforme a estas nociones, Peces-Barba formula las siguientes definiciones de derechos fundamentales, la primera de las cuales es desde una perspectiva objetiva y la segunda, desde una subjetiva:

[son] el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivada, que legitima el Estado social y democrático de derecho.

[...] [son] aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.<sup>426</sup>

*c) Posiciones ius naturalistas y morales sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales*

<sup>424</sup> “Creo que la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcto puesto que éstos son los caminos para hacer real la dignidad humana”. Citado por Vigo, Rodolfo L. “De la Ley al Derecho”, Porrúa, México, 2ª. Ed., 2005, p. 164.

<sup>425</sup> Ibid. p. 53.

<sup>426</sup> Ibid. p. 54.

*c. 1) Posición de Rodolfo Luis Vigo*

Rodolfo Luis Vigo parte de la consideración de que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, ocurre en el ámbito teórico una escisión entre el Derecho y la Ley, en el sentido de que aquél deja de identificarse con ésta. Más precisamente, sostiene que la Ley deja de ser considerada como el parámetro fundamental para identificar al Derecho.

Gracias a esta distinción, “la temática de los ‘derechos humanos’ o las más anglosajona de los ‘derechos morales’ (moral rights) se ha constituido en la actualidad en un tópico de interés teórico, no sólo importante sino hasta decisivo a la hora de interrogarnos sobre las posibilidades de la razón en el campo de la moral y la relación de ésta con el Derecho”<sup>427</sup>.

Refiere el iusfilósofo argentino, que históricamente, a la par de la distinción antes esbozada, se dio una tendencia a la internacionalización de los derechos humanos, cuyo objetivo fue reforzar la intangibilidad de estos respecto de la decisión del Estado, pues “las guerras mundiales pusieron al desnudo que era peligroso y hasta ingenuo, dejar sólo en manos de las jurisdicciones nacionales el respecto efectivo de los derechos humanos”<sup>428</sup>. Esta tendencia de sustraer los derechos humanos a la decisión del Estado, llega a extremos como el de Mauro Cappelletti, quien afirma la existencia de un derecho constitucional comunitario europeo no escrito, que no obstante esto, debe ser aplicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad<sup>429</sup>.

Este carácter intangible de los derechos humanos, redundando en que hablar de éstos necesariamente implica poner en crisis el iuspositivismo, porque entonces tales derechos han de considerarse preexistentes o anteriores al derecho positivo. Esto se evidencia, en palabras de Hervada, por el “sentido obvio del lenguaje utilizado, tanto por las declaraciones antiguas y modernas y los pactos internacionales, como por los distintos movimientos en favor de esos derechos o en general por quienes sobre ellos hablan o escriben”<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> Vigo, Rodolfo L. Op. cit., p. 141.

<sup>428</sup> Ibid. p. 143.

<sup>429</sup> Cfr. Id.

<sup>430</sup> Citado por Vigo, op. cit. p. 144.

Vigo afirma que los derechos humanos, efectivamente, tienen un origen iusnaturalista, más precisamente, uno ontológico. Refiere a autores no iusnaturalistas (Gregorio Robles, Eugenio Bulygin y Fernández Galiano), quienes reconocen que tales derechos sólo pueden ser defendidos desde posiciones naturalistas o, por lo menos, que sin la existencia de un derecho natural o una moral absoluta, entonces tales derechos serían muy frágiles.

Entonces, los derechos humanos o fundamentales tienen un sustrato último de carácter ontológico, es decir, algo que existe por sí mismo objetivamente con independencia de factores contingentes como la historia y la cultura, aun cuando éstas no dejen de incidir sobre él. Este sustrato es la dignidad humana.

Para Vigo, la dignidad humana es “el fundamento de todo el derecho y, más aún, de todo el orden social [...] se impone a partir de esa peculiar e intransferible e irrenunciable naturaleza con la que cuenta, que le permite racional y libremente ir actualizando sus posibilidades y forjar toda una vida social y cultural a su medida y servicio”<sup>431</sup>. *Fiel al pensamiento de Welzel, considera que sólo cuando el poder obliga y reconoce al hombre como persona, sus mandatos son Derecho.*

Esto podría aparentar que, en último término, el carácter ontológico de la dignidad humana se reduciría a la racionalidad y libertad de todo individuo; sin embargo, Vigo rectifica que, a diferencia de la libertad, la justicia, la igualdad y la democracia, la dignidad humana no es propiamente un valor, sino el fundamento, explicación y justificación de los valores<sup>432</sup>.

Con base en esto, es fácil comprender, por qué Vigo defiende la prioridad de ciertos derechos humanos respecto de otros. “No dudamos en defender dicha jerarquía entre derechos humanos, es evidente que no valen o pesan igual el

---

<sup>431</sup> Ibid. p. 164. En nuestra opinión, esta forma de pensar termina identificando la dignidad humana con (o, por lo menos, situando en) la condición de posibilidad de la conciencia, la libertad y otros valores, es decir, con una subjetividad que no se identifica con sus actos ni con sus características empíricamente verificables. Podríamos decir, que la dignidad humana emana de otra realidad ontológica, similar al yo trascendental o nouménico de Kant. El ser humano es digno porque es y es más allá de cualquier reducción a cualidades y condiciones como la libertad, la razón, la bondad, etc.

<sup>432</sup> Ibid. p. 165.

derecho a la vida que el derecho de propiedad”<sup>433</sup>, aunque tal orden vertical es débil.

El jurista argentino aborda el tema de la constante expansión que han tenido los derechos humanos durante los dos últimos siglos.

En cuanto a su interpretación y operación, Vigo refiere cinco directivas, con base en el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, a saber:

1. Directiva principal: los derechos positivados en el tratado citado, “constituyen un piso de mínimo, más abajo del cual se deja de pertenecer al mundo jurídico civilizado actual, sin embargo, nada impide que se supere ese mínimo”<sup>434</sup>.

2. Principio favor libertatis: en caso de duda entre opciones de interpretación, debe elegirse aquella que sea favorable a la existencia del derecho o a su mayor extensión.

3. La lista de derechos reconocidos es enunciativa, no limitativa, por lo que deben considerarse los derechos implícitos que son inherentes al ser humano o derivados de la forma democrática representativa de gobierno.

4. Principio de progresividad o crecimiento histórico de los derechos humanos, “de manera que una vez concedido o reconocido alguno de ellos, el mismo queda incorporado definitivamente a la nómina vigente y ya no es posible su eliminación”<sup>435</sup>.

5. Alcance extensivo u omnicomprensivo de los deberes del Estado, que consisten en el respeto de tales derechos, la adopción de medidas necesarias para hacerlos efectivos y de garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción.

### *c.2) Posición de John Finnis*

Para Finnis el derecho natural no es un sistema normativo cuya existencia sea distinta e independiente del Derecho, sino que es identificado con la razonabilidad práctica.

---

<sup>433</sup> Ibid. p. 156.

<sup>434</sup> Ibid. p. 159.

<sup>435</sup> Id.

El pensamiento práctico consiste en la reflexión sobre qué debe uno hacer; es razonabilidad en la decisión, en la realización de pactos, en la selección y ejecución de proyectos y, en general, en toda acción humana<sup>436</sup>.

Así, para Finnis el Derecho Natural es razonabilidad práctica, esto es, no se trata de un orden jurídico jerárquicamente situado por encima e independientemente del Derecho Positivo. Tampoco es el empeño de derivar del ser o de la naturaleza humana “real”, la existencia de normas necesarias<sup>437</sup>. El Derecho Natural, entonces, ha de ser comprendido: (i) como un despliegado de principios prácticos básicos que indican las formas básicas del desarrollo humano y las consideran como bienes que deben ser perseguidos y realizados; (ii) como un despliegado de requerimientos metodológicos de razonabilidad práctica (que en sí, son una de las formas básicas del desarrollo humano), los cuales permiten distinguir actos razonables en general de los irrazonables, también considerados en general; y (iii) como un despliegado de estándares morales generales<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> Cfr. Finnis, John. “Natural Law and Natural Rights”, Oxford University Press, Nueva York, 2a. ed., 2011, p. 12.

<sup>437</sup> “Thus it is simply not true that ‘any form of a natural-law theory of morals entails the belief that propositions about man’s duties and obligations can be inferred from propositions about his nature’.<sup>31</sup> Nor is it true that for Aquinas ‘good and evil are concepts analysed and fixed in metaphysics before they are applied in morals’. On the contrary, Aquinas asserts as plainly as possible that the first principles of natural law, which specify the basic forms of good and evil and which can be adequately grasped by anyone of the age of reason (and not just by metaphysicians), are per se nota (selfevident) and indemonstrable.” Ibid. p. 33. Finnis explica que la confusión de asumir que es punto esencial del Derecho Natural ser una derivación del ser (naturaleza, naturaleza humana), se debe a que el propio nombre “Derecho Natural” parece apuntar en esa dirección; además que esta sería compatible con la postura estoica, aun cuando no con la del Aquinate; y, por último, la confusión se explicaría también en que el Doctor Angelicus no sólo trató de Ética y Derecho, sino de todas las ramas del conocimiento. Cfr. Ibid. p. 35.

<sup>438</sup> “There is (i) a set of basic practical principles which indicate the basic forms of human flourishing as goods to be pursued and realized, and which are in one way or another used by everyone who considers what to do, however unsound his conclusions; and (ii) a set of basic methodological requirements of practical reasonableness (itself one of the basic forms of human flourishing) which distinguish sound from unsound practical thinking and which, when all brought to bear, provide the criteria for distinguishing between acts that (always or in particular circumstances) are reasonable-all-things-considered and not merely relative-to-a-particular purpose) and acts that are unreasonable-all-things-considered, i.e. between ways of acting that are morally right or morally wrong—thus enabling one to formulate (iii) a set of general moral standards.” Ibid. p. 23. “This, alas, is yet another distorted image; a sound theory of natural law is an attempt to express reflectively the requirements and ideals of practical reasonableness, not of idealism” Ibid. p. 29. Este pensamiento es compatible con lo expuesto respect de Luhmann: si el Derecho Natural es razonabilidad práctica, entonces forma parte de la dogmática y teoría jurídicas y, por tanto, es parte del sistema del Derecho.

En contraposición a la postura que hemos expuesto de Bobbio, Finnis niega que pueda haber una historia, propiamente dicha, del Derecho Natural y, por ende, de los derechos humanos, aunque sí la puede haber de la extensión en que los principios prácticos, metodológicos y morales han sido usado por la gente implícita o explícitamente, para regular su propia conducta; incluso, podría haber una historia de la extensión en la cual las diversas teorías han adoptado tales principios como válidos o continentes de bondad, o de cómo las diversas teorías han explicado el lugar de los principios dentro de la manera en que tratan el esquema global de cosas<sup>439</sup>.

Ahora, dado que el Derecho Natural no es una entidad metafísica con existencia independiente del Derecho Positivo ni tampoco un intento de derivar del ser (v.gr. naturaleza humana) la necesidad y existencia de normas, entonces los principios que lo integran deben considerarse como autoevidentes (self-evident, per se nota) e indemostrables. Así, dichos principios no son inferidos ni derivados, lo que no significa que sean innatos. Son, pues, principios pre-morales de la razonabilidad práctica<sup>440</sup>.

Las formas básicas de bondad (basic forms of good) son autoevidentes y no derivadas, lo que no significa que no existan razones para justificarlas o para determinar cuáles son, pues la razonabilidad no se reduce a formas de pensamiento deductivos, las cuales, por cierto, no pueden demostrarse a sí mismas sin incurrir en circularidad, porque para demostrarse deductivamente, deben ser empleadas<sup>441</sup>.

Los principios premorales son también universales, pues aun cuando es verdad que existen diferencias culturales y temporales, también lo es que

All human societies show a concern for the value of human life; in all, self-preservation is generally accepted as a proper motive for action, and in none is the killing of other

---

<sup>439</sup> "So there could be a history of the varying extent to which they have been used by people, explicitly or implicitly, to regulate their personal activities. There could also be a history of the varying extent to which reflective theorists have acknowledged the sets of principles as valid or 'holding good'. And there could be a history of the popularity of the various theories offered to explain the place of those principles in the whole scheme of things. But of natural law itself there could, strictly speaking, be no history." Ibid. p. 24.

<sup>440</sup> "They are not inferred or derived from anything. They are underived (though not innate). Principles of right and wrong, too, are derived from these first, pre-moral principles of practical reasonableness, and not from any facts, whether metaphysical or otherwise". Ibid. p.34

<sup>441</sup> Cfr. P. 66.

human beings permitted without some fairly definite justification. All human societies regard the procreation of a new human life as in itself a good thing unless there are special circumstances. No human society fails to restrict sexual activity; in all societies there is some prohibition of incest, some opposition to boundless promiscuity and to rape, some favour for stability and permanence in sexual relations. All human societies display a concern for truth, through education of the young in matters not only practical (e.g. avoidance of dangers) but also speculative or theoretical (e.g. religion). Human beings, who can survive infancy only by nurture, live in or on the margins of some society which invariably extends beyond the nuclear family, and all societies display a favour for the values of co-operation, of common over individual good, of obligation between individuals, and of justice within groups.

All know friendship. All have some conception of meum and tuum, title or property, and of reciprocity. All value play, serious and formalized, or relaxed and recreational. All treat the bodies of dead members of the group in some traditional and ritual fashion different from their procedures for rubbish disposal. All display a concern for powers or principles which are to be respected as suprahuman; in one form or another, religion is universal.<sup>442</sup>

Las formas básicas de bondad son siete: vida (vita-life), conocimiento (knowledge), juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión. Finnis sostiene que, junto a estos siete principios, hay incontables objetivos y formas de bondad, pero éstos sólo son combinaciones de modos con los cuales aquellos pueden perseguirse o alcanzarse<sup>443</sup>.

Ahora, los principios premorales son todos igualmente fundamentales, porque todos son igualmente autoevidentes y no pueden ser reducidos

---

<sup>442</sup> Ibid. pp. 83-84. Esta cita, por su importancia para entender el pensamiento de Finnis, nos parece conveniente traducirla libremente: "Todas las sociedades humanas muestran consideración para el valor de la vida humana; en todas, la autopreservación es generalmente aceptada como un motivo propio para la acción, y en ninguna dar muerte a otros seres humanos es permitido sin alguna causa definida y justa de justificación. Todas las sociedades tienen la procreación de una nueva vida humana como un bien en sí mismo, a menos que haya circunstancias especiales. Ninguna sociedad humana deja de limitar la actividad sexual: en todas las sociedades existe cierta prohibición del incesto, alguna oposición a la promiscuidad y a la violación, y algunas favorecen la estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales. Todas las sociedades humanas tienen consideración para la verdad, a través de la educación de los jóvenes en materiales no sólo prácticas (v.gr. evitación de peligros), sino también especulativas o teóricas (v.gr. religión). Los seres humanos, que sobreviven la infancia sólo gracias a los cuidados y educación de otros miembros de la sociedad (nurture), viven dentro o sobre los márgenes de alguna sociedad que invariablemente se extiende más allá del núcleo familiar, y todas las sociedades desarrollan valores de cooperación, de comunidad sobre beneficio individual, de obligación entre individuos y de justifica entre grupos.

Todas las sociedades conocen de la amistad. Todas tienen alguna concepción de lo propio (meum) y lo ajeno (tuum), de título o propiedad, así como de reciprocidad. Todas valoran el juego, serio y formalizado o bien relajado y recreativo. Todas tratan los cuerpos de los miembros fallecidos del grupo de alguna manera tradicional y ritual, que difiere de sus procedimientos para el tratamiento de los desechos. Todas desarrollan consideración para los poderes o principios que han de ser respetados como suprahumanos: en una u otra forma, la religión es universal".

<sup>443</sup> Cfr. Ibid. p. 90.

analíticamente entre ellos, es decir, no pueden considerarse como aspectos o medios para la realización de los demás. Además, cada uno puede ser considerado, cuando se lo analiza aisladamente, como el más importante, de donde se sigue que “there is no objective hierarchy amongst them”<sup>444</sup>. En otras palabras, todos son fundamentales y ninguno lo es más que otro, porque si se toma cada uno aisladamente, es razonable considerarlo prioritario<sup>445</sup>.

De lo anterior, Finnis deriva nueve requerimientos de la razonabilidad práctica, de los cuales sólo nos interesa tratar el séptimo. Este requerimiento puede ser formulado de varias maneras, según Finnis. Una primera formulación consiste en que nadie debe elegir realizar una acción que por sí misma sólo dañe o impida la realización o participación de alguien en las formas básicas de bondad humana. La única razón que podría justificar tal acto (como tal, distinta del impulso del deseo) serían las buenas consecuencias que podrían obtenerse, ponderadas en mayor proporción (outweigh) que el daño producido por la misma acción<sup>446</sup>.

Conforme a este requerimiento de la razonabilidad práctica, cada valor básico debe, al menos, ser respetado en todos y cada una de las acciones<sup>447</sup>. Por eso, un modo general de formularlo sería: no debe elegirse directamente algo contrario a un valor básico<sup>448</sup>.

Este requerimiento es el principio sobre el cual descansa la inviolabilidad de los derechos humanos básicos<sup>449</sup>.

Sobre los derechos humanos, Finnis refiere a la exposición dogmática de Hohfeld sobre los derechos en general, para criticarla y tomar de ella las notas relevantes para definir aquellos.

---

<sup>444</sup> Ibid. p. 92.

<sup>445</sup> “Thus, I have illustrated this point in relation to life, truth, and play; the reader can easily test and confirm it in relation to each of the other basic values. Each is fundamental. None is more fundamental than any of the others, for each can reasonably be focused upon, and each, when focused upon, claims a priority of value. Hence there is no objective priority of value amongst them.” Ibid. p. 93.

<sup>446</sup> Id.

<sup>447</sup> “Reason requires that every basic value be at least respected in each and every action.” Id.

<sup>448</sup> “And for most practical purposes this seventh requirement can be summarized as: Do not choose directly against a basic value.” Ibid. p. 123.

<sup>449</sup> Ibid. pp. 121-122.

Para Hohfeld, los derechos son proposiciones de tres términos, a saber, el titular, el objeto (act-description; “descripción del acto o conducta”) y el sujeto obligado<sup>450</sup>. Los derechos en general se reducen a cuatro tipos:

1. Derechos-exigencia (derechos en estricto sentido: *claim-right*). Alguien (A) tiene un derecho-exigencia a que alguien más (B) deba  $\phi$ , si y sólo si B tiene el deber hacia A en relación a  $\phi$ . En otras palabras A tiene derecho-exigible a que B deba  $\phi$ , si y sólo si B debe  $\phi$  a A. Sólo hay derecho a algo si hay obligación sobre ese mismo algo. Un derecho-exigencia es positivo si implica el deber de otro a asistirlo, y es negativo si implica el deber a no intervenir.

2. Libertades o privilegios. B tiene una libertad a  $\phi$  en relación a A, si y sólo si A no tiene un derecho-exigencia a que B deba no  $\phi$ . En otros términos, B tiene libertad sobre  $\phi$ , si y sólo si A carece de un derecho-exigible (‘un no-derecho’) a que B deba omitir  $\phi$ . En sentido negativo, B tiene una libertad sobre no  $\phi$ , si y sólo si A carece de derecho-exigible (‘un no-derecho’) a que B deba  $\phi$ .

3. Poderes. A tiene poder sobre  $\phi$ , si y sólo si B tiene responsabilidad de cambiar su posición legal a causa de que A ejerza  $\phi$ .

4. Inmunidad. B tiene inmunidad en relación al ejercicio de A sobre  $\phi$ , si y sólo si A carece de poder para cambiar la posición legal de B por medio del ejercicio de  $\phi$ <sup>451</sup>.

Las libertades pueden ser protegidas a través de derechos-exigencia, en cuyo caso se genera una conjunción entre los dos primeros tipos de derechos, no lógicamente necesaria, pero sí beneficiosa para el titular de la libertad.

Finnis considera que el primer problema con la postura de Hohfeld consiste en determinar cuándo puede hablarse de la existencia un derecho-exigencia, ante la existencia de un deber determinado. Sobre esta cuestión hay dos posturas. La

---

<sup>450</sup> Cfr. p. 199.

<sup>451</sup> “(1) A has a claim-right that B should  $\phi$ , if and only if B has a duty to A to  $\phi$ . (2) B has a liberty (relative to A) to  $\phi$ , if and only if A has no-claimright (‘a no-right’) that B should not  $\phi$ . (2’) B has a liberty (relative to A) not to  $\phi$ , if and only if A has noclaim- right (‘a no-right’) that B should  $\phi$ . (3) A has a power (relative to B) to  $\phi$ , if and only if B has a liability to have his or her legal position changed by A’s  $\phi$ -ing. (4) B has an immunity (relative to A’s  $\phi$ -ing), if and only if A has no power (i.e. a disability) to change B’s legal position by  $\phi$ -ing.” Ibid. p. 199.

primera considera que existe un derecho exigencia correlativo a un deber, si y sólo si hay una persona determinada a favor de la cual se instituyó el deber, es decir, si el deber existente fue impuesto a B para beneficiar a A. El beneficio a A se entiende en el sentido de que A es el destinatario de la ventaja obtenible por el cumplimiento del deber. La segunda postura consiste en que existe un derecho-exigencia a favor de A correlativo a un deber de B, si y sólo si existe una persona A con el poder de ejercitar una acción en caso de que B incumpla con tal deber<sup>452</sup>.

La primera opción es asumida por la teoría del beneficio, según la cual los derechos son beneficios asegurados para las personas por reglas que rigen las relaciones entre las personas beneficiarias y las obligadas. Los beneficios son de varios tipos: la ventaja de ser el destinatario de los servicios u omisiones de otros; de estar en libertad de actuar; de modificar la posición legal propia o ajena; y de ser inmune a tal modificación<sup>453</sup>.

La segunda opción es sostenida por la teoría de la elección (choice theory). Esta acusa a la anterior, de no atender lo que los derechos son en realidad, pues estos no se reducen a ser un mero reflejo de las reglas que imponen o relevan de deberes. Las reglas que otorgan derechos, en cambio, reconocen y respetan las elecciones (choices) de las personas, tanto negativamente (al no impedir u obstruir la elección, es decir, al establecer libertades e inmunidades) o afirmativamente (al dar efecto legal o moral a la elección, o sea, al establecer derechos-exigencia y poderes)<sup>454</sup>. Esta teoría es defendida por Hart, para quien “the case of a right correlative to obligation then emerges as only a special case of legal power in which the right-holder is at liberty to waive or extinguish or to enforce or leave unenforced another’s obligation”<sup>455</sup>.

Finnis afirma que el mismo Hart ha aceptado que la teoría de la elección no explica cómo el lenguaje de los derechos es empleado por quienes valoran la constitucionalidad de leyes y tratan ciertas libertades y beneficios como esenciales

---

<sup>452</sup> Cfr. p. 202. Finnis piensa que Hohfeld se hubiera decantado por la segunda opción, aunque no lo explicitó. Esta segunda opción coincide con la que hemos expuesto de Kelsen al inicio de este capítulo.

<sup>453</sup> Cfr. pp. 203-204.

<sup>454</sup> Cfr. pp. 203-204.

<sup>455</sup> Ibid. p. 204.

para el mantenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad de los individuos, porque en ese discurso, el punto central de la noción de derechos no es la elección ni el beneficio individual, sino las necesidades básicas o fundamentales del individuo.

Por tanto, Finnis sostiene que se está en presencia de derechos humanos siempre que

a basic principle or requirement of practical reasonableness, or a rule derived therefrom, gives to A, and to each and every other member of a class to which A belongs, the benefit of (i) a positive or negative requirement (obligation) imposed upon B (including, inter alia, any requirement not to interfere with A's activity or with A's enjoyment of some other form of good), or (ii) the ability to bring it about that B is subject to such a requirement, or (iii) the immunity from being subjected by B to any such requirement.<sup>456</sup>

Entonces, para Finnis el tercer elemento sintáctico de los derechos, es versátil y abierto, en cuanto admite ser saturado por diversas posibilidades. Incluso es posible que se actualicen varias o sólo algunas, pues es claro que el “o” que emplea es disyuntivo no excluyente.

Finnis refiere que esta forma de ver los derechos, es decir, como forma de tres partes, que comienza con un titular relacionado a través de un objeto con un sujeto obligado, surge con la modernidad. Refiere que para santo Tomás, el primer significado de la palabra “jus” es “the just thing itself”<sup>457</sup>, es decir los actos, objetos y estados de cosa justos en sí mismos. Significados secundarios y derivados de “jus” son: el arte por el cual uno sabe o determina lo que es justo; el lugar donde lo justo es determinado (cortes de Justicia); y la determinación (incluso la injusta) del juez, cuyo papel es hacer Justicia.

Sin embargo, 340 años después, el significado de “jus” era distinto. Para Francisco Suárez, en 1610, “jus” significa un tipo de poder moral (facultas) que tiene todo hombre, tanto sobre su propiedad como respecto a lo que le es debido<sup>458</sup>. El significado primario del aquinate ya no aparece. En términos similares se expresa Grocio, para quien “jus” hace referencia a la cualidad de la persona que la intitula (competens) a tener o hacer algo justamente. Es una

---

<sup>456</sup> Ibid. p. 205.

<sup>457</sup> Ibid. p. 206.

<sup>458</sup> Cfr. Pp. 206-207.

qualidad moral perfecta (facultas), sin implica un poder (potestas) sobre uno mismo (libertas) o sobre otros (v.gr. patria potestas); un dominio sobre cosas (dominium); o un crédito al cual le corresponda una deuda (debitum). En otro caso, es imperfecta (aptitudo). También Hobbes, Puffendorf y Locke refieren “jus” a facultad y a libertad.

Así, el discurso moderno sobre los derechos “is constructed primarily on the implicit model of a relationship between two individuals. So, in its primary signification (as distinct from its inherent logical reach), modern rights-talk most fittingly concerns benefits or advantages to individuals (in the limiting cases, to all individuals), ‘not simply as members of a collectivity enjoying a diffuse common benefit in which all participate in indistinguishable and unassignable shares’”<sup>459</sup>. En otras palabras, en el discurso moderno de los derechos, su peso radica en los primeros dos elementos: el titular y el objeto.

Por esta razón, Finnis sustenta que los derechos humanos “assert two term relations between a (class of) person and a (class of) subject-matter (life, body, free speech, property or ownership of property... Before such assertions can reasonably be accorded a real conclusory force, they must be translated into specific three-term relations”<sup>460</sup>. Así, considerar los derechos humanos con dos términos o con tres, puede resumirse en la concepción de dos términos (titular-objeto), por ser estos el punto central de tales derechos<sup>461</sup>.

La traducción de la forma dual titular-objeto a la forma triádica titular-objeto-sujeto obligado, implica (i) la especificación de la identidad del sujeto obligado, quien debe respetar o dar efecto al derecho del titular del derecho-exigencia; (ii) el contenido del deber, en términos de descripciones específicas de actos, lo que incluye el tiempo, las circunstancias y condiciones para el cumplimiento; (iii) la identidad o la descripción de la clase a la que pertenece el titular; (iv) las condiciones bajo las cuales el titular pierde el derecho-exigencia; (v) los derechos-exigencia, poderes y libertades del titular para el caso del incumplimiento; (vi) las

---

<sup>459</sup> Ibid. p. 206.

<sup>460</sup> Ibid. p. 218.

<sup>461</sup> “As I said in relation to the lawyer’s preference for two-term rights-talk (VIII.2), shifting and even competing specifications in terms of three-term rights can be intelligibly unified by their shared relationship to one topic, the two-term right (e.g. to life, or to a fair trial).” Ibid. p. 219

libertades del titular, incluyendo la especificación de los límites de tales libertades, es decir, la especificación de sus deberes, especialmente los de no interferir con las libertades de otros titulares del mismo u otros derechos-exigencia<sup>462</sup>.

Por último, Finnis, consciente que en este punto es contrario al consenso general (i.e. a la semántica general de los derechos humanos), estima que existen derechos humanos absolutos. Dado que, conforme al séptimo requerimiento de la razonabilidad práctica, es irracional elegir directamente contra un valor básico y que los valores básicos no son meras abstracciones, sino aspectos del bienestar real de los individuos, entonces los deberes correlativos a este requerimiento han de ser absolutos y, por tanto, los derechos-exigencia respectivos también. Ejemplos de estos derechos absolutos sería el de no ser muerto como medio para la consecución de algún fin distinto al de la propia vida; el derecho a no recibir mentiras en cualquier situación (enseñanza, predicación, ciencia, prensa) en la cual la comunicación sobre hechos es razonablemente esperada (así, no se trata de ficción ni poesía); el derecho a no ser condenado con base en cargos conscientemente tenidos por falsos; el derecho a no ser privado de la capacidad reproductiva; y el derecho a ser considerado respetuosamente en la discusión de los que es requerido por el bien común<sup>463</sup>.

Los derechos absolutos son derechos de dos términos (sujeto-objeto) que no requiere traducción a la forma triádica, sino que son “claim-rights strictly correlative to duties entailed by the requirements of practical reasonableness”<sup>464</sup>.

### *c.3) Posición de Ruiz Miguel*

---

<sup>462</sup> “This translation involves specification of (a) the identity of the duty-holder(s) who must respect or give effect to A’s right; (b) the content of the duty, in terms of specific act-descriptions, including the times and other circumstances and conditions for the applicability of the duty; (c) the identity or class-description of A, the correlative claim-right-holder(s) (in a Hohfeldian sense of ‘claim-right’); (d) the conditions under which a claim-right-holder loses the claim-right, including the conditions (if any) under which the holder can waive the relevant duties; (e) the claim-rights, powers, and liberties of the claim-right-holder in the event of non-performance of duty; and, above all, (f) the liberties of the right-holder, including a specification of the limits of those liberties, i.e. a specification of the right-holder’s duties, especially of non-interference with the liberties of other holders of that right or of other recognized rights”. Ibid. pp. 218-219

<sup>463</sup> Cfr. p. 225.

<sup>464</sup> Ibid. pp. 225-226.

Alfonso Ruiz Miguel sostiene la tesis de que los derechos humanos son una especie de derechos morales<sup>465</sup>. Refiere que los derechos morales no deben confundirse con los derechos naturales, de tal manera que asumir la existencia de los primeros no significa suponer que hay un sistema jurídico natural por encima del positivo. Los derechos morales tampoco involucran confundir Derecho y Moral, porque el primero puede no coincidir con el segundo, precisamente por violar y no reconocer derechos básicos morales que debería reconocer. Por tanto, “lo único que estas ideas exigen en este punto es considerar a la moral como criterio superior de justificación y/o crítica del Derecho”.

Los derechos humanos tienen tres rasgos conceptuales: a) son exigencias éticas justificadas; b) especialmente importantes y; c) deben ser protegidas eficazmente, en particular a través del aparato jurídico. Estos rasgos indican que los derechos humanos son tales por su carácter moral, de tal forma que es accidental su reconocimiento jurídico.

Esto lo pretende demostrar Ruiz Miguel, con el siguiente argumento. Las exigencias tienen que ver con la correlación entre derechos y deberes, entendida unidireccionalmente, es decir, que todo derecho está vinculado a por lo menos un deber, pero que no todo deber lo está respecto de un derecho. Correlatividad no debe confundirse con reciprocidad. Esta última significa que todo derecho implica un deber y viceversa, de donde se sigue que sólo se puede ser titular de un derecho si se puede ser sujeto de una obligación. Por tanto, considerar los derechos en relación de reciprocidad con deberes, llevaría a considerar imposible atribuirlos a animales o a seres humanos con profunda discapacidad. Así, los derechos deben considerarse en correlación no en reciprocidad con deberes, los cuales, eso sí, siempre han de implicar un ser humano como sujeto obligado. Estos postulados derivan en la regla consistente en que en un sistema de normas siempre igual o más deberes que derechos, pero nunca más derechos que deberes.

---

<sup>465</sup> La exposición que sigue, se realiza con base en: Ruiz Miguel, Alfonso. “Derechos humanos como derechos morales”, en Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, número 6, 1990, pp. 149-160.

Los derechos morales se correlacionan con derechos morales. No todos los derechos morales son derechos humanos: por ejemplo, existe el deber moral a pagar deudas, pero el derecho correlativo a que se paguen, no es un derecho humano. Asimismo, los derechos morales pueden valer menos que derechos jurídicos, como es el caso del derecho moral a la fidelidad conyugal, frente a los derechos jurídicos a casarse y divorciarse.

Los derechos humanos son universales, tanto por la generalidad o abstracción de su objeto, como de la generalidad de los sujetos activos y pasivos. También pueden considerarse absolutos, aunque con limitaciones, como aquellas que importan los demás derechos humanos. Son también irrenunciables en cuanto a su titularidad y, en ocasiones, a su ejercicio. Esto permite incluir los derechos sociales.

#### *c.4) Posición de Dworkin*

Ronald Dworkin clasifica los derechos en general, en<sup>466</sup>:

1. Derechos fundamentales (background rights)/derechos institucionales. Los primeros sirven de justificación para decisiones políticas de la sociedad en lo abstracto, y los segundos justifican decisiones dirigidas a instituciones políticas específicas.

2. Derechos concretos/derechos abstractos. Son abstractos los propósitos políticos, que no indican cómo deben ser ponderados en circunstancias particulares en relación con otros. Son concretos los propósitos políticos definidos con más precisión, de tal forma que definen el peso que tienen respecto a otros en circunstancias particulares.

3. Derechos contra el Estado/Derechos contra otros gobernados. Los primeros implican obligaciones a cargo del Estado y, los segundos, a cargo de los gobernados. Los derechos morales individuales son de ambos tipos.

4. Derechos universales/derechos especiales. Los primeros pertenecen a todos los individuos, salvo casos excepcionales como el caso de la incapacidad o la compurgación de penas. Los derechos morales individuales son universales.

---

<sup>466</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. "Taking rights seriously", Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1978, pp. 93-94.

En relación con los derechos morales individuales, reflexiona sobre cuál es el sustento último de los principios de justicia de Rawls. Dworkin refiere que los dos principios de justicia de aquél son: cada persona debe tener la mayor amplitud de libertad política compatible con una amplitud similar de las demás personas, y todas las desigualdades en poder, riqueza, ingresos y otros recursos sólo se justifican en cuanto se dirijan al beneficio absoluto de la mayoría de los miembros de la sociedad<sup>467</sup>.

Sobre la manera de sostener teóricamente dichos principios, Dworkin delinea dos opciones. Denomina modelo natural a la primera, la cual consiste en asumir que los principios de justicia son descubiertos, en forma similar a como los físicos y los químicos revelan las leyes de la naturaleza. Para este modelo, el instrumento principal del descubrimiento es una facultad moral poseída por al menos algunos seres humanos, la cual produce posiciones intuitivas concretas de moralidad política en situaciones particulares, como, por ejemplo, la posición de que la esclavitud es mala.

El segundo modelo es el constructivista. Éste no asume que los principios de justicia tengan existencia objetiva, sino que supone que las personas tienen una responsabilidad para encuadrar sus máximas de acción particulares en un programa coherente o, por lo menos, que los encargados de ejercer el poder tengan cierta responsabilidad de ese tipo. Este modelo demanda que las decisiones que han de tomarse en nombre de la justicia siempre sean susceptibles de ser subsumidas en una teoría de la justicia coherente, es decir, las eventuales decisiones de justicia nunca deben exceder la capacidad de la persona (especialmente la que ejerce poder) que deba tomarlas para adscribirlas a la

---

<sup>467</sup> Cfr. Ibid. p. 150. En palabras de Rawls: “Los dos principios de justicia (apuntados más arriba) son los siguientes:

- a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.
- b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados”. Rawls, John, “Liberalismo político”, Fondo de Cultura Económica, México, 2a ed., 1996, p.31.

teoría de la justicia: el modelo constructivista “demands that we act on *principle* rather than on faith”<sup>468</sup>.

Establecido que este último es el modelo teórico subyacente a la teoría de la justicia de Rawls, Dworkin concede a éste que “the general idea that an imaginary contract is an appropriate device for reasoning about justice, from the more specific features of the original position, which count as a particular application of that general idea”<sup>469</sup>.

Ahora, Dworkin pretenderá demostrar qué teoría general subyace a la idea general del contrato inicial y la posición originaria de Rawls<sup>470</sup>, para lo cual procede a definir tres conceptos que son sumamente importantes para entender su posición respecto a los derechos fundamentales: metas (goals), derechos (rights) y deberes (duties).

I shall say that some state of affairs is a goal within a particular political theory if it counts in favor of a political act, within that theory, that the act will advance or preserve that state of affairs, and counts against an act that it will retard or threaten it [...] I shall say that an individual has a right to a particular political act, within a political theory, if the failure to provide that act, when he calls for it, would be unjustified within that theory even if the goals of the theory would, on the balance, be disserved by that act [...] I shall say that an individual has a duty to act in a particular way, within a political theory, if a political decision constraining such act is justified within that theory notwithstanding that no goal of the system would be served by that decision.<sup>471</sup>

Dworkin enfatiza que la relación entre derechos y deberes no necesariamente es la que existe entre dos lados de una forma lógica. Reconoce que en ocasiones existe una relación de correspondencia entre derechos y

---

<sup>468</sup> Cfr. Ibid. p. 162.

<sup>469</sup> Ibid. p. 168.

<sup>470</sup> Rawls sostiene que “la posición original es simplemente un recurso de representación: describe a las partes, responsable cada una de defender los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual, como situadas imparcialmente y como representantes para llegar a un acuerdo sujeto a condiciones que limitan apropiadamente lo que pueden esgrimir como buenas razones [...] modela lo que consideramos –aquí y ahora- condiciones justas según las cuales los representantes de ciudadanos libres e iguales habrán de especificar los términos de la cooperación social en el caso de la estructura básica de la sociedad; y dado que también modela lo que, para este caso, consideramos restricciones aceptables a las razones de que disponen las partes para favorecer una concepción política de la justicia en detrimento de otra, la concepción de la justicia que adopte las partes se identificará con la concepción de la justicia que consideramos –aquí y ahora- justa, y apoyada en las mejores razones [...] Introducimos una idea como la de la posición original ya que no parece haber mejor manera de elaborar una concepción política de la justicia para la estructura básica, a partir de la idea fundamental de la sociedad concebida como un sistema justo de cooperación en marcha entre ciudadanos considerados libres e iguales”. Op. cit. pp. 48-49.

<sup>471</sup> Ibid. p. 170.

deberes, como en el caso del derecho a la propiedad sobre un inmueble el cual implica el deber de no invadirlo, pero esa correspondencia depende de que tanto el derecho como el deber se encuentren justificados por la misma base, por ejemplo, la meta fundamental del uso social eficiente del suelo. Por otro lado, en muchos casos, los derechos y deberes relacionados entre sí, no tienen relación de correspondencia, porque uno se entiende como derivado del otro. Es decir, es posible que un derecho o un deber originen un deber o un derecho y, por ende, tengan cierta prioridad sobre su producto, de tal manera que el derecho o deber originante sea fundamental.

Por otro lado, el modelo constructivista se enfrenta a tres tipos de teorías, que se determinan según se basen en metas, derechos o deberes como fundamentales y originantes de derechos y deberes. La teoría basada en metas, toma determinado objetivo, como el de perseguir el bienestar general, como fundamental; la basada en derechos, por ejemplo consideraría el derecho de todos a la mayor libertad posible; y la basada en deberes, los establecidos por Dios o por la naturaleza racional del hombre. El utilitarismo y la teoría eudemonista de Aristóteles son del primer tipo; la teoría de Paine y del mismo Dworkin, del segundo; y los imperativos categóricos de Kant, del tercero<sup>472</sup>.

Para Dworkin, el hecho de que Rawls sostenga su teoría en la idea general del contrato originario es señal clara de que la teoría subyacente es la basada en los derechos. El contrato social provee a cada parte el derecho de veto, pues a menos que el individuo consienta, no se forma el contrato. Este derecho de veto consiste en que el individuo puede oponerse a consecuencias inesperadas del contrato, que sean contrarias a los fines que persiguió para acordarlo<sup>473</sup>.

---

<sup>472</sup> Cfr. *ibid.* p. 172.

<sup>473</sup> "It is possible to argue, of course, as many philosophers have, that a man's self-interest lies in doing his duty under the moral law, either because God will punish him otherwise, or because fulfilling his role in the natural order is his most satisfying activity, or, as Kant thought, because only in following rules he could consistently wish universal can he be free. But that says a man's duties define his self-interest, and not the other way round". *Ibid.* p. 175. No podemos resistirnos a apuntar que esta tesis de Dworkin sólo es sustentable si se inserta en un discurso crítico del pensamiento kantiano, es decir, en un metalenguaje respecto del lenguaje empleado por el filósofo de Königsberg. La ética kantiana tenía que ser totalmente ajena a la consecución de fines, pues éstos son fenoménicos y si la libertad ha de ser posible, según muestra en la *Crítica de la Razón Pura* (dialéctica de la razón pura), ha de ser nouménica. Por tanto, en el mismo nivel de lenguaje de Kant, la tesis de Dworkin no es posible a menos que refute los puntos principales de la primera

El derecho de veto, sin embargo, está limitado pues al haberse establecido en la posición originaria, donde no es posible saber todavía qué intereses concretos podrían llegar a tenerse, entonces sólo puede darse con base en argumentos que apelen a los intereses abstractos que pueden tenerse en la posición originaria. En términos de Dworkin, el veto sólo puede sustentarse en juicios de antecedente no en juicios actuales de interés personal. El veto, entonces, está limitado por el alcance de los derechos<sup>474</sup>.

Ahora, en la posición inicial de Rawls no es posible conocer más que intereses abstractos, pero éstos no pueden servir, por sí mismos, de sustento profundo para la situación inicial; por tanto, el derecho básico sobre el cual se construya la teoría de la justicia con base en los conceptos centrales del autor inglés, no puede ser alguno de esos intereses, según Dworkin. Así, el derecho básico de la teoría constructivista debe ser un derecho abstracto, pero no relativo a una meta particular individual, como lo son la preservación de la propia vida, o a que prevalezca determinada concepción del bien y del mal<sup>475</sup>.

Dworkin imagina que sólo hay dos posibles derechos abstractos que podrían ocupar el lugar del derecho básico: la libertad y la igualdad. El derecho a la libertad no puede situarse en ese puesto, porque si se define la libertad como el

---

Crítica kantiana. Sin embargo, sí lo es desde un metalenguaje crítico (como es el kantiano, pero aplicado a su crítica), en el cual, por ejemplo, se sustente que la verdadera intención de Kant al escribir la primera Crítica era poder dar sustento a la segunda, como refiere Eusebi Colomer ("El Pensamiento Alemán de Kant a Heidegger", Herder, Barcelona, 1995, tomo I), de tal manera que allí se podría decir que, a final de cuentas, saberse libre sería la finalidad última que todo hombre tendría al actuar conforme al deber. Sin embargo, esta crítica a Kant sería problemática para sostener la tesis de Dworkin, pues independientemente de sus intereses personales (ad hominem), la segunda Crítica claramente requiere y expone la necesidad de excluir fines en la ética, y se requiere, creemos, que se derrote directamente esa posición en el mismo nivel discursivo. Esto sería materia, sin duda, de una investigación más profunda, en la cual se obtuviera cuál es la razón profunda de Dworkin para sostener esa tesis (que bien puede ser distinta que la de Colomer), la cual no se encuentra en *Taking rights seriously* ni en *Law's Empire*; sin embargo, sí creemos que es posible adelantar que su postura, tal como la expone en ese libro, sólo puede efectuarse desde un nivel discursivo distinto al kantiano.

<sup>474</sup> Ibid. p. 177.

<sup>475</sup> "The basic right of Rawls' deep theory, therefore, cannot be a right to a particular individual goal, like a right to security of life, or a right to lead a life according to a particular conception of good. Such rights to individual goals may be produced by the deep theory, as rights that men in the original position would stipulate as being in their best interest. But the original position cannot itself be justified on the assumption of such a right, because the parties to the contract do not know that they have any such interest or rank it lexically ahead of others.--- So the basic right of Rawls' deep theory must be an abstract right, that is, not a right to any particular individual goal". Ibid. p. 178.

mínimo general de posibles limitaciones o constricciones en relación a lo que el individuo quiera realizar, impuestas por el gobierno o por las demás personas, entonces cabría distinguir entre el derecho a la libertad en general y el derecho a libertades particulares. Sin embargo, en la posición inicial no podría sostenerse ese derecho general a la libertad, pues si bien es idónea para que las partes del contrato tengan mayores posibilidades de alcanzar los objetivos particulares que pudieran llegar a surgir, lo cierto es que en la posición original, afectada por el velo de ignorancia, no es posible saber que la libertad general de hecho aumentará dichas posibilidades.

La segunda opción, el derecho a la igualdad, sí puede considerarse como derecho básico, según Dworkin. Este derecho, en una primera aproximación, consiste en que cada uno sea tratado igualmente sin atender a su persona, carácter o gustos. Este derecho puede considerarse lo suficientemente abstracto para ser asumido en la posición inicial, en tanto es el que de mejor manera asegura a cada individuo ser diferente de los demás y ser protegido en la situación post-contractual.

Refiere Dworkin, citando a Rawls, que hay dos posibles comprensiones de la igualdad: igualdad como distribución de ciertos bienes, algunos de los cuales de seguro darán mejor posición a sus beneficiarios e igualdad comprendida como el respeto que es debido a las personas sin atender a su posición social. La primera se subsume en el segundo principio de justicia del filósofo británico, la segunda es, en cambio, fundamental, porque es “more abstract than the standard conceptions of equality that distinguish different political theories”<sup>476</sup>.

Por tanto, el derecho a la igualdad de consideración y respeto es el derecho básico de la teoría constructivista y, según el propio Rawls, es debido a los seres humanos como personas morales, es decir, se sigue de su personalidad moral que lo distingue de los animales<sup>477</sup>.

De esta manera, Dworkin elabora su teoría constructivista basada en los derechos. Esta teoría debe considerar los derechos como naturales, “in the sense

---

<sup>476</sup> Cfr. Ibid. p. 180.

<sup>477</sup> Cfr. p. 181.

that they are not the product of any legislation, or convention, or hypothetical contract”<sup>478</sup>, pues asumiendo la posición originaria y el contrato social, un derecho necesariamente será anterior al contrato, a la sociedad y al Estado, y los demás serán derivaciones de éste no tanto por deducción, sino en cuanto sean necesarios para salvaguardarlo y potenciarlo: el derecho básico es la igualdad de consideración y respeto, condición necesaria para poder contratar<sup>479</sup>. Estos derechos naturales también son denominados “morales” en oposición a los legales.

En virtud de su prioridad y del derecho de veto que suponen, los derechos morales son tales sólo si son oponibles al Estado. Esta consideración pone en tela de juicio el deber general de obediencia al Derecho y a la Ley.

Para el iusfilósofo estadounidense, los derechos morales de los que hemos hablado, deben entenderse en sentido fuerte, es decir, en el sentido de que actuar de forma contraria a ellos se entienda como algo erróneo o incorrecto<sup>480</sup>.

Aclara Dworkin que no todo derecho legal, incluso constitucional, es un derecho moral oponible en el sentido duro o fuerte antes referido, sino sólo los derechos fundamentales.

Por otro lado, los derechos morales oponibles al Estado en sentido fuerte y duro sólo pueden ser limitados o restringidos cuando con ello se protejan derechos morales de otras personas, bien se prevenga una catástrofe o se obtenga clara y

---

<sup>478</sup> Ibid. p. 176.

<sup>479</sup> Es patente el punto de contacto y de divergencia respecto de Luhmann. Vimos en el capítulo anterior, que el sistema jurídico, a la par que el símbolo general de la validez, se encuentra la Justicia, entendida como igualdad. Pero no es menos cierto, que Luhmann reconoce varias configuraciones posibles de la igualdad, según se trate de sociedades diferenciadas estamentaria, jerárquica o funcionalmente. La igualdad de consideración y respeto es propia de la sociedad diferenciada funcionalmente y, aun en ésta, admite diversas posibilidades de concretización, no sólo la liberal de Dworkin. Veremos una opción no tan liberal en el pensamiento de Habermas y Alexy, sobre todo cuando se analice el principio de autonomía y el carácter procedimental de la obtención de los derechos.

<sup>480</sup> “I said that in the United States citizen are supposed to have certain fundamental rights against their Government, certain moral rights made into legal rights by the Constitution. If this idea is significant, and worth bragging about, then these rights must be rights in the strong sense I just described. The claim that citizens have a right to free speech must imply that it would be wrong for the Government to stop them from speaking, even when the Government believes that what they will say will cause more harm than good. The claim cannot mean, on the prisoner-of-war analogy, only that citizens do no wrong in speaking their minds, though the Government reserves the right to prevent them from doing so”. Ibid. pp. 190-191.

mayormente un beneficio público, lo que excluye razones simples como sería la de la mera obtención de un bien general<sup>481</sup>.

Expuestas estas ideas, Dworkin delinea su teoría de los límites válidos a los derechos morales fundamentales. La primera hipótesis de limitación se trata de los derechos en competencia (*competing rights*). Consiste en que el ejercicio de un derecho moral amenazaría el de otro derecho moral. Sólo pueden competir derechos individuales<sup>482</sup>, porque si pudiera invocarse un “derecho de la sociedad” (orden público e interés social investido del ropaje de ser derecho) para limitar un derecho moral, entonces, “the existence of rights against the Government would be jeopardized if the Government were able to defeat such a right by appealing to the right of a democratic majority to work its will”, por lo tanto, “a right against the Government must be a right to do something even when the majority thinks it would be wrong to do it, and even when majority would be worse off for having it done”<sup>483</sup>.

Un derecho moral fundamental consiste, entonces, en una facultad individual oponible al Estado, al orden público y al interés social, de tal manera que su limitación por medio de invocar otros derechos, sólo es válida si los derechos que se postulan en competencia son todos individuales, es decir, atribuidos a lo que, en la terminología de Ferrajoli, sería una *persona natural*<sup>484</sup>.

Los derechos morales fundamentales individuales también pueden ser limitados, por excepción, cuando su ejercicio represente un riesgo claro y sustancial de generar gran daño a la persona o propiedad de otros y no hay otros medios para prevenir esto último. Esto no significa que el Estado pueda ignorar estos derechos morales por la sola invocación de ideas generales como la vida y

---

<sup>481</sup> Cfr. Ibid. pp. 191-192.

<sup>482</sup> “In order to save them, we must recognize as competing rights only the rights of other members of the society as individuals”. Ibid. p. 194.

<sup>483</sup> Ibid. p. 194.

<sup>484</sup> “Someone has a competing right to protection, which must be weighed against individual right to act, if that person would be entitled to demand that protection from his Government on his own title, as an individual, without regard to whether a majority of his fellow citizens joined in the demand”. Id.

la propiedad, aun cuando en el caso puedan ser afectadas en algún grado inferior al referido en primer término<sup>485</sup>.

Considerar los derechos morales en sentido fuerte o duro, es decir, bajo la premisa de que actuar contra ellos es necesariamente equivocado, significa tomarlos en serio. Si los derechos morales fundamentales individuales se toman en serio, entonces, según Dworkin, se suponen siempre dos ideas: la primera es la dignidad humana y, la segunda, la igualdad.

Dworkin hace propia la noción kantiana de dignidad humana, que supone que hay maneras de tratar a una persona incompatibles con ser reconocida como tal; y por igualdad se entiende que los miembros más débiles de la comunidad tienen derecho a la misma consideración y respeto que el dado a los más fuertes<sup>486</sup>.

Se ha visto que el derecho básico sobre el que descansan los demás, por lo menos dentro de una teoría de la Justicia como la de Rawls, es el derecho a la igualdad de consideración y de respeto. Conforme a este derecho, Dworkin establece cuáles son los derechos morales fundamentales individuales oponibles en sentido fuerte al Estado y la sociedad.

Dworkin entiende por “consideración”, que el Estado tome en cuenta que los seres humanos son capaces de sufrimiento y frustración; mientras que “respeto” implica tener a los seres humanos como capaces de tener conceptos inteligentes sobre cómo su vida ha de ser vivida y actuar conforme a ellos<sup>487</sup>. Conforme a esto, son elementos sémicos de “persona”<sup>488</sup>, la inteligencia, la autonomía, el dolor y la frustración y a estos, en última instancia, se reduce su significado, como se verá con más claridad en el siguiente capítulo.

---

<sup>485</sup> Cfr. *ibid.* p. 204.

<sup>486</sup> Cfr. *ibid.* pp. 198-199.

<sup>487</sup> “Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived”. *Ibid.* p. 272.

<sup>488</sup> Usamos aquí “persona” y no “ser humano”, porque Dworkin las usa sin distinción y porque, en la que nosotros sí hacemos, lo que se trata aquí es de la proyección en el derecho de la entidad a la que se adscribe personalidad, por lo que tenemos que, con Dworkin “persona” para efectos jurídicos es una entidad capaz de inteligencia, autonomía, dolor y frustración. Dworkin no aclara si esos semas se adscriben a la entidad a todo tiempo, o bien en general. Tampoco menciona si esas características se tienen conjunta o separadamente en todo tiempo.

Conforme a esto, sólo son derechos morales aquellos que sean requeridos por el derecho básico a ser tratado como un igual<sup>489</sup>. Así, podríamos decir que la determinación y creación de nuevos derechos morales consiste, pues, en una dialéctica entre abducción abstracta y consideración de necesidades fácticas.

Con todo lo anterior en mente, podemos entender mejor las clásicas definiciones de Dworkin de “principios” y políticas, que son:

I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community [...] I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality<sup>490</sup>.

Así, los derechos morales son principios porque su cumplimiento se sustenta en requerimientos de justicia, pues precisamente tienen su apoyo último, en el pensamiento de Dworkin, en la teoría de la Justicia, específicamente la liberal de Rawls. En el pensamiento de Dworkin parecería que todos los principios son derechos morales, porque sólo éstos derivan de exigencias de justicia<sup>491</sup>. En el pensamiento de Dworkin, tienen una posición jerárquicamente superior a “políticas”, porque, por definición, deben prevalecer sobre éstas por regla general, salvo circunstancias claras y graves.

Un principio forma parte del sistema de derecho, cuando objetivamente deben ser tomados en consideración como vinculantes por las autoridades y que, en caso de ser aplicables a un caso concreto, son suficientes para inclinar su resolución en una dirección u otra, aun cuando no de manera conclusiva, es decir,

---

<sup>489</sup> “I also propose that individual rights to distinct liberties must be recognized only when the fundamental right to treatment as an equal can be shown to require these rights”. Ibid. pp. 273-274.

<sup>490</sup> Ibid. p. 22.

<sup>491</sup> Es verdad que como ejemplo de principio, Dworkin menciona el que nadie puede aprovecharse de su propia falta, que en latín es “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”. Este principio no podría considerarse, por su sola redacción, como un derecho moral. Así, “principio” es más bien una categoría y una posición dentro del sistema jurídico, que se entiende en oposición a “políticas” y a “reglas”, cuyos contenidos semánticos, en parte (tal vez la principal), se componen por derechos morales. Empero, en otros lugares parece reducir los principios a derechos morales individuales, como cuando dice que “arguments of principle justify a political decision by shown that the decisión respects or secures some individual or group right”, ibid. p. 82, que, “arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a colective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describes goals”, ibid. p. 90, o que “any adequate theory will also make use of a distinction between abstract and concrete rights, and therefore between abstract and concrete principles”, ibid. p. 93.

definitiva<sup>492</sup>. Los principios no contienen las condiciones que prevén su propia aplicación, es decir, no se formulan condicional o hipotéticamente, como las reglas<sup>493</sup>.

Otra diferencia entre reglas y principios, considerada la primera por Dworkin, es que estos últimos tienen la dimensión de peso e importancia, y aquellas no<sup>494</sup>. Esta dimensión permite que los principios sean materia de ponderación, como en el caso de derechos en competencia. Así, los principios permanecen indemnes si no prevalecen en un caso específico. Las reglas carecen de esta dimensión, pues sólo pueden considerarse funcionalmente importantes o no importantes, de tal forma que si dos reglas entran en conflicto, sólo una puede considerarse válida<sup>495</sup>.

#### *c.5) Posición de Robert Alexy*

Alexy defiende, en relación al problema de la relación entre moral y Derecho, una postura no positivista incluyente, conforme a la cual los principios y argumentos morales forman parte necesariamente del Derecho, mediante el argumento de la corrección. En el Derecho hay pretensión de corrección, en cuanto sus contenidos evitan lo absurdo y contradictorio y la única opción para explicar esto, además de la pretensión referida, sería postular una pretensión de poder, la cual excluye el Derecho<sup>496</sup>. Asimismo, el Derecho, en su textura abierta,

---

<sup>492</sup> “A principle like ‘No man may profit from his own wrong’ does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision”. Ibid. p. 26.

<sup>493</sup> Cfr. id.

<sup>494</sup> Cfr. Id.

<sup>495</sup> Cfr. Ibid. p. 27. Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail. This seems no reason for concluding that judges who must reckon with principles have discretion because a set of principles can dictate a result”. Ibid. p. 35.

<sup>496</sup> Cfr. Alexy, Robert. “Derecho y Moral”, en del mismo autor “La institucionalización de la justicia”, Editorial Comares, 2 ed., Granada, 2010, p. 19. Sobre el concepto de la corrección y el Derecho, Vid. Alexy Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª. Ed., 2007, pp. 374. Título original: Theorie der Juristischen Argumentation. Der Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo. De esta magnífica obra nos apartamos en varios puntos, especialmente en los primeros dos capítulos de este trabajo: mientras Alexy finca su teoría de la argumentación jurídica en los usos del lenguaje de Austin (vid. Supra. Cap. II), Hare y Searle, nosotros preferimos una posición más global, a saber, la de la Semiótica, que no sólo incluye al lenguaje. Por ejemplo, el néustico, el frástico y el trópico, tan bien aprovechados por Alexy, forman

admite casos sin solución preestablecida por el derecho positivo; ante esta situación, cualquier decisión sería posible, incluso echar suertes, pero en el Derecho operan razones y criterios que impiden esto, es decir, el Derecho precisa del argumento de la corrección.

Por tanto, para Alexy

justicia es corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de la justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello, las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales [...] Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral sino también jurídicamente<sup>497</sup>.

Alexy refiere que si toda incorrección derivara en invalidez, el resultado sería la anarquía, por lo cual, entonces, debe considerarse que la injusticia no es Derecho sólo cuando es extrema, como sostenía Radbruch. Así, la moral es un límite extremo al Derecho: “este límite se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos”<sup>498</sup>.

Los derechos humanos, entonces, tienen contenido esencialmente moral, pero esto dice poco de su fundamento. Éste es, según Alexy, de tipo metafísico constructivo.

Los derechos humanos se definen por cinco características:

a) Universalidad: el “portador o titular de derechos humanos es todo ser humano en cuanto ser humano”<sup>499</sup>. También puede hablarse de la universalidad desde el lado del destinatario, pero de manera más compleja, pues existen

---

parte, desde nuestro punto de vista, de las propiedades semánticas de los signos y pueden incluirse en las circunstancias y contextos a que alude Eco en relación a los recorridos semánticos, como también refiere Rastier: en otras palabras, son parte no sólo de la pragmática, sino también de la semántica, lo que relativiza (aunque no elimina) “la fuerza ilocucionaria que es tan importante para la teoría del discurso. Asimismo, Alexy pone especial interés en la teoría del discurso de Habermas, aunque en una versión débil, que será después criticada por este último, mientras nosotros nos hemos decantado, por la afinidad que tiene con la Semiótica, por la teoría de sistemas sociales de Luhmann. Sobre lo que aquí hemos dicho, es interesante referir: Habermas, Jürgen, “Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, Trotta, Madrid, 2ª. Ed. 2000, pp. 278 y 302 a 309. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Traducción: Manuel Jiménez Redondo; Atienza, Manuel, “Las razones del Derecho”, UNAM, México, 2003, pp. 149-202.

<sup>497</sup> Ibid. p. 20.

<sup>498</sup> Ibid. p. 21.

<sup>499</sup> Alexy, Robert. “Derechos Humanos sin metafísica”, en “La institucionalización de la justicia”, op. cit. p. 80.

derechos, como el de la vida, que claramente tienen como destinatario a todas las personas (individuos, corporaciones y Estado), pero otros no, como por ejemplo, el derecho a la participación en la formación de la voluntad política, que está dirigido solamente al Estado al cual pertenezca el individuo.

b) Fundamentabilidad de su objeto: los derechos humanos sólo protegen intereses y necesidades fundamentales<sup>500</sup>.

c) Abstracción de su objeto: es decir, el objeto de los derechos humanos no se refiere a cosas concretas, es más, un problema básico de estos es la especificación de lo que implica su objeto. Por ejemplo, es claro que todos tienen derecho a la salud, pero no lo es tanto qué debe considerarse bajo el concepto “salud” en casos concretos.

d) Validez moral: “los derechos humanos en cuanto tales tienen sólo una validez moral [...] Un derecho tiene validez moral si puede ser justificado frente a todo el que participe en una fundamentación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. De ahí que la existencia de los derechos humanos consista en su fundamentabilidad y en nada más.” Es verdad que los derechos humanos pueden tener también validez jurídica, es decir, pueden ser positivados; sin embargo, los textos positivos sobre derechos humanos “nunca son respuestas definitivas”, sino “intentos de dar forma institucional garantizada por el Derecho positivo a lo que ya es válido sólo por su corrección”<sup>501</sup>.

d) Prioridad: los derechos humanos no sólo no pueden ser derogados por decisión (ya que su fundamento es moral), sino que también son “el patrón de medida al que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado”. Esto deriva en que un pacto de derechos humanos o una sentencia de un Tribunal de derechos humanos, pueda ser contraria a éstos.

Con base en esto se define los derechos humanos como los “derechos universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios”<sup>502</sup>.

La fundamentación de los derechos humanos es explicativa-existencial. Un fundamento explicativo es aquel que “consiste en poner de manifiesto lo

---

<sup>500</sup> Ibid. p. 81.

<sup>501</sup> Id.

<sup>502</sup> Ibid. pp. 81-82.

necesariamente implicado en la praxis humana”. Se comienza con el análisis de la praxis discursiva, la cual se entiende como práctica de afirmar, preguntar y argumentar. Esta práctica supone la existencia de reglas, “que expresan las ideas de libertad e igualdad del participante en el discurso en cuanto participante del discurso”. Es decir, en la propia definición de discurso está implícita la necesidad de que los participantes sean libres e iguales. Esto aún no fundamenta los derechos humanos, pues es posible discutir con esclavos, es decir, considerar que “no-personas” participen en el discurso. Se necesitan, pues, más premisas. Es autónomo quien actúa según reglas y principios “que él mismo juzga como correctos tras una ponderación suficiente”, y participa seriamente en discursos morales,

quien quiere resolver conflictos sociales por medio de consensos generados y controlados discursivamente [...] Esta conexión de capacidad e interés implica el reconocimiento del otro como autónomo [...] Quien reconoce al otro como autónomo lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad reconoce sus derechos humanos.<sup>503</sup>

Esta fundamentación explicativa-existencial es metafísica. Alexy, siguiendo a Habermas, distingue esta metafísica, que llama constructiva, de la metafísica enfática, cuyas características son la omnicomprensividad, la necesidad, la normatividad y el carácter salvífico. La metafísica constructiva, en cambio, postula también la existencia de un mundo independiente de lo físico, es decir, de lo perceptible por los sentidos, pero sin incurrir en las características de la metafísica enfática que la han hecho objeto de crítica y desestimación los últimos 150 años.

Este tercer mundo fue preconizado por Frege, quien refería que

los pensamientos no son ni cosas del mundo exterior ni representaciones [...] Lo que pertenece a éste coincide con las representaciones en que no puede ser percibido por los sentidos, pero también coincide con las cosas en que no necesita ningún portador a cuyos contenidos de conciencia pertenezca. Así, por ejemplo, el pensamiento que expresamos en el teorema de Pitágoras es atemporalmente verdadero, verdadero con independencia de que alguien lo considere verdadero<sup>504</sup>.

Si esta noción de Frege se traslada a las normas, entonces aparece “el concepto semántico de norma, con cuya ayuda se puede expresar lo que existe como norma cuando un derecho humano tiene validez”<sup>505</sup>.

---

<sup>503</sup> Ibid. p. 88.

<sup>504</sup> Citado por Alexy, *ibid.* p.92.

<sup>505</sup> *Ibid.* p. 93.

Este tercer mundo no ha de concebirse ontológicamente, sino metafísicamente. Es decir, no conforme a la metafísica enfática, sino de acuerdo a la metafísica constructiva que se sustenta, en último sitio, no sólo “en la estructura del mundo, ni tampoco sólo en la razón del individuo, sino, plenamente en el sentido de Habermas, en la estructura de la comunicación”<sup>506</sup>. De esta manera, la metafísica constructiva tiene un carácter racional y universal, lo que lleva a concluir que “los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal”<sup>507</sup>.

La estructura sintáctica y los contenidos semánticos generales de los derechos humanos, es desarrollada por Robert Alexy más bien en relación con los derechos fundamentales del derecho positivo alemán, por lo que, en esa medida, sostiene que su teoría sobre estos derechos es una dogmática jurídica<sup>508</sup>. Es decir, puede sostenerse que este autor distingue los derechos humanos de los fundamentales, en cuanto que éstos son positivados y en cierta manera están relacionados con el concepto de validez. Esto se refuerza por la distinción entre norma y disposición que más adelante se expone.

Nuestro autor elabora una primera distinción fundamental para su teoría, a saber, aquella entre disposición de derecho fundamental, derecho fundamental y norma de derecho fundamental.

Todo derecho fundamental –afirma- es soportado por una norma de derecho fundamental, pero no toda norma de derecho fundamental refiere a un

---

<sup>506</sup> Ibid. pp. 94-95. Sin embargo, como vimos en los dos capítulos anteriores, la estructura de la comunicación no se reduce al consenso, sino que lleva implícita de forma igualmente necesaria, el rechazo, el disenso y la mentira.

<sup>507</sup> Ibid. p. 94.

<sup>508</sup> Alexy sostiene que son tres las dimensiones de la dogmática jurídica: descriptiva, analítica (sistematización) y normativa. Esta postura difiere de las que expusimos en la segunda y tercera parte del capítulo 2, en cuanto a que en éstos se trató a la dogmática como un metalenguaje interno al derecho, en tanto que para Alexy, la dogmática jurídica es un ámbito de la argumentación jurídica, la cual, a su vez, es una especie de la argumentación práctica general. Para Alexy, la argumentación jurídica y, por tanto, también la argumentación de la dogmática, son parte de un discurso racional general práctico que, como tal, es susceptible de veracidad o falsedad, aunque se prefiera denominar esos valores como “corrección” o “incorrección”. Esta postura de Alexy es similar a una parte de la expuesta por Tamayo y Salmorán. Vid. Alexy Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, op cit.

derecho fundamental; por ejemplo, existen normas de derecho fundamental que no otorgan derecho subjetivo alguno<sup>509</sup>.

Por otro lado, una disposición de derecho fundamental es un enunciado que expresa una norma de derecho fundamental. La norma de derecho fundamental es el significado de la disposición de derecho fundamental. Se trata aquí, aunque Alexy no lo menciona expresamente, de la diferencia entre plano de expresión y plano de contenido de Saussure, que hemos expuesto en el primer capítulo de este trabajo.

Las disposiciones de derechos no se reducen a enunciados, pues las normas pueden ser expresadas también por otros medios, como, verbigracia, las señales luminosas de los semáforos; por tanto, “esto pone de manifiesto que el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo”<sup>510</sup>, es decir, el concepto de norma puede válidamente separarse y tener independencia del plano de expresión, según Alexy.

Dada la preeminencia del concepto de norma, los criterios para su identificación no deben buscarse, dice Alexy, en el nivel del enunciado normativo, sino en el del significado, es decir, en el nivel de la norma. Estos criterios no son otros que las modalidades básicas de la lógica deóntica: mandato (obligación), permisión y prohibición<sup>511</sup>.

A los niveles expresivo y semántico, Alexy agrega un nivel pragmático, mediante la introducción del contexto.

Por ‘contexto’ habrá de entenderse tanto los enunciados, como su uso, es decir, las circunstancias y las reglas de su utilización. El que, de esta manera, sean indispensables criterios pragmáticos para la identificación de algo como una norma no modifica en nada el hecho de que lo que hay que identificar es una entidad semántica, es decir, un contenido de significado que incluye una modalidad deóntica<sup>512</sup>.

Entonces, una norma es una entidad semántica que puede tratarse independientemente del plano de expresión y que, si bien se relaciona con el plano pragmático, éste no la identifica. Así, la norma es aquél contenido

---

<sup>509</sup> Alexy, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.47. Título original: Theorie der Grundrechte. Traducción: Ernesto Garzón Valdés.

<sup>510</sup> Ibid. p. 54.

<sup>511</sup> Ibid. p. 52.

<sup>512</sup> Ibid. p. 53.

significativo reducido o reductible a las modalidades básicas de la lógica deóntica. “No todo enunciado normativo es un enunciado deóntico, pero todo enunciado normativo puede ser transformado en un enunciado deóntico”<sup>513</sup>. A esta noción de norma, la denomina “concepción semántica del concepto de norma”<sup>514</sup>.

Esto avanza a otra distinción. La norma es distinta de su validez, contra lo que Kelsen y Ross expresaban al respecto. Alexy sostiene que, así como es posible expresar un pensamiento sin asumir su veracidad, “así también tiene que ser posible expresar una norma sin clasificarla como válida”<sup>515</sup>. Alexy es consciente que esta diferencia lleva a que cualquiera pueda expresar, en cualquier momento, normas de cualquier contenido, pero considera que pasar por alto la distinción, llevaría a considerar enunciados tan simples como “esta norma ya no es válida”, como una contradicción, cuando no la es.

Sobre estas bases, se formula una primera definición de normas de derecho fundamental, como aquellas que “son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental”<sup>516</sup>.

Sin embargo, las disposiciones de derecho fundamental tienen una estructura semántica abierta, por cuanto presentan equivocidad y ambigüedad. Estas características de los enunciados de derecho fundamental, lleva a que, si bien es indudable que expresan normas, es difícil saber qué tipo de norma contienen y si son de derecho fundamental. Por eso, es necesario postular normas que relacionen el contenido de las distintas disposiciones fundamentales y permitan su aplicación concreta<sup>517</sup>.

Estas normas, no estatuidas directamente por el texto constitucional, sino adscritas a éste, son llamadas, precisamente, normas adscritas. Por ende, “las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las

---

<sup>513</sup> Ibid. p. 54.

<sup>514</sup> Ibid. p. 55.

<sup>515</sup> Ibid. p. 56.

<sup>516</sup> Ibid. p. 62.

<sup>517</sup> Ibid. pp. 69-70.

normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas”<sup>518</sup>.

Las normas adscritas presentan el problema de saber qué normas pueden considerarse como tales. Un criterio formal sería aquél de considerar normas de derecho fundamental adscritas aquellas que el Tribunal Constitucional establezca como tales. Este criterio no convence a Alexy, para quien es necesario un criterio normativo, para saber qué adscripciones son realizadas conforme a derecho y cuáles no. Este criterio requiere tanto de un consenso jurisprudencial como de la dogmática jurídica. Se considerará, entonces, como norma adscrita válida, aquella que se adscribe conforme a Derecho, pero para determinar cuándo la adscripción es de esta cualidad, no se puede apelar a su positivación (procedimiento legislativo, por ejemplo). Por ello, la validez de una norma adscrita depende de la validez de la argumentación conforme a la cual fue emitida, por lo que una norma de este tipo “vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”. Empero, esto es problemático desde que “las reglas de la fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a uno y sólo un resultado”<sup>519</sup>.

Por tanto, los derechos fundamentales tienen tres grados: normas de derecho fundamental positivas, normas de derecho fundamental adscritas y argumentación correcta que apunta a ambos tipos de normas.

Sobre estas bases, Alexy formula su teoría de los principios y las reglas, en relación con los derechos fundamentales.

Tanto los principios como las reglas son normas, porque expresan lo que debe ser conforme a las modalidades deónticas básicas. Ambos son razones para juicios concretos de deber ser. Por ende, son dos tipos de normas.

Un primer criterio para distinguir esas clases de normas, es el consistente en que los principios presentan mayor generalidad que las reglas. Debe distinguirse entre generalidad y universalidad, pues la primera implica una relación

---

<sup>518</sup> Ibid. p. 70.

<sup>519</sup> Ibid. p. 71.

gradual con su opuesto, la especificidad, mientras que la segunda significa una relación de exclusión con su opuesto, la individualidad. Una norma general es, por ejemplo, “cada cual goza de libertad religiosa”, mientras que una más específica es “todo preso tiene el derecho a convertir a otros presos”. La segunda norma es universal, pues se refiere a toda una clase de sujetos y, sin embargo, tiene un grado relativamente bajo de generalidad<sup>520</sup>.

Otro criterio de distinción es según los principios y las reglas sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos, o según sean normas de argumentación o de comportamiento. Este parámetro lleva a tres tesis divergentes: la primera consiste en que “todo intento de dividir las normas en dos clases, la de las reglas y la de los principios, es vano debido a la pluralidad realmente existente”<sup>521</sup>; la segunda toma como punto de distinción el de la generalidad antes expuesta, es decir, la diferencia es sólo cuantitativa; y la tercera, que es la defendida por Alexy, sostiene que la distinción entre reglas y principios no es sólo gradual, sino cualitativa.

Así, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, por lo que son “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas”<sup>522</sup>. Por otro lado, “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces [debe] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”<sup>523</sup>.

Entonces, “los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie”, mientras que las

---

<sup>520</sup> Ibid. p. 83.

<sup>521</sup> Ibid. p. 85.

<sup>522</sup> Ibid. p. 86.

<sup>523</sup> Ibid. p. 87.

reglas “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”<sup>524</sup>. Por eso, los principios son razones prima facie y las reglas son razones definitivas para normas, no para acciones<sup>525</sup>.

Otra nota distintiva de los principios, es que no necesariamente derivan de una decisión, es decir, de un procedimiento que determine su validez, sino que “también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo debe ser el derecho”<sup>526</sup>. Sin embargo, rara vez los principios pueden estar sujetos a la validez para considerarse parte del sistema jurídico, por ejemplo el principio de discriminación racial que fuera vigente en los Estados Unidos durante más de la mitad del siglo XIX<sup>527</sup>. “Esto pone claramente de manifiesto que el concepto de colisión de principios, presupone la validez de los principios que entran en colisión”<sup>528</sup>.

Por otro lado, no puede decirse que todo derecho fundamental sea principio ni todo principio sea derecho fundamental. Los principios pueden referir a bienes colectivos o a derechos individuales<sup>529</sup>. Por esta razón, se aparta de la distinción de Dworkin entre principios y políticas: “no es necesario ni funcional ligar el concepto de principio al concepto de derecho individual”<sup>530</sup>. Asimismo, los derechos fundamentales pueden ser reglas, porque de toda ponderación de principio deriva alguna regla, además que algunos derechos de esa índole se comportan a veces como principios y a veces como reglas (tal es el caso de la dignidad humana).

Los principios también pueden ser formales, como por ejemplo “el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad”, y materiales, como los que refieren a derechos individuales<sup>531</sup>.

---

<sup>524</sup> Ibid. p. 99.

<sup>525</sup> Ibid. p. 102.

<sup>526</sup> Ibid. p. 104.

<sup>527</sup> Ibid. p. 105.

<sup>528</sup> Id.

<sup>529</sup> Ibid. p. 108.

<sup>530</sup> Ibid. p. 111.

<sup>531</sup> Ibid. p. 133.

Esta distinción no sólo cuantitativa, sino cualitativa también, entre principios y reglas se aprecia con claridad en el caso de las antinomias normativas. Las antinomias entre principios se denominan colisiones y las existentes entre reglas, conflictos.

Dado que las reglas están formuladas conforme a lo que es jurídica y fácticamente posible, en caso de conflicto entre ellas sólo cabe que una sea aplicada en detrimento de la validez de la que resulta preterida. El concepto de validez jurídica no es graduable, la norma vale o no vale.

Por su parte, dado que los principios parten de lo que es factible graduadamente dentro de lo jurídica y fácticamente posible, entonces en caso de colisión, su validez no se ve afectada. Los principios tendrán, entonces, un mismo valor en lo abstracto y admitirán diverso peso en lo concreto. Si los conflictos de reglas se dan en el ámbito de la validez, las colisiones entre principios se dan en la dimensión del peso<sup>532</sup>.

El método para la solución de las colisiones entre principios es el de la ponderación de los intereses opuestos. “En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”<sup>533</sup>, de tal manera que “la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican condiciones bajo las cuales un principio precede a otro”<sup>534</sup>.

Sobre la ponderación, se formula dos leyes: la ley sobre conexión de relaciones de precedencia condicionadas y la ley de colisión. La primera es: “si el principio P1, bajo las circunstancias C, precede al principio P2 (P1 **P** P2) C, y si de P1, bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces, vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C

---

<sup>532</sup> Ibid. p. 89.

<sup>533</sup> Ibid. p. 91.

<sup>534</sup> Ibid. p. 92.

→R”<sup>535</sup>, es decir, de la ley de precedencia mencionada, deriva una regla, que dice que si se dan las condiciones concretas conforme a las cuales un principio ha de preceder a otro, entonces estas condiciones son la hipótesis normativa y la consecuencia es aquella que ha de seguirse del principio prevaleciente.

La segunda ley es escolio de la anterior y es, propiamente, la ley de colisión: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”<sup>536</sup>.

Entonces, aun cuando las colisiones entre principios se solucionen conforme a circunstancias concretas, éstas deben ser generalizadas en reglas. Por tanto, aun cuando Alexy no lo explicita en estos términos, se puede decir que si bien los principios pueden mantener su igualdad abstracta, pueden surgir reglas generales y abstractas que establezcan condiciones en que unos principios siempre precedan otros. En otras palabras, las condiciones pueden adquirir la calidad de abstracción que referimos en el capítulo anterior sobre los distintos modelos comunicativos de normas, expuestos por Bobbio y González Ruiz (concretas y específicas, concretas y abstractas, generales y específicas y generales y abstractas). Es decir, podría haber normas generales y abstractas emitidas por el constituyente, el legislador o el poder judicial, que fueran resultado de las leyes sobre conexión de relaciones de precedencia condicionadas y la ley de colisión, siempre que no se derogue alguno de los principios en cuestión y el que sea preterido, tenga la posibilidad de tener más peso que el precedente, en otras circunstancias, aun de índole abstracto<sup>537</sup>.

Las reglas derivadas de principios comparten con éstos algunas cualidades: si dejan de ser aplicadas no necesariamente pierden su validez. En palabras de Alexy: “una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio

---

<sup>535</sup> Ibid. p. 94.

<sup>536</sup> Id.

<sup>537</sup> Esto se refuerza con la afirmación de Alexy en el sentido de que “como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso. Por lo tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente el carácter de principios –algo que, como se mostrará, no es así, existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios y otras que son reglas”Ibid. p. 98.

opuesto tiene un mayor peso que el principio que apoya la regla”<sup>538</sup>. Asimismo, aunque no lo expone literalmente así, si el principio sobre el que se basan no fue generado conforme a procedimientos de validez, es decir, no deriva de una decisión, entonces la regla derivada puede no proceder de un procedimiento de validez.

Los principios, aunque prima facie tienen el mismo valor, pueden tener cierta precedencia abstracta sobre otros, siempre de carácter relativo, cuando están acompañados de reglas que atribuyen la carga argumentativa para la postura contraria a ellos, o bien por otros principios como el de *favor libertatis* o *pro persona*<sup>539</sup>.

Se deriva de todo esto, que no puede haber principios absolutos, es decir, principios de precedencia no condicionada. Ni siquiera la dignidad humana es un principio absoluto, porque en realidad, en parte es regla y en parte es principio. Como principio, está sujeto a “un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas [...] precede a los principios opuestos”<sup>540</sup>. A esto lo llama el Tribunal Constitucional alemán, el “ámbito esencial absolutamente protegido de la configuración de la vida privada”<sup>541</sup>. La dignidad humana se muestra como regla en el hecho de que “en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan solo si es violada o no”<sup>542</sup>. Al ser tanto regla como principio, entonces cuando es principio y precede a otro, la dignidad humana es lesionada al nivel de la regla<sup>543</sup>, pues en cuanto tal excluye la ponderación.

Por tanto, la dignidad humana sólo es absoluta cuando aplica como regla, “que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante”<sup>544</sup>, y es de precedencia condicionada cuando es aplicable como principio.

---

<sup>538</sup> Ibid. p. 100.

<sup>539</sup> Ibid. p. 101 y p. 132.

<sup>540</sup> Id.

<sup>541</sup> Ibid. p. 107.

<sup>542</sup> Id.

<sup>543</sup> Ibid. p. 108.

<sup>544</sup> Id.

La teoría de los principios está asociada indefectiblemente a la máxima de proporcionalidad<sup>545</sup>. La máxima de proporcionalidad no es un principio, sino una regla, porque no es considerada frente a algo más<sup>546</sup>. Las ponderaciones para resolver las colisiones por principios deben cumplir las tres máximas de la proporcionalidad: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue al carácter de mandatos de optimización relacionado con las posibilidades jurídicas que subyacen a los principios. Las máximas de adecuación y necesidad, se relacionan con las posibilidades fácticas<sup>547</sup>.

La ley de la ponderación se enuncia: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”<sup>548</sup>. Esta ley no es vacía, en tanto está vinculada con la teoría de la argumentación jurídica racional, a su vez sustentada en la racionalidad en la teoría de los actos de habla Wittgenstein, Austin, Hare y Toulmin, en relación con la teoría de la acción comunicativa de Habermas<sup>549</sup>, principalmente con los conceptos de actos ilocucionarios y su fuerza. Por esto, “de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”<sup>550</sup>.

Los principios no son valores, en cuanto que pertenecen al ámbito deontológico, no al axiológico<sup>551</sup>; sin embargo, no son incompatibles. Los valores pueden asumir, dentro del Derecho, la posición que corresponde a los principios. Tanto los valores como los principios no pueden ser graduados jerárquicamente en lo abstracto<sup>552</sup>, pues si los valores admitieran la ordenación gradual cardinal (reductible a valores numéricos), se llegaría a una tiranía de los valores, pues todo precio, incluso el máximo pensable, habría de pagarse para realizarlos, y tampoco

---

<sup>545</sup> Ibid. p. 111.

<sup>546</sup> Ibid. p. 112.

<sup>547</sup> Ibid. pp. 112-113.

<sup>548</sup> Ibid. p. 161.

<sup>549</sup> Ibid. p. 167. Véase también, Alexy, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, op. cit. pp. 64-142.

<sup>550</sup> Ibid. p. 167.

<sup>551</sup> Ibid. p. 141.

<sup>552</sup> Ibid. p. 153.

admitiría una ordenación ordinal o de preferencia porque no existen parámetros racionales para establecer a priori una jerarquía numérica<sup>553</sup>. Entonces, en caso de colisión de valores, aplicaría la ponderación, al igual que sucede con los principios<sup>554</sup>.

Todo lo anterior es la base semántica y, en parte, pragmática de los derechos fundamentales. A continuación se introducen cuestiones más bien sintácticas (forma y estructura de tales derechos) y algunas semánticas.

Primeramente se trata de la relación entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos.

La cuestión analítica principal es distinguir entre norma y posición. Ya se dijo que norma es aquello expresado por un enunciado o disposición normativa. Por su parte, una posición es la calificación que una persona adquiere frente a otra, por virtud de determinadas normas. Así, la norma “a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”, implica que “a se encuentra frente al Estado en una posición que consiste exactamente en que a tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”<sup>555</sup>. Aunque la posición está implicada analíticamente en la norma, no es superfluo distinguirla de ésta, pues permite aclarar las propiedades normativas de personas y acciones, así como relaciones normativas entre personas, así como entre personas y acciones.

Por esta razón, los derechos subjetivos son “posiciones y relaciones jurídicas”, que pueden ser entendidos en un modelo de tres gradas, a saber, “a) razones para los derechos subjetivos, b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos”<sup>556</sup>.

Alexy clasifica los derechos fundamentales con base en las posiciones jurídicas que implican, en derechos a algo, libertades y competencias.

La estructura de los derechos a algo es la siguiente: “a tiene frente a b un derecho a G”<sup>557</sup>. Estos derechos tienen una relación triádica entre un portador o titular, un destinatario y el objeto. Esto se expresa “DabG”. El objeto “es siempre

---

<sup>553</sup> Ibid. p. 156.

<sup>554</sup> Ibid. p. 157.

<sup>555</sup> Ibid. pp. 177-178.

<sup>556</sup> Ibid. p. 178.

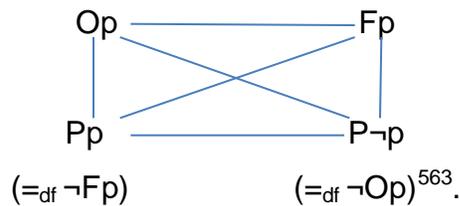
<sup>557</sup> Ibid. p. 186.

una acción del destinatario”<sup>558</sup>, pues de no ser así, “no tendría sentido incluir al destinatario en la relación”<sup>559</sup>. Es verdad, reconoce Alexy, que muchas veces se habla de los derechos como relaciones diádicas entre titular y objeto, sin embargo, esto se hace sólo por razones de simplicidad, es decir, es una abreviación de “un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias”<sup>560</sup>.

Los derechos a algo se clasifican, según su objeto, en derechos de defensa y derechos a prestaciones. Los primeros tienen por objeto acciones negativas del destinatarios y, los segundos, acciones positivas<sup>561</sup>. Los derechos de defensa se subdividen en derechos a no impedimento de acciones, a no afectación de propiedades y afectaciones y a no eliminación de posiciones jurídicas.

Los derechos a prestaciones se dividen, en razón de su objeto, en derechos a acciones fácticas y a acciones normativas. Los primeros refieren a realización de actos concretos positivos y los segundos, a la imposición de normas. Como normalmente cuando se habla de derechos a prestaciones se refiere a acciones concretas fácticas, se llama los derechos que versan sobre éstas “derechos a prestaciones en sentido estricto”. En cambio, los derechos a prestaciones normativas son “derechos a prestaciones en sentido amplio”<sup>562</sup>.

Para explicar las relaciones lógicas de los derechos a algo, Alexy apela al rectángulo deóntico, análogo al cuadro de las contradicciones de la lógica, que hace uso de las modalidades deónticas “mandato” (O), prohibición (F) y permisión (P). El rectángulo es el siguiente:



<sup>558</sup> Ibid. p. 187.

<sup>559</sup> Id.

<sup>560</sup> Ibid. p. 188.

<sup>561</sup> Id.

<sup>562</sup> Ibid. pp. 195-196.

<sup>563</sup> Ibid. p. 200. El cuadro se lee así: el mandato sobre p es contrario a la prohibición sobre p, contradictorio con la permisión de omitir p y subalterno con la permisión de p. La prohibición de p es contraria con el mandato sobre p, contradictoria con la permisión de p y subalterna con la permisión de omitir p. La permisión de p es contraria con la permisión de omitir p, contradictoria con la prohibición de p ( $\neg Fp \leftrightarrow Pp$ ) y subalterna con el mandato de p. La permisión de omitir p es

Los derechos a algo implican que “la relación triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber o del mandato”<sup>564</sup>. De esta manera, si se dice que *a* tiene frente a *b* un derecho *G*, entonces se sigue la obligación relacional a que *b* deba *G* frente a *a*. En cambio, si el deber se expresa aisladamente, es decir, sin su relación con algún derecho, entonces será un deber no relacional: por ejemplo, se puede pensar, como decía Ihering, que el Estado esté obligado a promocionar la exportación por medio de exenciones, sin que esto se traduzca en un derecho de alguna persona<sup>565</sup>. Un deber no relacional se expresa OG, y uno relacional ObaG que equivale a DabG<sup>566</sup>.

Sobre las libertades, Alexy diferencia entre positivas y negativas. La libertad negativa ha de concebirse en una relación triádica entre el titular de una libertad o de una no-libertad, un impedimento de la libertad y un objeto de la libertad<sup>567</sup>. Las libertades pueden distinguirse según versen sobre una alternativa de acción o sólo una acción. Las libertades sobre una sola acción se relacionan con la posibilidad de hacer lo necesario o lo razonable, donde los impedimentos son, por ejemplo, las ideas poco claras, las emociones, impulsos sensoriales o la falsa conciencia, de donde se sigue que “también la libertad positiva puede ser representada como una relación triádica”<sup>568</sup>.

Sin embargo, para el autor alemán, sólo la libertad sobre alternativa de acciones es jurídica. “Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la libertad jurídica es sólo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción”. Entonces, la forma de la libertad

---

contraria con la permisión de *p*, contradictoria con el mandato sobre *p* ( $\neg Op \leftrightarrow P \neg p$ ) y subalterna con la prohibición de *p*. Por ejemplo, si está permitido vivir, entonces ha de ser necesariamente imposible que esté prohibido vivir; si está mandado proteger la vida, entonces es imposible que esté permitido omitir protegerla. Si está prohibido matar, entonces ha de ser imposible que esté permitido matar. Si está prohibido matar, entonces está implicada la permisión de no matar. Si está mandado proteger la vida, entonces está implicada la permisión de protegerla. Si está permitido ir al parque, ello será diferente de que esté permitido no ir al parque, aunque es posible que se den tanto la permisión de ir como de no ir al parque.

<sup>564</sup> Ibid. p. 201.

<sup>565</sup> Ibid. pp. 201-202.

<sup>566</sup> Ibid. p. 208.

<sup>567</sup> Ibid. p. 212.

<sup>568</sup> Ibid. p. 213.

jurídica es “x es libre (no libre) con respecto a y para hacer z o no hacer z”<sup>569</sup>. Con base en esto, la diferencia entre una libertad positiva y la negativa radica sólo en que aquella tiene por objeto una sola acción, mientras que ésta, una alternativa de acción<sup>570</sup>.

La libertad jurídica, que como tal es negativa, se divide en dos: libertad negativa en sentido estricto y en sentido amplio. La libertad negativa en sentido estricto coincide con la concepción liberal, consistente en “una situación de libertad jurídica” donde “se requiere tan sólo la omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa”<sup>571</sup>. En esta libertad, el objeto es la alternativa de acción y el obstáculo, las acciones de impedimento o de estorbo por parte de terceros, sobre todo del Estado.

Las libertades jurídicas pueden ser reducidas a permisiones con la siguiente forma: a está libre de prohibiciones jurídicas para hacer o no hacer, lo que se traduce en que a a le es permitido hacer o no hacer<sup>572</sup>.

Por su parte, una libertad fáctica se formula: “a es, con respecto a una alternativa de acción jurídicamente libre, fácticamente libre en la medida en que tiene la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido”<sup>573</sup>.

Las libertades jurídicas pueden ser no protegidas y protegidas. Las no protegidas se reducen a la permisión genérica antes referida de hacer o no hacer algo<sup>574</sup>. De ahí que su fórmula sea:  $LG_{df} = PG \wedge P \neg G$ . La no-libertad es la negación de esta libertad no protegida<sup>575</sup>, por lo que se expresa:  $LG_{df} = O \neg G \wedge OG$ . Entonces, la libertad no protegida es una mera negación del deber ser<sup>576</sup>.

Las libertades no protegidas, al ser solo la negación de mandatos, es decir, del deber ser, no implican el derecho a no ser obstaculizado en su goce. Si la libertad no protegida es la alternativa entre la negación del mandato para actuar y

---

<sup>569</sup> Ibid. p. 214.

<sup>570</sup> Ibid. p. 215.

<sup>571</sup> Id.

<sup>572</sup> Ibid. p. 218.

<sup>573</sup> Id.

<sup>574</sup> Ibid. p. 219.

<sup>575</sup> “Un sujeto jurídico a no es jurídicamente libre ( $\neg LG$ ) con respecto a una determinada acción si la omisión ( $O \neg G$ ) o la realización de esta acción ( $OG$ ) le está jurídicamente ordenada” Ibid. p. 220.

<sup>576</sup> Ibid. p. 221.

la negación del mandato para omitir, entonces no se aprecia que esté implícito el derecho a no ser impedido, pues éste derecho tendría por equivalente el deber de otro (b) de omitir o de hacer, lo que a su vez implica dos derechos distintos con objeto no alternativo, es decir, un derecho a que b omita G y otro a que b actúe G<sup>577</sup>. Así, el derecho a no ser obstaculizado es un derecho a algo que, al adicionarse a la libertad no protegida, la convierte en una protegida<sup>578</sup>. La libertad protegida tiene como elemento esencial un derecho a algo.

Toda libertad iusfundamental existe en relación, por lo menos, con el Estado, y está protegida directa y subjetivamente, por lo menos, por un derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular hacer aquello para lo que tienen la libertad iusfundamental. Entonces, la libertad iusfundamental incluye una libertad no protegida más un derecho a algo de defensa consistente en derecho a no estorbamiento de acciones<sup>579</sup>. A los derechos a no estorbo corresponden prohibiciones a estorbos: estas prohibiciones son protecciones negativas. Si al derecho a no estorbo más la protección negativa, se suma una competencia del titular de la libertad a hacerla valer judicialmente, se está frente a una libertad negativa perfecta frente al Estado<sup>580</sup>. Es decir, se suma libertad no protegida más derecho a algo más competencia.

Por último, las competencias comprenden posiciones jurídicas comprendidas en los términos “poder”, “poder jurídico”, “competencia”, “autorización”, “facultad”, “derecho de configuración” y “capacidad jurídica”<sup>581</sup>. Hay competencia tanto en el derecho público como en el privado. Las competencias implican que “a través de determinadas acciones de quienes poseen competencia, se modifica la situación jurídica”<sup>582</sup>.

Las competencias deben distinguirse de las permisiones. Una acción en ejercicio de una competencia está, por lo general, permitida, pero una acción realizada bajo una permisión no es el ejercicio de una competencia: una acción

---

<sup>577</sup> Alexy omite esta demostración, pues al parecer le parece obvia. Aquí la ponemos por claridad.

<sup>578</sup> Ibid. pp. 221-222.

<sup>579</sup> Ibid. p. 226.

<sup>580</sup> Id.

<sup>581</sup> Ibid. p. 227.

<sup>582</sup> Ibid. p. 228.

permitida no necesariamente modifica situaciones jurídicas. Esta diferencia se aprecia también en que la negación de una permisión conduce a una prohibición, mientras que la negación de una competencia lleva a la incompetencia<sup>583</sup>. La competencia también se distingue del poder hacer fáctico. Existen acciones que modifican situaciones jurídicas, pero que son ilícitas, como algunos delitos<sup>584</sup>. Entonces, los ejercicios de competencias son acciones institucionales, es decir, acciones “que pueden ser realizadas no sólo sobre la base de capacidades naturales sino que presuponen reglas para ellas constitutivas”<sup>585</sup>.

La fórmula de la competencia es: “*a* tiene frente a *b* la competencia para crear una posición jurídica PJ de *b*”, lo que se expresa también Cab (PJb)<sup>586</sup>. La relación conversa de la competencia es la sujeción, que consiste en que si *a* tiene competencia para modificar la situación de *b*, entonces *b* está frente a *a* en una posición de sujeción, lo cual se expresa: Cab (PJb) ↔ Sba (PJb). Por su parte, si se niegan Cab (PJb) y Sba (PJb), entonces se está ante una incompetencia, que se formula: ¬Cab (PJb). La conversa de la incompetencia es la no sujeción, que se expresa: ¬Sba (PJb)<sup>587</sup>.

Los derechos fundamentales pueden adoptar también la forma de la competencia, la cual puede ser aumentada por el Estado de tres formas: por medio del otorgamiento de competencias, sean de derecho privado o de derecho público, el establecimiento de normas protectoras, por ejemplo normas de derecho penal, y el otorgamiento de derechos a prestaciones en sentido estricto, que aseguren el uso de la posibilidad fáctica de alternativas de acción<sup>588</sup>.

*e) Posición de Luhmann sobre la forma sintáctica y contenidos semánticos generales de los derechos fundamentales*

Hasta aquí hemos expuesto en términos generales, la forma en que el Derecho se autoobserva en relación con la disposición sintáctica de los derechos fundamentales (titular-objeto o bien titular-objeto-sujeto obligado) y los recorridos

---

<sup>583</sup> Id.

<sup>584</sup> Ibid. p. 230.

<sup>585</sup> Ibid. p. 231.

<sup>586</sup> Ibid. p. 235.

<sup>587</sup> Id.

<sup>588</sup> Ibid. p. 239.

semánticos que, dentro del mismo sistema social del Derecho, corresponden al signo “derechos fundamentales”. Sin embargo, en este apartado no aludiremos a concepciones internas al Derecho sobre los derechos fundamentales, sino que se acudirá a un código semiótico distinto: el de la sociología del Derecho, específicamente, la postura de Niklas Luhmann.

Esta digresión nos parece justificada, porque permite confirmar nuestra exposición desde una observación externa al sistema de Derecho que a final de cuentas responde a la dicotomía verdadero/falso<sup>589</sup>. Es decir, nos permite confirmar que la proposición “para la semántica del Derecho la estructura sintáctica de los derechos fundamentales es triádica” y “los semas (componentes semánticos) más importantes conformantes del signo ‘derechos fundamentales’ son ‘derecho subjetivo’, ‘fuerza normativa’, ‘universalidad’, ‘intangibilidad’ (por lo menos relativa respecto a la decisión que produce reglas en general), ‘dignidad’, ‘igualdad’, ‘principios’ (en oposición a reglas; este sema también puede considerarse como una disposición sintáctica), ‘titularidad-persona natural’, ‘objeto derivado de la dignidad’ o la ‘igualdad’ o bien de otros objetos, ‘sujeto obligado’ (todas las personas, naturales o artificiales: el Estado, todos los titulares, personas jurídicas)” es verdadera.

En 1965, antes de que desarrollara los conceptos más relevantes de su teoría (diferencia sistema-entorno, doble contingencia, autopoiesis, sistemas psíquicos -i.e. individuos humanos- fuera del sistema social, clausura operativa)<sup>590</sup>, Luhmann escribió la obra sobre derechos fundamentales que de manera más directa “dialoga” con la dogmática y la teoría jurídicas<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> El sistema del Derecho, como ya vimos, en última instancia responde a la dicotomía derecho/no derecho; por tanto, también las autoobservaciones: dogmática y teoría jurídicas.

<sup>590</sup> Estos conceptos se exponen en Luhmann, Niklas, “Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general”, op. cit., que es de 1984.

<sup>591</sup> Así lo sostiene Klaus Damman, en “Los escritos de Luhmann sobre los derechos fundamentales (su actualidad después de más de 40 años)” en Luhmann, Niklas, “Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)”, UIA-ITESO, México, 2010, pp. 12-77. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Sobre la pertinencia de esta obra temprana a pesar de su distancia temporal (1965), Damman refiere: “Sin embargo, lo que sorprende son las continuidades, y una referencia de Luhmann a su libro de los derechos fundamentales en los años 90 (1993, p. 60; cast.2002), muestra que para él el libro no estaba superado”. Ibid. p. 19.

La tesis del “joven” Luhmann sobre los derechos fundamentales es que son una institución, esto es, “un complejo fáctico de expectativas de comportamiento que, enlazadas a un rol social, se vuelven actuales y, por lo general, pueden contar con consenso social”<sup>592</sup>, por medio de la cual el sistema social asegura permanecer diferenciado funcionalmente.

La diferenciación social comenzó<sup>593</sup>, grosso modo, con sociedades segmentarias, en las cuales los diversos clanes y familias, que siempre suponen una sociedad general, tenían el mismo estatuto en el sentido que ninguno era, per se, superior a otro. La diferenciación de las sociedades segmentarias descansa en criterios de parentesco o de territorio, aspectos unidos en los cultos a los ancestros y a la tierra. Aun cuando existen algunas diferencias de roles como los sacerdotes y los jefes, estas no varían la igualdad general entre los diversos segmentos.

Las sociedades segmentarias dan paso a las jerarquizadas o estratificadas, cuando se modifica uno o ambos criterios de diferenciación: el parentesco se modifica por medio de la endogamia, que deviene criterio de unión de los estratos superiores, y el territorio varía por medio de la diferenciación entre centro y periferia. El centro (ciudades grandes o capitales del imperio) adquiere preponderancia sobre la periferia, la cual se mantiene segmentada y, por ende, podría sobrevivir sin aquél. En el centro opera, entonces, una recursión de la diferenciación respecto de la periferia: es una diferenciación de las formas de diferenciación. Esta diferenciación recursiva se opera a través de la endogamia de la clase nobiliaria, la cual implica su clausura. La clausura de esta clase lleva a que los pertenecientes a ésta se reconozcan como iguales y la relaciones con las inferiores no se aprecia como desigualdad, ya que los miembros de estas últimas

---

<sup>592</sup> Ibid. pp. 85-86. En ese mismo lugar, refiere que “las instituciones son expectativas de comportamiento temporal, objetual y socialmente generalizadas y como tales forman la estructura de los sistemas sociales”.

<sup>593</sup> La siguiente exposición se basa en: Luhmann, Niklas y De Giorgi Raffaele “Teoría de la Sociedad”, UIA, Triana, México, 1998, y en Rodríguez M. Darío. “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann”, escrito introductorio a Luhmann, Niklas, “El Derecho de la Sociedad”, op. cit. pp. 38-50.

se consideraban como seres humanos diferentes y ser distinto era entendido como una calidad, no como una relación.

Las sociedades diferenciadas funcionalmente se basan en la especialización de subsistemas para el mantenimiento de la autopoiesis global, mediante el cumplimiento de una función. Los subsistemas llevan a cabo su función de forma exclusiva, es decir, sin injerencia de otros subsistemas, aunque no sin sus aportes específicos (por ejemplo, el subsistema de la ciencia requiere de fondos proveídos por el subsistema económico). Los subsistemas son igualmente importantes, aunque para ellos tiene una importancia superior su propia función, pues en esto descansa su clausura operativa<sup>594</sup>.

Pues bien, según Luhmann, los derechos fundamentales son instituciones que tienen por función impedir la desdiferenciación de las sociedades funcionalmente diferenciadas, es decir, son un obstáculo para que el subsistema jurídico se disuelva y su función sea absorbida por el subsistema político o el subsistema económico.

La diferenciación social por funciones específicas “es sólo posible, cuando ya se ha institucionalizado una cierta ‘liberalidad’ en la formación de expectativas y de la comunicación: cuando -en cierta medida- el individuo puede escoger a su pareja de rol y, con relación a ello, cuando define (o deja definir) la manera en que él mismo se presenta, sus participaciones habituales y las expectativas que dirige al otro”<sup>595</sup>.

Para mantener su diferencia respecto del entorno, así como la diferenciación interna en subsistemas a cargo de funciones, el sistema social requieren de la institucionalización de derechos y deberes relativos a libertades de elección, pues “hacen posible que el particular coopere en distintos contextos funcionales (por ejemplo, familia, profesión, política, asociaciones) sin que las condiciones de índole y éxito en alguno de ellos signifiquen admisión a los

---

<sup>594</sup> “Una diferenciación –especificada por funciones- de la sociedad lleva a una estructuración singular del orden social: al surgimiento de subsistemas orientados a las prestaciones –cuyos límites se mantienen constantes como umbrales de la prestación y favorecen el proceso de racionalización”. “Derechos fundamentales como Institución” op. cit. o. 94.

<sup>595</sup> Ibid. p. 96.

otros”<sup>596</sup>. En otras palabras, para hacer posible y mantener la diferenciación interna en subsistemas de funciones, se necesita permitir a las personas desarrollar acciones en cada subsistema, sin agotar su personalidad en cada uno de ellos, es decir, sin vincularla rígidamente a determinado rol. Por ejemplo, junto a su rol como ciudadano, que se refiere al sistema político, ha de ser posible también que se desempeñen otros roles: debe posibilitarse que coproduzca en el sistema económico, legue cultura en el sistema científico, intervenga en asuntos públicos no políticos, lleve una vida familiar, y todo esto, sin desintegrarse en cada uno de sus roles<sup>597</sup>.

La diversidad de roles implica, en principio, multiplicidad de personalidades. Esta diversidad, para hacerse consistente y no disgregarse, requiere hacerse consciente como derecho a la individualidad. Esto lleva a que

la personalidad se idealiza ahora como individuo (y no sólo en la realización óptima de roles sociales: como héroe, santo, artista o filósofo), porque la personalidad será funcionalmente importante como individuo, para la coordinación estructural del orden social. El particular hará de sí mismo un principio de selección consecuentemente sostenido: diseñador, elector de los social-demócratas, conductor de un Porsche, portador de una boina vasca (Béret), etcétera. La dotación funcional de sentido del individualismo se construye entonces del todo sobre la diversidad de lo individual. No será necesario –como en el individualismo del siglo XVIII- postular la igualdad de los individuos sostenida en su más alta posibilidad, al razón, para fundamental la posibilidad del orden social<sup>598</sup>.

Conforme a esto, del ser humano se espera que pueda referir su acción a muchos sistemas sociales y, al mismo tiempo, de unificar sus exigencias diversas y potencialmente contradictorias, en una síntesis personal de comportamiento. Esto se logra “en la medida en que se coloque en la situación de ofrecer a su comportamiento –en las circunstancias sociales más diversas- una línea personal de continuidad y de convertir dicha línea en presentación social para lograr aprobación”<sup>599</sup>. En otras palabras, es imperativo que la personalidad se asuma con cierta identidad a través de toda esta multiplicidad, para que sea posible la expectativa social sobre los individuos, necesaria para el mantenimiento de la diferenciación funcional. Por tanto, el orden social diferenciado precisa de

---

<sup>596</sup> Ibid. p. 112.

<sup>597</sup> Ibid. p. 132.

<sup>598</sup> Ibid. pp. 133-134. El subrayado es propio.

<sup>599</sup> Ibid. p. 139.

personalidades estabilizadas a través de la multiplicidad. El sistema social se humaniza.

La centralización de las decisiones sobre la aplicación de la violencia física se traduce, en este contexto, en garantía con grado suficiente de seguridad, de “la capacidad de disponer sobre el propio cuerpo –sobre todo (aunque no únicamente) en calidad de medio-de-presentación y símbolo de la personalidad”<sup>600</sup>. El cuerpo es el signo de la personalidad, entendido no sólo como plano de expresión, sino en la complejidad triádica del signo.

Consecuentemente, se requieren ciertas condiciones fácticas para la existencia misma de los derechos fundamentales, lo que los sustrae de ser considerados eternos o naturales<sup>601</sup>. Se requiere una centralización de las decisiones (“nunca centralizando la aplicación de la violencia”<sup>602</sup>);

el dominio efectivo de un territorio suficientemente extenso, o bien la pacificación del entorno total. Para cumplir con esta condición, se vuelve necesario el montaje de una organización estatal que produzca decisiones vinculantes y que esté en situación de movilizar apoyo político para sus programas-de-decisión [...] Los derechos fundamentales se establecen para asegurar la libertad frente al Estado. Pero esto de antemano supone que primero se ha creado una contra-instancia, un monopolio de amenaza a la libertad [...] El Estado es –cosa que siempre se olvida- preconditione de toda libertad; no porque el Estado la garantice parcialmente o con preformas elementales, sino porque, para la organización estatal, la libertad se vuelve racionalmente regulable bajo la forma de programa-de-decisión. El Estado aglutina el potencial de amenaza –esparcido en la sociedad en forma difusa e inaprehensible- de la libertad y con eso la vuelve decidible –lo que en el caso personal puede significar ganancia o pérdida de la libertad.<sup>603</sup>

---

<sup>600</sup> Ibid. p. 143. Diríamos nosotros, el cuerpo como signo en los términos que lo hemos expuesto en el primer capítulo, cosa que se aleja de considerarlo como mera propiedad sobre la que se dispone como amo y señor.

<sup>601</sup> Los derechos fundamentales no pueden fundamentarse en el Derecho natural, porque éste se sustenta en la verdad de las afirmaciones acerca del ser de las normas; sin embargo, esta concepción “carga sobre los hombros el pensamiento de la capacidad de verdad del derecho, que hace referencia a la representación de un orden relativamente indiferenciado, en el cual la ciencia social (¡y el científico social!) serían competentes para contenidos análogos de pensamiento como la religión, la moral y el derecho. Esta representación de un mundo unificado debió en esencia concebirse como inmutable, ya que no estaba tan diferenciada como para poder cambiar partes sin provocar repercusiones en las otras. Por eso su problemática total aparece en el horizonte de la ‘naturaleza’. Esta inmovilidad de la cultura ya no es factible en órdenes sociales muy diferenciados.” Ibid. p. 121. Así, los derechos fundamentales requieren ser positivados, “si han de enfocarse a resolver determinados problemas en puntos centrales específicos del orden social” Ibid. p. 122.

<sup>602</sup> Ibid. p. 143.

<sup>603</sup> Ibid. p. 144. Es ineludible hacer aquí una relación con la situación actual de nuestro país. Es un lugar común, reafirmado día a día por noticias de violencia extrema y por comunicados de inestabilidad en diversas partes del territorio, que éste no es controlado totalmente por el Estado. También se observan constantes amenazas contra la diferenciación del sistema político mismo, por los que se suelen llamar “factores reales de poder” (medios de comunicación y los monopolios que

Sin embargo, la positivación lleva a la paradoja de que el Estado no puede apelar al Derecho para legitimarse, pues él mismo lo dicta. En un orden social diferenciado, esta paradoja tautológica se desarrolla mediante “la colaboración de múltiples instituciones sociales (no sólo de Derecho) –las cuales estabilizan la diferenciación del orden social como tal, conservan las libertades, la elasticidad, los mecanismos de elección y las interdependencias necesarias y mantienen, en este marco, al sistema político circunscrito a su función específica”<sup>604</sup>.

---

parecen imperar en casi todos los ámbitos productivos: maíz, pan, comunicación, servicios de salud privados). Esto parece indicar que en México carecemos de un Estado que monopolice (por lo menos en buena medida) la amenaza a la libertad. Hay datos que apuntalan esta afirmación: lo derechos fundamentales, en esta lucha contra el narcotráfico, distan de ser atribuibles sólo al Estado. Constantes movilizaciones sociales, algunas claramente distintas del Estado y, de hecho, por confesión propia distintas a éste (“al diablo con las instituciones” antes, durante y después de las elecciones presidenciales de 2006, el caso de Atenco, conflictos religiosos en comunidades chiapanecas y michoacanas), afectan derechos fundamentales de manera independiente a las violaciones que, en esos mismos casos haya cometido el Estado. En este contexto ha llegado la reforma publicada el diez de junio de dos mil once en el Diario Oficial de la Federación, que pretende situar los derechos fundamentales como el último fin del Estado. Esta reforma, según lo que exponemos aquí del pensamiento luhmanniano, es consistente con una sociedad diferenciada funcionalmente, con un sistema político en cuyo centro se encuentra el Estado con monopolio o, por lo menos, el principal infractor posible de derechos humanos. No parece que en este momento sea este el caso de México. Sin embargo, esto no lleva a puro desencanto con tales reformas, sino a verlas de manera mesurada y considerar que, por lo menos mientras esto mejora, su aplicación no se concentre en un ensañamiento con el débil Estado nuestro, sino que, en lo posible, se consideren la manera que, al hacer valer los derechos, no se lo debilite más y se reconozca como principal enemigo de los derechos humanos, no al Estado, sino a su debilidad y a las causas que la provocan. Claro que por debilidad no se entiende lo contrario a “Estado absoluto”, pues como menciona Luhmann, un Estado de este tipo no es el más poderoso. “El poder ‘absoluto’ ilimitado de ninguna manera es más poderoso que el poder limitado. Típico es más bien que sea válido lo contrario. Las comunicaciones tienen valor-de-poder sólo en un entorno abierto y a esta apertura corresponde que puedan ser entendidas y obedecidas, que ciertas configuraciones de roles y determinadas estructuras de motivación, generalizadas y disponibles, estén institucionalizadas y que, en este marco, el uso del poder sea esperable e influenciado. Sólo así puede entenderse que los derechos fundamentales –contrario a la concepción de conflicto que los soporta- hayan llegado a ser un logro para el Estado y para los ciudadanos” Ibid. p. 126. En 1993, Luhmann precisó que por Estado de Derecho efectivamente instituido en una sociedad, se entiende la posibilidad que las violaciones al sistema jurídico sean controladas como casos aislados por el sistema en el cual ocurren, por ejemplo, mediante procesos judiciales. Esta situación no es la regla general en el mundo, según dice, y claramente no lo es en nuestro país, donde claramente no corresponde el número de procesos judiciales a los homicidios ocurridos desde 2006 a la fecha, por citar un ejemplo. Cfr. Luhmann, Niklas. “Are There Still Indispensable Norms in Our Society?”, en *Soziale Systeme* 14 (2008), Heft 1, p. 31. *Traducción del alemán por* Todd Cesaratto de la versión alemana “Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?” Heidelberg: C.F. Müller, 1993. Sobre este punto, es relevante citar a Michael Ignatieff, para quien “el caos ha reemplazado a la tiranía como el nuevo reto para los derechos humanos en el Siglo XXI”. Citado por de Greif, Pablo. “Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional”, disponible en <<<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/16994/18542>>>, p. 18.

<sup>604</sup> Ibid. pp. 123-124.

Luhmann cuestiona la dogmática constitucional alemana, porque considera que en ella “apenas si han modificado la postura tradicional sobre la naturaleza del ser humano y lo que a ella se debe. Esto significa, sobre todo, que –como antes- la personalidad del ser humano se interpreta como sustancia, como ente que de cierta manera excluye su propia negación. Con esto, la muerte y, con ella, también la conciencia caen fuera del círculo de hechos que confieren a la dignidad humana su perfil”<sup>605</sup>. El ser humano ya no puede considerarse como una mónada idéntica a sí misma, que se anonada en su existencia presente y excluye la contingencia que le es propia. Tampoco puede considerarse el ser humano exclusivamente como un ser distinto y superior, como un animal que trasciende su animalidad. “Desde Heidegger se ha vuelto dudoso que sigamos mirando la esencia del hombre por su distancia al animal”<sup>606</sup>.

En línea con esto, Luhmann refiere los riesgos que tiene la argumentación por principios, en cuanto surgió en el contexto de una dogmática jurídica que adolece de asunciones sustancialistas de la persona y de los derechos humanos, específicamente cuando se habla de “núcleo esencial” de estos últimos.

Sin embargo, dado que el mantenimiento de la diferenciación funcional requiere que los seres humanos desempeñen una pluralidad de roles, sin perder su identidad y diluirse en estos, el sentido de lo idéntico no está ya en el “sustentarse-en-sí-mismo”, es decir, en el sujeto como sustancia racional de naturaleza individual (Boecio)<sup>607</sup>, “sino en su capacidad para ordenar otras posibilidades<sup>608</sup>”, o sea, para ordenar las diversas complejidades que los distintos subsistemas funcionales le irrogan, dentro de las cuales ha de actuar. “En relación con esto, empiezan a ganar terreno –en las modernas psicología, antropología y sociología- teorías que conciben la autoidentificación del ser humano como acontecimiento que se realiza en el contacto social [...] El ser humano será la

---

<sup>605</sup> Ibid. p. 145.

<sup>606</sup> Id.

<sup>607</sup> “El ser humano ya es individuo como organismo –porque existe en una relación de variabilidad relativamente independiente con el entorno- aunque sólo es objeto individual. Sólo adquiere individualidad consciente al presentarse a sí mismo como compañero de interacción”. Ibid. pp. 148-149.

<sup>608</sup> Ibid. p. 148.

personalidad como él se presenta”<sup>609</sup>. Se trata, pues, de la personalidad como presentación de sí mismo, que se da a través del cuerpo.

Sobre estas nociones se construirán los conceptos de libertad y dignidad humana relevantes para los derechos humanos como institución que garantiza la diferenciación funcional del sistema social. Ambos conceptos refieren las condiciones fundamentales para el éxito de la presentación de sí mismo en los distintos subsistemas sociales. El éxito no es tarea fácil. El ser humano logra su individualidad, entendida como personalidad o presentación de sí mismo, sólo en el trato social, pero esto no sucede sólo mediante el consenso, sino también mediante el disenso<sup>610</sup>.

La personalidad, entonces, no tiene como punto constitutivo sólo el consenso, sino también el disenso. La personalidad es la condición que permite la realización de distintos roles, pues sin algo que mantuviera cierta identidad distinta a éstos, la persona se diluiría en alguno o algunos de esos roles, lo cual no serviría a la diferenciación funcional.

Así, “libertad y dignidad son condiciones previas para que, en este sentido, el ser humano pueda socializarse como individuo o como compañero en la interacción”<sup>611</sup>, porque, para mantenerse la diferenciación funcional, se requiere que sea “libre” y exhiba cierta consistencia en la presentación, cierta identidad diferente a los roles que desarrolla. Por libertad no se entiende causalidad, ni tampoco interrupción de la continuidad causal, sino atribución<sup>612</sup>.

---

<sup>609</sup> Id.

<sup>610</sup> En este punto, Luhmann da como ejemplo de que la presentación de sí mismo se da en el disenso, el caso de todo niño en la edad de la testarudez, en la cual forja su personalidad en confrontación con los “normal”. Por tanto, “el momento constitutivo no es el consenso social con acciones particulares o expectativas de comportamiento [...], sino el reconocimiento social de la persona como centro de generalización, el cual consiste en que los compañeros se embarquen – aprobando o rechazando- en la proyección de una definición de la situación o concepción de rol”. Ibid. pp. 149-150.

<sup>611</sup> Ibid. p. 150.

<sup>612</sup> Ibid. p. 152. Luhmann refuta las teorías que ven la libertad como causalidad, con las siguientes palabras: “La interpretación causal de la libertad tenía la función de sugerir un fundamento ‘natural’ del juicio y de proteger la tautología contra el desenmascaramiento, así como la de evitar el descubrimiento de las verdaderas normas de atribución. Se trataba de un caso característico de racionalización presociológica de las perspectivas y actitudes de la vida ordinaria: lo inesperado, lo indeseado, lo ilícito –aquello, pues, que no deja ordenarse por caer fuera de las constancias esperadas de las situaciones y que, por lo mismo, requiere de explicación- se atribuye al que actúa como algo voluntario. ‘Explicación’ a la que la filosofía de la libertad tampoco estuvo en

Irregularidad (en la que se encontraría la improvisación), disenso e ilicitud son lugares donde se muestra la persona con mayor claridad. Los actos conformes a lo prescrito, lo estandarizado, lo modulado por roles y correspondiente a expectativas públicas, no se atribuyen a las personas; “por el contrario, se hace visible personalmente en la medida en que modula concretamente su rol, en sus iniciativas y, sobre todo, en el comportamiento desviado que decepciona y molesta a otros”<sup>613</sup>.

Por otro lado, la dignidad humana es un concepto que “designa la presentación lograda de sí mismo. La dignidad de los seres humanos en ningún caso es un don de la naturaleza, como posiblemente lo sean ciertos dispositivos de la inteligencia. Tampoco es simplemente un ‘valor’ que el ser humano ‘tenga’ en razón de cierto patrimonio de la naturaleza o que ‘cargue en sí mismo”<sup>614</sup>, lo que es afín con el concepto de personalidad que excluye la noción de sujeto como sustancia.

La dignidad es fácticamente tangible, aunque normativamente se la tenga como intangible. El éxito de la presentación de sí es contingente y siempre existe el riesgo de diluirse en la diversidad de roles. La dignidad “es uno de los bienes más sensibles del hombre, ya que al estar tan fuertemente generalizada cada detalle afecta la totalidad del ser humano. Un solo desliz, una sola indiscreción la puede destruir radicalmente. Es todo lo contrario a algo ‘intangible”<sup>615</sup>, según es definida en el artículo 1 de la Constitución alemana<sup>616</sup>; por tanto, es insostenible una noción normativa de la dignidad que se tenga por “natural”. La dignidad debe ser intangible, precisamente porque fácticamente es frágil a la vez que imprescindible para el mantenimiento de la diferenciación funcional.

---

condiciones de impulsar efectivamente la libertad sociopolítica. Sólo cuando se rompe esta argumentación circular cerrada en sí misma, sólo cuando la libertad no se entiende como relación causal ‘natural’ (ópticamente pre-dada) sino como implicación simbólica del actuar, puede aprehenderse la magnitud de la tarea planteada al orden social que desee hacer posible la libertad del ser humano”. Ibid. pp. 152-153.

<sup>613</sup> Ibid. p. 154.

<sup>614</sup> Ibid. p. 157.

<sup>615</sup> Ibid. p. 158.

<sup>616</sup> “Artículo 1. [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales] (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público [...]” Cfr. Ibid. p. 338.

La diferencia entre libertad y dignidad, entonces, es que la primera “se refiere a las condiciones y problemas internos”, y la segunda, “las condiciones y problemas externos de la autopresentación de sí mismo como personalidad individual”, aunque comparten el bien jurídico que resguardan: “la personalidad que se va constituyendo individualmente en la presentación de sí misma”<sup>617</sup>. Por esta razón, es más fácil reglamentar normas de derechos fundamentales relacionadas con la libertad que con la dignidad, a la vez que es dudoso que esta última pueda formularse como derecho fundamental, sino que más bien le queda reservada una posición de principio rector normativo<sup>618</sup>.

Los derechos de libertad se concentran como derecho al libre desarrollo de la personalidad. Son, pues, “la garantía de un campo-de-juego-de-acción, cuyo empleo es atribuible al ser humano como persona. A él se le ha dado, con esto, la posibilidad de concebirse a sí mismo no sólo como serie-provocada-de-acciones sino como personalidad idéntica, y de constituirse socialmente en las implicaciones simbólicas de su actuar”<sup>619</sup>. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, entonces, tiene por objeto reservar al ser humano una esfera de acción a él atribuible, necesaria para que pueda presentarse como personalidad, como unidad individual autoconsciente, en constante construcción<sup>620</sup>.

Con todo lo anterior, Luhmann llega a una definición de persona: “La presentación de sí mismo es el proceso mediante el cual cada ser humano se vuelve persona al comunicarse con otros y, con eso, se constituye en su humanidad. Sin éxito en la presentación de sí mismo –sin dignidad- no puede utilizar su personalidad”<sup>621</sup>.

El Estado es otra institución que garantiza la diferenciación social. Las autopresentaciones de los seres humanos, como construcción artificial que mantiene la identidad a través de los diversos roles desarrollados, sólo es posible donde se haya garantizado la paz por medio del Estado y éste se establezca precisamente para cumplir esa función de garantía. Por ende, “Estado y

---

<sup>617</sup> Ibid. p. 168.

<sup>618</sup> Cfr. p. 164.

<sup>619</sup> Ibid. p. 169.

<sup>620</sup> Ibid. p. 170.

<sup>621</sup> Ibid. p. 158.

personalidad individual designan diversas direcciones de la generalización de comunicaciones, diversas construcciones sistémicas que –aunque se presuponen mutuamente- no pueden producirse y garantizarse en su totalidad”<sup>622</sup>.

Los derechos fundamentales tienen la función de garantía mencionada y, por ende, no garantizan la libertad ni la dignidad, sino que éstas son a su vez parte de la garantía institucional que son tales derechos. Por ende, sólo en la medida que son garantía de la diferenciación los derechos humanos pueden considerarse pre-estatales. Es decir, el Estado debe suponer que el ser humano tiene las condiciones de entendimiento y experiencia suficientes para actuar en el ámbito de los distintos subsistemas, porque lo que él garantiza es algo distinto a lo que aseguran los derechos fundamentales: tanto el Estado como los derechos fundamentales suponen como condición de su posibilidad, la diferenciación funcional del orden social.

Los derechos fundamentales también acentúan la igualdad y no la desigualdad, no obstante que ambos términos son parte de la misma forma lógica y, por ende, no existe apriorísticamente la necesidad de preferir una sobre la otra<sup>623</sup>. La igualdad no es un derecho subjetivo más, como las libertades, por lo que en este sentido es similar a la dignidad. Frente a las libertades, que reservan ámbitos de acción al ser humano, el derecho a la igualdad más bien centra su atención en la actividad del Estado, en caso de que no respete la exigencia de una sociedad diferenciada y, sólo en segundo término, refiere a un derecho de la persona a exigir el control y sanción de la transgresión estatal.

La función del principio de igualdad es “asegurar correctivamente la pura racionalidad técnica de la acción en una racionalidad sistémica de mayor complejidad –la cual no sólo debe asegurar efectos específicos cargados de valor sino, más allá, asegurar la consistencia del decidir y del actuar en los sistemas

---

<sup>622</sup> Ibid. p. 161.

<sup>623</sup> En 1993, Luhmann extendió la formulación paradójica del derecho a la igualdad a los derechos de libertad: “Neither are rights such as »freedom« and »equality« well suited to function as human rights. In and of themselves, they are constructed paradoxically. They include their opposite and therefore must always be modifiable via law or contract. A disposition regarding this cannot be centralized.” Luhmann, Niklas. “Are There Still Indispensable Norms in Our Society?”, op. cit. p. 33.

complejos”<sup>624</sup>. En otras palabras, consiste en garantizar, mediante elementos correctivos (procesos legales), la racionalidad técnica del Estado (principalmente el Poder Legislativo) dirigida a mantener su función y distinción, así como la diferenciación funcional (la cual requiere igualdad de personas), sin referir tanto a valores, sino a que las decisiones sean consistentes con la citada diferenciación funcional (que es signo de los sistemas complejos).

Posteriormente, Luhmann asoció el principio de igualdad con las expectativas de Justicia que forman parte del sistema del Derecho y que tienen un lugar paralelo al del símbolo general de validez. De hecho, considera que cabe considerar el derecho-a-la-igualdad dentro del marco normativo de los derechos humanos “como paradigma de esos derechos”<sup>625</sup>. Por tanto, los derechos humanos tienen una relación directa no sólo con la validez, sino también con la justicia. Esta vinculación con la Justicia lleva a que los derechos humanos tengan que ver con la complejidad de las circunstancias, es decir, con los efectos de la diferenciación social, *por lo cual sean formas abiertas*, que de antemano no son susceptibles de contenidos semánticos completamente definidos.

De esta manera, los derechos humanos

son el correlato de la apertura estructural de la sociedad de cara al futuro. Si los individuos tienen acceso a los sistemas de funciones de manera diferenciada, y si la inclusión se regula conforme a criterios internos (que deciden los que es igual o desigual) de estos sistemas que atienden a una función –es decir: si todo esto pertenece a los imperativos estructurales de la sociedad moderna-, entonces no se puede decidir de antemano lo que cada cual tenga que decir o lo que cada cual tenga que aportar [...] Los derechos humanos sirven, en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoietica de los diferentes sistemas<sup>626</sup>.

Dada la función de los derechos fundamentales antes expuesta, deriva su intangibilidad, la cual implica reservarlos del acceso directo del Estado. Es decir, el impedimento o complicación para que el Estado los haga objeto directo de su decisión (conforme a la cual los pueda derogar o modificar), no requiere ser expuesta necesariamente en términos de derecho positivo. En otras palabras, conforme al derecho positivo será posible que sean objeto de decisión, pero

---

<sup>624</sup> Ibid. 280.

<sup>625</sup> “El Derecho de la sociedad”, op. cit. p. 172.

<sup>626</sup> Id.

“contextos de orden externos al derecho limitan la posibilidad de que el sistema político sea quien produzca el derecho”<sup>627</sup>, consistentes en que decisiones estatales o supraestatales que hagan de los derechos fundamentales objeto de modificación o derogación, serían un peligro de regresión social que una vez advertido, no podría seriamente desearse, porque significarían la subversión de todo el sistema social.

El Derecho positivo, entonces, se deja de ver de manera aislada, pues es “una especie de reforzador de la seguridad. La seguridad que asegura depende de la seguridad de las instituciones que él debe asegurar y, finalmente, de la capacidad funcional del orden total”<sup>628</sup>.

Esto conecta directamente con lo expuesto por Luhmann en 1993, en relación a que en la sociedad diferenciada no existen normas indispensables y que el derecho positivo sigue siendo necesario, por cuanto a través de él se pueden cambiar e incorporar normas, por medio de la decisión<sup>629</sup>. Los derechos humanos no importan, desde este punto de vista, la superación del Derecho positivo, sino su reafirmación en términos de que éste deja de considerarse como un subsistema aislado, de tal manera que, como subsistema diferenciado, operativamente clausurado, autorreferente y autopoietico, se encuentra relacionado con el resto de la sociedad y, por ende, la posibilidad de cambio por medio de decisión siempre estará relativizada por esta situación<sup>630</sup>.

Sobre la calidad de derechos subjetivos correspondiente a los derechos humanos, Luhmann considera que históricamente cumple la función de desarrollar paradojas. Se trató de dar validez objetiva a los derechos subjetivos, es decir, de reconocer socialmente la individualidad y, a través de esto, hacer de la

---

<sup>627</sup> Ibid. p. 293.

<sup>628</sup> Ibid. p. 294.

<sup>629</sup> Luhmann, Niklas. “Are There Still Indispensable Norms in Our Society”, op. cit. p. 24.

<sup>630</sup> “If this analysis applies even crudely, it must have consequences for the theme of the indispensability of one or several fundamental norms. It would certainly be premature to conclude that these consequences lead to »decisionism«, relativism, or the basic arbitrariness of »anything goes.« Those are mere devaluations that impose themselves when one doesn’t wish to forgo the old world’s certainties of orientation. On the contrary, one will have to assume that such a structure of contingent operations – a structure that is organized recursively, non-hierarchically, but rather hetero-archically – generates »Eigenvalues« and projects »inviolable levels« that correspond to their organizational archetype”. Ibid. p. 27.

insociabilidad del individuo la base para regular el sistema jurídico de la sociedad<sup>631</sup>.

El sistema del Derecho mantiene relaciones directas con el entorno psíquico del sistema social y “se impregna directamente en la conciencia de los participantes –y no, por ejemplo, utilizando la vía indirecta de cualquiera otra instancia social”<sup>632</sup>. Al tomar esto en cuenta, así como la necesidad de desplegar la paradoja de la libertad y de la igualdad, el sistema jurídico crea “la figura del derecho subjetivo, de las normas generales y socialmente fundadas de la reciprocidad”<sup>633</sup>. Con esto, “las viejas obligaciones de reciprocidad ceden el paso a una moral de la gratitud que se convierte ahora en objeto de discusión detallada. Las aleaciones concretas de derechos y obligaciones se disuelven. Los derechos que A puede hacer valer frente a B no requieren corresponder, en aras de la Justicia, a derechos que B puede hacer valer ante A”<sup>634</sup>. A esto llama Luhmann, “desacoplamiento jurídico de derechos y obligaciones”<sup>635</sup>.

---

<sup>631</sup> Ibid. p. 35.

<sup>632</sup> Ibid. p. 552.

<sup>633</sup> Ibid. p. 553.

<sup>634</sup> Ibid. p. 554. Este fenómeno es constatado en el pensamiento de Finnis, expuesto arriba. También en la determinación de obligaciones generales de los derechos humanos, que como tales, pierden relación lógica directa con los derechos concretos: v.gr. las obligaciones de protección, tutela, reconocimiento, garantía, promoción, asistencia, satisfacción (estos dos últimos, relacionados principalmente con los derechos sociales, aunque no desligados de los civiles y políticos), etc., son obligaciones genéricas de los derechos humanos que no corresponden lógicamente con el contenido concreto de cada uno de ellos y, sin embargo, no pueden desvincularse de ellos. Sobre este tema, además de lo expuesto en los subcapítulos anteriores, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. “Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos”, Trabajo elaborado para las *Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía*, en el marco del Seminario Taller: *Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad*, organizado por UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. “Los Derechos Sociales como Derechos exigibles”, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2004, pp. 65-113; Sánchez Moreno, Manuel. “Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos” en *Revista de Fomento Social*, número 261, volumen 66, enero-marzo 2011, pp. 39-71; Dulitzky, Ariel. “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en Martín, Claudia et al, coordinadores “Derecho Internacional de Derechos Humanos”, Fontamara, México, pp. 79-117; Serrano, Sandra. “Las características de los derechos humanos en el Derecho Internacional”, documento de trabajo de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Flacso, México, febrero 2010. También es muestra de este tema, que existe también una asimetrización en cuanto a los sujetos obligados, pues en general ya no son sólo los Estados, sino todas las personas, según hemos visto en Ruiz Miguel y Bidart Campos.

<sup>635</sup> Ibid. p. 558.

Este desacoplamiento entre derecho y obligaciones genera incertidumbre, la cual se compensa con la provisión de derechos subjetivos a los individuos (sistemas psíquicos). Mediante tales derechos, previstos en el derecho objetivo, el sistema jurídico también atiende “los problemas de inclusión de las personas en el sistema jurídico”<sup>636</sup>.

### **III.2. Conclusiones parciales.**

1. Es un juicio analítico o semiótico obtenido a partir de la estructura o código semiótico del sistema jurídico, que todo derecho se compone por un elemento subjetivo, uno objetivo, uno relacional y, en su caso, uno coercitivo.

1.1. Entonces, la forma sintáctica de expresión de los derechos en general tiene, por lo menos, dos partes: sujeto-titular/objeto. Es decir, un elemento subjetivo, uno objetivo y la relación entre ambos.

Nosotros consideramos que es válido tratar con cierta autonomía la estructura básica sujeto/objeto, aun cuando, como acontece en el signo, sólo tenga sentido en cuanto se conecte con una tercera posición. Sobre este punto, recordamos a Finnis.

Aun cuando lo anterior nos parece suficiente para apuntalar el tema de nuestro trabajo, creemos necesario realizar algunas consideraciones relacionadas con la posición de Alexy y de Hohfeld.

Ya vimos que Alexy sostiene que existen los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, son una relación triádica de tres elementos: sujeto(a)/objeto(G)/oponibilidad hacia un destinatario (b) (DaGb). Así, no bastan los primeros dos elementos (aunque, dice, suele reducirse por comodidad y simplicidad a ellos) para establecer la existencia de un derecho, es decir, “sujeto/objeto” sólo tiene sentido si existe la oponibilidad hacia el destinatario o, en otras palabras, sólo hay derecho si hay exigibilidad.

Esta postura está estrechamente relacionada con la distinción que hace Alexy entre norma y disposición jurídicas, de la cual nos apartamos, según ahora veremos.

---

<sup>636</sup> Id.

Alexy sostiene que existe una diferencia y una distancia entre las disposiciones normativas y las normas que aquellas significan, de tal manera que por virtud de esta distinción es posible evaluar si las primeras corresponden a las segundas; en otras palabras, es posible determinar valorativamente si las primeras son conforme a las segundas. A esta tesis, agrega la existencia de una metafísica no enfática, en la cual pueden existir las normas más allá de las disposiciones, por lo que deja abierto que el Derecho sea valorable éticamente desde dentro del Derecho: si el Derecho es contrario a la ética que le es inmanente, entonces es un Derecho deficiente y, en casos extremos, no será siquiera Derecho.

La postura de Alexy semeja a la teoría del signo de Saussure. Según el ginebrino el signo se compone de un plano de expresión y uno de contenido. Desde Morris, a cada uno de estos planos corresponde una ciencia semiótica: la sintáctica y la semántica (al *ground*-interpretante, corresponde la pragmática).

Sin embargo, como ya vimos en el primer capítulo, la independencia de la sintáctica y la semántica no significa que el signo pueda escindirse, pues la semiosis es siempre la unidad de esas tres partes. Según mostramos, la semiosis es la unidad de una diferencia de tres partes y la unidad toda es, a su vez, una diferencia respecto del objeto dinámico, siguiendo la terminología de Peirce.

También se sustentó en el primer capítulo de este trabajo, que la semiosis siempre se mueve dentro del plano de la expresión, pues los signos sólo se pueden mostrar en él. Así, por ejemplo, los elementos semánticos (semas) sólo pueden expresarse como signos y, como tales, por medio del plano de expresión. Igualmente, los interpretantes, al ser signos con los que se conecta la diferencia plano-de-expresión/plano-de-contenido, sólo son aprehensibles a través del plano de expresión. De hecho, un recorrido semémico determinado sólo se actualiza si hay lexicalización (plano de expresión) concreta (pragmática). Por tanto, un signo no puede nunca escindirse del plano de expresión y, en consecuencia, el significado y el interpretante tampoco. Un significado sólo es tal si está asociado indefectiblemente a algún plano de expresión.

Por ende, no es correcto, según lo sustentado en este trabajo, separar y, sobre todo, distanciar las normas de las disposiciones que las expresan, por muy

loable que sea la pretensión perseguida por este medio, a saber, resguardar la existencia de las normas justas de la decisión positivante del símbolo general de la validez.

Entonces, en el Derecho el plano de expresión de las normas es tan “esencial” como estas últimas, lo que abre paso a la importancia que tiene quién sea el emisor de la expresión y donde obre ésta; es decir, la norma es tal no sólo por su existencia semántica, sino también por el medio donde se expresa. El positivismo no se equivoca en este punto. El símbolo general de validez, como la llama Luhmann, es la expresión de esta unión indisoluble entre plano de expresión y plano de contenido, entre disposición normativa y norma. A la vez, la validez es una función de segundo grado y, por ello, no puede confundirse con la existencia misma de la norma, pues esto implicaría confundir la función con su argumento: la validez opera sobre la norma concreta, por ende, necesariamente es distinta a ésta, pues no es la única operación posible respecto de la norma concreta.

Claro es, sin embargo, que del hecho de la indisolubilidad entre plano de expresión y plano de contenido, no se desprende directamente que el único plano de expresión posible para una norma, sean enunciados acompañados del símbolo general de la validez. Para que esto sea así se requiere que el código semiótico del Derecho así lo asocie y lo disponga. Nos parece que esto último es así, aun cuando no absolutamente, con base en los estudios de González Ruiz y Niklas Luhmann a que hemos aludido en el segundo capítulo de este trabajo.

Decimos que no es absoluta la tesis “toda norma sólo admite ser expresada por enunciados asociados al símbolo general de validez”, porque el Derecho es un sistema complejo que, por lo menos, se compone de tres subcódigos semióticos, a saber, los del lenguaje del legislador, de los jueces y de los dogmáticos, y sólo los dos primeros están asociados indefectiblemente al símbolo general de validez, no así el tercero; sin embargo, metalingüísticamente, la dogmática jurídica también asocia planos de expresión (en la terminología de Kelsen, reglas jurídicas) y normas, de tal manera que, en este ámbito, podría ser sustentable (no sin debate) la existencia de la abstracción consistente en la regularidad a través del espacio y

tiempo que es la base del argumento de Alexy, pero sin implicar la reducción de los otros dos lenguajes al de la dogmática.

En palabras llanas, creemos que el error del positivismo, como bien dice Luhmann, es la reducción del sistema del Derecho a sistema de normas, pues el Derecho es más complejo que esto último; es decir, es equivocado sostener la reducción del Derecho a los lenguajes del legislador y de los jueces, que son los únicos asociados al símbolo general de validez; pero también es errado sostener la reducción del Derecho a las abstracciones que, con mayor o menor fortuna, se realizan en la dogmática jurídica o en la teoría general del Derecho.

Entonces, nos parece insostenible concebir la diferencia y, sobre todo, la distancia que defiende Alexy entre disposición normativa y norma: las normas no tienen una existencia tal que esté a la espera de ser captadas con una fortuna variable (y valuable) por disposiciones normativas. No hay un mundo de las normas como no hay un mundo de las ideas metafísico. Así, creemos que la postura de Alexy es platónica y metafísica, incluso de una metafísica enfática, que él mismo, siguiendo a Habermas, desestima<sup>637</sup>.

Esto nos lleva a concluir que la estructura de los derechos “DabG” no se deriva de la sola abstracción generalizante obtenida por la dogmática jurídica, sino que su existencia válidamente se puede predicar, parafraseando a Aristóteles, sólo en cuanto están en los particulares, es decir, en la fusión de plano de expresión y plano de contenido efectuada en el lenguaje del legislador (constituyentes, Estados partes de los tratados, etc.).

Así, para demostrar que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una tautología, se requiere, como se ha hecho hasta este momento, obtener primero cuál es la teoría general de los derechos tal que establece cuál es su estructura sintáctica y contenidos semánticos generales, para luego confrontarla con los textos normativos positivos y verificables y su interpretación

---

<sup>637</sup> Tampoco escapa a nuestra atención, que Alexy sustenta la existencia de este mundo de las normas en la teoría de los tres mundos de Popper. Sin embargo, nosotros consideramos que nuestra posición, basada principalmente en Eco y Luhmann, no es contraria a la postura de Popper: que exista un mundo de entidades culturales es perfectamente compatible con la explicación de sistemas del surgimiento de semánticas sistémicas, así como con la teoría de las unidades culturales y, por ende, es compatible con la necesidad de la vinculación necesaria de dichas unidades culturales con planos de expresión.

por los jueces correspondientes, asociada también al símbolo general de validez: la tautología ha de comprender los tres lenguajes del Derecho para poder ser plenamente predicada y, de hecho, para poder comprender cuan arraigada está en el sistema jurídico.

Queda con esto claro, que nuestra postura renuncia al idealismo que creemos implícito en la posición de creer en la existencia de normas desvinculada respecto del plano de su expresión, aunque no reducimos ésta (mas tampoco excluimos) sólo al lenguaje del legislador, constituyente, partes de los tratados, etc.

**1.2.** Lo anterior no significa que se vuelva a posturas “decisionistas” o, mejor dicho, no implica que el Derecho se reduzca a decisión y que todo contenido pueda ser Derecho, como sostenía ideológicamente Kelsen<sup>638</sup>. Que en el Derecho sea importante en igualdad de condiciones el plano de expresión en relación con el plano de contenido, no significa que el sistema jurídico se reduzca al símbolo general de validez. Hemos visto en el segundo capítulo, principalmente en las obras de González Ruiz y de Luhmann, que el Derecho admite, por medio de operaciones metalingüísticas internas (autoobservación y autodescripción), la posibilidad de graduarse a sí mismo y, por ende, con base en el símbolo general de la Justicia (que está a la par de la validez y no es calificado por ésta), es posible y racional para la propia subsistencia del sistema, juzgar el mayor o menor ajuste de las disposiciones programadas a parámetros de Justicia. En otras palabras, es posible establecer jurídicamente (no moralmente) que el Derecho es más o menos justo y tratar de hacer compatible esto, por lo menos con grado suficiente para producir más Derecho, con las normas emitidas con base en la validez.

**1.3.** Los derechos humanos tienen forma sintáctica de expresión de los derechos en general, porque la semántica del sistema jurídico los adscribe a estos

---

<sup>638</sup> Tomando la definición de ideología expuesta en el capítulo primero, es decir, como reducción incorrecta de posibilidades semánticas de un signo. Aunque, como sostenemos aquí, mucha razón tenía el gran teórico austríaco, en considerar la fuerte importancia que tiene el plano de expresión en el Derecho.

últimos. Esto se muestra por la unanimidad de los doctrinarios citados en este capítulo al respecto.

**1.4.** Hemos visto que si bien en la semántica de los derechos, contenida en la dogmática jurídica (por lo menos en la más o menos amplia muestra que hemos vertido en este capítulo), existe consenso en que los derechos subjetivos tienen una estructura sintáctica triádica y que los derechos fundamentales son derechos subjetivos<sup>639</sup>; sin embargo, sólo existe unanimidad en la identidad de dos de los elementos, a saber, titular y objeto, no así en la del tercero.

A esto se aúna que en las disposiciones normativas, i.e. textos normativos, continentes de derechos fundamentales normalmente se encuentran redactadas en términos diádicos, es decir, solamente se positiva el titular y el sujeto, de tal manera que la determinación de las obligaciones específicas relacionadas con tales derechos o bien no se encuentran programadas o lo están en términos muy generales, como acontece en el artículo 1 de la Constitución Mexicana, donde se establece que las obligaciones generales son reconocer, respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos.

Esto se contraponen a la posición de Alexy –apoyada en las teorías de Windscheid, Ihering y Hohfeld sobre los derechos subjetivos-, consistente en que el objeto del derecho corresponde directamente en alguna medida al objeto de la obligación correlacionada, cuya posición se encuentra en el tercer elemento de la estructura sintáctica de los derechos, es decir, en la oponibilidad respecto a un destinatario. Alexy, incluso, clasifica los derechos a algo en función del tipo de conducta objeto de la obligación del destinatario, pues los derechos de defensa son aquellos derechos a algo cuya obligación respectiva tiene por objeto una

---

<sup>639</sup> Una excepción interesante al respecto, se encuentra en Lefort, C (1987), *Los derechos del Hombre y el Estado Benefactor*, Revista Vuelta, México pp.34-42. Según este autor, de raigambre marxista, los derechos subjetivos son insuficientes para fundar los derechos humanos. Sobre el rechazo comunitarista a los derechos humanos o derechos subjetivos y, por ende, individuales, McIntyre sostiene que “los derechos humanos o naturales son ficciones, como es la utilidad, pero unas ficciones con propiedades muy concretas”. Citado por Beuchot, Mauricio. “Interculturalidad y Derechos Humanos”, siglo XXI, México, 2005, p. 69. Véase también Taylor, Charles, “El multiculturalismo y ‘la política del reconocimiento’”, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 43-107; y Gargarella, R., “El embate comunitarista”, en “Las teorías de la justicia después de Rawls”, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 125-160. En este último texto se resumen las posiciones de comunitaristas como Sandel y Taylor.

conducta negativa, mientras que los derechos a prestaciones son derechos a algo cuya obligación respectiva tiene por objeto una conducta positiva<sup>640</sup>. Asimismo, las libertades protegidas, que son las relevantes para el Derecho, se componen de una libertad no protegida más un derecho a algo; por tanto, el autor alemán considera que en el tercer elemento de la estructura sintáctica de los derechos se encuentra el objeto de la obligación recíproca, esto es, el derecho fundamental tiene relación directa e inmediata con una obligación específica, tal como acontece en las teorías clásicas de los derechos subjetivos.

Entonces, si las obligaciones no están programadas o previstas concretamente o lo están en forma muy general, serán desarrollos argumentativos operados dentro del lenguaje de los jueces o de la dogmática jurídica la que vaya estableciendo qué obligaciones concretas se relacionan con los mencionados derechos y, por ende, el tercer elemento de la estructura sintáctica de éstos no estará previamente fijada ni determinada a la par que los primeros dos elementos, sino que será un elemento flexible no determinado sino determinable y esto nunca de manera definitiva.

En otras palabras, las obligaciones relacionadas con los derechos fundamentales se obtienen de manera similar a aquella en que se infieren los derechos implícitos o adscritos y su fundamentación es mixta, es decir, se deriva de la positivación del derecho en cuestión (pues los derechos fundamentales son también su plano de expresión, aunque no sólo éste) y la argumentación.

Igualmente útil es para nosotros, la postura de Ruiz Miguel en el sentido de que la relación entre derechos y deberes es unidireccional y corre sólo desde los primeros hacia los segundos, más no al revés, de tal manera que quien ocupa la posición del titular de un derecho no necesariamente podría llegar a ocupar la posición del sujeto obligado.

También hemos visto que Dworkin expone que la relación entre derechos y deberes no necesariamente es la que existe entre dos lados de una forma lógica; que en ocasiones existe una relación de correspondencia entre derechos y deberes; y que en muchos casos, los derechos y deberes relacionados entre sí no

---

<sup>640</sup> Id.

tienen relación de correspondencia, porque uno se entiende como derivado del otro. Es decir –dice-, es posible que un derecho o un deber originen un deber o un derecho y, por ende, tengan cierta prioridad sobre su producto, de tal manera que el derecho o deber originante sea fundamental.

Todo esto se ve más claramente cuando los derechos fundamentales comprenden no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales y, además, se complementan con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, lo que ha llevado a tratadistas como Abramovich y Courtis a sostener, con base en la jurisprudencia internacional (principalmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), que “surge con claridad que ya no puede afirmarse que exista un tipo de obligación que corresponda a la naturaleza de una determinada categoría de derechos, pues las pautas más modernas de interpretación de los instrumentos en materia de derechos civiles y políticos ponen a cargo de los Estados cada día mayores obligaciones, y muchas de ellas implican directamente la necesaria adopción de acciones positivas.”<sup>641</sup>

Luhmann ha dado cuenta sociológicamente de este fenómeno. Como vimos en este mismo capítulo, él afirma que el sistema del Derecho tiene relaciones con el entorno psíquico del sistema social, lo que llevó a la creación de la figura del derecho subjetivo, de tal forma que “las viejas obligaciones de reciprocidad ceden el paso a una moral de la gratitud que se convierte ahora en objeto de discusión

---

<sup>641</sup> Abramovich, Víctor y Christian Courtis, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en: Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a ed., Porrúa / UNAM, México, 2001, pp. 144-145. De estos mismos autores, véase también “*El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*”, Estudios del Puerto, Argentina, 2006, pp. 47–63 (Capítulo II. ¿A qué se obliga el Estado cuando reconoce derechos sociales?). En estos mismo términos, se pronuncia Cecilia García en “*La convención americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*,” Universidad de Chile, Chile, pp. 16–26. También, Sánchez Moreno, Manuel. “Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos” en *Revista de Fomento Social*, número 261, volumen 66, enero-marzo 2011, pp. 39-71; Dulitzky, Ariel. “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en Martín, Claudia et al, coordinadores “*Derecho Internacional de Derechos Humanos*”, Fontamara, México, pp. 79-117; Serrano, Sandra. “Las características de los derechos humanos en el Derecho Internacional”, documento de trabajo de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Flacso, México, febrero 2010. También es muestra de este tema, que existe también una asimetrización en cuanto a los sujetos obligados, pues en general ya no son sólo los Estados, sino todas las personas, según hemos visto en Ruiz Miguel y Bidart Campos.

detallada. Las aleaciones concretas de derechos y obligaciones se disuelven. Los derechos que A puede hacer valer frente a B no requieren corresponder, en aras de la justicia, a derechos que B puede hacer valer ante A”<sup>642</sup>. A esto, ya lo dijimos, se llama “desacoplamiento jurídico de derechos y obligaciones”.

Esta asimetría también se puede desprender de partes del pensamiento de Ferrajoli, sobre todo cuando afirma que “siendo universales (*omnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*) (T.11.14. T10.222, T.10.223), ya sean a su vez universales, esto es, dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantías del derecho a la vida-, ya singulares, es decir, dirigidos a determinados sujetos públicos, como la obligación de la asistencia sanitaria que es garantías del derecho a la salud” <sup>643</sup>.

---

<sup>642</sup> El Derecho de la sociedad, p. 554. Este fenómeno es constatado en el pensamiento de Finnis, expuesto arriba. También en la determinación de obligaciones generales de los derechos humanos, que como tales, pierden relación lógica directa con los derechos concretos: v.gr. las obligaciones de protección, tutela, reconocimiento, garantía, promoción, asistencia, satisfacción (estos dos últimos, relacionados principalmente con los derechos sociales, aunque no desligados de los civiles y políticos), etc., son obligaciones genéricas de los derechos humanos que no corresponden lógicamente con el contenido concreto de cada uno de ellos y, sin embargo, no pueden desvincularse de ellos. Sobre este tema, además de lo expuesto en los subcapítulos anteriores, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, op. cit.; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, op. cit.; Sánchez Moreno, Manuel, op. cit.; Dulitzky, Ariel, op. cit; Serrano, Sandra, op. cit.

<sup>643</sup> Principia iuris, p. 688. Es verdad que el autor italiano también refiere como teoremas que “decir que un individuo es titular de una expectativa positiva equivale a decir que otro individuo es titular de la obligación correspondiente” y que “decir que un individuo es titular de una expectativa negativa equivale a decir que otro individuo es titular de la prohibición correspondiente”; sin embargo, estos teoremas no contradicen lo que aquí sostenemos, sino que son posibles conforme a ellos, pues lo único que sostenemos que la asimetría en cuanto al contenido específico de los elementos sintácticos, específicamente, que el objeto del derecho no necesariamente es el objeto o parte del objeto de la obligación u obligaciones correspondientes, bajo el entendido de que, al prevalecer la forma triádica siempre es necesaria alguna obligación correlativa al derecho, aun cuando no esté programada o prevista al mismo tiempo que el derecho, sino que precise de algún desarrollo argumentativo para obtenerla. Cruz Parceró sostiene, en parcial armonía con lo aquí dicho, que los teoremas no implica “correlatividad semántica”, es decir, la equivalencia de los objetos del derecho y la obligación correspondientes, pues tal correlatividad “sólo vale para los llamados derechos (o expectativas, en términos de Ferrajoli) pasivos y las obligaciones activas, es decir, para los derechos a que una conducta p se realice y a la obligación de hacer p. Igualmente vale para las expectativas negativas, por ejemplo: el derecho de no ser lesionado (-p) y la prohibición de lesionar (Pp que equivale a O-p. En estos casos existe una regla para conectar contenidos. Sin embargo, por lo que respecta a cierto tipo de expectativas positivas (derechos positivos) no existe una regla que relacione el contenido de la expectativa con el contenido de la obligación. Por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, que son expectativas positivas de cierto tipo de prestaciones (salud, alimento, educación, seguridad social, etc.), en muchas ocasiones lo ordenado por la norma consiste en un fin o un estado de cosas que debe alcanzarse y no en una conducta determinada”. Cruz Parceró, Juan Antonio. “Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, editores, “Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”, Trotta-IIJ-UNAM,

Es decir, a diferencia de los derechos fundamentales cuya titularidad es universal y, por ende, la vinculación de la titularidad con el objeto también lo es, las obligaciones bien pueden tener objetos no universales, lo que significa que el objeto relacionado con la titularidad no necesariamente será inmediatamente el objeto de la obligación, sino que ésta, por ejemplo, podrá tener por objeto sólo un medio dirigido a la consecución del objeto relacionado con la titularidad. En este caso, el objeto de la obligación no será inmediatamente el objeto del derecho y éste no formará parte formalmente de la estructura sintáctica de la obligación.

Así, los derechos siguen teniendo una forma triádica; sin embargo, sólo están programados o previstos con cierta definición los primeros dos elementos de la estructura sintáctica, es decir, el titular y el objeto, mientras que el tercer elemento, o sea, la oponibilidad a destinatarios (que puede relacionarse con la coerción), es flexible y nunca se encuentra plenamente saturada programadamente, es decir, ex ante, de tal forma que su saturación requiere de ejercicios argumentativos análogos a aquellos conforme a los cuales se obtienen normas adscritas. En otras palabras, por virtud de la jurisprudencia y la dogmática (así como algunas prescripciones legales), el tercer elemento, como forma sintáctica que es, puede estar, a lo más, parcialmente saturada: siempre será posible asignar una nueva obligación al derecho humano, por lo cual, por ejemplo, aquellos derechos precisados en fuentes internacionales podrán ser vistos siempre como mínimos, pues siempre podrán reconocerse, protegerse, garantizarse o promoverse en mayor medida.

Esta conclusión nos lleva a que, si los primeros dos elementos se encuentran saturados o están destinados a estarlo de manera completa o casi completa, mientras que el tercer elemento no, entonces se justifica un estudio analítico distinto de los primeros dos elementos respecto del tercero, de tal forma que, sin dejar de considerar que los tres forman parte integral de la estructura

---

2005, p. 323. Pero si a lo que expone Cruz Parceró añadimos que no sólo los derechos sociales, sino todos los derechos humanos son susceptibles de implicar obligaciones prestacionales, entonces no existe plena correlatividad semántica entre tales derechos y las obligaciones correspondientes. Sobre esto último, en la antepasada nota al pie precisamos la bibliografía correspondiente. A esto se suma que en los textos normativos continentales de derechos humanos regularmente no se establecen las obligaciones respectivas, sino que estas se pueden encontrar más bien en el lenguaje de los jueces o de la doctrina.

sintáctica de los derechos humanos, se puedan hacer estudios diferenciados, de manera similar (aunque aquí lo desarrollamos más) a lo que propone Finnis. Esta versatilidad del tercer elemento, es compatible con la progresividad y la dinámica expansiva de los derechos humanos, de las que hablan Nogueira, García Ramírez y Vigo.

Un escolio de todo lo anterior, es que no podemos sostener, como Alexy, que el objeto de un derecho fundamental necesariamente sea la conducta del destinatario o sujeto obligado, pues esto excluye la asimetría que hemos venido refiriendo. En lugar de esto, proponemos que el objeto de los derechos fundamentales es algo que necesariamente ha de tener alguna relación con la conducta que deba realizar el destinatario: esta relación puede ser, en un caso concreto, la que menciona Alexy, pero en otras, el objeto del derecho no será la conducta del destinatario, sino la finalidad de esa conducta; en otros casos, será la causa eficiente de la conducta; en otros podría haber relaciones más bien heurísticas.

En pocas palabras, la determinación específica de la obligación u obligaciones correspondientes no puede realizarse sólo a priori, por lo que no siempre podrá estar programada o prevista. Aquí entra la dialéctica entre el constituyente, el legislador, los jueces y los doctrinarios, es decir, entre los lenguajes que componen el complejo sistema jurídico.

**2.** Cada posición sintáctica de los derechos humanos (titular, objeto y la que relaciona con las obligaciones) es una función insaturada.

En el capítulo primero de este trabajo expusimos que, de acuerdo a Frege, una función es la forma vacía de una operación y el argumento u objeto es aquello que la satura y completa. Frege llama a la conjunción de función y argumento, valor de la función para ese argumento.

Entonces, cada una de las posiciones sintácticas de los derechos fundamentales es una función, es decir, una operación que consiste en asignar a algo (i.e. argumento u “objeto”) la condición de titular, objeto o relación con obligación.

Esto significa que cada posición sintáctica supone una selección semántica previa, tal que establece en qué consiste específicamente la operación. Así, la primera posición sintáctica supone la selección semántica de la titularidad; la segunda posición, la del objeto; y la tercera, la de la relación con las obligaciones.

Se dice que es una selección semántica pues establece una determinación que reduce complejidad de entre una gran variedad de operaciones posibles. La selección establece, por ejemplo, que la función determina titularidad y no otra cosa.

También es preciso mencionar que en el capítulo primero se desestimó la posición de Frege sobre la referencia y el objeto, de tal manera que por argumento u objeto de la función, entendemos no alguna “cosa” o “referente”, *sino un signo que, a su vez, referirá a unidad cultural*, según la concibe Eco.

Si el signo es a su vez una función (función semiótica), como se ha explicado en el capítulo anterior, entonces cada posición sintáctica de los derechos fundamentales es una función de segundo orden, pues tiene por argumento otra función.

De esta manera, los derechos fundamentales se componen sintácticamente por tres funciones insaturadas, es decir, por operaciones que recaen sobre “objetos” o argumentos variables.

Así, podemos plasmar la estructura sintáctica general de los derechos fundamentales, de la siguiente forma:

$$f_d \{ [f_t (x)] \cdot [f_o (x)] \cdot [f_r (x)] \}$$

Donde  $f$  es función;  $f_d$  es función de derecho;  $f_t$  es función de titularidad;  $f_o$  es función de objeto;  $f_r$  es función relacional;  $x$  es el argumento variable, que a su vez es otra función;  $\cdot$  es la conjunción “y”.

Entonces, los derechos son funciones que operan sobre otras tres funciones y, dado que estas últimas son saturadas por signos, que a su vez son funciones, *esto lleva a concluir que los derechos son funciones de tercer orden*<sup>644</sup>.

---

<sup>644</sup> Infra conclusión 2 del capítulo I.

**2.1.** En la primera conclusión de este capítulo, se mostró que los derechos fundamentales, a pesar de ser tripartitos, admiten análisis bipartitos. De hecho, se mostró que las relaciones entre cada posición sintáctica pueden diferir y que las primeras relaciones necesarias de todo derecho fundamental se dan entre las posiciones sintácticas del titular y del objeto. Por tanto, para el análisis de la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, sólo se tomará en cuenta la siguiente estructura y sus relaciones:

$$f_d \{ [f_t(x)] \cdot [f_o(x)] \}$$

En el siguiente capítulo veremos que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una tautología y que ésta se determina por la manera en que se relacionan esas dos posiciones sintácticas en ese derecho en particular. Es decir, la tautología se forma por la complejidad existente en el “.” (“y”) que une ambas posiciones.

**3.** Esta forma sintáctica de los derechos humanos es jurídica, pues se obtiene a partir de discursos que forman parte del sistema de Derecho, como se ha demostrado en el capítulo 2 de este trabajo. Es decir, se obtiene a partir de la dogmática y la teoría del Derecho, considerados como lenguajes que contienen, metalingüísticamente (como autoobservación y autodescripción del propio sistema), condiciones sintácticas, semánticas y pragmáticas del Derecho todo. En esta medida, es decir, en tanto lo expuesto en la dogmática y teoría del Derecho (respecto las cuales hemos hecho un recorrido general en este capítulo) se relaciona metalingüísticamente con el lenguaje del legislador (constituyente, legislador en sentido estricto, partes de los tratados, etc.) y de los jueces, estos últimos lenguajes también se toman en consideración aquí<sup>645</sup>.

Esta forma sintáctica, entonces, está estrechamente vinculada con los planos de expresión de los derechos, sea que estos se obtengan del lenguaje del legislador (como ha de hacerse principalmente, conforme al símbolo general de validez), del lenguaje de los jueces o de la dogmática jurídica. El plano de

---

<sup>645</sup> En el siguiente capítulo se considerarán directamente.

expresión es muy importante, como bien sostenía Kelsen, aunque sea incorrecto reducir a éste la determinación de lo que es o no parte del sistema jurídico.

**4.** Cada una de las partes de la forma sintáctica es una posición o función vacía o insaturada, de tal manera que, desde la sola formalidad, nada obsta a que sea saturada por cualquier signo. La diferencia existente entre las primeras dos posiciones de la estructura sintáctica (titular y objeto) es que, para cada derecho en particular, han de estar saturados, mientras que el tercero nunca lo será plenamente: por esto es flexible y permite sostener que los derechos previstos en fuentes internacionales, por ejemplo, sean sólo mínimos y, por ende, siempre sea posible mayor reconocimiento, protección, garantía y promoción.

Los límites para la saturación no son sintácticos, sino semánticos y pragmáticos. En otras palabras, por medio del símbolo general de validez y la sola formalidad sintáctica puede establecerse como derecho cualquier contenido, siempre que convenga o “quepa” en la posición de la estructura sintáctica; pero para que se considere derecho humano, es necesario considerar lo que la jurisprudencia, la dogmática y la teoría jurídica tengan que decir al respecto. Asimismo, aunque la validez podría, conforme a la sola formalidad, saturar la posición con cualquier contenido, también lo es que, desde la semántica y la pragmática del Derecho, esos contenidos necesariamente se conectarán con otros y significarán sólo en la medida en que se relacionen con otros (como hemos visto con Saussure). Por tanto, será siempre relativa la inclusión de contenidos cualquiera: la afirmación de Kelsen sobre que todo contenido puede ser Derecho no es toda la verdad.

Aún más, cualquier contenido que pueda saturar la posición sintáctica puede ser valuada, es decir, admite la posibilidad de una mayor o menor concordancia con el resto del sistema, es decir, con los criterios de los tres lenguajes del Derecho (es decir, no sólo la validez, sino también la Justicia), por lo cual la postura de Kelsen es sólo el comienzo de múltiples caminos semánticos y pragmáticos jurídicamente posibles.

**5.** En cuanto que la forma sintáctica de expresión de los derechos forma parte del sistema del Derecho, una posibilidad ineludible de saturar las posiciones que conforman la forma, se encuentra en la semántica del mismo sistema, es decir, en la semántica de los lenguajes legislativo, judicial, doctrinal y de la teoría del derecho<sup>646</sup>. La semántica del primer lenguaje, se encuentra en los últimos tres, pues en éstos se clarifican los recorridos semánticos de los signos del primero: recuérdese que un metalenguaje es la conexión de un sistema de significación con el plano de contenido de otro sistema de significación. En otras palabras, es ineludible la posibilidad de que las posiciones sintácticas se saturen con un signo jurídico, por ejemplo, “personas”, “bienes”, “cosas” o bien con signos que, aun cuando sean novedosos, tengan relación con otros previamente incorporados a la semántica jurídica.

Por tanto, la conclusión de la argumentación relativa a qué signo debe colmar la posición significativamente para el sistema, será *prima facie* un juicio semiótico o analítico, según se han definido en el primer capítulo de este trabajo. Es decir, un juicio formado conforme a las propias características del código semiótico jurídico, a los significados y prácticas que permite. Ejemplos de juicios semióticos o analíticos son los trabajos de Kelsen sobre la personalidad, que analizaremos en el siguiente capítulo.

**5.1.** Otra posibilidad también eludible, es saturar las posiciones con signos no jurídicos, pero que, al ser empleados en un discurso jurídico, llegarán a formar parte del sistema. Es decir, es posible que los signos saturadores de las posiciones sintácticas se incorporen al sistema no por inferencia a partir de comunicaciones jurídicas previas, sino por una incorporación basada en la compatibilidad con las condiciones que permitieron considerar jurídicas a esas comunicaciones previas. Así, la conclusión de la argumentación relativa a qué signo debe saturar la posición, sería un juicio sintético, según se ha definido en el

---

<sup>646</sup> En este punto se sigue a Luhmann, quien, como ya se expuso en el capítulo anterior, sostiene que la teoría del Derecho es una autoobservación del subsistema de Derecho. Esto nos aparta de Ruiz González, para quien sólo la dogmática es un discurso que altera semánticamente el lenguaje-objeto sobre el que trata, no así la teoría del Derecho.

primer capítulo de este trabajo, el cual enriquecería al código semiótico del Derecho<sup>647</sup>.

**5.1.1.** Por tanto, una saturación de las posiciones de la estructura sintáctica de los derechos humanos, que se realice por medio de juicio sintético, ha de ser compatible en cierto grado y medida con la semántica del Derecho, es decir, por lo menos debe concordar con aquello que hace posible que las comunicaciones previas -a las cuales se analogará- hayan sido determinadas como jurídicas.

Esto sólo se relaciona con condiciones mínimas que permiten considerar jurídica una comunicación, por lo que la saturación admite, conforme al mismo sistema jurídico, valoraciones en cuanto a su mayor o menor ajuste con el propio sistema. Aquí es donde entra la argumentación jurídica en cada ámbito lingüístico del Derecho (legislador, jueces, doctrina), aun cuando no necesariamente tenga la finalidad (o se reduzca a ella) que le asigna Alexy, es decir, como medio de fundamentación racional de las normas paralela o independientemente del símbolo general de validez<sup>648</sup>.

**5.2.** Por tanto, las posiciones de la estructura sintáctica de los derechos, por lo menos las primeras dos, pueden ser saturadas por signos resultantes de juicios o de argumentos semióticos-analíticos o sintéticos.

**5.3.** Los juicios semiótico-analíticos o los juicios sintéticos que, en su caso, lleguen a emplearse para saturar las posiciones sintácticas de los derechos humanos, pueden ser introducidos al sistema jurídico por cualquiera de los lenguajes que lo componen (el del legislador, el de los jueces y el de la dogmática-teoría jurídicas). Para efecto de este trabajo, sólo nos interesarán los modos en que esta introducción puede realizarse en el lenguaje de los jueces.

---

<sup>647</sup> Aquí se emplea la terminología de González Ruiz y de Eco; no así la de Luhmann, para quien "código" tiene otro significado, aun cuando la palabra "estructura" tiene en su pensamiento una función similar a la de "código" en la teoría de Eco.

<sup>648</sup> Alexy, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica", op. cit. pp.23-47.

**5.3.1.** El primer mecanismo es el defendido por Kelsen y, parcialmente, por Hart. Consiste en la sola decisión, es decir, el desnudo arbitrio del juez. Kelsen<sup>649</sup> refiere que las normas de rango superior (generales y abstractas) no pueden determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica, por lo cual siempre habrá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad. Toda norma es indeterminada, ya porque así lo pretendió el órgano emisor o porque exista discrepancia entre su voluntad y la forma en la cual la expresó. Esta indeterminación lleva a que una disposición prevea diversas posibilidades lógicas de interpretación, es decir, que un texto pueda racionalmente contener varias normas igualmente posibles<sup>650</sup>. Por tanto, “la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho, en especial, en el acto del tribunal”<sup>651</sup>.

Los métodos de interpretación no son los que determinan cuál de estas posibilidades es la correcta, por lo que esta determinación no es un problema jurídico, sino político, según Kelsen. Así, aunque el legislador es relativamente más libre que el juez en la creación de la norma, el juez también puede crearla de la misma forma que lo hace el legislador, es decir, por medio de decisión. Dado que es la decisión judicial la que determina qué posibilidad implícita en la norma general ha de devenir en derecho positivo, entonces también es posible “que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable”<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> Teoría Pura... op. cit. pp. 349-356.

<sup>650</sup> A esto Guastini lo denomina equivocidad de los textos normativos. Guastini, Riccardo. Teoría e Ideología de la interpretación constitucional, IJ-UNAM-Trotta, Madrid, 2008, pp. 30-31.

<sup>651</sup> Teoría Pura... ibid. p. 352.

<sup>652</sup> Ibid. p. 355.

Por tanto, para Kelsen lo que determina qué norma crea el tribunal no es la argumentación racional a partir del contenido de la disposición interpretada, sino la sola decisión del juzgador.

Hart sostiene una posición moderada, en la cual la decisión de los tribunales se reserva sólo a los casos difíciles, es decir, a aquellos para los cuales no existe decisión legislativa aplicable que permita resolver la cuestión, pero aun en estos casos, la posibilidad creativa de los jueces está limitada.

El filósofo británico sostiene, como ya se ha referido, que el Derecho tiene una textura abierta, lo cual significa que tiene un código-semiótico débil. Refiere que, cual sea el precedente o legislación elegido para comunicar estándares de comportamiento, en algún momento podrá ponerse en duda su aplicabilidad: esto es la textura abierta. Esta indeterminación deriva de la relativa ignorancia del futuro y la consecuente indeterminación de la decisión correcta. El legislador no puede conocer todas las combinaciones o circunstancias posibles<sup>653</sup>.

Esta indeterminación conlleva que necesariamente habrá casos para los cuales las leyes generales y abstractas no prevean solución alguna. En estos supuestos, los jueces no tienen más opción que ejercer su arbitrio y discreción, de tal manera que “there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests”<sup>654</sup>.

Por tanto, la textura abierta significa que, de hecho, existen “areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case [...] In every legal system a large and important field is left to discretion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate”<sup>655</sup>. Una posición no muy lejana a la de Alexy, pero con puntos de contacto fuertes con la de Kelsen.

---

<sup>653</sup> Cfr. Hart, H.L.A. “The concept of Law”, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 1997, p. 128.

<sup>654</sup> Ibid. p. 132.

<sup>655</sup> Ibid. p. 135-136.

Lo anterior no significa que el Derecho sea sólo lo que deciden los tribunales, como propugna el realismo norteamericano, porque la posibilidad misma de las decisiones reside en normas secundarias de adjudicación<sup>656</sup>, además que el arbitrio no es absoluto: el hecho de que los jueces puedan resolver discrecionalmente no elimina la regla que debía seguir<sup>657</sup>. La decisión sólo es posible si es comunicación sobre comunicación, como dice Luhmann. Esto significa que los jueces son falibles.

En el postcripto al Concepto del Derecho, Hart aclara que la discreción judicial deriva del hecho de que los jueces no pueden rehusar decidir los casos puestos a su consideración<sup>658</sup>. Los jueces tienen que crear derecho, por lo menos en los casos difíciles.

**5.3.1.1.** Por tanto, sin importar si es correcto o no, nos parece claro que una posibilidad de introducir juicios analíticos o sintéticos para saturar posiciones sintácticas de los derechos humanos, es la sola decisión, es decir, un acto que da sentido a una situación que demanda ser establecida como conforme o no conforme a Derecho, sin sustento argumentativo racional<sup>659</sup>. Sin embargo, esta posibilidad está en necesaria tensión con la intangibilidad de dichos derechos respecto de la decisión<sup>660</sup>. Por tanto, si la sola decisión, mediante juicio analítico o sintético, llega a saturar una posición sintáctica de los derechos humanos, indefectiblemente habrá contradicción con la mencionada intangibilidad.

**5.3.1.2.** Los Tribunales de Derechos Humanos emiten decisiones; por tanto, sus fallos indefectiblemente se sustentarán en éstas. Esto significa que sus fallos sólo pueden ser decisión sustentada por razones o concurrir con éstas, o bien carecer de ellas. Resulta entonces que es contingente que las sentencias se sustenten por razones.

---

<sup>656</sup> En términos luhmannianos, sólo se decide cuando la expectativa normativa se tiene a sí misma por objeto, como vimos en el capítulo 2.

<sup>657</sup> Cfr. p. 142.

<sup>658</sup> Cfr. p. 272.

<sup>659</sup> Recuérdese la definición luhmanniana de “decisión” expuesta en el capítulo 2. Para mayor claridad, puede considerarse la decisión como un acto volitivo, con la reserva de que, como se ha demostrado en los dos primeros capítulos de este libro, la semiosis y la comunicación jurídica no refieren nunca a estados subjetivos de conciencia.

<sup>660</sup> Vid infra 7.4.

Esto no significa que sea correcto. Tampoco significa que sea más probable que una sentencia se sustente únicamente en decisión, pues ésta es sólo una posibilidad extrema, como se demuestra en el punto 4.5. Lo que sí significa la contingencia, es que cualquiera que sea la posibilidad que prevalezca en una sentencia (sola decisión, decisión respaldada por razones y decisión concurrente con razones<sup>661</sup>), las otras posibilidades no son aniquiladas, sino sólo preteridas: *siempre puede ser de otra forma. Una decisión nunca es absolutamente definitiva.*

**5.3.1.3.** La contingencia permite la comparación. Dado que la selección siempre implica lo que se dejó de lado, entonces la decisión siempre podrá compararse con aquello que fue preterido o relegado. Entonces, la contingencia hace posible analizar la corrección de una decisión. Los jueces son falibles por esta contingencia. No se requiere la metafísica defendida por Alexy para decir que las decisiones sobre derechos humanos, sea quien las tome (constituyente, legislador, corte constitucional o internacional, tribunales inferiores), pueden ser contrarias a derechos humanos. Aun para determinar si lo preterido es mejor o no, no se requiere metafísica, pues las condiciones del sistema pueden ser parámetro para determinarlo (estructura, código, validez, justicia, programa).

**5.3.1.4.** Sin embargo, si un Tribunal de Derechos Humanos decide sobre el contenido de un derecho humano (i.e. satura sus posiciones sintácticas) y lo hace con base en la sola decisión no respaldada ni concurrida por razones, entonces indefectiblemente habrá fallado a la intangibilidad que, como nota semántica, tiene este tipo de derechos<sup>662</sup>.

**5.3.2.** La segunda posibilidad es que los juicios analíticos o sintéticos para saturar posiciones sintácticas de los derechos humanos, sean introducidos por medio de argumentación racional, de tal forma que sea ésta la cual sustente la validez jurídica de dicha introducción. Esta es la postura que respalda el pensamiento por principios de Dworkin y Alexy.

---

<sup>661</sup> Vid infra 4.5.

<sup>662</sup> Vid infra 7.4.

**5.3.2.1.** Por tanto, la decisión sustentada en argumentación racional también es una forma en la cual se puede introducirse juicios analíticos o sintéticos para saturar posiciones sintácticas de los derechos humanos.

Naturalmente, es posible ocultar, mediante argumentos, qué esta se tomó solo como acto volitivo. Es decir, puede haber argumentos completamente asimétricos que, por medio de dispositivo ideológica (según se ha definido en el primer capítulo), oculten o pretendan ocultar el hecho de que la resolución sólo se basa en decisión y arbitrio puros. Esto es así, pues la argumentación puede ser más o menos correcta (Alexy).

**5.4.** Así, existe una tensión entre la decisión y la intangibilidad, entendida esta como nota semántica o sema de los derechos humanos. Esta tensión admite grados, pues la intangibilidad puede entenderse absoluta o relativamente. Si la norma de derechos humanos y, por ende, la saturación de alguna de sus posiciones sintácticas, se sustenta no en la sola decisión, sino sólo en razones (si eso fuera posible), entonces la intangibilidad sería absoluta. Si la norma de derechos humanos se sustenta en decisión y ésta, a su vez, en razones, entonces será relativa su intangibilidad, pero en un punto más cercano a la absoluta. Si la norma de derechos humanos se sustenta en decisión y concurrentemente en razones, entonces será relativa la intangibilidad, en un punto más cercano a la relatividad completa. Por último, si la norma de derecho humanos y, por ende, la saturación de alguna de sus posiciones sintáctica, se sustenta en la sola decisión, entonces se negará totalmente la intangibilidad.

De las cuatro opciones referidas, la distinción entre la segunda y la tercera es particularmente difusa. ¿Qué se requiere para hablar de respaldo y qué de concurrencia? Si el argumento es lógico o muy cercano a la lógica, no habrá duda de que la decisión sería una conclusión y, por ende, estaría respaldada por razones<sup>663</sup>. Entre las premisas y la conclusión habría simetría plena o casi plena.

Si el argumento es retórico, la asimetría que necesariamente existirá entre las premisas y la conclusión, llevará a considerar que la decisión concurre con

---

<sup>663</sup> Por esta razón, Alexy sostiene que la argumentación jurídica debe cumplir primero requisitos lógicos y, sólo subsidiariamente, retóricos. Teoría de la argumentación... op. cit.

razones. La asimetría se colma con la decisión y con la fuerza persuasiva que las razones retóricas tengan.

Si el argumento, aun cuando sea retórico, en forma alguna se refiere a la conclusión, sino que sólo aparenta hacerlo o bien, ni siquiera lo aparenta, entonces se estará ante una decisión sola, una decisión sin respaldo ni concurrencia racional.

**6.** Las consideraciones semánticas argumentadas con juicios semióticos o sintéticos, serán las que limiten las posibilidades abiertas que deja la sola forma sintáctica, sin demérito de que también la pragmática lo haga. En consecuencia, en principio nada obsta para que las posiciones de la forma sintáctica sean saturadas con signos tales como “animal”, “bestia”, “ser vivo”, “ser humano”, “homo sapiens”, “individuo”, “colectivo”, “persona moral”, “persona jurídica”, etc. Esto explica la variedad histórica que bien puntualiza Picard y sobre la que se basa Kelsen para obtener el concepto analítico de persona para el Derecho, que expondremos en el siguiente capítulo. Asimismo, explica por qué son posibles las presiones ideológicas que, por un lado, pretenden reducir la personalidad a homo sapiens alumbrados vivos y viables<sup>664</sup> o a homo sapiens racionales y, por otro, ampliarla para incluir animales (v.gr. toros, perros, ballenas), a la naturaleza (gaia) o a otras entidades.

**7.** Serán juicios semióticos o analíticos, para los efectos de saturar las posiciones de la forma sintáctica de los derechos humanos, aquellos que remitan

---

<sup>664</sup> Por ejemplo, así parecería hacerlo los artículos 22 y 337 del Código Civil Federal, aunque la cuestión no es tan clara, como lo expone Chávez Asencio, quien explica que la interpretación literal de ese precepto es incompatible con lo dispuesto en los numerales 22, 1314, 1639 y 2357 del mismo Código, conforme al cual el nacimiento no sería el inicio de la personalidad, sino que el no-nacimiento sería una condición resolutoria de la personalidad que habría iniciado desde la concepción. Es decir, no sería claro que el legislador federal reduce la personalidad a la humanidad+nacimiento-vivo+viabilidad; en cambio, sí es la posición que defienden algunos defensores de la liberalización total del aborto. Chávez Asencio, Manuel, “La Familia en el Derecho”, Porrúa, México, 8ª ed., 2007. Sobre la postura feminista, relacionada sobre todo con la interpretación (¿recreación en clave feminista?) del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, véase: Medina Quiroga, Cecilia. “La Convención Americana. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”, Universidad de Chile, 2003, pp. 59-66. Veremos en el siguiente capítulo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo suya esta última “interpretación”.

a los lenguajes que conforman el sistema jurídico, a saber, el legislativo, el judicial, el doctrinal y el teórico-jurídico. Serán juicios sintéticos los que remitan a otros sistemas semióticos, como el lenguaje de la física, química, biología, sociología, antropología.

**8.** La semántica del sistema jurídico, entonces, implica un límite a aquello que sature las posiciones sintácticas de los derechos, tanto si la saturación ocurre por juicio semiótico-analítico o por juicio sintético. De la semántica que hemos expuesto en este capítulo, obtenida del lenguaje doctrinal y teórico-jurídico, se obtienen los siguientes principios orientadores o reguladores para saturar la posición del titular de la forma sintáctica de los derechos fundamentales:

**8.1.** Todos los autores que hemos referido en este capítulo, asocian la posición de la titularidad de los derechos fundamentales a signos que, en su denotación o en connotación no son muy distantes. Los semas a los que el código semiótico del Derecho asocia a los derechos humanos son, entre otros: /individuo/, /sujeto/, /persona jurídica/ o /persona-constituida/, /persona moral/<sup>665</sup>, /ser humano/, /individuo de la especie humana/. Por tanto, dichos componentes sémicos son parte ineludible de la semántica de los derechos humanos.

**8.2.** El pensamiento de los autores que hemos expuesto, también asocia “derechos fundamentales” a *universalidad* y, por ende, por lo menos algunos derechos fundamentales no pueden admitir grado en su titularidad.

**8.3.** Igualmente, todos convienen en que la *dignidad humana* es un sema o contenido semántico necesariamente vinculado con los derechos humanos y que no es graduable.

Es verdad que entre ellos no existe coincidencia en cuál es el sustento de la dignidad humana. Así, tenemos que para Finnis, ésta no es demostrable ni, por ende, fundamentable, de tal forma que deriva directamente de los siete valores básicos. En el otro extremo del espectro que hemos recorrido, Luhmann sustenta

---

<sup>665</sup> Los autores que hemos referido que aluden a “persona moral”, lo hacen en un sentido distinto al que se emplea en el Derecho Civil, es decir, refiere al concepto filosófico de persona moral, no al jurídico. Es el caso que “persona moral”, en el discurso ius-civilista es sinónimo de “persona jurídica”, por lo que, para evitar confusiones, sustituimos “persona jurídica” por “persona-constituida”, aludiendo a la caracterización de Ferrajoli.

la dignidad humana en la función que desempeña dentro de la sociedad diferenciada funcionalmente; por tanto, mientras ésta exista y sea preciso mantener la distinción entre los subsistemas político, económico y jurídico, así como reproducir la posibilidad de que las personas actúen en diversos caracteres y roles, entonces la dignidad humana y los derechos humanos tendrán vigencia y necesidad de existir.

En estos extremos del espectro semántico de los derechos humanos, la dignidad humana no es graduable, aun cuando, respecto del primero, sea predicada apodíctica o necesariamente, y en el segundo, sea tenida como algo contingente. Es decir, sea que se asuma que la dignidad humana es necesaria conforme a la razón práctica (Finnis), o se la tenga por contingente histórica y socialmente (Luhmann), en todo caso tiene la nota semántica de no ser graduable: no se puede ser más o menos digno, simplemente se la tiene o no.

Entonces, conforme a la semántica del sistema del Derecho, la dignidad humana no es graduable, se adscribe o no a algo.

**8.3.1.** Por tanto, el signo que colme o sature la posición de la titularidad habrá de ser alguno que no denote algo que sea graduable, o bien que, teniendo varias denotaciones, no todas sean graduables: se es en general titular de estos derechos o no; no se es más o menos titular de ellos<sup>666</sup>. En otras palabras, los semas denotados por el signo saturador de la posición de la titularidad, no han de estar asociados a graduación o no solamente a graduación. Por ejemplo, el signo o signos que se empleen para saturar la posición, no pueden reducirse a una denotación que sea graduable, como sería “inteligencia”, que es algo graduable: se puede ser más o menos inteligente.

---

<sup>666</sup> Esta no graduabilidad de la titularidad general de los derechos tiene estrecha relación con el sema “igualdad”, que también se adscribe semánticamente de manera necesaria a los derechos humanos. Esto lo vemos más abajo. Por ejemplo, Ferrajoli dice que “La igualdad, es decir, el universalismo de los derechos atribuidos a todos, es ante todo, por decirlo así, constitutiva de la unidad política de quienes se dice que son iguales: y, por ello, de la unidad y de la identidad de un pueblo en el único sentido en el que de esa unidad se puede hablar y en el que esa identidad merece ser perseguida en un ordenamiento democrático”. Ferrajoli, Luigi (2010). “El principio de igualdad y la diferencia de género”, op. cit.

Es decir, no es sostenible adoptar como signo saturador de la posición del titular “seres inteligentes”, a menos que se excluya de “inteligencia”, la posibilidad de ser graduada.

Tampoco es sostenible tener como códigos semióticos interpretantes del signo que se adopte, alguno que reduzca el signo correspondiente a denotar sólo algo graduable. Por ejemplo, si los signos saturadores son “ser humano” o “miembro de la especie humana”, no será admisible como interpretante de tales signos, uno que, en forma de diccionario, reduzca lo humano a lo racional, en tanto que lo racional admite graduación.

**8.3.1.1.** Sobre este punto, en el primer capítulo se expuso cómo y por qué conforme al pensamiento de Umberto Eco, el código semiótico debe ser entendido como enciclopedia, no como diccionario, de tal manera que los códigos-diccionarios sólo tienen relevancia en cuanto sean útiles para cuestiones prácticas. Sin embargo, si como vemos aquí, para una cuestión jurídicamente práctica como lo es la saturación de la posición del titular en la estructura sintáctica de los derechos humanos, entonces el código-diccionario, cual es el árbol del Porfirio y todos aquellos empleados por quienes sostienen la base de la dignidad humana en la sola razón, no puede ser el que se tome en consideración para interpretar el contenido del signo que sature la posición mencionada.

**8.3.1.2.** Esto nos lleva a un segundo punto: los códigos-diccionario tienen el riesgo de incurrir en sesgo ideológico, según se ha definido en el capítulo primero. De esta manera, cuando se reduce lo humano a un solo sema, sea éste /razón/, /inteligencia/, /cultura/, /sociedad/, /vida-biológica/, /comunidad/ u otro, se incurrirá en inventio ideológica, pues es claro que lo humano no puede reducirse a uno solo de tales semas. Esto lo veremos con más detenimiento en el siguiente capítulo<sup>667</sup>.

---

<sup>667</sup> Cfr. Schumpeter, J.A. Capitalismo, Socialismo y Democracia, Ediciones Orbis, Barcelona. 1983. pp. 363-376. Rorty, R., Derechos Humanos: Racionalidad y Sentimentalismo, Praxis Filosófica Ética y Política, 5, 1995, disponible en <<<http://feget.files.wordpress.com/2008/07/rorty-derechos-humanos-6.pdf>>>. De este mismo autor, Philosophy and the Mirror of Nature, Princeton University Press, 2a ed, New Jersey, 1980, pp. 401. Rorty va un poco más lejos, al sostener que, precisamente por esta imposibilidad racional de reducir lo humano a determinada denotación, es insostenible realizar alguna aproximación a determinar alguna naturaleza de lo humano. Sin embargo, esta postura altamente equivocista, nos impediría saturar adecuadamente la posición del titular y, por ende, no nos parece que pueda tener, en toda su extensión, una aplicación práctica en el Derecho. Claro está que esto sólo nos lleva a la crítica de la estructura sintáctica de los derechos

También es importante recordar, siguiendo a Luhmann y Derrida, que el ser humano ya no puede considerarse como una mónada idéntica a sí misma, que se anonada en su existencia y excluye la contingencia que le es propia. Tampoco puede considerarse el ser humano exclusivamente como un ser distinto y superior, como un animal que trasciende su animalidad. “Desde Heidegger se ha vuelto dudoso que sigamos mirando la esencia del hombre por su distancia al animal”<sup>668</sup>.

**8.4.** Es también un componente sémico necesario de los derechos humanos, la *intangibilidad* respecto de la decisión que genera derecho positivo. Es decir, tienen cierta independencia o pretenden cierta independencia respecto del símbolo general de validez.

Todas las posturas expuestas en este capítulo coinciden en que los derechos humanos gozan de cierta independencia respecto del símbolo general de validez. Así, Ferrajoli sostiene que los derechos humanos forman parte de un núcleo no decidible por parte de las mayorías dentro de una democracia constitucional (cual es el modelo político que propone).

Luhmann refiere explícitamente que el éxito de la presentación de sí mismo (i.e. dignidad humana) es contingente y siempre existe el riesgo de diluirse en la diversidad de roles; por esto, la dignidad es uno de los bienes más sensibles del hombre, pues al estar tan fuertemente generalizada, cada detalle afecta la totalidad del ser humano. Por esto, es todo lo contrario a algo ‘intangible’, como la define el artículo 1 de la Constitución alemana<sup>669</sup>; por tanto, es insostenible una noción normativa de la dignidad que se tenga por “natural”. La dignidad *debe* ser intangible, precisamente porque fácticamente es frágil a la vez que imprescindible para el mantenimiento de la diferenciación funcional.

Si para Ferrajoli y Luhmann la intangibilidad es relativa, para el resto de los autores que hemos estudiado, es absoluta, aun cuando con ciertos asegunes. Para Finnis y Alexy, el sustento último de los derechos humanos está en la

---

fundamentales, que sin duda históricamente está relacionada con filosofías que basan estos derechos en una naturaleza humana. Aquí no se puede realizar ni avanzar más esta crítica.

<sup>668</sup> “Derechos humanos como institución” op.cit.

<sup>669</sup> “Artículo 1. [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales] (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público [...]” Cfr. Ibid. p. 338.

racionalidad práctica, y el segundo incluso aventura una metafísica constructiva que el iusnaturalista australiano no se atreve a proponer. Aun así, ambos consideran que ciertos derechos humanos puedan ser sólo apropiados para ciertas épocas. En sentido similar, se encuentran Dworkin y los trialistas: concretamente, Nogueira Alcalá, Vigo y Cappeletti hablan de supra y transnacionalidad. Los primeros dos también aluden a la irreversibilidad de los derechos humanos.

Por tanto, más allá de los extremos referidos, se puede decir que el código semiótico del sistema del Derechos asigna el sema /intangibilidad/ a los derechos humanos, lo cual, en el caso de nuestro país, explica el actual contenido del artículo 1 constitucional, según el cual los derechos humanos no son sólo los establecidos por la decisión del órgano reformador de la ley suprema, sino también los establecidos en los tratados internacionales. Esto es un mecanismo que relativiza la posibilidad de que, mediante decisiones, se modifiquen y extingan tales derechos: es un mecanismo de intangibilidad relativa.

**8.5.** La *consideración y respeto iguales* son otra nota semántica ineludiblemente asociada por el código semiótico del Derecho a los derechos humanos.

Dworkin basa en la igualdad el sustento último de la teoría de la Justicia que defiende y, con base en la cual coloca los derechos humanos como principios supremos del orden jurídico, que han de ser cumplidos incluso por sobre las políticas. Alexy no comparte la necesidad de que los principios basados en políticas necesariamente deban ceder respecto de los principios cuyo contenido son derechos humanos, sino que sostiene que es posible someterlos a ponderación. Sin embargo, la igualdad es también un elemento esencial de los derechos humanos, al igual que sucede con Finnis y los trialistas. El pensamiento sociológico de Luhmann constata también esta situación. Sostiene, según hemos visto, que los derechos fundamentales acentúan la igualdad y no la desigualdad, no obstante que ambos términos son parte de la misma forma lógica. La igualdad no es un derecho subjetivo más, como las libertades, por lo que en este sentido es similar a la dignidad.

**8.6.** Los derechos humanos también están asociados a los principios. Dado que son intangibles a la decisión, al menos relativamente, también les es propio el carácter principal que implica la argumentación ponderativa como un sustento posible (tal vez el más importante) de su validez y existencia. De esta manera, aunque siempre es posible que el sustento último de un fallo judicial concreto sobre derechos humanos, sea una decisión, lo cierto es que la semántica jurídica contemporánea sobre estos derechos, privilegia en general la argumentación racional, de tal manera que un fallo judicial que termine fundándose en la sola decisión, aun cuando aparente estar sustentado en razones, será incorrecto.

**8.7.** La *libertad* es también un contenido semántico inexorablemente asociado por parte del código semiótico del Derecho a los derechos humanos.

Hemos visto que la estructura de los derechos subjetivos, que con profundas reformas y peculiaridades, se ha adaptado para conformar las posiciones sintácticas de los derechos humanos, tiene como una de sus finalidades posibilitar que su contenido quede a la libre disposición de su titular (sobre todo según Windscheid; libertad no protegida, según Alexy) o bien que quede al arbitrio del titular incitar la actividad coactiva del Estado o intervenir en la creación de normas (Kelsen). Entonces, la libertad no sólo es una nota semántica, sino también una condición que se encuentra en la parte sintáctica de los derechos humanos, aun cuando no todos estos sean necesariamente disponibles. Es decir, la libertad es una parte de las condiciones sintácticas de los derechos humanos, aun cuando no la totalidad.

Asimismo, la Libertad asignada a los derechos humanos y, por ende, a las personas, es garantía de la diferenciación funcional según Luhmann, así como del reconocimiento de la dignidad humana, de acuerdo con Dworkin y Alexy. Es cierto que Finnis no propone a la Libertad como un bien básico premoral, pero esto no significa que la excluya como contenido de los derechos humanos.

**8.8.** Lo establecido en este punto nos lleva a una conclusión de trascendencia para este trabajo. Si los derechos humanos tienen como posición

sintáctica la del titular y a ésta se asocia una posición sintáctica objetiva (un algo, en términos de Alexy), entonces el contenido de todos los derechos humanos se adscribe al signo con que se sature la posición del titular.

En palabras más simples, conforme al código semiótico del derecho, los derechos humanos son componentes semánticos (semas) necesarios de los titulares de todos los derechos. De esta forma, si como veremos en el siguiente capítulo, el signo que el Derecho adscribe a la titularidad es “persona”, entonces un componente semántico necesario de “persona” es “derechos humanos”.

Asimismo, se puede decir que, en tanto forma parte de su estructura sintáctica, /persona/ es un componente semántico (sema) necesario de “derechos humanos”. Entonces, si se es persona se tienen derechos humanos y si se habla de éstos, se refiere también a personas o titulares.

**9.** Los componentes semánticos (semas) necesarios de los derechos humanos expuestos en el punto inmediato anterior (en lo subsecuente también nos referiremos a ellos como “principios orientadores”), no excluyen la posibilidad latente a la forma sintáctica, consistente en que la primera posición (titular) pueda ser saturada por sustantivos colectivos. Esto significa que, si bien hoy por hoy los derechos fundamentales se predicen de titulares individuales, ello no necesariamente implica que siempre haya de ser así. Esto vale también para la selección de sustantivos que denotan o connotan /humanidad/, pues queda latente la posibilidad relacionada con signos que denotan o connotan /animalidad/ o /fenómenos naturales/, la cual en algunos momentos históricos ha sido efectivamente seleccionada.

**10.** Dado que los derechos humanos tienen como componentes semánticos necesarios los expuestos en el punto 8, entonces los juicios sintéticos o semióticos de referencia han de ser compatibles con tales semas, pues de lo contrario serán incorrectos, en el sentido que, inexorablemente complicarán la reproducción de la comunicación jurídica.

**11.** La limitación de recorridos sémicos relacionados con los principios orientadores, debe estar justificada y, en lo posible, ser consciente de las posibilidades que desestima, so riesgo de incurrir en *inventio* ideológica.

**11.1** En particular, la limitación de recorridos sémicos de los signos “persona para-el-derecho”, “persona moral” y “ser humano”, inmersa en considerar que éstos denotan sólo “libertad” y “racionalidad”, son particularmente peligrosos, si consideramos, con Umberto Eco, que el árbol de Porfirio, que sin duda subyace a esta reducción, es un recorrido semántico sumamente cuestionable semióticamente, tal como se demostró en el primer capítulo. Es decir, reducir “persona moral”, “persona jurídica” y “ser humano”, a /ser libre y racional/ no puede tomarse como un simple topoi, mucho menos, como un dogma, sino que requiere de argumentaciones especiales y mayores a las que, por ejemplo, Porfirio empleó para elaborar su árbol.

**11.1.** Escolio de lo anterior, es que argumentaciones metafísicas, subyacentes a reducciones de este tipo, tienen mayores cargas y dificultades para lograr su objetivo demostrativo.

**11.2.** Otro escolio es que será más fácil sostener que los signos “persona para-el-derecho”, “persona moral” y “ser humano” no reduzcan su denotación a /racional/ y /libre/. Esto tiene cierto eco en la semántica jurídica, pues si consideráramos como únicas denotaciones /racional/ y /libre/, entonces nada obstaría para que la titularidad de los derechos fundamentales tuviera grados, pues “racional” y “libre” connotan graduación: se puede ser más o menos racional, más o menos libre, pero para la semántica jurídica sobre los derechos humanos, la titularidad sobre éstos no puede admitir grados. Esto no significa que sea más fácil sostener posturas que elidan de la denotación de “persona para-el-derecho”, “persona moral” y “ser humano”, los semas /racional/ y /libre/, sino sólo que son más sostenibles posturas que no reduzcan aquellos a éstos; por tanto, /racional/ y /libre/ pueden seguir siendo semas denotativos, aunque reducir a estos la denotación de /persona para-el-derecho/, /persona moral/ y /ser humano/ sea sumamente problemática.

**11.3.** Con Luhmann, Rorty y Schumpeter, en relación con lo que hemos expuesto sobre ideología en el primer capítulo, nos parece insostenible reducir la persona a la razón, es decir, establecer como componente semántico distintivo fundamental del semema –persona jurídica- sólo la /razón/.

Asimismo, con Luhmann, consideramos hipotético considerar la corporalidad como signo de la personalidad, no sólo como plano de expresión de ésta. Es decir, el cuerpo no es solamente el medio sensible a través del cual se expresa la personalidad, sino que es todo un signo, con plano de expresión, contenido e interpretante, que se relaciona con el signo “personalidad”. Es decir, el cuerpo es un interpretante más de la personalidad, un signo que explica ésta y le da contenido (aunque no todo). Por tanto, existe necesidad de que la corporalidad se asegure por medio de derechos (uno de los cuales se expresa en forma tautológica, como se demuestra en el siguiente capítulo).

Se trata, entonces, de una corporalidad compleja, que no se reduce a lo biológico, pues de ser así, corre el riesgo de simplificarse y entenderse sólo como plano de expresión sensible de algo más. Es una corporalidad fundante de la personalidad, como signo integral. Es corporalidad como condición de posibilidad de lo humano y como algo dentro de lo cual se da todo lo humano.

Es una corporalidad que tiene, como contenidos sémicos, todos los expuestos en el punto 8 y aún más. Es corporalidad que comprende una complejidad tal, que no puede considerarse que implique la presencia actual de todos los semas posibles asignados a lo humano. Esta corporalidad es diferencia, es tanto presencia como ausencia. Es un campo de juego, no un juego determinado. Es, en cuanto plano de expresión, algo siempre actualizable para los sentidos y, en cuanto plano de contenido, pluralidad de potencias o virtualidades (razón, libertad, igualdad, comunidad, sociabilidad, cultura, etc.). En una palabra, es pertenencia biológica a la especie homo sapiens, cuyo significado se proyecta hacia una miríada de posibilidades: es cuerpo humano biológico que sólo se entiende en cuanto no se reduce a lo biológico, sino que se expande hacia las posibilidades de actualización concreta de los semas o componentes semánticos

más variados (por ejemplo, todos los expuestos en el punto 8, específicamente por virtud de lo demostrado en 8.7.).

**11.3.** Conforme a la semántica de los derechos humanos posibilitada por el código semiótico del sistema del Derecho, no es sostenible, incluso es aberrante, la proposición: tener vida humana es condición necesaria mas no suficiente para ser persona.

**11.4.** También es insostenible la proposición: sólo vida de homo sapiens es persona, es decir, no puede ser persona la corporalidad que ya no puede en lo absoluto sostener la *posibilidad* más mínima de proyección.

**12.** Dado que los criterios orientadores forman parte de la semántica jurídica y considerar ésta es ineludible para colmar las posiciones de la forma sintáctica de los derechos (titularidad-atribución-objeto), entonces, de ser necesario emplear juicios sintéticos para llenar alguna de esas posiciones, será imprescindible atender a la semántica jurídica, es decir, a las condiciones que hemos precisado en los puntos 8 a 11 de estas conclusiones parciales.

## CAPÍTULO IV EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

*Deine Zauber binden wieder,  
Was die Mode streng geteilt;  
Alle Menschen werden Brüder,  
Wo dein sanfter Flügel weilt<sup>670</sup>.*  
F. Schiller

### **IV.1. Fuentes del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.**

#### **IV.1.1 Sistema Universal de Derechos Humanos**

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>671</sup> el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra en el artículo 6, precedido por el deber general de trato fraternal de todos los seres humanos para con todos los seres humanos, basado en sus dotes de racionalidad y conciencia (artículo 1), los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 2), el derecho a la vida (artículo 3), y las prohibiciones de la esclavitud (artículo 4) y de la tortura (artículo 5). El artículo que nos interesa establece:

Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>672</sup> el citado derecho está previsto en el artículo 16, prácticamente a la mitad de la lista de derechos fundamentales allí previstos. La disposición para nosotros relevante ordena:

16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los anteriores textos no agotan lo dispuesto en instrumentos de derechos humanos del sistema universal, respecto al derecho al reconocimiento de la

---

<sup>670</sup> Tu magia une todo/ lo que la convención separó/ todos los seres humanos serán hermanos/doquier tu suave ala se pose.

<sup>671</sup> Página web de la ONU: [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml) Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

<sup>672</sup> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

personalidad. Dulce Fariñas<sup>673</sup>, siguiendo a Bobbio y Peces-Barba, refiere que los derechos humanos viven un constante proceso de cambio, expansión y multiplicación de los derechos, al cual denomina especificación. Este proceso significa el incremento de bienes tutelados por los citados derechos, es decir una especificación en relación con sus contenidos, un aumento de titulares de los derechos más allá del sujeto-hombre, así como un reconocimiento de diversos estatus por los cuales el individuo transita durante su vida.

A continuación referiremos convenciones producto de este proceso de especificación, que tratan del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica dentro del sistema universal.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>674</sup> y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>675</sup>. Estos instrumentos disponen, respectivamente, en sus artículos 24 y 12:

Artículo 24. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley

- Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
- Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir

---

<sup>673</sup> Cfr. Fariñas Dulce, María José: "Sociología de los Derechos Humanos", en Añón, María José; Bergalli, Roberto; Calvo, Manuel; Casanovas, Pompeu (coords): Derecho y Sociedad. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 690.

<sup>674</sup> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

<sup>675</sup> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disabilities-convention.htm> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En la 107ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el 13 de septiembre de 2007, se emitió la resolución 61/295 sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. De esta declaración -cuyo carácter vinculante puede argumentarse de la misma manera en que se sustenta esa misma cualidad respecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre- destaca el artículo 1<sup>676</sup>:

Artículo 1. Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

Por su parte, el artículo 3 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales<sup>677</sup> establece:

#### Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

<sup>676</sup> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

<sup>677</sup> Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/law/indigenas.htm> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Estas disposiciones refieren que los pueblos indígenas y tribales gozan plenamente de los derechos humanos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos, entre las que se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que si en las dos últimas se encuentra previsto el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, entonces es sostenible concluir que tales comunidades tienen este derecho<sup>678</sup>.

#### **IV.1.2. Sistema Regional Americano**

El artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

Artículo XVII. Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en sus artículos 1 y 3<sup>679</sup>, lo siguiente:

PARTE I  
DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS  
CAPÍTULO I  
ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona

<sup>678</sup> Esta posibilidad de que la posición del titular sea saturada por signos relativos a unidades culturales relacionadas con colectivos, puede respaldarse también con el contenido de prácticamente todos los artículos de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, aprobada por la Asamblea General de la ONU sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/53/625/Add.2). En estos preceptos se refiere a la posición del titular a la disyuntiva “individual o colectivamente” u otras fórmulas similares. Por ejemplo, téngase el artículo 1: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”. Página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/770/92/PDF/N9977092.pdf?OpenElement> Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

<sup>679</sup> Página web de la Organización de Estados Americanos: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm). Visitada por última vez el 28 de diciembre de dos mil doce.

que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

[...]

## CAPÍTULO II

### DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

También en el sistema interamericano, la disposición ha sido objeto del proceso de especificación de los tratados en materia de derechos humanos. El artículo 4 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará<sup>680</sup>, lo ha incorporado indirectamente. Ese precepto establece:

#### Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

## **IV.2. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como tautología**

En una primer aproximación se obtiene que, tal como se encuentra reconocido en las disposiciones textuales del sistema universal de los derechos humanos, la posición o función del titular de este derecho puede ser saturada tanto por signos que semánticamente conduzcan a unidades culturales singulares

<sup>680</sup> Página web de la Organización de Estados Americanos <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/13.CONVENCION.BELEN%20DO%20PARA.pdf>  
Visitada por última vez el 28 de diciembre de 2012.

como a unidades culturales colectivas; es decir, conforme al solo lenguaje de los convenios referidos, esta posición sintáctica *puede ser -aunque no necesariamente deba ser*<sup>681</sup>-, saturada por signos que denoten individuos o comunidades.

También se observa que las disposiciones están redactadas de tal manera que sólo se precisan dos posiciones o funciones sintácticas: la del titular y la del objeto. En la posición del titular se encuentran los signos “seres humanos” y, conforme a la posibilidad antes expuesta, también el de “comunidades indígenas”. Entonces, “seres humanos” y “comunidades indígenas” son, de acuerdo a esta primera aproximación, los titulares del derecho al reconocimiento de la personalidad.

Por su parte, la posición del objeto es ocupada por los signos “reconocimiento de su personalidad jurídica”. Particular importancia tiene el pronombre posesivo “su”, que claramente se encuentra en lugar del sustantivo “ser humano” o “comunidades indígenas” (esto último, si la posibilidad derivada del solo lenguaje de los tratados es considerada como un deber definitivo). Esto significa que los signos que saturan la posición del titular, también forman parte de la posición del objeto.

Ahora, el pronombre posesivo “su” puede significar varias posibilidades. Una de ellas es que englobe todo el significado del sustantivo al que se encuentra relacionado, de tal manera que vincule en relación de sinonimia ese sustantivo con aquél que se le asigna posesivamente, o bien puede significar solamente que el sustantivo que se le asigna posesivamente es sólo un atributo semántico de varios posibles.

Así, es razonablemente equivalente a las redacciones de los preceptos transcritos en los anteriores dos subcapítulos, la siguiente:

---

<sup>681</sup> Esto último se encuentra sujeto a la interpretación de órganos competentes y a los aportes de la dogmática y la teoría jurídicas. El lenguaje del legislador no es el único relevante en el sistema del Derecho, aun cuando contenga decisiones programantes, a diferencia del lenguaje de los jueces que, por lo menos, tiene la pretensión de conformarse por decisiones programadas. Sobre esta diferencia, véase el último capítulo de la obra de Raffaele DeGiorgi citada previamente en este trabajo.

Todo ser humano (y, posiblemente, toda comunidad indígena o tribal) tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de persona para el Derecho (pues previamente al reconocimiento ya es persona), o al reconocimiento de la personalidad que tiene como atributo.

Tenemos de esta manera, dos posibilidades en las cuales el signo que satura la posición del sujeto puede estar también en la posición del objeto. La primera implica que ser humano se reduzca a persona para el Derecho; la segunda, que “persona para el Derecho” sea sólo un atributo entre otros posibles de “ser humano”.

Sin embargo, los textos que analizamos son netamente jurídicos, es decir, forman parte del sistema del Derecho, por lo cual, en última instancia, responden al código semiótico-jurídico (término análogo al de estructura empleado en el pensamiento luhmanniano). Por ende, cabe cuestionar si tiene relevancia para el sistema jurídico la atribución al ser humano de atributos distintos al de “persona para el Derecho”. En otras palabras, ¿para el sistema del Derecho “ser humano” sólo puede ser algo si es “persona” o bien otros atributos distintos a éste pueden ser relevantes para que el sistema del Derecho le dé cabida a “ser humano”?

La definición jurídica de persona es “calidad de ser titular de derecho y obligaciones”, que es analítica, entonces para el sistema del Derecho “ser humano” sólo puede ser algo si es “persona”, es decir, “ser humano” se convierte, por una selección jurídica (por tanto, una selección que reduce entropía), sólo en “persona”. “Ser humano” se reduce a “persona” porque para el Derecho sólo este último signo le es relevante, por cuanto sólo mediante él se puede relacionar con más comunicación jurídica, con más derechos (libertades, derechos a algo, poderes, competencias o inmunidades) y obligaciones.

Desde la perspectiva jurídica, esta selección que segmenta una realidad extrajurídica (lo “humano”) para reducirla a términos manejables para el sistema<sup>682</sup>

---

<sup>682</sup> Véase la definición de signo expuesta en el capítulo primero, específicamente las consideraciones sobre el objeto inmediato y el objeto dinámico; así como el concepto de diferencia sistema/entorno y de selección en Luhmann, referidas en el segundo capítulo.

se encuentra ya supuesta a la estructura sintáctica del derecho en cuestión (así como de todos los derechos).

Entonces, una redacción equivalente a la de los instrumentos internacionales analizados es la siguiente:

Todo ser humano (y, posiblemente, toda comunidad indígena o tribal) tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de persona para el Derecho.

Por otro lado, hemos visto en el capítulo anterior, que los derechos humanos tienen una estructura sintáctica tripartita, la cual permite un análisis separado de las dos primeras posiciones. Estas posiciones son la del titular y la del objeto. Entonces, todo derecho humano demanda apriorísticamente ser saturado por algún signo en la posición o función del titular, de tal manera que cualquier signo que ocupe ese lugar, por ese solo hecho, adquiere la forma de la titularidad. *Todo signo que sature la posición o función de la titularidad, deviene automáticamente en titular.* Todo signo que llene la posición está preseleccionado como titular.

Así, la estructura sintáctica presupone selecciones semánticas. Esto se comprende mejor acudiendo a la unidad compleja tripartita de la semiosis y la comunicación: lo sintáctico no es ajeno nunca a la semántica, ni viceversa.

Entonces, la estructura sintáctica tripartita de los derechos humanos supone la asignación al signo “persona” de, por lo menos, el componente semántico “titular de derechos”.

Por tanto, si “ser humano” es el signo que satura la posición o función del titular en el derecho al reconocimiento de la personalidad, entonces está previamente reducido selectivamente por el Derecho a ser titular. Luego, puede verse /ser humano/ como un sema o componente semántico que el código semiótico-jurídico asigna al signo “titular”, por virtud del derecho al reconocimiento de la personalidad. Al mismo tiempo, debido a la existencia de este derecho, /titular/ es un sema necesariamente asignado por el código semiótico-jurídico al signo “ser humano”. Esto aún no significa sinonimia entre ambos signos, pues el

hecho de que sean parte del recorrido semántico de cada uno de ellos, no significa que sean todo el recorrido semántico.

Sin embargo, sí hay sinonimia, por lo menos en el sentido análogo defendido por Beuchot<sup>683</sup>, si el código semiótico-jurídico no asigna al signo “ser humano” por lo menos algún sema o componente semántico adicional distinto a /titular/. El carácter analógico de la sinonimia se observa también en que siempre es posible un enriquecimiento del código semiótico-jurídico y en que, como adelante se muestra, la tautología presenta ya el germen de su desenvolvimiento, es decir, la sinonimia tiene ya rastros de la asimetría que la ha de disolver.

En el lenguaje de los instrumentos internacionales que estamos analizando no se obtiene alguna definición o alusión a ser humano que implique la asignación al signo “ser humano” de semas distintos a /titular/. Por el contrario, se limitan a listar derechos cuya posición de titular es ocupada por el signo “ser humano”, gracias precisamente a la existencia del derecho a la personalidad jurídica, de donde se sigue que el único sema asignado a “ser humano” es el de /titular/: del solo lenguaje de las convenciones se obtiene que al signo “ser humano” se le asigna un semema sinónimo al asignado por lo menos parcialmente al signo “titular”, aunque no necesariamente –titular- es sinónimo de -ser humano- (pues es posible que la posición sintáctica del titular sea también saturada por “comunidades indígenas”).

Esto lleva a concluir que, si se considera como definición jurídica de “persona” aquella calidad de ser titular de derechos y obligaciones, entonces, “ser humano” es titular del derecho a ser titular de derechos. “Ser humano” es persona que tiene derecho a ser lo que es y para el Derecho sólo es persona: “ser humano” es persona que tiene derecho a ser persona. Las posiciones del titular y del objeto es ocupada a fin de cuentas por signos con el mismo significado, es decir, dicen lo mismo, pues el objeto del derecho es “a ser titular” y “ser humano” supone que ya es titular por el único hecho de saturar la posición sintáctica respectiva.

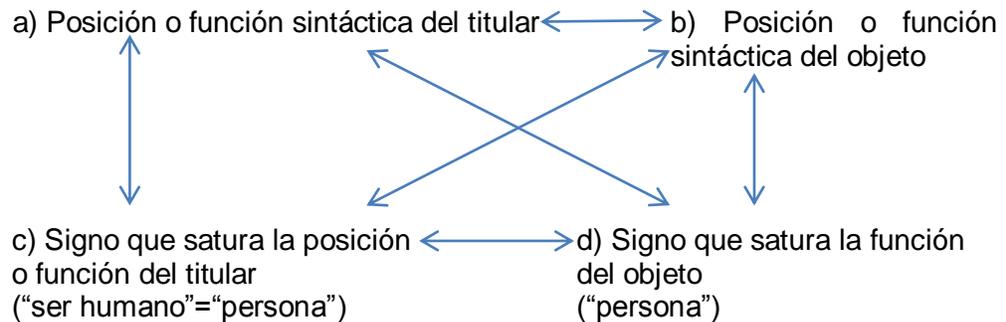
---

<sup>683</sup> Op. cit.

Sin embargo, “titular” y “objeto” son posiciones sintácticas distintas que constituyen formas o funciones distintas, de tal manera que el signo que las sature adquiere la calidad ya de titular, ya de objeto. Por tanto, desde el lenguaje de las convenciones, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica es aquél en el cual el titular es el objeto y el objeto es el titular, de tal manera que al decir lo mismo los signos que ocupan o saturan ambas posiciones o funciones, el texto del derecho termina por no decir nada: *el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una tautología*, según se ha definido ésta en el primer capítulo de este trabajo.

“Ser humano” es “persona” “titular” del derecho a ser “persona”, o lo que es igual, “persona” es “ser humano” “titular” del derecho a ser “ser humano”, o “titular” es “ser humano” con derecho a “ser humano”, o “ser humano” es “ser humano” con derecho a “ser humano”, o “persona” es “persona” con derecho a ser “persona”: “persona” es “persona”, es “persona”, es “persona”<sup>684</sup>. El derecho *al reconocimiento de la personalidad jurídica es una tautología*.

El contenido de la posición del titular es la misma que la del objeto, lo que genera doce posibles relaciones, todas ellas con resultados circulares y tautológicos, las cuales expresamos a continuación con las puntas de las flechas:



La posición sintáctica del titular se relaciona con el signo “persona”, que lo satura. También con la posición sintáctica del objeto, pues, como hemos demostrado en el capítulo anterior, todo derecho tiene esas dos posiciones sintácticas. Ahora, a través de esta segunda relación, entra en contacto con el

<sup>684</sup> “A rose is a rose is a rose is a rose”, con la diferencia de que en el lenguaje poético, el código semiótico permite tal cantidad de metonimias, metáforas y equivocidades, que esta estrofa puede significar muchas cosas<sup>684</sup>, mientras que el lenguaje jurídico, aunque con código semiótico débil, es especializado y no permite tales posibilidades.

signo que satura la posición sintáctica del objeto, a saber, “persona”. Por tanto, queda que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es persona que debe ser persona. Esto mismo sucede si se recorren las demás relaciones mencionadas<sup>685</sup>.

Pero es preciso acotar que el no decir nada de la tautología sólo se da en el aspecto meramente semántico del solo lenguaje empleado en los instrumentos internacionales, pues con base en la sola estructura sintáctica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y en las selecciones semánticas presupuestas que la hacen posible, se pueden establecer algunos criterios interpretativos y algunas obligaciones. Asimismo, si se acude a la semántica general del sistema jurídico, es decir, a la dogmática y teoría jurídicas, se podrá establecer criterios interpretativos semánticos. En su no decir nada, la tautología dice algo (veremos que este decir algo del no decir nada, implica la demanda jurídica de desarrollar la tautología<sup>686</sup>).

Sin embargo, dado que estos criterios y obligaciones derivarían solamente de cuestiones formales, entonces serán preponderantemente negativos. Para establecer criterios y obligaciones correlativas, se requerirá desarrollar la tautología.

---

<sup>685</sup> 2. La posición sintáctica del objeto se relaciona con el signo “persona”, que lo satura. También con la posición sintáctica del titular porque todo derecho tiene esas dos posiciones sintácticas. A través de esta segunda relación, entra en contacto con el signo que satura la posición sintáctica del titular, a saber, “persona”. Por tanto, queda que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es persona que debe ser persona. 3. El signo “persona” saturador de la posición del titular está en relación con esa posición. En tanto esa posición está vinculada con la del objeto, entra en contacto con ésta y con el signo que la satura “persona”, de tal manera que “persona” desde la posición del titular es algo que se tiene por objeto a sí misma, es decir, a “persona”. 4. El signo “persona” saturador de la posición del objeto está en relación con esa posición. En tanto esa posición está vinculada con la del titular, entra en contacto con ésta y con el signo que la satura “persona”, de tal manera que “persona” desde la posición del objeto es algo que tiene por titular a sí mismo, es decir, a “persona”.

<sup>686</sup> La tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad no es “pura” y no puede serlo, porque se da dentro de un sistema con código semiótico débil como el Derecho, esto es, no es una tautología lógica. Esta tautología es la relativa que expusimos en las conclusiones del capítulo 1, así como en el pensamiento de Luhmann. Por esto se hace visible su carácter inestable y paradójico: dice algo en su no decir nada.

#### IV.2.1 La necesidad del desarrollo de la tautología

Por otro lado, el hecho de que los signos de ambas posiciones sintácticas digan lo mismo y, por ende, digan nada, no significa que las posiciones se disuelvan y desaparezcan. De hecho, siguen allí ambas posiciones. El derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica no se reduce a “persona”, sino a “persona titular” (i.e. “persona”) del derecho a ser “persona”. Esto es, sigue teniendo la forma de una proposición, que sería, por abreviación: “persona” es (debe ser) “persona”. En su no-decir-nada, la tautología dice algo: dice la necesidad de desenvolverla mediante el mantenimiento de la diferencia entre las dos funciones sintácticas que la componen.

La tautología sólo se forma en una estructura formal de dos posiciones sintácticas diferentes, cuyo contenido no dice nada y, además, ese no decir nada implica que ambas posiciones digan lo mismo. Es decir, el hecho de que no se defina “ser humano” se agrega al hecho de que la posición del objeto está saturada por “persona”, que no es otra cosa que el significado supuesto a la posición sintáctica del “titular”, en tanto que persona es “titular de derechos y obligaciones”.

Entonces, la tautología no se forma sólo por el hecho de que no esté definido “ser humano”, sino porque esa no definición lleva a que los significados de los signos que saturan las dos posiciones sintácticas se refieren circularmente entre sí y, por ello, no dicen nada cuando precisamente por la diferencia de las posiciones sintácticas (titular-objeto), deberían decir algo. La tautología sólo existe en la forma dual de un juicio y porque en esta dualidad, ambas posiciones formales son diferentes y demandan que el contenido que las saturan también sean.

Esta tautología es, pues, paradójica. Se caracteriza por no decir nada al tiempo que en su no decir nada, debería decir algo, a saber, la diferencia titular-objeto y, en este “debería decir algo” dice algo. La tautología referida no es idéntica a sí misma, porque internamente demanda su propia asimetrización y desarrollo. Se trata, entonces, de una tautología lingüística, según se la definió en el capítulo primero.

La tautología no demanda ser desarrollada sólo por la contradicción implícita a la diferencia de las posiciones titular y objeto, sino también porque ambas posiciones están necesariamente relacionadas con una tercera (la función relacional con obligaciones correlativas) y sólo existen y tiene sentido por esta relación (lo que no significa que esta tercera tenga precedencia sobre las primeras, pues tampoco existe ni tiene sentido sin éstas). En palabras más simples: si las posiciones de titular y objeto no dicen nada, entonces no pueden obligar y, por tanto, no habría derecho alguno, pues este implica una tercera posición sintáctica, a saber, la relacional con las obligaciones correlativas.

Aún más: si la tautología demanda por sí misma ser desarrollada, tanto por implicar la contradicción entre la diferencia de las posiciones sintácticas y la identidad de los contenidos semánticos, como por la relación con la posición formal que vincula con las obligaciones, entonces *el desenvolvimiento de la tautología es primordialmente un problema jurídico*. Concorre con esto, aunque por otras razones, François Ost, cuando refiere que “decir quién tiene qué, quién hace qué y *quién es quién*, es el rol esencial del Derecho”<sup>687</sup>, García Máynez cuando sostiene que “la personalidad jurídica, como su denominación lo indica, es siempre creación del derecho”<sup>688</sup> y Villoro Toranzo, cuando hace suya esta última aseveración<sup>689</sup>.

## **IV.2.2 Operaciones diferenciadas en cada función o posición sintáctica para desarrollar la tautología**

### **IV.2.2.1 Operaciones para asimetrizar la tautología sobre la posición sintáctica del titular, su carácter de regla y el derecho al reconocimiento de la personalidad como la condición jurídica-formal de todos los demás derechos**

---

<sup>687</sup> Ost, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en revista Doxa, no. 14, Madrid, 1993, p. 194.

<sup>688</sup> García Máynez, Eduardo. “Introducción al Estudio del Derecho”, Porrúa, México, 11 ed., 1963, p. 294.

<sup>689</sup> Villoro Toranzo, Miguel. “Introducción al Estudio del Derecho”, Porrúa, México, 14 ed., 1999, p. 431. Aunque después se desvía un poco para sostener que el “dato” sobre lo “humano” es aportado exclusivamente por las “ciencias auxiliares” de la dogmática jurídica. Ibid. pp. 433 a 440. Este autor, que suele ser base de posturas lindantes a las religiosas, termina con una definición de persona “natural” muy similar a la que más adelante referimos de Dworkin, como “todo ser real racional capaz de una conducta libre”. Ibid. p. 440.

La tautología se desenvuelve por medio de la asimetrización de los contenidos de los contenidos de los signos que saturan las posiciones del titular y el objeto. Es decir, se desarrolla al romper la sinonimia entre “ser humano” y “persona”. Pero al ser un problema jurídico, este rompimiento debe hacerse dentro del sistema del Derecho, es decir, en alguno de los tres lenguajes que lo componen.

Se ha visto que la tautología surge en parte porque en el lenguaje de los instrumentos analizados se da esa sinonimia, por lo cual a menos que sean reformadas las convenciones, la tautología permanecerá. Por tanto, el desenvolvimiento de la tautología, de momento, sólo puede darse en el lenguaje de los jueces o en el de la dogmática y teoría jurídicas. En otras palabras, empleando la terminología luhmanniana, la tautología se ha de resolver en el centro del sistema jurídico, no en la periferia, o sea en la parte más profunda del sistema jurídico, no en los nodos de acoplamiento estructural con el sistema político.

Esto significa que si antes se esperaba el rompimiento de la tautología por medio de una decisión “política”, que se diera precisamente en la intersección de lo jurídico y lo político (proceso de creación de normas generales: normas constitucionales, leyes, tratados internacionales)<sup>690</sup>, ahora esa solución debe darse en otro campo de juego: en el de los tribunales, la doctrina y la teoría jurídicas.

Como se hará patente más adelante, esto es lo que ha venido sucediendo desde la década de los años setenta del siglo pasado, aunque por medio del ocultamiento de la tautología y, por ende, por medio de la sustitución velada de las Cortes constitucionales e internacionales en el papel de los órganos reformadores de la Constitución o de los estados partes de los tratados por los jueces en la posición de emisores de la decisión programante y creadora del derecho. Esto es así, pues si el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica sólo puede obligar y, por ende, ser plenamente derecho, si se rompe la sinonimia, entonces

---

<sup>690</sup> Ost llama a esto el modelo de Júpiter. Cfr. op. cit. pp. 170 y 173 a 176.

quien la disuelva es quien, por medio de sola decisión o de decisión argumentada, creará el derecho, el cual, por cierto, es la condición de todos los demás.

Si la tautología se desarrolla al asimetrizar el significado de los signos que saturan las posiciones del titular y del objeto, entonces esto puede realizarse operando distinciones en alguna de las funciones, es decir, la del titular o del objeto. Esto no es otra cosa que un re-entry. La existencia de diversas funciones o posiciones sintácticas tiene origen en haberlas diferenciado. Esta operación de diferencia puede repetirse o recurrirse en cada posición o función. Por tanto, si de por sí es una distinción la existencia de las posiciones titular-objeto, entonces la tautología se desarrollará mediante la recursión de la operación de diferenciar, lo cual puede ocurrir diferenciadamente en cada lado.

Esto significa que la tautología existe precisamente porque se mantiene la distinción entre ambas posiciones sintácticas (titular-objeto). Por ende, se pueden realizar desarrollos racionales diferenciados en cada posición sintáctica.

Sin embargo, la tautología que hemos expuesto sólo puede desarrollarse por medio de operaciones recaídas al signo que satura la posición sintáctica del titular, pues fue generada precisamente por la reducción selectiva del semema -ser humano- al sema /titular/, i.e. /persona/. Así, no importa cuántas diferencias se operen en la posición del objeto, esto sólo significará que aquello que se obtenga se asignará al signo que sature la posición del titular y, por ende, se mantendrá la sinonimia pues sólo se repite en el significado del signo saturador de la función de la titularidad los semas adscritos al saturador de la función del objeto.

De esta manera, si se enfocan las operaciones sobre la posición de la titularidad, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica *es la condición de todos los demás derechos*, no por tener jerarquía superior sobre los demás, sino porque los demás necesariamente lo suponen como parte de sí mismos.

En efecto, todos los derechos tienen las posiciones sintácticas del titular y del objeto. El derecho al reconocimiento a la personalidad, enfocado a la posición del titular, establece, aunque tautológicamente, quién debe ser tenido como titular de derechos. Por tanto, siempre que se afirma cualquier derecho humano, se afirma, al mismo tiempo, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica. El

derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es, en este aspecto, la puerta de entrada a todos los derechos humanos y, en general, la condición de todos los derechos, humanos o no.

Ejemplificativamente, mencionamos el derecho a la vida, al cual la Corte Interamericana ha dado la calidad de ser la condición de todos los demás derechos<sup>691</sup>. Sin embargo, sólo tiene derecho a la vida quien es persona, es decir, quien es titular de derechos y esta calidad es la materia misma del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, como hemos ya explicado. Por tanto, el derecho a la vida supone el derecho a la personalidad jurídica. Si se determina (como muy cuestionablemente ha hecho ese tribunal en una reciente sentencia que más adelante analizaremos) que determinado ente extrajurídico no es persona, entonces carece del derecho a ser persona y, por tanto, también del derecho a la vida, de donde se sigue con claridad que este derecho supone en todo momento el relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto también se observa si se opera en términos negativos el derecho a la vida. Si una persona es condenada a muerte y, por ende, su derecho a la vida está a tal grado afectado, casi nulificado<sup>692</sup>, ello no le anula en ningún momento su

---

<sup>691</sup> Fernando Silva refiere que así se ha resuelto en los casos Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de abril de 2006; Masacres de Ituango Vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006; caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006. Silva García, Fernando. "Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales", Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011, pp. 43 y ss. Sin embargo, ha habido muchos casos más, tanto antes como después de esas resoluciones; incluso casos en los que nuestro país ha sido parte, por lo cual no se explica que ese autor no los refiera. Tal vez éste sea el criterio más antiguo y en el cual ha sido más consistente la Corte Interamericana. Otros casos donde ha reiterado lo anterior son los de "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre 1999; Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia; Penal Castro Castro Vs. Perú; Vargas Areco Vs. Paraguay; González y otras (Campo algodón) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009; Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012; y Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012. Sin embargo, en la sentencia Artavia y otros vs. Costa Rica, pareciera que en algo se abandonó esa postura, como bien advierte el juez disidente en su voto particular. Lo curioso es que sucedió el mismo día que la sentencia de la del caso de la Masacre de Santo Domingo, lo cual es revelador del carácter ideológico, sesgado e impositivo del fallo Artavia, que más adelante develaremos con más cuidado.

<sup>692</sup> Se dice "casi", porque un condenado a muerte no necesariamente puede ser matado por cualquiera ni en cualquier momento, sino que, normalmente sólo puede ser ejecutado en una fecha y lugar determinados, por personas debidamente autorizadas. Por ejemplo, si una persona no autorizada matara a un condenado a muerte, seguramente incurriría en el delito de homicidio, que

derecho a ser persona. De hecho, será persona y será reconocida como tal incluso durante la ejecución. La pena de muerte tiene sentido si se ejecuta sobre una persona, de lo contrario, antes que pena, sería igual a dar muerte a cualquier ser vivo, cualquiera la podría ejecutar y no existiría procedimiento para ello. Aun más, si no se le reconociera el carácter de persona en todo momento, no se explicaría el constante impulso de buscar forma “humanitarias” de ejecución: en su momento la guillotina, la silla eléctrica y, actualmente, la inyección letal. Incluso explica por qué a nivel internacional se ha buscado la erradicación de esa pena.

Lo mismo sucede con el resto de los derechos fundamentales, en cuanto poseen la estructura sintáctica referida, así como los demás derechos que puedan adscribirse, que también tengan esa disposición formal (titular-objeto).

Esta precedencia del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no implica jerarquía. Se ha dicho que la afirmación de cualquier derecho humano, necesariamente afirma, al mismo tiempo, el derecho al reconocimiento de la personalidad, de tal manera que, si ninguna jerarquía conviene a los derechos humanos entre sí, tampoco le convendrá al derecho al reconocimiento de la personalidad. Asimismo, si alguna jerarquía se asignare a los derechos humanos (como pretenden Finnis y Vigo), entonces el derecho al reconocimiento a la personalidad tendrá las posiciones jerárquicas de los derechos que necesariamente lo suponen y lo afirman en todo momento, es decir, tendrá mayor jerarquía si se afirma junto a un derecho con mayor jerarquía y la tendrá menor si se afirma junto a un derecho con menor jerarquía. La precedencia del derecho al reconocimiento de la personalidad no puede significar posición jerárquica superior alguna.

También puede decirse que, si el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica necesariamente es supuesto y afirmado por todos los demás derechos, incluso él mismo (de ahí su carácter tautológico) cuando es enfocado desde la posición del titular, entonces, en cuanto se realicen operaciones en esa posición sintáctica, este derecho *se comportará como una regla* en el sentido que

---

es una medida de protección del derecho a la vida. El sentenciado a muerte es persona hasta el final.

la define Alexy. *Es decir, valdrá necesariamente, no prima facie*. No será un mandato de optimización: o se reconoce a algo el carácter de persona, o no se le reconoce. *O se le abre la puerta a todos los derechos humanos y aun los demás derechos o se lo excluye totalmente. Ser o no ser.*

Esto conduce a que, si en el marco de los tribunales es donde se termina creando el derecho al reconocimiento de la personalidad, porque es allí donde se puede romper la sinonimia generadora de la tautología, y este derecho es la condición de todos los demás en el estricto sentido aquí expuesto, entonces el poder que los tribunales competentes (generalmente, cortes supremas nacionales o cortes internacionales emisoras de fallos vinculantes) es sumamente amplio. *Tanto poder no puede quedar excluido a análisis críticos, menos cuando redunde en determinar el ser o no ser de algo o alguien para el Derecho*<sup>693</sup>. Por eso es importante la precisión del concepto de ideología que se ha desarrollado en el primer capítulo de este trabajo<sup>694</sup>.

Este apartado lo terminamos aludiendo a la relación entre el derecho a la personalidad y el derecho a la igualdad. Vimos en el capítulo anterior, que en el sistema del Derecho de la sociedad funcionalmente diferenciada, el principio de igualdad se generó por el privilegio de operar sobre su aspecto positivo, la igualdad, en perjuicio de su aspecto negativo, la desigualdad, sin que desde la sola lógica haya razón que impida privilegiar uno y otro lado.

También se demostró en el capítulo anterior, que la igualdad no sólo es un derecho humano, sino que, además, es una nota semántica que admite asociarse a todos los demás derechos humanos, junto con la dignidad humana, la

---

<sup>693</sup> Aún más, a nuestro juicio, esto nos debería orientar a distinguir perfectamente cuándo los tribunales realizan interpretaciones sobre normas de competencia propias y, por ende, de poder, y cuando realizan interpretaciones sobre disposiciones de derechos humanos, las cuales, si bien pueden incluir normas de competencia, no son a favor de los tribunales, sino de las personas (sean éstas quienes sean). Así, como hemos expuesto en otro trabajo, nos parece sumamente dudosa la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la cual se arrogó no sólo ser el intérprete "autorizado" de la Convención, sino también el "último", pues es claro que este ejercicio versó sobre normas de competencia propia y la interpretación distó de ser estricta como conviene a este tipo de disposiciones. Es claro que "último" connota superioridad jerárquica, aunque no necesariamente lo denote.

<sup>694</sup> Infra cap. I.3.4.5 y conclusiones parciales 4.2 y 4.6 del capítulo I.

universalidad, la libertad, la intangibilidad (relativa o absoluta) respecto de la decisión, la indivisibilidad, la interdependencia, la progresividad y otros.

A estos datos, sumamos el siguiente. Si la posición del titular de los derechos humanos ha de saturarse por un solo signo (con independencia de que se refiera a individuo o comunidad, y sin importar que sea analíticamente divisible o no, es decir, primariedad, segundidad o terceridad, según la clasificación peirciana), entonces es indudable que el principio de igualdad tendrá una relación directa con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, con la estructura formal de este derecho.

*La igualdad se entenderá como una nota semántica supuesta por la posición sintáctica de la titularidad.* Esta relación no la tiene el derecho del reconocimiento de la personalidad jurídica con los demás derechos humanos, pues como vimos anteriormente, éstos enriquecen directamente el significado del signo que sature la posición del objeto, no así la del que sature la del titular.

Por otro lado, el derecho a la igualdad, por su complejidad y dinamismo, también afectará al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica desde la posición del objeto de este último, de la misma manera que hacen los demás derechos humanos.

Esto último significa que se debe ser muy cuidadoso al seleccionar los semas que se atribuyan al signo que sature la posición del sujeto del derecho que nos atañe, pues cualquier característica que se asigne a -ser humano- para asimetrizarlo de -persona-, será una nota que necesariamente marcará igualdad entre todos los titulares de derechos humanos y, por ende, será imposible discriminar respecto a esa característica, sin al mismo tiempo negar el carácter de persona a quien resulte discriminado en casos justificados.

Asimismo, dado que el principio de igualdad está supuesto semánticamente a la posición del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, entonces aquello que se determine como posiblemente materia de discriminación (como por ejemplo las categorías no sospechosas, e incluso las sospechosas referidas por el artículo 1 constitucional mexicano, en tanto que, por medio de

justificación calificada pueden ser objeto de discriminación<sup>695</sup>), no podrá ser nota semántica que por sí sola se requiera para asimetrizar -ser humano- de -persona-. En otras palabras, las categorías sospechosas y las no sospechosas no pueden ser aquello que distinga a “ser humano” como titular de derechos y obligaciones en oposición a aquello a lo cual se niegue ese carácter<sup>696</sup>.

#### **IV.2.2.2 Operaciones para asimetrizar la tautología sobre la posición sintáctica del objeto y el derecho al reconocimiento como principio**

Por otro lado, si se opera sobre la posición del objeto, no se obtendrá este carácter de ser condición de todos los demás derechos fundamentales, sino más bien se incorporará el contenido de estos derechos y aún otros al concepto -persona- o de -ser humano-. Si se tiene derecho a ser persona, ser persona es ser titular de derechos y los derechos fundamentales se tienen sólo por ser persona, entonces el hecho de ser reconocido como persona significa que se reconoce como titular actual de todos esos derechos. Así, todos y cada uno de los derechos humanos son componentes semánticos del signo “persona”, siempre que el recorrido semántico se realice a partir de distinciones operadas en la posición

---

<sup>695</sup> Sobre este tema, vid. Alexy, “Teoría de los Derechos...”, op. cit. pp. 381-417; Dworkin, *Taking rights...*, op. cit. pp. 223-239; Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Parceros Cruz y otro, compiladores, “Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres”, Fontamara, México, 2010, pp. 1-26; en esta misma compilación, García Muñoz, Soledad, “Género y Derechos Humanos de las mujeres. Estándares conceptuales y normativos en clave de Derecho Internacional”, pp. 47-83; Courtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista Derecho del Estado* n. 24, julio de 2010, pp. 105-141; Santiago Juárez, Mario. “Igualdad y acciones afirmativas”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-CONAPRED, 2007, pp. 191-267; De la Torre Martínez Carlos, “El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico” en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Constitucional celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 2006*, pp. 255-278; Cook, Rebecca. “Los derechos humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir” en Cook, Rebecca (ed.) *Derechos humanos de la Mujer*, Profamilia, Colombia, 1997, pp. 3-19. También es conveniente referir la tesis 1a. CIV/2010 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que alude precisamente al escrutinio intenso que debe hacerse cuando se está frente a categorías sospechosas: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXII, septiembre de 2010, p. 183.

<sup>696</sup> Por ejemplo, el sexo (masculino o femenino), el género (hombre, mujer, etc.), o como dice el artículo 1 constitucional, todo aquello cuya discriminación atente directamente contra la “dignidad humana”, no pueden ser notas semánticas que distingan “ser humano” como titular de derechos, en oposición a aquello que a lo que se niegue ese carácter. En cambio, la abstracción que absorbe esas categorías, como “sexualidad”, “construcción social relacionada con sexualidad biológica”, y otros similares, sí podrían formar parte de la distinción. Estas abstracciones, a su vez, pueden ser englobadas por la corporeidad que referimos en las conclusiones 10.3 a 10.5, del capítulo anterior.

sintáctica del objeto del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Esto se expresaría así: “ser humano”, “persona” o “titular de derechos” es un “x” tal que “x” es además todos los derechos fundamentales o, en palabras más simples, “ser humano”, “persona” o “titular de derechos” es algo de lo cual se pueden predicar todos los derechos fundamentales.

Igualmente, si se opera sobre la posición sintáctica del objeto de este derecho, se pueden incorporar otros componentes semánticos, además de los demás derechos fundamentales. Por ejemplo, se podrá asignar al semema – persona- como objeto del reconocimiento, los tradicionales atributos de la personalidad, de tal manera que parte de los deberes relacionados a este derecho (es decir, parte de la tercera posición sintáctica) será a tener capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad<sup>697</sup>. De hecho, existen derechos fundamentales autónomos a algunos de estos atributos<sup>698</sup>.

Asimismo, operando sobre la posición del objeto es posible establecer como componente semántico de –persona- el hecho de desarrollarse como tal, esto es, lo que en el derecho constitucional alemán es el derecho al desarrollo de la personalidad y ha sido adoptado en la jurisprudencia interamericana y por nuestra Suprema Corte. Esto que aquí sostenemos, también se apoya en la postura de Luhmann, consistente en que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene por objeto reservar al ser humano una esfera de acción a él atribuible, necesaria para que pueda presentarse como personalidad, como unidad individual autoconsciente, en constante construcción. Tal posición es también adoptada por Peces-Barba, aunque desde una perspectiva de moralidad<sup>699</sup>.

Tales posiciones se explican perfectamente con lo que aquí hemos expuesto: si el derecho al reconocimiento de la personalidad necesariamente se relaciona *internamente* con el contenido de todos los demás, entonces siempre que se vulnere un derecho humano, se afecta la personalidad de la víctima y, de la

<sup>697</sup> Rojina Villeas, Rafael. “Derecho Civil Mexicano”, Porrúa, México, 9ª. Ed., 1999, tomo I, p. 423.

<sup>698</sup> Por ejemplo, el derecho al nombre y a la nacionalidad interpretados en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, que más adelante se analiza.

<sup>699</sup> Infra cap. III, c). Este autor asocia la moralidad básica, fundante de los derechos humanos, en el pleno desarrollo de la personalidad de sus titulares.

misma forma, siempre que se afecte la personalidad de una persona se afectara, por lo menos, algún derecho humano.

Tal relación entre el derecho al reconocimiento de la personalidad y los demás derechos humanos no es la que corresponde a la interdependencia. Este principio es un deber, es decir, parte del hecho de que no existe necesidad de que se relacionen los derechos entre sí y, por ende, implica la posibilidad de su infracción, es decir que indebidamente no se relacionen entre sí los derechos o que válidamente admitan varias posibilidades de relación. El caso del derecho al reconocimiento de la personalidad es distinto. Los demás derechos humanos lo afirman necesariamente si se lo enfoca desde la posición del titular y necesariamente lo complementan si se opera desde la posición del objeto. No es posible “infringir” esta necesidad. No es un deber que el derecho al reconocimiento de la personalidad sea la condición de los demás, es un hecho.

Esta posibilidad de operar diferenciadamente el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica (en y desde la posición del titular, y en y desde la posición del objeto), implica que, tanto si se realizan diferenciaciones sobre la posición del titular como si se hace sobre la posición del objeto (más aun en éste), se genera un dinamismo muy complejo, que, como dice François Ost, llevan a una inventiva de las comunidades políticas y, a fin de cuentas, apuntan a la posibilidad de descentralizar el Derecho y a relativizar, por lo menos, el monopolio de los juristas, de las Cortes y de los Estados sobre el sistema del Derecho<sup>700</sup>. Esto también es preconizado, sin referencia a este derecho humano, por Häberle, cuando habla de una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución<sup>701</sup>.

Por último, distinguir entre operar en la posición del titular y operar en la posición del objeto, es muy importante, pues como se verá más adelante, las sentencias en las que claramente se ha aludido al derecho al reconocimiento de la personalidad han realizado distinciones sólo en la posición del objeto; mientras que aquellas en las que, de hecho, las operaciones se ha efectuado en la posición del titular, no han referido explícitamente a este derecho.

---

<sup>700</sup> Op. cit. p. 191.

<sup>701</sup> Häberle, Peter. “El Estado Constitucional”, IJ-UNAM, México, 2001, p. 12 et al. Traducción de Héctor Fix Fierro.

### IV.3. La tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en relación con la dogmática y teoría jurídicas

#### IV.3.1 El mantenimiento de la tautología: posiciones analíticas de Kelsen y Ferrajoli

##### a) Kelsen

Kelsen distingue la causalidad natural de la causalidad normativa, en que la primera se rige por relaciones necesarias causa-efecto, mientras que la segunda es una relación imputativa. Nos dice:

La diferencia entre causalidad e imputación reside [...] en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la Ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, sino que es enteramente independiente de semejante intervención humana [...] “Imputación” es el término que designa una relación normativa. Esta relación –y no otra cosa- se expresa mediante el verbo “deber”, en la forma en que es utilizado en leyes morales o jurídicas<sup>702</sup>.

Otra diferencia entre la causalidad natural y la normativa, es que la primera no tiene fin y la segunda, sí. La cadena de la causalidad eficiente puede continuar infinitamente, por lo menos según los postulados de la física clásica, de tal forma que sólo se llegó a sostener la existencia de una primera causa o primer motor, cuando la concepción sobre la causalidad eficiente no se había distinguido de la causalidad imputativa<sup>703</sup>.

Sin embargo, esta última necesariamente tiene un fin, porque no existe necesidad de que la condición a la cual se imputa una consecuencia, sea a su vez consecuencia que deba imputarse a otra condición<sup>704</sup>. La cadena de causalidad imputativa no es ilimitada como la de causalidad eficiente.

Sobre cuál sea este punto final de la causalidad imputativa, Kelsen desestima que haya de ser una entidad que trascienda el Derecho, como lo sería un agente libre.

<sup>702</sup> Kelsen, Hans. “Teoría pura...” op. cit. p. 104.

<sup>703</sup> Cfr. Ibid. p. 105.

<sup>704</sup> Cfr. Ibid. pp. 104-105.

Sostiene el jurista vienés que “el supuesto de que sólo la libertad del hombre, es decir, el hecho de no estar sometido a una ley causal, hace posible la responsabilidad, y, por ende, la imputación atribuida, se encuentra, empero, en abierta contradicción con los hechos de la vida social”<sup>705</sup>, porque todo sistema normativo parte de la suposición de que la conducta humana es causalmente determinable y, “por tanto, que no es libre”<sup>706</sup>. Una imputación moral o jurídica sólo es posible “si la voluntad está causalmente determinada”<sup>707</sup>.

Entonces, la existencia de un agente libre no es siquiera una ficción necesaria para poner fin a la cadena de imputación normativa, de tal manera que “el hombre no es objeto de imputación por ser libre, sino que el hombre es libre porque es objeto de imputación. Imputación y libertad se encuentran, de hecho, esencialmente enlazados. Pero esa libertad no puede excluir la causalidad, y, en realidad, no lo hace”<sup>708</sup>.

Por tanto, Kelsen sustenta su teoría del Derecho y, por ende, la de la personalidad jurídica solamente en la causalidad imputativa y ésta última la sustenta solamente en su oposición con la causalidad eficiente, de tal manera que la postura kelseniana *se sustenta en juicios analíticos* que se deducen de esta posición primigenia.

Para Kelsen el código semiótico-jurídico consiste en la asignación y desarrollo de relaciones de imputación normativa. Este código -que en realidad sería un s-código según lo expuesto en el primer capítulo- sólo podría enriquecerse por medio de decisiones externas al Derecho, a saber, la decisión legislativa o la decisión judicial, ambas completamente libres de razones jurídicas, según hemos aludido en el tercer capítulo. Por tanto, la personalidad jurídica sólo puede constituirse por un juicio formal analítico, que podría ser alterado en cada época y lugar en cuanto a su contenido específico, por decisiones para las cuales es irrelevante ser o no acompañadas por razones.

---

<sup>705</sup> Ibid. p. 107.

<sup>706</sup> Id.

<sup>707</sup> Ibid. p. 110.

<sup>708</sup> Ibid. p. 112.

La personalidad jurídica se convierte así en una y sólo una función, en la cual la operación ( $f$ ) es un juicio analítico que imputa la personalidad como consecuencia a un antecedente variable ( $x$ ), el cual es el resultado de una decisión no acompañada de razones. Precisamente de esta manera lo desarrolla Kelsen.

El destacado jurista austríaco sostiene que una obligación jurídica es una norma jurídica positiva, que manda u ordena la conducta de un individuo, al enlazar una sanción al antecedente consistente en la conducta contraria a la mandada u ordenada<sup>709</sup>. Es decir, “un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción)”<sup>710</sup>.

En este contexto, “sujeto” es sólo el individuo obligado, “es decir, aquel que mediante su conducta puede violar o satisfacer la obligación; el individuo con derecho, es decir, aquel en cuyo respecto ha de cumplirse aquella conducta, es sólo objeto de la conducta que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta”<sup>711</sup>. Por esto, todo derecho no sólo presupone una obligación jurídica, sino que “consiste en esa obligación jurídica”<sup>712</sup>.

De esta manera, se opera una distinción: sujeto de obligación es diferente a sujeto de derecho.

El sujeto de la obligación necesariamente supondrá la capacidad de realizar conductas cuyas contrarias sean antecedentes de sanciones imputadas; mientras que sujeto de derecho sería parte del objeto de la obligación mandada u ordenada, de tal forma que “si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido ‘sujetos’ de un derecho con relación a esas conductas”<sup>713</sup>.

---

<sup>709</sup> Ibid. p. 130.

<sup>710</sup> Ibid. p. 133.

<sup>711</sup> Ibid. p. 141.

<sup>712</sup> Ibid. p. 143.

<sup>713</sup> Ibid. p.142.

Cada tipo de “sujeto” es, por tanto, una función diferente. En la función del sujeto de la obligación, la operación (*f*) consiste en atribuir la posibilidad de ser objeto de sanción y la variable o argumento (*x*) consiste en aquello que puede ser objeto de sanción, es decir, aquello que pueda realizar conductas cuyas contrarias sean objeto de sanción. En la función del sujeto de derecho, la operación consiste en atribuir a algo la posibilidad de ser destinatario de la conducta del sujeto de la obligación, y la variable o argumento es ese “algo”.

Kelsen refiere que, según la teoría tradicional, “sujeto de derecho” se identifica con el concepto de “persona”, por lo que persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Esta postura descansa –según nuestro autor– en que “‘ser persona’, o ‘tener personalidad jurídica’ es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”<sup>714</sup>, lo cual significa que la persona sea igual a las obligaciones y derechos de las que se dice que es portadora.

Por tanto, para Kelsen, “la persona no es más que la personificación de esa unidad”<sup>715</sup> de derechos y obligaciones.

Así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por el derecho, sino la protección jurídica de un interés, la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre [...] Persona jurídica [i.e. persona para el derecho] es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derecho subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas –o más correctamente: puesto que esas obligaciones y derecho son normas jurídicas–, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. La cuestión consiste en establecer cuál sea, en uno y otro caso, el factor que establece esa unidad<sup>716</sup>.

Si el factor que establece esa unidad, es un “hombre”, entonces se tratará de una persona física, la cual, por ende, es “la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre [...] En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica”<sup>717</sup> [i.e. persona para el derecho].

Si el factor que establece la unidad es una colectividad, será una persona jurídica en estricto sentido, la cual se define como

---

<sup>714</sup> Ibid. pp. 182-183.

<sup>715</sup> Ibid. p. 183.

<sup>716</sup> Ibid. pp. 183-184.

<sup>717</sup> Ibid. p. 184.

una agrupación organizada, es decir, una agrupación constituida por un orden normativo que estatuye las funciones que deben ser desempeñadas por los individuos que son designados para las mismas de la manera determinada en los estatutos. Es decir, un orden normativo que establece órganos de ese tipo que funcionan con base en una división del trabajo [...] Puesto que en la atribución de un acto de conducta humana a la agrupación, no se expresa otra cosa sino la referencia de ese acto al orden normativo que lo determina y que constituye la comunidad que mediante esa atribución es personificada<sup>718</sup>.

Por tanto, para Kelsen la personalidad para el derecho es una función, en la cual la operación (*f*) consiste en la atribución de unidad a una pluralidad de derechos y obligaciones, y la variable (*x*) es el factor que determina la unidad. Este factor debe ser algo capaz de realizar conductas, lo que no significa que exista alguna obligación del Estado de establecer que todo aquello que sea capaz de esto deba ser tenido como persona: *esto requiere de otra función cuya operación tenga por variable a esta función.*

Es decir, para que –conforme al pensamiento kelseniano- el Estado tenga la obligación de establecer indefectiblemente un factor de unidad como “el” factor de unidad, se requiere de una función, cuya operación consiste en el derecho a ser ese factor. Se requiere pues, de una función que tenga como variable la función “persona” de Kelsen.

También podemos decir que, para Kelsen, la personalidad para el Derecho es una función de segundo orden, pues ha de ser saturada por un signo (lo llama factor de unidad) que a su vez es una función, una función semiótica.

Entonces, para que el Estado tenga la obligación de establecer indefectiblemente un factor de unidad como “el” factor de unidad, se requiere de una función de tercer orden que opere sobre la función de segundo orden kelseniana. Esta función de tercer orden es el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la cual, por tanto, tendrá la función “persona” expuesta por Kelsen, como parte de sus variables.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica le da la vuelta al pensamiento analítico y positivista de Kelsen a partir de la propia positividad formal y analítica. Si para Kelsen la personalidad para el Derecho es una función, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una función que tiene

---

<sup>718</sup> Ibid. pp. 186-187.

por variable a la función kelseniana, y la función de tercer orden que la tiene como argumento o variable, es positivada por decisión, pero no podrá ser interpretada sólo por decisión desnuda, en tanto que esta función de tercer orden es producto de una selección semántica: la teoría de los derechos humanos.

Para matar a la serpiente había que obligarla a morderse la cola. Pero esto tiene un precio: la tautología que hemos expuesto en la primera parte de este cuarto capítulo.

La función de tercer orden recurre directamente sobre la función kelseniana de personalidad<sup>719</sup>. La función de tercer orden parte de la estructura sintáctica de derecho a partir de la cual Kelsen obtuvo analíticamente la definición de persona, es decir, su función “persona”.

Por esto, al ponerse en el derecho al reconocimiento a la personalidad, “personalidad” como signo saturador de la función del objeto ( $f_o$ ) necesariamente se le dio por significado aquello que es supuesto por la función de la titularidad ( $f_t$ )<sup>720</sup>, de tal forma que al dejarse insaturado el significado del signo “ser humano” con el que se pretendió saturar esta última función, el resultado fue una tautología.

Por otro lado, esto nos lleva a observar con claridad que una postura analítica como la kelseniana no puede desarrollar ni desenvolver la tautología que implica el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, pues éste pretende dar la vuelta a este tipo de pensamiento. La semántica kelseniana no permite desarrollar la tautología.

Además, si se define “persona” conforme al uso de Kelsen, entonces la posición del titular y la posición del sujeto estarían saturados por signos que si bien tendrían distinto plano de expresión (“ser humano” para la posición del titular y “persona” para la posición del objeto), tendrían el mismo significado, porque “ser humano” sólo estaría determinado semánticamente por la posición que ocupa, es decir, por ser titular de derechos y obligaciones.

En consecuencia, una interpretación por medio de juicios analíticos o semióticos, como la realizada por Kelsen, no puede desarrollar ni desenvolver la

---

<sup>719</sup> Vid supra conclusión 2 del capítulo 3 y IV.2.

<sup>720</sup> Vid supra conclusión 2 del capítulo 3.

tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. *Sólo nos quedan los juicios sintéticos.*

## **b) Ferrajoli**

Ferrajoli expone una teoría sobre la personalidad para el Derecho similar a la kelseniana, aunque con mayor aportación analítica. Por esto, podemos adelantar aquí la conclusión que hemos expuesto en relación a la posición kelseniana: una interpretación por medio de juicios analíticos o semióticos, como la realizada por Kelsen y Ferrajoli, no puede desarrollar ni desenvolver la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. *Sólo nos quedan los juicios sintéticos.*

Ferrajoli considera como términos primitivos jurídicos, entre otros, el comportamiento, la modalidad, la expectativa y el interés.

Son “comportamientos” “aquellas actividades específicas que son las ‘acciones humanas’”<sup>721</sup>.

“Modalidad” es “‘figura de calificación deóntica activa’, esto es, como predicado asociable no ya a un comportamiento sino a la figura deóntica que tiene como tema dicho comportamiento; para designar, por tanto, las figuras del ‘permiso positivo’ (o de la comisión) y/o del ‘permiso negativo’ (o de la omisión) de un comportamiento dado, así como las figuras de la ‘facultad’, la ‘prohibición’ y la ‘obligación’ definibles a partir de ellas”<sup>722</sup>.

Si seguimos a Bernardo Bolaños, por expectativas Ferrajoli entiende algo similar que Luhmann, cuando este último habla de expectativas normativas<sup>723</sup>. Por tanto, remitimos al capítulo 2 de este trabajo. Únicamente apuntamos la salvedad consistente en que Ferrajoli parece considerar al “ser humano” como parte integrante de la comunicación y de la semiosis y, por ende, como un extremo de las expectativas; sin embargo, tanto Luhmann como Eco colocan al “ser humano”

<sup>721</sup> Principia iuris, op. cit. tomo I, p. 83

<sup>722</sup> Id.

<sup>723</sup> Bolaños, Bernardo. “La estructura de las expectativas jurídicas”, en Salazar, Pedro, et. al. (editores). “Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”, Trotta-IJ-UNAM, Madrid, 2005, pp. 293-294.

fuera de la semiosis y la comunicación. Aún más, para el primero, la comunicación no inicia con el emisor, sino con el destinatario que opera la distinción entre información y medio de comunicación: es decir, la comunicación y la semiosis ni siquiera dan al “yo” de la modernidad clásica (recogido por el pensamiento liberal) una posición en sus conceptos.

Sobre las expectativas, Ferrajoli menciona que pueden ser positivas (o de la comisión) o negativas (o de la omisión). Las expectativas son predicables no sólo en relación con la omisión o comisión de un comportamiento del sujeto al que se imputa –como sucede en la modalidad-, sino también con un comportamiento de otros<sup>724</sup>.

Por “estatus” el autor italiano entiende “‘identidad’ o ‘calificación óptica dentro de un sistema deóntico’: esto es, para designar aquellas calificaciones que son instituidas por reglas en lo que respecta a su tema a fin de determinar su posición en un sistema deóntico determinado. Hablaremos así del estatus de ‘torre’, ‘caballo’, ‘peón’, ‘rey’ o ‘reina’ para designar la identidad y el papel de una pieza determinada en el juego del ajedrez”<sup>725</sup>.

“Interés” es para este jurista, “‘aquello de lo que es útil el uso o el acaecimiento (o el no uso o el no acaecimiento)’ o, de modo más genérico, en el de ‘bien’ o ‘mal’ para quien es su sujeto”<sup>726</sup>.

Aclarados estos conceptos, Ferrajoli define “sujeto” como “cualquier ‘centro de imputación’ de comportamientos, modalidades, expectativas o intereses, como los seres humanos, pero también los entes y asociaciones de seres humanos: tanto si se usa en contextos monádicos (SOGz), a los que se ajustan aseeraciones como ‘Ticio (o tal sociedad comercial, o tal ente público) es un sujeto’, como si se usa en contextos diádicos (SOGzx), a los que se ajustan aseeraciones como ‘el arrendatario es el sujeto del uso del bien arrendado, del derecho correspondiente y de la obligación de pagar la renta’”<sup>727</sup>.

---

<sup>724</sup> Ibid. p. 84.

<sup>725</sup> Id.

<sup>726</sup> Ibid. p. 86.

<sup>727</sup> Ibid. p. 85.

Esta concepción de “sujeto” nos parece muy importante, en tanto incluye no solamente la función kelseniana de “personalidad”, sino también la función de tercer orden que es el derecho al reconocimiento de la personalidad. La función kelseniana equivale al contexto monádico referido por Ferrajoli, y la función de tercer orden del derecho al reconocimiento a la personalidad es una proposición posible dentro del contexto diádico.

Con base en lo anterior, Ferrajoli elabora el postulado de que “para todo comportamiento, toda modalidad, toda expectativa y todo interés hay alguien que es su sujeto”<sup>728</sup>.

Un segundo postulado es que “los sujetos tienen un estatus en virtud del cual no son objetos”<sup>729</sup>.

Ferrajoli refiere que, aun cuando en los ordenamientos modernos, basados en el principio de igualdad, todos los seres humanos no son sólo sujetos, sino además, personas, es posible la existencia de ordenamientos jurídicos en los que algunos seres humanos no sean sujetos, sino objetos (como ocurría con la esclavitud), así como ordenamientos donde se atribuye a entidades físicas no humanas, el carácter de sujetos (“piénsese en los procesos seguidos en ordenamientos mágicos y primitivos contra animales, cadáveres o incluso contra objetos inanimados, a los que se imputaba responsabilidad penal”<sup>730</sup>).

Al relacionar los conceptos de los primitivos jurídicos antes expuestos, el iusfilósofo italiano obtiene las definiciones de “autor”, “titular” e “imputado de algo”. Por lo primero entiende “cualquier sujeto de un comportamiento”; por lo segundo, “cualquier sujeto de una modalidad o de una expectativa”; y por lo tercero, “quien sea titular de una modalidad o de una expectativa, o bien autor de un comportamiento o titular de la modalidad correspondiente”. “Imputable” es quien “pueda ser imputado de algo, es decir, el que pueda llegar a ser titular de una modalidad o de una expectativa, o bien autor de un comportamiento o titular de la modalidad correspondiente”<sup>731</sup>.

---

<sup>728</sup> Ibid. p. 173.

<sup>729</sup> Ibid. p. 174.

<sup>730</sup> Ibid. p. 174.

<sup>731</sup> Ibid. pp. 178-179.

Según hemos visto, Ferrajoli distingue “sujeto” de “persona”, de tal manera que para definir este último signo, precisa de argumentación adicional a la antes expuesta.

Para esto, define “estatus jurídico” como el “estatus que supone una causa de la cual es efecto y que, si él mismo no es una regla, está previsto por una regla que supone a su vez una causa”<sup>732</sup>.

Aclarado esto, define “personalidad” como “el estatus jurídico en virtud del cual un sujeto puede ser autor de actos o titular de situaciones”<sup>733</sup>. Antes definió “situaciones” como “toda modalidad o expectativa positiva o negativa de un acto jurídico”<sup>734</sup>. “Persona” es “todo sujeto dotado de personalidad”<sup>735</sup>.

Por tanto, el concepto “persona” de Ferrajoli incluye las dos acepciones referidas por Kelsen: la de sujeto de obligación y la de sujeto de derechos. Lo primero equivale a “sujeto autor de actos” y lo segundo, a “titular de situaciones”.

Así, para ser “persona” –según la define el jurista italiano- no se requiere ser capaz de efectuar comportamientos (sujeto de obligaciones, conforme a Kelsen), sino que puede ser “persona” el destinatario de éstos, es decir, el destinatario de expectativas positivas o negativas. Por ejemplo, los bebés y las corporaciones pueden ser personas, aun cuando no efectúen comportamientos.

“Sujeto jurídico” es para Ferrajoli, “todo aquel que es centro de imputación de actos o situaciones jurídicas”<sup>736</sup>.

Se deducen de los conceptos anteriores, las definiciones de “persona natural” y de “persona artificial”. La primera es “toda persona cuya existencia no es efecto de un acto jurídico”. La segunda es “toda persona cuya existencia es efecto de un acto jurídico”<sup>737</sup>.

Ferrajoli reconoce que estos conceptos son formales y analíticos, de tal manera que no implican, a priori, la necesidad de atribuir “personalidad” a los seres humanos, pues esto sólo deriva de la contingencia consistente en “esa gran

---

<sup>732</sup> Ibid. p. 326.

<sup>733</sup> Id.

<sup>734</sup> Ibid. p. 287.

<sup>735</sup> Ibid. p. 326.

<sup>736</sup> Ibid. p. 327.

<sup>737</sup> Ibid. p. 329.

revolución producida en el Edad Moderna con la afirmación del principio de igualdad como el estatus o dignidad de persona se ha conferido, junto a los derechos fundamentales, a todos los seres humanos como tales. Pero ello ha sido el efecto de una norma positiva, como es precisamente el principio de igualdad”<sup>738</sup>.

Por tanto, nos parece claro que Ferrajoli, aun cuando con sutilezas analíticas mayores, asume el concepto kelseniano de “persona”, de tal manera que si hemos determinado la insuficiencia de este para desarrollar la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, entonces también la definición de Ferrajoli es insuficiente para este fin.

De esto se sigue que una concepción analítica de la personalidad para el derecho, como las de Kelsen y Ferrajoli, son insuficientes para desarrollar la tautología y dar contenido al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Incluso se puede decir que este derecho fundamental está diseñado desde su estructura sintáctica tautológica, para determinar esta insuficiencia. Esto es así, pues como ya observamos en el apartado sobre Kelsen, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica le da la vuelta al pensamiento analítico y positivista de este autor y, por ende, también al de Ferrajoli, en cuanto asume el del jurista vienés.

Además, Ferrajoli postula que “sujeto” es aquello que no puede ser objeto y “personalidad” es el “estatus jurídico en virtud del cual un sujeto puede ser autor de actos o titular de situaciones”, es decir, /sujeto/ es un sema inherente al semema –persona-; sin embargo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica refuta en todos sus términos esta postura ferrajoliana, desde que “personalidad” forma parte del objeto de ese derecho: es la variable o argumento de la función del objeto.

Esto conduce a que realizar argumentos jurídicos sobre derechos con base en las premisas de Ferrajoli antes expuestas, casi por definición será contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. En este aspecto la teoría ferrajoliana no sólo es insuficiente descriptiva y explicativamente, sino que, además, es inválida.

---

<sup>738</sup> Ibid. 331.

Entonces, si para Kelsen y Ferrajoli la personalidad para el Derecho es una función, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una función que tiene por variable a la función kelseniana-ferrajoliana, y la función de tercer orden es positivada por decisión, pero no podrá ser interpretada sólo por decisión desnuda.

**El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica está construido formalmente para evitar que la cuestión sobre tener a algo como persona o dejar de tenerlo como tal, se reduzca a una cuestión de saturación de la función kelseniana-ferrajoliana, de tal forma que impone como carga que, además, se cumpla con la saturación de una nueva función, obtenida por la recursión de la anterior. Esta nueva función de tercer orden, obliga a que la cuestión no sea resoluble o sea inválido que sea resoluble con base en una nuda decisión desprovista de razones<sup>739</sup>.**

Es verdad que con la función kelseniana-ferrajoliana, la saturación del argumento podía hacerse mediante decisión sustentada en razones; sin embargo, esto es contingente, de tal manera que lo único necesario era, como bien establece Kelsen, que la cuestión se dirima por nuda decisión. Por tanto, la generación de la función de tercer orden sirve para mantener abierta la cuestión sobre la atribución de personalidad y dificultar que se solucione por nuda decisión, lo que es conforme con la semántica de los derechos humanos expuesta en el capítulo anterior, particularmente con la intangibilidad de tales derechos.

La función de tercer orden recurre directamente sobre la función kelseniana-ferrajoliana de personalidad<sup>740</sup>. La función de tercer orden parte de la estructura sintáctica de derecho a partir de la cual Kelsen y Ferrajoli obtuvieron analíticamente la definición de persona, es decir, su función “persona”.

Por esto, al ponerse en el derecho al reconocimiento a la personalidad, “personalidad” como signo saturador de la función del objeto ( $f_o$ ) necesariamente se le dio por significado aquello que es supuesto por la función de la titularidad

---

<sup>740</sup> Vid supra conclusión 2 del capítulo 3 y IV.2.

( $f_i$ )<sup>741</sup>, de tal forma que al dejarse insaturado el significado del signo “ser humano” con el que se pretendió saturar esta última función, el resultado fue una tautología.

Consecuentemente, una interpretación por medio de juicios analíticos o semióticos, como la realizada por Kelsen y Ferrajoli, no puede desarrollar ni desenvolver la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. *Sólo nos quedan los juicios sintéticos.*

No es obstáculo a lo anterior, que Ferrajoli considere como personas a los seres humanos, pues como ya vimos en la primera parte de este capítulo el hecho de que en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se haga referencia a tales seres, no desarrolla la tautología.

Sobre este punto, creemos conveniente citar las palabras de Cruz Parceró:

Para Ferrajoli las personas son los seres humanos, pero esto todavía es algo que tiene que esclarecerse. Nos podríamos preguntar: ¿son personas también los fetos, los enfermos mentales graves, los pacientes en estado vegetativo o en coma, los embriones humanos, los cadáveres de seres humanos, ciertos animales inteligentes, etc.? ¿tienen derechos fundamentales? Y si, por ejemplo, adoptáramos algunas definiciones o concepciones de la persona como agente moral autónomo (inteligente, autoconsciente, con lenguaje, etc.) ¿no coincidiría acaso el concepto de persona con el de capaz de obrar? Y todavía podríamos introducir otro problema más a la concepción de Ferrajoli: ¿por qué considerar que una definición estructural –formal- tenga que cancelar la posibilidad de que otras entidades puedan tener derechos fundamentales?, ¿acaso no se podría considerar que algunos animales son personas porque comparten con nosotros, los seres humanos, algunos rasgos moralmente relevantes?, ¿por qué no, entonces, considerar que en un futuro algunas leyes o constituciones podrían incluir algunos derechos fundamentales de los animales o de las futuras generaciones?<sup>742</sup>

Pero el hecho de que analíticamente no sea posible determinar el significado jurídico de “ser humano”, significa que la tautología no se produce solamente porque no se defina ese término en los tratados internacionales donde se prevé el derecho al reconocimiento de la personalidad, sino que más bien esa falta de definición es un síntoma de la incapacidad del sistema del Derecho para establecer por sí solo, conforme a su propio código semiótico, ese significado, esto

<sup>741</sup> Vid supra conclusión 2 del capítulo 3.

<sup>742</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio. “Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli”, en Salazar, Pedro, et. al. (editores). “Garantismo”, op. cit. p. 333. Sobre esta cita, solo rescatamos la insuficiencia de complementar “persona” con “ser humano”, así como la mayor parte de las preguntas relacionadas con “ser humano”, tales como aquellas relacionadas con los nascituri, los enfermos graves, los cadáveres humanos y las generaciones futuras de nuestra especie homo sapiens. Sin embargo, no hacemos nuestras las cuestiones sobre animales, porque el derecho al reconocimiento a la personalidad los excluye, en principio, al incorporar el signo “ser humano” en la posición del titular (aunque, con base en la definición que se diera de “ser humano” por analogía podrían entrar algunos animales).

es, la incapacidad para establecer el significado de “ser humano” mediante juicios analíticos o semióticos.

Entonces, la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no sólo no es exclusiva del lenguaje empleado en los tratados y declaraciones internacionales citados, sino también de las condiciones semánticas del sistema jurídico, es decir, de la dogmática y teoría del Derecho, pues éstas no pueden, mediante juicios analíticos esclarecer el significado de “ser humano”: el código semiótico jurídico no puede, por sí solo, establecer esa noción y, por ende, la tautología no se genera sólo por una simple falta de definición.

*Por tanto, es necesario enriquecer el código semiótico jurídico mediante juicios sintéticos para que pueda manejarse el problema enteramente jurídico de dar contenido semántico al derecho al reconocimiento a la personalidad.*

Mientras esto no se haga, el derecho al reconocimiento a la personalidad solamente podrá establecer obligaciones conforme a sus condiciones sintácticas y a las selecciones semánticas que éstas suponen, es decir, conforme a la semántica general de los derechos fundamentales a que hemos aludido en el capítulo III.

#### **IV.3.2 La destautologización del derecho al reconocimiento de la personalidad**

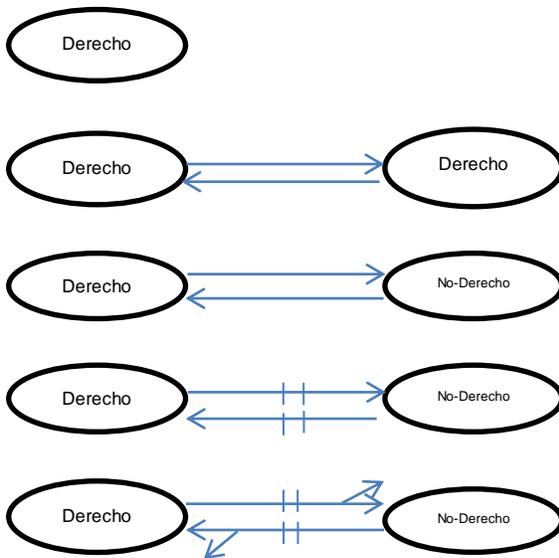
En el capítulo II de este trabajo, se expuso que el sistema del Derecho descansa en una tautología. Se dijo, con base en el pensamiento luhmanniano, que toda teoría del derecho tiene como problema ineludible establecer los requisitos conforme a los cuales se determina qué comunicación o acción es jurídica y cuál no.

Se expuso que la primera respuesta a esa cuestión es tautológica y sin contenido: el Derecho es lo que es Derecho, o en términos de teoría de sistemas, “la diferenciación de un sistema jurídico operativamente clausurado se lleva a

efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas con operaciones jurídicas”<sup>743</sup>.

Sin embargo, esa tautología debe desdoblarse o desarrollarse. El desdoblamiento es la “ruptura de identidad (derecho es derecho) recurriendo a distinciones –la unidad de la distinción misma (y no la distinción de lo distinguido) ocupa el lugar de la identidad”<sup>744</sup>.

Luhmann esquematiza la destautologización de la siguiente manera, según se vio en el capítulo II<sup>745</sup>:



En nuestra opinión, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica admite la misma manera de ser destautologizado.

La destautologización del Derecho consiste, según vimos, en lo siguiente.

I. En un primer momento, se tiene lo que sin cuestionamiento alguno se considera habitualmente como Derecho.

II. Después se duplica la unidad anterior, mediante la tautología “Derecho es Derecho”.

<sup>743</sup> Ibid. p. 112.

<sup>744</sup> Id.

<sup>745</sup> Id.

III. La tautología se convierte en paradoja cuando se introduce una negación: “el derecho de una parte es un-no-derecho de la otra”. Esto es una paradoja, porque la introducción de la negación implica la necesidad de determinar el contenido de la parte positiva; sin embargo, este contenido no existe, precisamente porque la parte positiva es la tautología “Derecho es Derecho”.

IV. Cuando la tautología deriva en una paradoja, es necesario desarrollarla: no hay otra opción. Mediante otra negación se logra esto: “el derecho de uno no es el no-derecho-del-otro”.

V. De esta manera, tanto quien está en-su-derecho como quien no, puede y *debe contar con el estatuto de estar o no en su derecho*. En este punto, surge lo que hemos llamado la función kelseniano-ferrajoliana, es decir, el estatuto de algo como persona, que también podemos expresar como la operación de atribuir personalidad (función) a algo (argumento, signo que satura). El antagonismo de estatutos (estar o no en su derecho) se excluye, finalmente, mediante condicionamientos, con lo cual queda desdoblada la tautología y resuelta la paradoja: “derecho es derecho, o bien derecho no es no-derecho, cuando se cumplen las condiciones indicadas en los programas del sistema jurídico”<sup>746</sup>.

Por esta razón, la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad se ancla en la destautologización del Derecho en general y, como a continuación veremos, es una recursión o repetición de este proceso.

Tal como ocurre en la destautologización del Derecho en general, en el caso del derecho al reconocimiento de la personalidad, primero se tiene lo que se ha considerado “persona” para el Derecho, esto es, lo que hemos denominado función kelseniano-ferrajoliana. El origen mismo del derecho al reconocimiento de la personalidad, que más adelante expondremos, hace patente este inicio.

Posteriormente, se duplica la unidad mediante la tautología “persona debe ser persona”. Esta duplicación se observa en la redacción del derecho al

---

<sup>746</sup> Ibid. p. 227.

reconocimiento de la personalidad, es decir, en los análisis sintácticos que efectuamos al inicio de este capítulo.

La tautología se convierte en paradoja cuando se introduce una negación: “la personalidad de algo es la no personalidad de otro algo”, esto es, la distinción entre diversas personas. Esto es una paradoja, porque la introducción de la negación implica la necesidad de determinar el contenido de la parte positiva; sin embargo, este contenido no existe, precisamente porque la parte positiva es la tautología “persona debe ser persona”.

Cuando la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad deriva en una paradoja, es necesario desarrollarla: no hay otra opción, como ya hemos visto. Mediante otra negación se logra esto: “la personalidad de algo no es la no-personalidad-del-otro”.

Así, tanto quien es una persona como quien es otra persona, puede y debe contar con el estatuto de ser persona, aunque es claro que el hecho de que exista multiplicidad de personas implica necesariamente la existencia de conflictos (por ejemplo, conflictos entre reglas y principios de derechos humanos). Este antagonismo se controla, finalmente, mediante condicionamientos, con lo cual queda desdoblada la tautología y resuelta la paradoja: “persona debe ser persona”, aunque esto requiere de un enriquecimiento de los programas del sistema, es decir, del sistema semiótico-jurídico (la ponderación de principios es una especie de estos condicionamientos). Un ejemplo de un condicionamiento sería el juicio de ponderación.

*Es importante mencionar que la necesaria tensión existente entre reconocer varias personalidades, es decir, en tener por personas a una multiplicidad de entes (v.gr a todos los individuos o a todas las comunidades indígenas), es algo que llevará siempre a la tentación de excluir de la personalidad a grupos de entes. La personalidad del otro reduce necesariamente el margen de acción y, por ende, surge el interés de ampliar este margen mediante la anulación de la personalidad que lo reduce.*

*Naturalmente, el derecho al reconocimiento de la personalidad es refractario a este interés, en el sentido de que si éste siempre prevaleciera, simplemente desaparecería tal derecho; por tanto, podemos decir que la existencia de un interés por excluir a algo de la personalidad es necesariamente un riesgo de incumplimiento de ese derecho.*

Este proceso de destautologización implica que lo que inicia en aspectos preponderantemente sintácticos (aunque no solamente sintácticos), trasciende a la semántica y pragmática del sistema jurídico, por lo cual la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad no sólo es sintáctica, sino que es predicable de dicho derecho en todos sus aspectos.

#### **IV.3.3. Primera aproximación sobre la necesidad de emplear juicios sintéticos para desarrollar la tautología: multidisciplinariedad**

Hemos demostrado en el apartado inmediato anterior, que para saturar el significado del signo “ser humano” que satura la posición-función sintáctica del titular en el derecho al reconocimiento de la personalidad, se requiere un juicio sintético.

Esto significa que la dogmática y teoría jurídicas, que forman parte del código semiótico-jurídico, no pueden, solamente conforme a sus propios complejos semánticos, establecer un significado para ese signo tal que pueda desarrollar la tautología. En otras palabras, a partir de juicios analíticos, obtenidos con base en las condiciones semánticas del código semiótico-jurídico (lenguaje del legislador, lenguaje de la dogmática y lenguaje de la teoría jurídica) no es posible desarrollar la tautología y, por ende, no es posible mediante lo puramente jurídico dar contenido al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica.

Pero mientras no se dé este contenido, el citado derecho no dice nada, esto es, no puede conectarse con obligaciones, de tal forma que no puede tener una pragmática sustentada críticamente, sino solamente un basada en dogmas y, por

ende, basada en la sola práctica, es decir, únicamente en una voluntad de poder, como la definió Nietzsche<sup>747</sup>.

Pero hemos visto que la semiosis es la unión de sintáctica, semántica y pragmática; por tanto, una pragmática de este derecho que se sustentara en la vacuidad semántica racional del término “ser humano”, sólo podría tener como base una semántica no racional, es decir, una basada en ideología o en decisiones no sustentadas en razones (i.e nuda decisión). Esto es contrario a la semántica de los derechos humanos que hemos analizado en el capítulo tercero, específicamente, a su carácter intangible (relativo o absoluto).

En ese mismo capítulo se demostró que los juicios sintéticos pueden enriquecer el código semiótico-jurídico por diferentes vías: la nuda decisión, la decisión sustentada en argumentación racional y la sola argumentación racional<sup>748</sup>. También observamos que la nuda decisión es contraria a la semántica jurídica de los derechos fundamentales, pues es contraria a su intangibilidad<sup>749</sup>. Por su parte, la sola argumentación racional es también insostenible, porque deja de lado completamente el plano de expresión de lo jurídico, lo cual deja de reconocer que toda semiosis y, por ende, toda semiosis jurídica (el sistema del Derecho se compone sólo por semiosis y comunicación, mas no sólo por normas<sup>750</sup>) es una identidad de una diferencia de plano de expresión, plano de contenido e interpretante<sup>751</sup>.

Por tanto, son las decisiones sustentadas en argumentación racional las compatibles con la semántica de los derechos fundamentales y, por ende, son las idóneas para determinar el juicio sintético que sature el signo “ser humano” de tal manera que desarrolle la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad.

---

<sup>747</sup> Sobre el particular, vid. Safransky, Rüdiger. “Nietzsche. Biografía de su pensamiento”, Tusquets, Madrid, 2002, pp. 416.

<sup>748</sup> Vid. supra conclusión 5.4 del capítulo III.

<sup>749</sup> Supra conclusión 5.4 del capítulo III.

<sup>750</sup> Supra conclusiones 6, 7 y 9 del capítulo II.

<sup>751</sup> Supra conclusión 1 del capítulo III.

Entonces, si se ha de saturar el significado de “ser humano” por medio de la racionalidad y no por medio de la nuda decisión, se deben postular medios para hacerlo, desde el momento que la vía de la racionalidad exclusivamente jurídica no puede hacerlo por sí sola. *Se debe enriquecer el código semiótico-jurídico, por tanto, lo que venga de fuera habrá de ser compatible con la semántica y pragmática jurídicas.*

Esta decisión sustentada en razones, que tome en consideración no sólo elementos jurídicos, sino también extra jurídicos (es decir, que sea sintética) puede realizarse en el lenguaje del legislador (Constitución, tratados internacionales, leyes, etc.) o bien en el lenguaje de los jueces (sentencias de cortes nacionales e internacionales<sup>752</sup>). Sin embargo, en este capítulo hemos expuesto que la tautología se ha concretado por falta de definición en el lenguaje del Legislador; por tanto, sólo nos queda el lenguaje de los jueces<sup>753</sup>.

Empero, los jueces no están en condiciones de integrar el tipo de proposiciones sintéticas necesarias para desarrollar la tautología, pues su función consiste en analizar lo jurídico y los procesos no cuentan con medios probatorios lo suficientemente extensos para el efecto. Es verdad que todos los jueces tienen competencias cognoscitivas que exceden lo jurídico y que algunos la tienen respecto a temas relevantes para la determinación de lo humano; sin embargo, esto es contingente a la función que realizan y, por tanto, no puede considerarse suficiente para desenvolver racionalmente la tautología.

Esto conduce a que en el campo de juego de la dogmática y teoría jurídicas puede desarrollarse un discurso en el cual se cuente con la participación de especialistas en materias relevantes para la determinación sintética sobre el significado de lo humano (biología, taxonomía, medicina, semiótica general y

---

<sup>752</sup> En apartados subsecuentes, observaremos que las Cortes no han desarrollado la tautología conforme a enunciados sintéticos basados en verdaderas síntesis, sino que sus argumentos se han basado en lenguaje jurídico (lenguaje del legislador o lenguaje de jueces) y, por ende, el desarrollo de la tautología ha sido por nuda decisión.

<sup>753</sup> Supra conclusión 1 del capítulo II.

especial, antropología, sociología, filosofía, ciencia política, economía, historia, etc.).

En pocas palabras, el desarrollo debido y correcto de la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica requiere de multidisciplinariedad y ésta sólo puede realizarse plenamente en el ámbito de la dogmática y teoría jurídica.

Dada la pluralidad disciplinaria requerida para tan magna y compleja labor, así como el hecho de que los resultados obtenidos deben ser compatibles con la semántica y pragmática jurídica (después de todo, el problema surge por un derecho positivado jurídicamente, se mantiene por la insuficiencia del código semiótico jurídico y los resultados de la argumentación deben servir para informar una decisión jurídica), consideramos que la universidad es el lugar idóneo para desarrollar este discurso multidisciplinario.

Es verdad que la multidisciplinariedad no es la única manera de desarrollar un discurso racional sobre lo humano, tal que sintéticamente permita desarrollar y desenvolver la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, sino que también pueden ensayarse modelos deliberativos como los de Habermas<sup>754</sup>, participativos como los de Häberle<sup>755</sup> con su comunidad abierta de intérpretes de la Constitución, los de Held<sup>756</sup> y McPherson<sup>757</sup> o de otro tipo<sup>758</sup>.

---

<sup>754</sup> Sobre este modelo, vid. Habermas, Jürgen. "Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", op. cit. También remitimos a Alexy, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica", op. cit.

<sup>755</sup> Op. cit.

<sup>756</sup> Held, David, Modelos de democracia, México, Alianza, 1992.

<sup>757</sup> Macpherson, C.B., "La democracia liberal y su época", España, Alianza, 1981, pp. 113-138. Sobre este modelo, vid. Prud'homme, Jean- François, "Consulta popular y democracia directa, México, IFE (Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, no. 15), 1997, pp. 17-28 y 47-51 y Bachrach, Peter, "Crítica de la teoría elitista de la democracia", Buenos Aires, Amorrortu, 1967, pp. 19-30 y 146-165).

<sup>758</sup> Sobre otros modelos de democracia, vid. Downs, Anthony, "Una teoría económica de la acción política en una democracia", en Joseph Colomer, "*Lecturas de Teoría Política Positiva*", Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, pp. 263-297; Przeworski, Adam, Bernard Manin y Susan Stokes, "Elecciones y representación", en revista *Zona abierta*, núm. 100/101, Madrid, 2002, pp. 19-49.; Schumpeter, op. cit; Cançado, Antonio, "Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y el Estado de derecho", en Rafael

Sin embargo, consideramos con base en lo expuesto en los capítulos I y II, que esos modelos no son excluidos por la multidisciplinariedad y, en cambio, si se desarrolla ésta en las universidades puede establecer el orden necesario para resolver el problema de forma tal que se pueda determinar mejor la compatibilidad de los resultados con la semántica y pragmática jurídicas.

#### **IV.3.4 Primer criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad**

Al comienzo de este capítulo, analizamos el derecho al reconocimiento de la personalidad desde una perspectiva preponderantemente sintáctica. Con base en ésta, hemos establecido que por su estructura formal, este derecho demanda el desarrollo o despliegue de la tautología paradójica que lo compone. También hemos visto que pueden realizarse operaciones diferentes en la posición del titular y del objeto. Hemos también determinado la necesidad de saturar el signo que ocupe el lugar del titular, por medio de un juicio sintético que, a su vez, surja de un ejercicio multidisciplinario.

Sin embargo, lo anterior podría dar la impresión que el despliegue de la tautología podría tener por efecto la disolución total de la paradoja tautológica. Por nuestra parte, creemos que la tautología demanda su desarrollo, pero siempre bajo el límite de que la saturación de cada posición sintáctica (titular y objeto) no sea definitiva: el derecho al reconocimiento de la personalidad parece estar estructurado de tal forma que al tiempo de demandar su saturación, también demanda que ésta se logre por medio de la discusión y el debate, es decir, mediante una racionalidad basada en la diferencia.

Hemos visto también, que se puede operar diferenciadamente en ambas posiciones o funciones del titular y del objeto. Referimos que en la posición del objeto, todo aquello que se alimente se entenderá como suma al significado del signo que sature la posición del titular, y que en la posición del objeto se incluye también el resto de los derechos fundamentales.

Por tanto, si a esto añadimos que siempre pueden surgir nuevos derechos y que los antiguos derechos siempre pueden adquirir nuevos significados, entonces resulta que la posición sintáctica del objeto nunca será completa y definitivamente saturada y, por tanto, tampoco la del titular.

Esta tautología existe, ya dijimos, porque la primera posición está saturada por un signo sin significado jurídico alguno (“ser humano”) y la segunda posición tiene por significado precisamente la selección semántica que da por origen a la primera posición. Entonces, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica surge porque no existe plenitud en la saturación de las posiciones referidas.

Tales condiciones significan que existe una tensión interna en el derecho al reconocimiento de la personalidad. Por un lado, surge por igualar el significado de las dos posiciones y, al mismo tiempo, mantener y reforzar la diferencia formal entre ambas. Por otro, las posiciones del titular y del objeto no pueden ser saturadas por signos que a su vez estén plena y definitivamente saturados: siempre podrá haber nuevos derechos que integren el significado del signo que satura la posición del objeto, siempre podrá darse nuevo significado a los derechos que integran el significado del signo que satura la posición del objeto. Y el significado del signo que satura la posición del objeto, necesariamente acrecienta el significado del signo que sature la posición del titular.

Aún más, dado que este derecho implica desde su formalidad una tensión entre las posiciones del titular y del objeto, tal que implica que siempre deba postularse alguna diferencia entre el signo que sature la primera posición respecto al que satura el segundo y el signo que satura la posición del objeto siempre puede aumentar su significado, entonces debe existir siempre un diferencial entre el significado del signo de la primera posición y el signo de la segunda, de tal manera que el primero siempre tenga mayor significado, es decir, un semema con más semas.

Este diferencial de significado mayor del signo que sature la primera posición habrá de ser la unidad cultural a la cual se adscriba la categoría “persona”, v.gr. individuo de la especie homo sapiens, homo sapiens más

racionalidad actual, homo sapiens más racionalidad potencial, homo sapiens como corporalidad, animales, naturaleza, etc.

Esta unidad cultural evidentemente no es jurídica ni se genera ni modifica solamente con base en modificaciones analíticas que ocurran en el código semiótico del Derecho.

Por tanto, el derecho al reconocimiento de la personalidad parece destinado a nunca ver desarrollada plena y definitivamente la tautología que la conforma. Entonces, este derecho siempre será en mayor o menor medida, tautológico.

Hemos expuesto en el capítulo anterior que un enriquecimiento del código semiótico del Derecho, a través de un juicio sintético, puede efectuarse por sola o desnuda decisión, o bien por razonamiento, pero que la primera opción es incompatible con la intangibilidad (relativa o absoluta) que necesariamente es una selección semántica supuesta por el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica.

Así, la tensión interna del derecho al reconocimiento a la personalidad implica que nunca podrá desarrollarse plena y definitivamente la tautología y que el desarrollo posible de ésta debe realizarse mediante razones. Las razones que tienen como condición de posibilidad la tensión, son basadas en la diferencia.

*Entonces, se puede establecer como primer límite a la interpretación del derecho al reconocimiento a la personalidad, que la saturación de los signos que ocupen las posiciones o funciones del titular y del objeto debe ser siempre de tal manera que no impliquen la terminación del debate, la discusión y, en pocas palabras, de la racionalidad basada en la diferencia no en la identidad ni en la presencia.*

Esta racionalidad es la empleada en el primer capítulo de este trabajo para comprender la complejidad de la semiosis. También es la racionalidad utilizada por Luhmann, basado en el pensamiento de Spencer Brown, para explicar la diferencia sistema/entorno, así como la recursión de esa diferencia en toda comunicación y en los subsistemas, entre ellos, el del Derecho. Asimismo, Derrida defiende esta racionalidad de la diferencia y la opone al logocentrismo basado en la identidad y la presencia. Utilizar esta racionalidad permite que el derecho al

reconocimiento de la personalidad no vea saturadas sus diversas funciones con base en una sola ideología: el derecho basal de los derechos humanos permitirá, así, que todos estos sean de todos, no de determinada forma de pensar.

Asimismo, esta racionalidad es compatible e, incluso, necesaria, para comprender o justificar los derechos al desarrollo de la personalidad y de las futuras generaciones, pues estos requieren conceptos de personalidad capaces de introducir cambios, movimiento y diferencia, no identidad abstracta e inmóvil.

*De esta forma, será formalmente inaceptable un ejercicio interpretativo que concluya en un juicio definitivo sobre el significado de alguno de los signos que saturen las posiciones sintácticas del titular o del objeto. También será inaceptable la conclusión de alguna interpretación, que implique que se ha dado significado pleno a alguno de tales signos.*

Naturalmente, siempre existirá la tentación de dar por terminada la discusión de una vez por todas; sin embargo, si esto llega a concretarse, de facto habrá dejado de existir el derecho al reconocimiento de la personalidad, pues se habrá eliminado la tensión interna y la tautología que lo constituyen formalmente. Si se da por terminada la discusión, entonces se elimina la estructura sintáctica del derecho: se elimina la forma en que ha sido redactado, que es la forma en que, por los traumas culturales surgidos de la segunda guerra mundial, tenía que ser redactado, como veremos más adelante.

Este criterio interpretativo tiene la siguiente derivación: si el derecho al reconocimiento de la personalidad es la condición de todos los demás, porque indefectiblemente es predicado cuando se predica algún otro, entonces este criterio significa que, en general, todos los derechos humanos imponen el deber de estar siempre en debate y siempre en movimiento. Es cierto que, hasta el día de hoy, esto se ha dado sin necesidad de la existencia de un deber; sin embargo, el hecho de que se trate de un deber, significa que, aquello que sólo se había dado por necesidades teóricas y políticas, a partir del derecho al reconocimiento de la personalidad, devenga derecho positivo, el cual, paradójicamente, se relativiza e “intangibiliza” respecto de la decisión que le ha dado origen.

Entonces, el derecho al reconocimiento de la personalidad, por su peculiar posición respecto de los demás derechos y su particular estructura tautológica, convierte en derecho positivo necesidades normalmente propias de las ciencias humanas, la teoría y la dogmática jurídicas: el debate racional.

#### **IV.3.5 Segundo criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad**

Hemos visto que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una función de tercer orden, que opera sobre otras tres funciones, las cuales son de segundo orden.

También hemos considerado que la función es una operación. Sin embargo, existe una multiplicidad casi infinita de operaciones posibles; por tanto, para establecer qué tipo de operación es, se requiere dejar de lado mucha complejidad. Esto se logra mediante selección, la cual entendemos en los términos de Niklas Luhmann<sup>759</sup>.

Entonces, la función “derecho” es una selección semántica que deja de lado mucha complejidad, al tiempo que la deja latente para selecciones futuras. Por consiguiente, la manera en que han de saturarse las funciones de segundo grado que conforman la función “derecho” de tercer grado sólo es posible debido a la selección semántica que originó la función “derecho”, de tal forma que la referida saturación no puede ir contra las condiciones de selección semántica originantes de la función de tercer grado sin incurrir en paradoja y sin poner en riesgo la continuación de la comunicación jurídica de los derechos.

Por tanto, la forma en que se sature cada una de las funciones que conforman la función de tercer grado, ha de procurar efectuarse conforme a las condiciones semánticas generales que determinan la identidad compleja de los derechos humanos. Es decir, se debe considerar, entre otros, los caracteres semánticos que se han descrito en el capítulo tres (sin pretender que lo referido en este último agote el tema de la semántica de los derechos humanos).

---

<sup>759</sup> Supra II.3.1.

Esto nos lleva al segundo criterio de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad: *la forma en que se sature cada posición o función sintáctica de ese derecho, debe ser tal que sea lo suficientemente compatible con la semántica de los derechos humanos, que haga posible mantener la comunicación jurídica basada en ellos.*

#### **IV.3.6 Tercer criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad**

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una función de tercer orden, que deriva de selecciones semánticas jurídicas.

Una de las funciones que compone ese derecho, es la posición del titular. La manera en que se sature esa posición en ese derecho, determina la manera en que se satura la posición de la titularidad en todos los derechos humanos, y aun los demás tipos de derechos, según hemos visto en este capítulo.

Por tanto, no será compatible con la semántica de los derechos humanos, saturar la posición del titular considerándola como una función aislada. En otras palabras, sólo se puede saturar válidamente la función del titular si se considera que es una función relacionada indefectiblemente con un derecho, no como una función aislada a la manera de Kelsen y Ferrajoli.

De esto se sigue, que la cuestión sobre la determinación de quién forma o no parte de los nuestros, es decir, de los titulares de derechos y obligaciones, ya no tiene la forma simple de determinar cómo se satura la posición o función de la titularidad. En otras palabras, ya no se trata de saturar sólo la función kelseniano-ferrajoliana de la personalidad.

*Así, la función de la titularidad en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, debe ser saturada considerando que es parte de una función de tercer orden y no una función aislada.*

Esto tiene varias consecuencias. Aquí nos interesan sólo tres.

La primera es que en la saturación de la función de la titularidad se deben observar los dos primeros criterios formales interpretativos expuestos en IV.3.3. y IV.3.4.

La segunda es que, en virtud de los tres criterios formales interpretativos expuestos, *toda saturación que de hecho llegue a realizarse de la posición del titular (así como de cualquiera de las otros dos funciones que integran este derecho) siempre puede ser contraria al derecho al reconocimiento de la personalidad.*

Como la función de segundo orden de la titularidad es sólo una parte del derecho al reconocimiento a la personalidad y, además, la forma de integrar éste debe procurar atender la semántica general de los derechos humanos, entonces siempre es posible que la manera en que se sature la función de la titularidad sea contraria a la función de tercer orden del derecho al reconocimiento de la personalidad.

Esto significa que siempre es posible y aún deseable la crítica a la manera en que se saturan las diversas funciones que conforman el derecho al reconocimiento a la personalidad. Aún más, esta posibilidad de crítica se da por cuestiones formales, es decir, atendiendo principalmente al plano de expresión, de tal manera que no es necesaria para la crítica, asumir metafísica alguna, como por ejemplo la que postula Alexy.

La tercera consecuencia, es que la estructura sintáctica compleja del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica excluir como forma de saturación de la función o posición del titular de ese derecho, a la nuda decisión desprovista de razones, pues es contraria al principio de intangibilidad de los derechos.

#### IV.3.7 Cuarto criterio interpretativo formal del Derecho al reconocimiento de la personalidad

La cuarta consecuencia del tercer criterio interpretativo es que, si la saturación de la función o posición sintáctica del titular siempre puede ser contraria a Derecho y el sistema del Derecho incluye tanto lo que es conforme a él como lo que es contrario (según hemos visto en el capítulo II con González Ruiz y Luhmann), *entonces la saturación de la función o posición sintáctica del titular es un problema predominantemente jurídico, que implica todos los lenguajes que componen el sistema del Derecho.*

Por tanto, establecer que la determinación de quién es y quién no es persona, sea una cuestión exclusivamente política o que debe dejarse solamente al constituyente, al legislador o a los estados partes de un tratado, es incompatible con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Entonces, sostener que lo propiamente jurídico sobre la personalidad sea una posición o función insaturada y que su saturación, por contingente, sea un problema de la filosofía política o de la filosofía moral, mas no de la dogmática jurídica, es incompatible en general con el derecho al reconocimiento a la personalidad<sup>760</sup>.

---

<sup>760</sup> Esta postura es la defendida por Kelsen y Ferrajoli en las obras antes citadas. Observamos una forma particularmente clara y concisa de exponer esta postura, en Tamayo y Salmorán, Rolando. "El Derecho y la Ciencia del Derecho..." op. cit. pp. 90-91. En ese lugar, se dice: *"Hay que tener presente que un aspecto esencial en el entendimiento del concepto de persona jurídica, es su carácter normativo. Con ello quiero señalar que el concepto de persona jurídica, como hemos visto no puede definirse ni analizarse sin la ayuda de las normas jurídicas.--- ¿Qué es lo que hace que un ente sea persona? La respuesta se encuentra en el orden jurídico positivo. El particular status de una persona jurídica depende del orden jurídico que lo otorga. Así, por ejemplo, a determinados hombres, el orden jurídico romano, concede un cierto número de derechos y facultades que constituían su status libertatis [...] El status (la cualidad jurídica) con el que alguien podía ser invertido per arbitrium del orden jurídico romano, no era sino un conjunto de derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas, los cuales era siempre referidos a la libertad, a la ciudadanía o a la familiar. El ius personarum es, así, el derecho referido a los individuos considerados como investidos de facultades y derechos es el derecho que regula estos tres tipos de status: libertatis, civitatis y familiae.--- ¿Qué entidades debe ser personas jurídicas? Éste no es el lugar para discutir cuáles son las razones que deben guiar al legislador para otorgar a alguien (o a algo) el carácter de persona jurídica. Estas cuestiones son problemas de la filosofía política y de filosofía moral que lamentablemente, no puedo discutir en este trabajo. Aquí me preocupa la noción de persona jurídica, noción con la cual la dogmática jurídica designa aquella entidad que, à tort ou raison el orden jurídico otorga efectos jurídicos a sus actos".* Conforme a lo que hemos demostrado en este trabajo, aun cuando sea verdad que antes del derecho al reconocimiento de la personalidad, la postura de Kelsen, Ferrajoli y Tamayo son correctas, no lo son después de la

En particular, es especial la incompatibilidad que esa posición tiene respecto del carácter intangible de los derechos humanos (absoluto o relativo), pues dejar exclusivamente a la decisión política es muy parecido a dejar al Estado la determinación unilateral del contenido último de sus propios deberes.

De esta forma, la determinación de quién es y quién no es persona, involucra todos los lenguajes del Derecho: el del legislador (estrechamente relacionado con la decisión política), el de los jueces y el de los teóricos y doctrinarios.

Sostenemos igualmente que aun cuando los tres lenguajes del sistema jurídico están involucrados, la solución sobre quién es persona se dará principalmente en el campo de los dos primeros y, dado que siempre es posible establecer que la solución sea contraria al derecho, *lo más cercano a una decisión más o menos perdurable (aunque nunca definitiva) se dará en el lenguaje de los jueces*, máxime que, como ya hemos explicado, la tautología surge por la omisión del lenguaje del legislador (órganos emisores de los tratados y declaraciones donde se positivó el citado derecho). Claro que esto será imperfecto, pues, como ya vimos, la multidisciplinariedad requerida para una óptima discusión no cabe en los esquemas más o menos rígidos de los procesos jurisdiccionales.

Esto no significa que la filosofía política y la filosofía moral no tengan nada que decir sobre el tema. Por el contrario, de acuerdo al criterio interpretativo de la necesidad de la multidisciplinariedad es necesario acudir a esos campos de conocimiento, aunque esto no significa que el problema les sea exclusivo, sino más bien, que el problema y, más importantemente, su solución son primeramente jurídicas, debido al derecho al reconocimiento de la personalidad.

---

vigencia de ese derecho. Asimismo, discrepamos de Tamayo en cuanto a que el problema de a quién debe reconocerse la condición de persona no se primariamente una cuestión de la filosofía moral ni de la filosofía jurídica, sino que es un problema de la dogmática jurídica, pues ese problema debe resolverse para dar contenido al derecho al reconocimiento de la personalidad y desarrollar la tautología que lo constituye. Es cierto que el derecho al reconocimiento de la personalidad es contingente, que no siempre ha existido y no necesariamente existirá siempre; sin embargo, mientras exista, la posición de dichos autores será contraria a ese derecho, aunque indudablemente es verdadera para situaciones donde no existe ese derecho. En pocas palabras, lo que aquí decimos complementa y corrige el positivismo de esos autores, no lo elimina.

Escolio de lo anterior es lo que ya hemos expuesto en los capítulos II y III, en el sentido de que la determinación de criterios para el establecimiento de quién es y quién no es persona, es un problema de la dogmática jurídica, por lo cual este trabajo, a pesar del grado de abstracción que el tema le ha obligado asumir, se desarrolla en el ámbito de la doctrina y teoría del Derecho.

#### **IV.3.8 Digresión**

Sobre el tema de la personalidad para el derecho (i.e. personalidad jurídica), Ferrajoli realiza una digresión sobre la no pertinencia de atribuirla al nasciturus<sup>761</sup>. Nosotros consideramos necesario realizar un excursus análogo en este tema, pues nos parece que el argumento del jurista italiano es contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, tanto a su estructura sintáctica, a las condiciones semánticas de los derechos humanos que precisamos en el capítulo anterior, como a los principios interpretativos desarrollados en los dos anteriores apartados (IV.3.3.2 y IV.3.3.3).

Primeramente, es necesario enfatizar que los tres parámetros referidos en el párrafo anterior (estructura sintáctica, condiciones semánticas y principios interpretativos) están sustentados en un marco teórico no metafísico (incluso hemos rechazado la “metafísica constructiva” de Alexy y Habermas), mucho menos religioso. Descartamos así el trillado y estereotipado prejuicio -compartido por el propio Ferrajoli-, consistente en que argumentos contrarios a aquellos favorables a la liberalización del aborto sólo pueden provenir de posturas metafísicas y religiosas<sup>762</sup>.

Ferrajoli sostiene que sobre la atribución de personalidad sólo existe una cosa pacíficamente compartida “una ‘persona’, tanto en sentido jurídico como moral, existe indiscutiblemente en el momento del nacimiento, el cual requiere la gestación y parto de una mujer”<sup>763</sup>. También es una cuestión sobre la que no hay

---

<sup>761</sup> Principia iuris, op. cit. t. I, pp. 333 a 341.

<sup>762</sup> Por ejemplo, Comte-Spoville en su filosofía atea, reconoce la existencia del problema en cuanto tal, por lo que conforme a este tipo de pensamiento, es posible sostener ambos extremos de la discusión. Comte-Spoville, André. “El alma del ateísmo”, Paidós, Barcelona, 2006, 211 pp. Título original: L’Esprit de l’athéisme. Traducción de Jordi Terré.

<sup>763</sup> Ibid. p. 333.

controversia, que la mujer es una persona y, por ende, no puede ser tratada como un medio para un fin, conforme al segundo imperativo categórico kantiano.

Con base en estas proposiciones “pacíficamente” aceptadas, el jurista italiano invierte la cuestión sobre la necesidad o no de reconocer personalidad al nasciturus, para convertirla en la siguiente: “¿es moralmente aceptable que una mujer, a fin de que se satisfaga un hipotético derecho del embrión a nacer –pese a ser reconocido como ‘persona’ sobre la base de la controvertida cuestión, no científica sino moral, de su personalidad- sea obligada a una gestación y un parto no queridos y en consecuencia a soportar una maternidad impuesta e involuntaria?”<sup>764</sup>.

Por tanto, considera Ferrajoli que

el problema de la tutela del embrión en cuanto potencial persona sólo puede resolverse, sin que la persona de la mujer sea tratada como cosa o como medio para fines ajenos, admitiendo que el embrión es merecedor de tutela, si y sólo si es pensado y querido como persona por la madre [...] La procreación es realmente un acto creativo o performativo: fruto no sólo de un proceso biológico sino de un acto de consciencia y de voluntad. Con ella la madre, al concebir al nasciturus como hijo, no sólo le da cuerpo sino también valor de persona<sup>765</sup>.

Sin pretender resolver la cuestión ni tampoco pronunciarnos sobre la necesidad o no de reconocer como persona al homo sapiens no nacido, consideramos que *la posición de Ferrajoli es necesariamente contraria al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*. No se requiere desarrollar la tautología para concluir esto.

La primera razón de esto es que el autor italiano está considerando la cuestión de la personalidad del nasciturus sólo con base en la función de segundo orden que hemos denominado kelseniana-ferrajoliana, no así la función de tercer orden que es el derecho al reconocimiento de la personalidad. Es decir, no atiende a este derecho humano, en cuanto a que éste es una función conformada, entre otras, por la función kelseniana-ferrajoliana. Lo deja absolutamente de lado y esto es, de por sí, indebido<sup>766</sup>.

---

<sup>764</sup> Ibid. p. 334.

<sup>765</sup> Ibid. pp. 334-335.

<sup>766</sup> Si un derecho humano es totalmente ignorado, entonces es totalmente anulado y, por ende, deja de ser tenido como lo que es, un derecho.

Ferrajoli refiere que es cuestión debatida si el nasciturus es o no persona, es decir, sostiene que la cuestión consiste en determinar si la función kelseniana-ferrajoliana admite ser complementada por un argumento, cuyo signo saturador a su vez sea colmado por un significado que incluya al nonato. Entonces, es claro que el jurista italiano sólo está considerando la función de segundo orden kelseniana-ferrajoliana.

Sin embargo, lo cierto es que la cuestión no se limita a determinar si el significado del signo que satura el argumento de la función kelseniana-ferrajoliana incluye también al nasciturus, sino que también implica determinar si existe un derecho a que ello ocurra. Es decir, la cuestión no se reduce a la saturación de la función kelseniana-ferrajoliana sino también a la cuestión de desarrollar el contenido de un derecho fundamental, tal que al incluir en su estructura esa función de segundo orden, se constituye como una función de tercer orden.

Ferrajoli no aborda la cuestión de esta manera, es decir, no considera en forma alguna la función de tercer orden y, por ende, deja de lado absolutamente el derecho al reconocimiento de la personalidad. Máxime, que hemos demostrado que este derecho está constituido formalmente para evitar que la cuestión se reduzca a la función kelseniana-ferrajoliana.

La segunda razón por la cual consideramos el argumento de Ferrajoli, contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, tiene relación con el primer criterio interpretativo, que hemos demostrado a partir de la estructura formal de este derecho.

Demostramos en apartados anteriores que la estructura formal del derecho al reconocimiento de la personalidad, esto es, su calidad de función de tercer orden, mantiene abierta la cuestión sobre la atribución de la personalidad a algo, de tal manera que dificulta que esto se realice por mera decisión. Esto es así, pues siempre podrá cuestionarse si la saturación de la función kelseniana-ferrajoliana, que integra la posición del titular en ese derecho, es conforme o no a éste.

Así, dedujimos como primer criterio interpretativo que la interpretación del derecho al reconocimiento a la personalidad, que la saturación de los signos que

ocupen las posiciones o funciones del titular y del objeto debe ser siempre de tal manera que no implique la terminación del debate, la discusión y, en pocas palabras, de la racionalidad de la diferencia.

Pero mantener abierta la cuestión y evitar conclusiones que den por terminado el debate, es inconsistente con la desestimación de premisas “debatidas” sólo por el hecho de ser debatidas, como es, para Ferrajoli, la atribución de personalidad al nasciturus; antes bien, con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica poner en duda la atribución de personalidad es aquello que pretende evitarse y la existencia del debate, el mecanismo para evitarlo; por tanto, el hecho de desestimar la posibilidad de la personalidad del nasciturus sólo porque hoy por hoy es debatida, es contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad. Más adelante reforzaremos esta posición<sup>767</sup>.

La tercera razón por la cual consideramos el argumento del autor italiano inconsistente con el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, es que al considerar que la cuestión se reduce a la determinación del significado del signo que satura la función kelseniano-ferrajoliana, deja a un sujeto obligado por el derecho al reconocimiento de la personalidad, la facultad de establecer su alcance vinculatorio.

En efecto, según hemos mostrado en el tercer capítulo de este trabajo, no sólo el Estado, sino todas las personas están obligados por los derechos fundamentales; por tanto, toda mujer embarazada también lo está, aunque sea razonable dudar si esta obligación alcanza al nasciturus como titular de derechos.

También se estableció en dicho capítulo, que los derechos fundamentales son intangibles absoluta o relativamente a la decisión, particularmente, a la decisión de los sujetos obligados, pues de lo contrario, estos podrían establecer su exclusión de la obligación a tal grado que podrían anular absolutamente el derecho fundamental. Es decir, los sujetos obligados no pueden establecer por sí solos válidamente determinar si dejan de estar obligados por virtud de un derecho: las obligaciones son objetivas. Así como nadie puede ser el título de su propio

---

<sup>767</sup> Infra IV.3.3.1.

derecho, tampoco su nuda decisión puede ser causa de la extinción de la obligación.

Naturalmente, en el caso de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, los Estados pueden denunciarlas y, en esa medida, por una nuda decisión pueden excluirse de la obligación. Sin embargo, en el caso de la denuncia lo que se excluye es el reconocimiento del Estado de la existencia de los derechos previstos en esa convención, por lo menos de la manera en que aparezcan redactados en ella, de tal manera que la objetividad de la obligación, a la cual aquí aludimos, se mantiene incólume.

Esto lleva a que si existe un derecho válido y, por ende, existe alguna obligación (aun cuando esté pendiente de precisar), entonces el sujeto obligado no puede unilateralmente determinar el contenido de ésta, sin al mismo tiempo destruir el derecho que se asume existente y válido. Por tanto, si se asume la existencia válida del derecho, la nuda decisión no puede excluir la existencia de las obligaciones que son relacionadas con él por medio de la tercera función o posición sintáctica de los derechos.

El argumento de Ferrajoli faculta a un sujeto obligado por el derecho al reconocimiento a la personalidad (la mujer embarazada) la facultad de establecer cuál es el contenido del significado del signo que satura la posición o función del titular de ese derecho y, por ende, le da la facultad de establecer por nuda decisión si se actualiza o no esa función y, consecuentemente, alguna obligación a su cargo.

Por tanto, si se asume válido el argumento de Ferrajoli, se deja a la nuda decisión de un sujeto obligado por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la determinación del alcance de las obligaciones derivadas de ese mismo derecho, lo cual es incompatible con la semántica de los derechos fundamentales en particular (intangibilidad) y de los derechos en general (necesidad de que el derecho se asocie de alguna forma con alguna obligación, según la tercera función o posición sintáctica de todo derecho).

Esto no significa que deba reconocerse la personalidad del nasciturus; sin embargo, sí significa que todo argumento que implique dejar a *un* sujeto obligado

por el derecho al reconocimiento de la personalidad, la facultad de establecer el contenido de las funciones que lo integran, es contrario formalmente al citado derecho.

Sobre la afirmación de que reconocer personalidad jurídica al nasciturus implicaría negar la personalidad de la madre, más adelante expondremos una postura que desvirtúa este postulado, a la vez que proscribire la posibilidad de proteger al nonato con la penalización de la mujer<sup>768</sup>.

#### **IV.4 Criterios semánticos de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad**

Hasta este punto hemos analizado la estructura sintáctica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y, conforme a ella, hemos determinado que es una tautología, la cual demanda desde sí misma ser desplegada o desarrollada. También hemos observado que este desarrollo tiene límites. Éstos son los cuatro criterios interpretativos determinados en IV.3.3.2, IV.3.3.2 y IV.3.3.4.

Igualmente, hemos demostrado que la tautología no puede desarrollarse sino mediante juicios sintéticos que enriquezcan el código semiótico-jurídico<sup>769</sup>, es decir, la estructura del sistema del Derecho.

Ahora es necesario establecer la posibilidad de por lo menos algún criterio interpretativo del derecho al reconocimiento de la personalidad anclado en la semántica.

Es cierto que este trabajo no tiene por propósito (ni podría tenerlo) establecer cuál es ni cuál debe ser el significado definitivo de “ser humano”. Este trabajo sólo puede dar constancia de la tautología del derecho a la personalidad, la necesidad de su desarrollo y el establecimiento de algunos criterios formales y sustanciales que pueden e, incluso, deben ser tomados en consideración en el

<sup>768</sup> Infra IV.4.1.2.3 inciso d).

<sup>769</sup> Recuérdese que el juicio sintético se incorporaría al Derecho de manera más o menos permanente, por medio de decisión, la cual puede o no estar sustentada en razones. Por esto, si el juicio sintético ha de estar sustentado en razones, tal como es preferible de acuerdo a la semántica general de los derechos humanos, entonces estimamos necesario agregar la interdisciplinariedad.

trabajo multidisciplinario idóneo para resolver esta cuestión o bien en fallos jurisdiccionales (a falta de los primeros), aunque nunca de manera definitiva.

#### **IV.4.1 Un origen del derecho al reconocimiento de la personalidad: el totalitarismo y el pensamiento de Hanna Arendt**

Hannah Arendt<sup>770</sup> formuló la acertada frase: “derecho a tener derechos”, que no es otra cosa que el derecho al reconocimiento de la personalidad.

Esta importante filósofa expone en qué consistió la causa de la tragedia de los campos de concentración de la segunda guerra mundial: la formalidad abstracta del concepto de humanidad y su complementación sustantiva por parte del constructo Estado-nación.

Relata Arendt cómo ocurrió el problema de los apátridas en el periodo de 1919 a 1939: la trilogía Territorio-Estado-Nación entró en crisis por la incapacidad de armonizar el principio de igualdad entre las personas con el hecho de que los Estados creados en el tratado de Versalles tenían habitantes que no tenían la misma nacionalidad y, por ello, reclamaban o bien un Estado propio o bien un estatuto jurídico propio dentro del Estado ajeno.

Esta tensión no resuelta produjo emigraciones masivas que, al llegar a otros Estados-Nación, la contagiaron. Esto produjo apátridas, es decir, personas que perdieron su vínculo con su nación y que no tenían Estado al cual ser repatriados. Esto se agravó por el hecho de que algunos Estados, como Alemania, basados en el principio de soberanía, determinaron negar el carácter de nacionales a personas nacidas en sus territorios, a menos que acreditaran tener vínculo racial con la nación: *se nacía sin derechos, sólo con humanidad*.

Tal aseveración de Arendt puede ser respaldada con más datos.

Michael Burleigh, historiador británico contemporáneo, refiere que para los nazis el trabajo era la medida del hombre y de la propia personalidad<sup>771</sup>. Este pensamiento se benefició de la reflexión que durante el siglo anterior hubo sobre

<sup>770</sup> Cfr. Arendt, Hannah. “Los orígenes del totalitarismo”, Santillana, México, 3ª ed, 2007, pp. 343-384.

<sup>771</sup> Cfr. Burleigh, Michael. “El tercer reich. Una nueva historia”, Punto de Lectura, México, 2005, p. 433.

el trabajo, principalmente en relación con la alienación del trabajador. Sin embargo, el nacionalsocialismo modificó los términos de referencia básicos del debate sobre el trabajo, para convertirlo en un medio “de quebrar los cuerpos y las almas, bajo la consigna burlona ‘el trabajo hace libre’”<sup>772</sup>, que encabezaba las entradas a los campos de concentración, a los cuales se condujo a los defensores de la tesis de la alienación: los socialistas y comunistas.

Pero esta disminución de lo humano a uno solo de sus aspectos (el trabajo), a lo que se sumó la manipulación de ese aspecto, no fue lo único que socavó la percepción sobre la personalidad. Desde sus inicios el nacionalsocialismo y el fascismo se fundaron en postulados racistas. La propaganda fue a tal grado seductora que, por ejemplo, a mediados de los años treinta “en Baviera, donde no hubo ninguna ‘reacción activa’ a la persecución de los judíos, la propaganda racista estaba empezando sin embargo a causar efecto, en el sentido de que la gente empezaba a creer que los nazis tenían razón, aunque les perjudicaran su propios excesos. En Sajonia se sentía simpatía por los pequeños judíos sin relaciones importantes, y se tenía al mismo tiempo el sentimiento de que muchos judíos merecían que les fastidiasen un poco por haber intentado sacar provecho de la crisis política anterior”<sup>773</sup>, de la República de Weimar. “La mayoría de la gente aceptaba que los judíos eran ‘otra raza’. Gente que antes no había sabido qué era un judío les echaba ahora la culpa de todos los males”<sup>774</sup>.

*El sentido común dejó de ser un parámetro fiable para determinar quién era ser humano y quién o qué era persona.*

Esto llegó a la ley. En 1935 la Ley del Servicio Militar introdujo que el servicio militar obligatorio fuera prestado necesariamente por quien acreditara ascendencia aria.

Ese mismo año se promulgaron las leyes de Núremberg sobre la condición jurídica de los judíos. Se trató de dos leyes: la Ley de Ciudadanía y la Ley para

---

<sup>772</sup> Ibid. p. 434.

<sup>773</sup> Ibid. p. 515.

<sup>774</sup> Id. Cosa que, sin duda, es similar a la concepción que las clases nobles, dentro de sociedades jerarquizadas, tenían sobre los seres humanos de otras clases.

Proteger la Sangre y el Honor Alemanes. La primera de ellas retiraba a los judíos la nacionalidad alemana, para considerarlos “súbditos del Estado”. La segunda prohibía el matrimonio y la relación sexual entre “arios” y judíos, el empleo de “arios” menores de cuarenta y cinco años en casas judías, y el izamiento de la bandera alemana por los judíos. Estas leyes dejaban de precisar a quién afectaban, es decir, no precisaron el alcance de la palabra “judío” y si ésta afectaba a conversos, descendientes parciales de judíos o sólo a los “puros”. Tampoco definía quiénes eran estos últimos.<sup>775</sup>

Esta deficiencia se pretendió superar con el decreto de catorce de noviembre de 1935. Aquí se estableció que quien contara con tres o cuatro abuelos judíos eran judíos plenos; los que tenían dos, eran medio judíos y se les consideraba judíos sólo si practicaban la religión hebrea. Se casaban con una persona judía o eran hijos legítimos o ilegítimos de padres judíos y arios. Los medio judíos eran conocidos como “Geltungjuden”, es decir, “judíos válidos” o “judíos por ministerio de ley”.<sup>776</sup>

El Tribunal Supremo también contribuyó a esta progresiva despersonalización de miembros de la especie humana. Al tiempo que surgieron las leyes anteriores, esa corte debatió sobre la definición de relación sexual y determinó que ésta no se reducía al coito, sino incluía otras “actividades sexuales con una persona del sexo opuesto que estén encaminadas, por la forma en que se realizan, a servir en lugar del coito para satisfacer el impulso sexual de uno de los participantes como mínimo”<sup>777</sup>. Gracias a este criterio, se lograron varias condenas para judíos, como aquella en que se dieron dos años de prisión a uno por dar un beso, u otra en la que se encarceló a otro por haber mirado a una muchacha de quince años, mientras ésta caminaba por la calle a las 11 de la mañana<sup>778</sup>.

Burleigh menciona que

la mayoría de la gente pensaba que las nuevas leyes estabilizarían la situación, relegando a los judíos a una esfera semiautónoma de segunda clase, y que esto sajaría el forúnculo de la violencia callejera. La abrogación de derechos humanos fundamentales no parece que molestase gran cosa a la gente en general. Informes

---

<sup>775</sup> Cfr. *ibid.* pp. 518-519.

<sup>776</sup> Cfr. *ibid.* p.520.

<sup>777</sup> *Ibid.* p. 521.

<sup>778</sup> Cfr. *Id.*

sobre la oposición hacia las nuevas leyes la limitaban a la burguesía liberal, unos cuantos enclaves católicos, como Aquisgrán y Allenstein, y hombres de negocios preocupados por las repercusiones en el exterior.<sup>779</sup>

Una vez más el sentido común fue insuficiente para evitar la despersonalización creciente de grupos enteros de miembros de la especie humana. Había en esa época una duda sobre el estatus de esos grupos, más allá de que esa duda es genuinamente mala y aunque “es muy posible que muchas personas estuviesen hartas de oír las mismas consignas iracundas y simplemente las filtrasen y eliminasen de la conciencia”<sup>780</sup>.

Sin embargo no fueron las leyes el único camino de los nazis para llevar a término sus planes de cosificación progresiva de miembros de la especie. De hecho, según Burleigh, la característica principal del nacionalsocialismo fue el desprecio completo al principio de legalidad y al Estado de Derecho, que consideraban decadencia de la burguesía.

Lo que inició con propaganda y siguió con leyes, se terminó de ejecutar con acciones generalizadas. En noviembre de 1938, so pretexto del atentado perpetrado por un judío resentido, que cobró la vida de un secretario de la embajada alemana en París (Ernst vom Rath), se desató la noche de los cristales rotos. La propaganda nazi, encabezada por el discurso de Hitler pronunciado en el funeral correspondiente, se dirigió a demostrar el atentado como el síntoma de “una batalla fanática no sólo contra nuestro *Volk* alemán, sino contra todos los pueblos libres, autónomos e independientes”<sup>781</sup>. Los judíos ahora son no sólo humanos de segunda clase, sino también enemigos mortales. Se han convertido en “monstruos”.

La consecuencia de esto fueron dos días de saqueos, incendios y destrucción de propiedades judías, y ejecuciones impunes de varios seres humanos. Ahora se resta de estas otrora personas los atributos de patrimonio y de derecho a la vida aunque no por ministerio de ley, sino por los actos. Antes habían sido privadas, esta vez sí por ley, de la nacionalidad y de la posibilidad de crear familia por voluntad.

---

<sup>779</sup> Ibid. p. 522.

<sup>780</sup> Ibid. p. 512.

<sup>781</sup> Ibid. p. 568.

De esta manera, como dice Arendt, el hombre puede perder todos los Derechos del Hombre (patrimonio y vida), sin perder su cualidad esencial de hombre, su dignidad humana. Sólo la pérdida de la comunidad misma (nacionalidad y familia) lo expulsa definitivamente la Humanidad.

Este problema tuvo como parte de su origen –explica Arendt-, la concepción de humanidad de la ilustración que fue empleada en la teoría tradicional de los derechos del hombre. Éstos se sustentaron en la naturaleza del hombre y, por ende, como abstracción respecto de la comunidad. Por el contrario, ésta se consideró emanada de esa naturaleza abstracta, por lo que los derechos del hombre se proclamaron como derivados de esa naturaleza, no de autoridad alguna. Así, el hombre abstracto apareció como el único soberano en cuestiones de la ley, y la soberanía popular también se proclamó en nombre del hombre abstracto. De esta forma, se entendió que no era necesaria una protección especial de los derechos del hombre respecto del Estado ni de la ley, pues ambos manaron del hombre.

Sin embargo, con los fenómenos étnicos antes referidos, que sólo tenían sentido y podían aparecer en el seno del Estado-Nación proclamado en nombre del hombre abstracto, apareció que el hombre abstracto, desprendido de su comunidad y de su nación en el estado de apatridia, quedaba, de hecho, fuera totalmente de la ley: dejó de ser persona. Por ende, antes de que la vida de los apátridas fuera amenazada directamente por los campos de exterminio, su personalidad ya había sido eliminada: “El mundo no halló nada sagrado en la abstracta desnudez del ser humano”.

*Surge así la necesidad de un derecho a tener derechos<sup>782</sup>, que vincule al individuo (hombre abstracto para los liberales) con la Humanidad, no sólo con el Estado-Nación. Este es el origen del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.*

Pero el despojo de la nacionalidad y de la pertenencia a una comunidad, no fue el único lugar donde se ejecutó la despersonalización progresiva de grupos

---

<sup>782</sup> En el capítulo III observamos cómo varios autores hablan insistentemente de este derecho a tener derechos como condición de los demás y como el núcleo mismo del discurso y semántica de los derechos humanos, surgida después de la segunda guerra mundial.

humanos. El otro campo importante donde se realizó esto fue el de la “eutanasia” de “deficientes mentales”. La duda sobre la personalidad de miembros de la especie humana no se limitó a los abyectos nazis, sino que fue más generalizado (desestimar la humanidad de algo sólo con base en que es debatida la cuestión de atribuirle personalidad, es en todo punto contrario al derecho en estudio. Ferrajoli, por ejemplo).

Burleigh cuenta que desde antes de 1914 existía un debate en el ámbito de la ciencia sobre la eutanasia, aunque en un principio se redujeron, como la actual controversia sobre los nascituri, a cuestiones relacionadas con la autonomía individual. Sin embargo, no mucho después se extendió a la cuestión de disminución de costos de manutención de ciertos seres humanos. “Así, en 1910 el doctor Heinz Potthoff, que era miembro de la asociación liberal progresista Freisinnige Vereinigung, expuso la idea de que sería mejor gastar el dinero de la ayuda social de la nación en los sanos que en ‘lisiados e idiotas’ improductivos. La retórica progresista de esos liberales [que naturalmente no eran todos, por eso era un debate] no era muy distinta de la que utilizarían más tarde los nacionalsocialistas”<sup>783</sup>.

En 1920 se publicó la obra “Permiso para la destrucción de vida indigna de vida” de Karl Binding y Alfred Hoche. El primero era un jurista y profesor universitario y el segundo, un psiquiatra. En este libro se destacó “la relatividad histórica y espacial del respeto judeocristiano por la santidad de la vida humana en relación con sociedades antiguas o primitivas. El libro instaba a los alemanes del siglo XX a emular a los espartanos y a los inuits, que mataban respectivamente a su niños enfermizos y a su padres ancianos”<sup>784</sup>. En la misma época, el doctor norteamericano Alfred Blumer exponía esta misma fascinación por estas prácticas antiguas<sup>785</sup>.

Incluso en alguna crítica a estos autores, se apreciaban ideas similares. Ewald Meltzer, acérrimo adversario de Hoche, defendía la esterilización y realizó un estudio informal de padres con niños “idiotas” donde indicaba que muchos de

---

<sup>783</sup> Ibid. p. 611.

<sup>784</sup> Ibid. p. 612.

<sup>785</sup> Id.

los primeros “no verían con malos ojos que el Estado los matase encubiertamente”<sup>786</sup>.

Estas tendencias originadas y desarrolladas en el ámbito de la ciencia (aunque, claro está, han sido en nuestros días superadas), trascendieron a las políticas públicas tiempo antes del arribo al poder de los nazis.

En primer lugar la crítica de la psiquiatría, tanto desde la izquierda como desde la derecha, como una pérdida de tiempo cara y represiva, y la preocupación del Gobierno de Weimar por reducir costes” llevaron al apoyo gubernamental al proyecto de Gustav Kolb y Hermann Simon. Este programa implicaba la atención a pacientes externos y el acogimiento familiar pagado, o la introducción de terapia ocupacional, que terminaba siendo trabajo no pagado. Con esto se reducía el costo de los hospitales psiquiátricos<sup>787</sup>.

La disminución de costos en el tratamiento de los disminuidos mentales y los pacientes psiquiátricos pronto se asoció a la eugenesia no sólo en Alemania, sino también en Inglaterra y Estados Unidos.

En Inglaterra el Comité Woods sobre Deficiencia Mental informó en 1929 que había un cuarto de millón de deficientes mentales viviendo fuera de instituciones psiquiátricas. Esto “indujo a la Asociación Eugenésica a crear el Comité para la Legalización de la Esterilización Eugenésica y a apoyar el proyecto de ley de los miembros presentado por el mayor Church en 1931, que permitía la esterilización voluntaria. Conviene tener presente también que la encíclica papal *Casti connubi* de 1930 condenaba primordialmente a unos treinta estados de los Estados Unidos que habían introducido la esterilización de los mentalmente incapaces<sup>788</sup>.

Sin embargo no puede decirse que hubiera unanimidad en el ámbito científico sobre estos temas. Por ejemplo, en 1923 Karl Bonhoeffer escribió para el Comité sobre Política de Población e Higiene Racial del consejo sanitario de Prusia, un informe en que criticaba un proyecto de ley en que se preveía la esterilización de los nacidos ciegos o sordos, de los idiotas, epilépticos, pacientes mentales, delincuentes, infractores sexuales y padres de más de dos hijos ilegítimos. Bonhoeffer sostenía que el Estado no debía entrometerse en la esfera

---

<sup>786</sup> Ibid. p. 614.

<sup>787</sup> Ibid. pp. 614-616.

<sup>788</sup> Ibid. p. 616.

personal de las personas y dudaba que hubiera un aumento notorio de las enfermedades mentales, lo cual era el motivo de ese proyecto.<sup>789</sup>

De cualquier manera, pese a la falta de unanimidad, lo cierto es que el ambiente estaba a tal grado cargado a favor de la eugenesia, que Burleigh considera que “según los estudios más recientes, los eugenistas (es decir, una coalición de médicos y mujeres) del partido **socialdemócrata** fueron los que más se esforzaron por introducir tales medidas”<sup>790</sup>, no el partido nazi, el cual, naturalmente, las veía con buenos ojos.

El sentido común simplemente no podía ser aquello que estableciese la corrección moral y jurídica de este otro ataque a la personalidad de grupos de seres humanos.

Con estos apoyos tan heterogéneos pero convergentes, a fines de julio de 1933 los nazis promulgaron la Ley para la Prevención de la Progenie con Enfermedades Hereditarias, vigente a partir del 1 de enero de 1934. Esta ley establecía que la esterilización podía ser obligatoria, siempre que se tratara de alguna de 8 enfermedades “hereditarias”: debilidad mental congénita, esquizofrenia, enfermedad maniacodepresiva, epilepsia, corea de Huntington, sordera y ceguera hereditarias, y malformación física grave, si era hereditaria según la investigación<sup>791</sup>.

Ahora el ataque a la personalidad se enfoca en el cuerpo. Éste es enajenado a la persona, como si fuese posible pensar en una persona humana sin cuerpo (por lo menos sin acudir a la metafísica): la personalidad toda es anulada para quienes padecen estas enfermedades o, peor aún, a los que se dice “por una investigación” que las padecen. La persona no sólo deviene fácticamente tangible y anulable, sino también normativamente.

El ataque legislativo continuó. Enmiendas sucesivas permitieron la esterilización de niños de diez años, aunque sólo a los mayores de catorce se los podía coaccionar. Se estableció la obligación de comparecer ante inspectores médicos públicos y se privó del derecho a la representación legal a las personas

---

<sup>789</sup> Ibid. p. 617.

<sup>790</sup> Ibid. p. 618.

<sup>791</sup> Ibid. p. 619.

que tenían que comparecer antes los tribunales de sanidad hereditaria, creados para estos nefastos efectos<sup>792</sup>. En 1936 se modificó la ley para incluir la esterilización con rayos X, para las mujeres mayores de 38 años<sup>793</sup>.

Vemos entonces que los ataques a la personalidad de grupos enteros de miembros de la especie (pues al restárseles personalidad jurídica, no les quedaba más que ser homo sapiens) fueron progresivos y la vía legal fue solamente un camino instrumental para lograr la despersonalización.

Primero se redujo lo humano a uno de sus aspectos: el trabajo. Asimismo, se redujo lo humano a la raza. Esto se difundió mediante tenaz propaganda, tal que medró la posibilidad de apelar al sentido común de la sociedad para frenar esta escalada despersonalizadora.

Después, se utilizó la ley. Mediante ésta se excluyó a unos (judíos, desplazados y otros) de la nacionalidad, de tal forma que unos terminaron como súbditos del Estado, es decir, personas de segunda clase, y otros como apátridas. Esto no sucedió sólo en la Alemania nazi. Estas leyes también rompieron el arraigo con la familia. Mediante la ideología de la raza, se obligó a las personas a formar familias de determinada manera y se impidió coactivamente la pervivencia de algunas establecidas, así como el establecimiento de otras nuevas.

Todo esto formó un frente: reducción de la persona a determinados elementos (trabajo y raza); inutilización del sentido común, que mostró así su profunda maleabilidad; personas de segunda clase y apátridas; y desarraigo familiar.

Un segundo frente despersonalizador se dio en torno a la eugenesia. En este caso se socavó el sentido común no por propaganda ideológica, sino más grave aún, por discusiones universitarias de especialistas. Este ataque fue aun más generalizado que el anterior, e incluyó a los socialdemócratas, a los estadounidenses y a los ingleses. La eugenesia trascendió continentes e ideologías. Tuvo tierra fértil en sociedades liberales como Inglaterra y Alemania, y acogida en pensamiento de izquierda como el socialdemócrata.

---

<sup>792</sup> Había 220 tribunales de primera instancias y 18 de apelación. Se conformaban por un juez, un médico de la sanidad pública y un especialista médico más. Ibid. p. 625.

<sup>793</sup> Id.

La eugenesia degeneró en esterilización voluntaria y los nazis sólo tuvieron que dar el pequeño paso para la esterilización obligatoria. Con ésta, se privó de su cuerpo a las personas enfermas con deficiente “racionalidad” y como no es posible pensar una persona humana sin éste, se les restó de toda personalidad. ¿Se necesita algo más claro para sostener que la persona no puede reducirse a /racionalidad/?

No hubo leyes que de manera clara y tajante establecieran que los colectivos de miembros de la especie humana dejaran de ser personas para quedarse sólo con su pertenencia abstracta a la especie homo sapiens. Sin embargo, no era necesario que las hubiera. Si se reduce la humanidad a elementos aislados como el trabajo y la raza, se desvincula a los individuos de su comunidad y familia, se cierra el camino para la reapropiación de este vínculo mediante la inutilización de un sentido común social siempre maleable, además se descorporaliza a la persona, y, por último, todo esto ocurre tanto en lo fáctico como en lo normativo; entonces queda tan poca personalidad que no es necesaria abrogarla por decreto.

Todo esto sucedió antes de que se procediera al exterminio en campos de concentración y a la “eutanasia” de los “deficientes mentales”. Privar la vida era consecuencia de la despersonalización previa, no al revés. La personalidad es la condición del derecho a la vida, no viceversa.

#### **IV.4.2 Primer criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad**

El derecho al reconocimiento de la personalidad surgió para evitar que mediante mecanismos fácticos o normativos, o fácticos y normativos, *se redujera a miembros de la especie humana a ser sólo miembros de la especie humana*.

Es decir, este derecho reconoce la posibilidad -tristemente hecha realidad en la primera mitad del siglo XX, no sólo en Alemania (aunque preponderantemente en esa nación europea)- de que a individuos de la especie humana se los prive totalmente de su personalidad y esto tenga consecuencias tan graves como el exterminio.

Observamos en el apartado anterior, que fueron dos frentes aquellos a través de los cuales se orquestó el menoscabo progresivo de la personalidad, tanto en lo fáctico como en lo progresivo: el desarraigo de la nación, de la comunidad y de la familia, y la descorporalización de la personalidad.

En ambos frentes un factor determinante para su progresión, fue la fácil exclusión del sentido común social que permitía considerar al homo sapiens de enfrente como persona. Esto se logró, por un lado, con una mezcla de propaganda eficaz y una semántica social proclive a aquella. Por otro, esta exclusión se alcanzó con la existencia de un genuino (aunque éticamente y, a la postre, también científicamente incorrecto) debate científico e ideológico: expertos en medicina y psiquiatría defendieron no sólo la eugenesia, sino la esterilización, incluso forzada y en algunos lugares fueron mayoría; no sólo los nazis, sino también liberales y socialdemócratas llegaron a apoyar esta barbarie.

Entonces el sentido común no es un punto de referencia aislado fiable para determinar qué deba considerarse como humano. Es más, confiar solamente en él tiene el riesgo grandísimo de excluir de la personalidad a quienes razonablemente deberían ser tenidas como personas. No basta para cumplir el derecho al reconocimiento de la personalidad, el solo hecho de que en una determinada cultura se considere qué es o no es persona. Naturalmente, esto no significa que deba desestimarse las diversas concepciones culturales sobre la personalidad, más bien al contrario, deben ser consideradas, con el reparo de que no es suficiente, por sí sola, la concepción cultural para determinar qué deba ser ésta para efectos del derecho de nuestra atención.

Si a esto se añade el criterio formal de interpretación consistente en que la saturación de los signos que saturan las posiciones o funciones del titular y del objeto en el derecho al reconocimiento de la personalidad debe ser siempre de tal manera que no impliquen la terminación del debate y la discusión (por lo demás perfectamente compatible y sustentado parcialmente con esta insuficiencia del sentido común), entonces podemos considerar el siguiente criterio semántico de interpretación:

*En el debate y discusión sobre a qué o quién deba tenerse como persona, la carga argumentativa corresponderá siempre a la parte que niegue personalidad a algo o alguien que de cualquier manera comparta algún rasgo semántico (sema) inherente o denotado necesariamente humano (clasema o semantema), como, por ejemplo, ser miembro de la especie humana u homo sapiens.*

Es decir, si algo es relacionado con un signo, cuyo semema contenga por lo menos un sema inherente o denotado necesariamente asignado también al semema –humano-, entonces la carga de la demostración para negarle la personalidad a ese algo, corresponderá a quien tenga interés en negársela.

Por ejemplo, es poco controvertido que el semema –humano- tiene, entre otros, como uno de sus semas inherentes /racional/. Entonces si algo es el objeto inmediato de un signo, cuyo semema tenga como sema inherente /racional/, entonces la carga argumentativa para negarle personalidad a ese algo corresponderá a quien tenga el interés. Lo mismo corresponde a los semas inherentes del semema –humano–, como /libre/, /homo sapiens/, u otros<sup>794</sup>.

Es verdad que la carga argumentativa es más fácil en unas circunstancias que en otras. Por ejemplo, es más fácil argumentar la negación de personalidad

---

794 Por ejemplo, el sema /animal/ no sería, ordinariamente, inherente al semema –humano-, sino que formaría parte del taxema o del clasema al cual pertenece ese semema. En cambio, el sema /homo sapiens/ es un sema específico inherente al semema /humano/, no así el sema /racional/, el cual sería un sema inherente genérico, pues algunos animales parecen ser racionales, tales como algunos simios y cuervos, si se considera que pueden realizar algunas operaciones aritméticas simples, crear instrumentos y asignarles esa cualidad más allá del momento de su uso (véase el concepto de cultura de Eco). Cfr. Nathan J. Emery y Nicola S. Clayton. "The Mentality of Crows: Convergent Evolution of Intelligence in Corvids and Apes", en la revista Science 10 diciembre 2004, Vol.306, no.5703, pp. 1903-1907. Estos autores dicen: "Tool use is defined as "the use of an external object as a functional extension of mouth, beak, hand, or claw, in the attainment of an immediate goal" (12). Although many birds, primates, and other animals use tools, it is not clear whether any of these species appreciate how tools work and the forces underlying their function. Perhaps the most convincing candidates are New Caledonian crows, who display extraordinary skills in making and using tools to acquire otherwise unobtainable foods. In the wild, they make two types of tools. Hook tools are crafted from twigs by trimming and sculpting until a functional hook has been fashioned (13) and are used to poke out insect larvae from holes in trees using slow deliberate movements (14). [...] There are many aspects of corvid and ape cognition that appear to use the same cognitive tool kit: causal reasoning, flexibility, imagination, and prospection" Como nos recuerda Luhmann: desde Heidegger es difícil definir lo humano por la oposición al animal. La inteligencia es un sema inherente al humano, sí, pero no es específico, sino genérico.

cuando el sema compartido es inherente genérico, que cuando es inherente específico: es más fácil negarle la personalidad a cuervo, que en el semema –cuervo- incluye el sema inherente /inteligencia/, el cual es sema inherente genérico de –humano-. Sin embargo, es más difícil negársela a quien comparte un sema inherente específico del semema –humano-, como lo es /homo sapiens/ o lo que es igual, /especie humana/.

Si se niega la necesidad de una carga argumentativa, entonces el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implicaría una discusión tan abierta, que haría nugatoria cualquier expectativa normativa basada en ese derecho.

Asimismo, si la carga argumentativa se atribuyera a quien sostuviera que algo o alguien que comparte algún rasgo inherente de humanidad como ser miembro de la especie humana, entonces se desconocería que el derecho al reconocimiento de la personalidad surgió porque la despersonalización deja a quienes la padecen, en la vulnerable condición de ser única y desnudamente miembros de la especie homo sapiens.

Esta atribución de la carga argumentativa también se sustenta en lo que expusimos en el apartado IV.3.3.2 de este capítulo. Allí demostramos que necesariamente existe tensión entre las diversas personalidades que se reconocen, es decir, en tener como personas a una multiplicidad de entes, como por ejemplo, todos los individuos o todas las comunidades indígenas. Sostuvimos que esta tensión consiste en que la personalidad del otro reduce necesariamente el margen de acción de la persona. Sostuvimos igualmente que esta tensión hace surgir indefectiblemente el interés de ampliar el margen de acción de la persona mediante la anulación de la personalidad de otros, pues ésta reduce aquella, y que el derecho al reconocimiento de la personalidad es refractario a este interés, en el sentido de que si éste siempre prevaleciera, simplemente desaparecería tal derecho.

*Entonces es conforme al derecho al reconocimiento de la personalidad, establecer que la carga argumentativa debe ser atribuida a quien tenga interés en excluir algo de la personalidad, si este algo implica un semema o significado que*

*comparta algún componente semántico o sema necesariamente humano (aunque lo humano no se reduzca a ese componente).*

Escolio de esto, es que, en principio, no debe demostrarse que algo sea humano, sino más bien que algo no lo sea y esto debe ser probado más allá de una determinada postura ideológica.

#### **IV.4.3 Segundo criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad**

El proceso bifrontal de despersonalización, cuyo desastre humanitario originó el derecho al reconocimiento de la personalidad, tuvo como presupuesto la reducción de lo humano a determinadas características y atributos, tales como el trabajo y la raza.

En el capítulo primero de este trabajo, observamos que la reducción del significado de un signo a uno o algunos de sus semas, sin considerar la existencia necesaria de los demás, implicaba *inventio ideologica*, la cual debe evitarse en cualquier ejercicio serio de interpretación.

Por tanto, el segundo criterio interpretativo semántico consiste en que *cualquier reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos (i.e. elementos semánticos del recorrido semántico del signo “ser humano”) será sospechosa de ser contraria a una interpretación correcta del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, la carga argumentativa para demostrar sus méritos corresponde a quien opere tal reducción.*

#### **IV.4.4 Tercer criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad**

En el capítulo I observamos que la ideología es siempre reducción sesgada y engañosa de los recorridos semánticos posibles de los significados de los signos. También se expuso que la *inventio ideologica* era sólo un posible camino de la ideología, pues también era posible que una interpretación aparentara engañosamente agotar los tales recorridos, sin hacerlo. Esto se denominó *dispositio ideologica*.

Con estas bases, se puede formular un tercer criterio interpretativo semántico, estrechamente vinculado con el segundo:

*El argumento que conforme al segundo criterio interpretativo semántico, corresponde ser expuesto por quien pretende la reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos, debe evitar la dispositio ideologica, de lo contrario será opuesto al derecho al reconocimiento de la personalidad.*

#### **IV.4.5 Desarrollo racional de la tautología mediante decisiones sustentadas en razones**

En la conclusión 5.4 del capítulo III se expuso que los juicios sintéticos que lleguen a emplearse para saturar la posición o función sintácticas del derecho al reconocimiento de la personalidad, pueden ser introducidos al sistema jurídico por cualquiera de los lenguajes que lo componen (el del legislador, el de los jueces y el de la dogmática-teoría jurídicas).

En la conclusión 5.4.1.1 de ese capítulo, se refirió que una posibilidad de introducir juicios analíticos o sintéticos para saturar posiciones sintácticas de los derechos humanos, es la sola decisión, es decir, un acto que da sentido a una situación que demanda ser establecida como conforme o no conforme a Derecho, sin sustento argumentativo racional. Pero también se precisó que esta posibilidad está en necesaria contradicción con la intangibilidad de los derechos humanos.

Por su parte, en la conclusión 5.4.1.2 del capítulo III, sostuvimos que los fallos de los Tribunales de Derechos Humanos consisten en decisiones. Éstas pueden estar sustentadas en razones o concurrir con éstas, o bien carecer completamente de ellas. Luego, es contingente que las sentencias de estos tribunales se sustenten en razones.

Sin embargo, en la conclusión 5.4.1.3 de tal capítulo, se demostró que la contingencia permite la comparación, pues la decisión es una selección y ésta siempre implica tanto lo que se escoge como lo preterido o desestimado<sup>795</sup>, por lo cual la contingencia hace posible analizar la corrección de una decisión.

---

<sup>795</sup> Supra II.3.1 del capítulo II.

*Por tanto, existe sustento racional no metafísico válido para establecer que las sentencias o fallos sobre derechos humanos serán incorrectas si se sustentan en nuda decisión, de tal forma que si la tautología del derecho al reconocimiento a la personalidad necesariamente requiere de juicios sintéticos para su desarrollo, entonces estos juicios deben estar sustentados en razones.*

#### **IV.5 Posturas de relevancia jurídica que desarrollan la tautología con juicios sintéticos basados en razones**

##### **IV.5.1 Posiciones liberales basadas en juicios sintéticos: Dworkin y Rawls. Desarrollo ideológico de la tautología**

Bajo estos supuestos, a continuación analizamos las posturas liberales de Rawls y Dworkin sobre la personalidad jurídica, en tanto estas se conforman por juicios sintéticos, es decir, no analíticos como los del positivismo de Kelsen y Ferrajoli.

De esta manera, si hasta este momento se ha privilegiado abordar el tema del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica desde una perspectiva preponderantemente (pero no exclusivamente) sintáctica, ahora se tratará de una mirada más bien (pero tampoco únicamente) semántica, pues analizaremos el recorrido semántico con pretensiones normativas, que de -ser humano- efectúa el liberalismo de Rawls y Dworkin.

Recordemos que los juicios sintéticos no requieren, para enriquecer el código semiótico-jurídico, ser sustentados en razones, aunque ser apoyadas en éstas es algo que mejor abona a la semántica general de los derechos humanos y a aumentar la probabilidad de hacer perdurar la comunicación social basada en éstos.

Bajo esta consideración, las posturas de Rawls y Dworkin pretenden la incorporación de un juicio sintético sobre “ser humano” dentro del sistema del Derecho y, de facto, logran introducirlo en la dogmática y teoría jurídicas como uno de varios recorridos semánticos posibles en esos metalenguajes.

Asimismo, es innegable que este juicio sintético está sustentado en razones, de tal manera que la tarea que a continuación nos proponemos es analizar los méritos o deméritos de estas últimas con base en los parámetros que hemos desarrollado en este trabajo.

El punto inicial de la teoría liberal igualitaria de Rawls es la “posición original”, la cual

es simplemente un recurso de representación: describe a las partes, responsable cada una de defender los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual, como situadas imparcialmente y como representantes para llegar a un acuerdo sujeto a condiciones que limitan apropiadamente lo que pueden esgrimir como buenas razones [...] Introducimos una idea como la de la posición original ya que no parece haber mejor manera de elaborar una concepción política de la justicia para la estructura básica, a partir de la idea fundamental de la sociedad concebida como un sistema justo de cooperación en marcha entre ciudadanos considerados libres e iguales<sup>796</sup>.

En palabras de Rawls, los dos principios de Justicia son:

a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, que sea compatible con el mismo esquema para todos. En este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.

Este principio de Justicia es la solución de Rawls a la tensión que necesariamente emana de reconocer personalidad a distintos seres, a la cual hemos aludido en el apartado IV.3.3.2.

b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados<sup>797</sup>.

<sup>796</sup> Rawls, John, “Liberalismo político”, op. cit., pp. 48-49.

<sup>797</sup> Ibid. p.31.

Como ya referimos en el capítulo anterior, Dworkin refiere que el derecho a la igualdad de consideración y respeto, no la libertad, es el derecho básico de la teoría constructivista, que estima la única sobre la cual puede sustentarse los dos principios de justicia antedichos. Por esto, el liberalismo que defiende es igualitarista. Estos derechos –considera- son propios de los seres humanos en tanto personas morales, es decir, se siguen de su personalidad moral que los distingue de los animales<sup>798</sup>.

Rawls refiere que hay muchos aspectos de la naturaleza humana que pueden ser considerados como relevantes; sin embargo, como su teoría propone un sistema justo de cooperación a través del tiempo y entre generaciones sucesivas, entonces el concepto de persona se ajusta a estos requerimientos.

Entonces, “persona” será algo tal que es capaz de “ser un ciudadano, es decir, un integrante normal y cooperador de la sociedad durante toda una vida”. Asimismo, “persona” será aquello que tenga “dos poderes morales (la capacidad de tener un sentido de la justicia y de adoptar una concepción del bien) y de los poderes de la razón (de juicio, de pensamiento, y la capacidad de inferencia relacionada con estos poderes”.

Sólo en virtud de poseer estos poderes, las personas son libres y “lo que hace que estas personas sean iguales es el tener estos poderes cuando menos en el grado mínimo necesario para ser miembros plenamente cooperadores de la sociedad”<sup>799</sup>.

Pero nos preguntamos ¿cuál es la condición para tener sentido de la justicia, adoptar concepción del bien y desarrollar los poderes de la razón? La razón misma, es decir, ser racional. Por tanto, aunque no lo diga con estas palabras, Rawls reduce lo humano y, por ende, también la determinación de qué o quién es persona, a lo racional.

Por tanto, para ambos autores liberales, los derechos humanos se fincan en una naturaleza humana entendida en oposición a la animalidad o bestialidad<sup>800</sup>:

---

<sup>798</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. “Taking rights seriously”, op. cit. p. 181.

<sup>799</sup> Rawls, op. cit. ibid. p. 42.

<sup>800</sup> Sobre esta oposición y su introducción en la modernidad, véase Foucault, Michel. “La historia de la locura en la época clásica”, op.cit.

esta diferencia no es otra que la racionalidad y la reflexión de ésta, la consciencia. Sólo se es persona en tanto se es capaz de moralidad (concepción del bien y sentido de justicia) y sólo se es capaz de moralidad si se es racional.

Entonces, para Rawls y Dworkin sólo en tanto se es racional se tienen derechos: la razón es la fuente de la personalidad y de los derechos, y personalidad y derechos son términos que se implican entre sí.

Dworkin incluso va más allá, para adscribir personalidad sólo a aquello que sea capaz de tener intereses. Asimismo, asocia la posibilidad de tenerlos a la consciencia<sup>801</sup>. Incluso, cuando enfrenta la cuestión de la personalidad jurídica, le parece suficiente que si la tradición jurídica en los Estados Unidos la deja de atribuir a determinados seres (*nascituri*), ello es suficiente para negarles la personalidad<sup>802</sup>.

Ahora, Rawls menciona que en su calidad de personas libres, los ciudadanos se reservan el derecho a considerarse a sí mismos como independientes y sin identificación con alguna concepción particular del bien, lo cual les da identidad pública a través del tiempo y los cambios de ideas sobre el bien<sup>803</sup>.

Las personas libres también se aprecian a sí mismas como fuentes legítimas de reclamaciones válidas, es decir, de exigir a las instituciones sociales de cooperación ajustarse o responder a las concepciones de bien que tengan. Las personas libres también se observan a sí mismas como responsables de sus fines<sup>804</sup>.

De esta manera, Rawls reduce la personalidad al concepto de sujeto de obligaciones, cuando ya hemos visto que esta reducción es jurídicamente indebida, por ser extremadamente restrictiva y porque no distingue los conceptos “titularidad de derechos” y “sujeto de obligaciones”<sup>805</sup>.

---

<sup>801</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. “Life’s Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom”, Vintage Books, Nueva York, 1994, pp. 15-19, 22-23.

<sup>802</sup> Ibid. pp. 111-112 y 116.

<sup>803</sup> Op. cit. p. 52.

<sup>804</sup> Op.cit. p. 60.

<sup>805</sup> Vid. supra capítulo III inciso d.3) “*Posición de Ruiz Miguel*”; apartado IV.3.1.

Para Rawls, una sociedad democrática bien ordenada es un sistema político afín con las ideas antes esbozadas. Se trata de una sociedad basada en la justicia como imparcialidad. La sociedad democrática no es una asociación, pues a diferencia de ésta, es un sistema social completo y cerrado. Es completo porque es autosuficiente y en él caben todos los propósitos primordiales de la vida humana. Es cerrado, pues sólo se entra en él por nacimiento y se sale por la muerte; además, la identidad de los individuos surge dentro y para la sociedad democrática, no es previa a ésta. Asimismo, la sociedad democrática carece de fines últimos como los que tienen las asociaciones: la sociedad democrática tiene fines específicos, tales como una justicia más cabal, las bendiciones de la libertad y la defensa común, los cuales deben entrar en una concepción política de la justicia y en su razón pública<sup>806</sup>.

La sociedad democrática bien ordenada tampoco es una comunidad –sigue Rawls-, siempre que ésta se entienda como un conjunto de personas gobernado por una doctrina religiosa, filosófica o moral comprensiva. Esto es así, porque la sociedad democrática se basa en la justicia como imparcialidad, es decir, relacionada con la pluralidad.

De esta manera, dado que la sociedad democrática bien ordenada se compone por personas individuales con poderes morales y racionales (que a fin de cuentas se reducen a la racionalidad) y tiene su fundamento precisamente en la libertad e igualdad derivados de estas notas de la personalidad, entonces la relación de este orden político con los derechos humanos es indisoluble: la persona (i.e animal racional) es el fin de la organización política.

#### **IV.5.1.1 Crítica al juicio sintético liberal sobre lo humano**

En primer lugar, nos parece que la posición de Dworkin y Rawls tiene un defecto en común con el argumento de Ferrajoli que hemos refutado en la digresión expuesta en el apartado **IV.3.3.8**.

Para estos autores liberales, la cuestión se reduce a establecer cómo se satura de mejor manera la función de la personalidad, que aquí hemos

---

<sup>806</sup> Ibid. p. 61.

denominado kelseniano-ferrajoliana. Por tanto, no consideran que el problema es mucho más complejo, pues esa función ya no está aislada, en tanto forma parte de una función de tercer orden, es decir, ya no se trata solamente de saturar esa función, sino de que, al hacerlo, se cumpla un derecho. De esta manera, no basta con dar razones para saturar la función de la personalidad (i.e. decir qué debe ser persona), sino que, al mismo tiempo, se debe atender los requerimientos formales y semánticos derivados del hecho de que esa función forma parte de un derecho.

Por otro lado, en la conclusión 5.3.2 del capítulo I de este trabajo, demostramos que decir que el semema –humano-, es decir, el significado global del signo “humano”, tiene como único sema distintivo /racional/, es ideológico. También es ideológico establecer como único sema distintivo, cualquier otro sema, como, por ejemplo, /sentir-dolor/.

Esto lo sostuvimos en que los contenidos semánticos que se asignan a los significantes, son contenidos culturales, no necesariamente hechos reales, por lo cual la semiosis es una diferencia que apunta siempre hacia algo más, sin tocarlo directamente. Esta situación de la semiosis, significa que los árboles de Katz y Fodor y de Porfirio son insuficientes para explicar el plano semántico de la semiosis: son incompatibles con su carácter ilimitado. Son diccionarios, no enciclopedias.

Por tanto, sostener que lo humano tiene como único sema inherente específico /racional/, a la manera en que lo hace el árbol de Porfirio, es ideológico y, por ende, prima facie es falso e incorrecto. También es ideológico establecer como único sema distintivo, cualquier otro sema, como, por ejemplo, /sentir-dolor/, /tener intereses/.

De esta forma, si la posición de Dworkin y Rawls sobre lo humano, reduce éste a lo racional, a la conciencia y al interés, entonces tal postura es ideológica e

incorrecta<sup>807</sup>. Concretamente, se trata de *inventio ideologica*, según se ha definido este concepto en el primer capítulo de este trabajo.

Consideramos que la posición de estos filósofos liberales es insostenible para enriquecer correctamente el código semiótico-jurídico y resolver la tautología del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, porque consideran como lo relevantemente distintivo de lo humano su capacidad de tener intereses; sin embargo, hemos visto que el derecho en cuestión es refractario a los intereses porque todo reconocimiento de personalidad crea tensión con éstos.

Asimismo, hemos establecido como criterio interpretativo semántico que cualquier reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos (i.e. elementos semánticos del recorrido semántico del signo “ser humano”) será sospechosa de ser contraria a una interpretación correcta del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, la carga argumentativa para demostrar sus méritos corresponde a quien opere tal reducción<sup>808</sup>. Pero la reducción de lo humano a la razón, no cumple con esta carga por basarse en una concepción de humanidad no enciclopédica e ideológica.

La conveniencia de este criterio interpretativo semántico se puede apreciar mejor apelando a Rastier, quien explica semánticamente cómo se opera la reducción de –humano- a un sema o rasgo específico: la /carencia/.

Un alto funcionario estadounidense deploraba, no hace mucho, que la comisión de investigación donde desempeñaba su actividad estuviera compuesta por “un negro, dos judíos, un lisiado y una mujer”. Ahora bien, ‘negro’, ‘judío’, ‘lisiado’, ‘mujer’, corresponden en la lengua a taxemas diferentes: raza, sexo, religión, etc. La cohesión de la clase contextual que forman no es evidentemente cosa de un taxema mayoritario. Ella se debe al rasgo /carencia/, inherente a ‘lisiado’ y aferente a ‘mujer’ (carencia de virilidad), a ‘judíos’ (carencia de una religión cristiana) y a ‘negro’ (carencia de la buena raza): así se crea un taxema de seres humanos inferiores para una axiología del tipo “tener o no tener” (diría Hemingway).<sup>809</sup>

---

<sup>807</sup> Supra IV.4.2 y IV.4.4.

<sup>808</sup> Supra IV.4.3.

<sup>809</sup> Op. cit. p. 98. Para Rastier, un taxema es una suerte de género al cual se adscriben sememas o recorridos semánticos de los signos. Los sememas, a su vez, incluyen otros géneros, cuales son el clasema y el semantema. Tanto clasema como semantema comprenden semas inherentes y semas aferentes. Rastier emplea “rasgo” como sinónimo de sema. Los semas inherentes coinciden, en general, con la denotación, mientras que los aferentes, con la connotación. Con esto

De esta manera, la postura liberal reduce la significación del signo “humano” a un solo sema o rasgo semántico: /racionalidad/, de tal forma que se apega a la reducción al sema /carencia/, que es el mismo aplicado a los sememas –negros-, -mujer-, -lisiado- y –judío-. Por ejemplo, el sema /carente de racionalidad/ puede ser inherente tanto a miembros de la especie humana en los primeros estadios de su desarrollo (desde la concepción hasta algunos meses después del nacimiento), así como a ciertos tipos de lisiados, sin contar el estado de sopor o el sueño profundo, donde es difícil saber si hay racionalidad presente. Igualmente, /carencia de racionalidad/ es aferente, en determinados contextos sociales (aun cuando estos contextos sean indebidos e incorrectos), a –mujer-, -negro-, -indígena-, -pobre-, -indigente-, -ignorante-, -prole- u otros.

Poco hay que agregar a esto para hacer patente lo jurídicamente insostenible de la postura liberal.

Son más las razones que se podrían esgrimir contra la posición de Rawls y Dworkin, como por ejemplo, que terminan reduciendo lo humano a la conciencia y esto es incorrecto, desde el momento que, desde Frege, el psicologismo no es precisamente la posición más sostenible filosóficamente (incluso a Chomsky cuesta mucho trabajo superar las críticas al psicologismo de Wittgenstein<sup>810</sup>). Sin embargo, consideramos mejor continuar la crítica, mediante la alusión a distintas perspectivas filosóficas, lo que a continuación exponemos.

#### **IV.5.2.2 Otras críticas a las posiciones liberales: cosmopolitismo, republicanismo, comunitarismo, algunos feminismos y pragmatismo**

Philip Petit<sup>811</sup> refiere que el republicanismo tiene una tradición previa al liberalismo, pues mientras aquél tiene sus orígenes en Roma, éste los tiene en los siglos XVIII y XIX.

---

se entiende mejor, por ejemplo, que el signo “mujer” no denota /carencia de virilidad/, pero en un contexto social determinado (como aquél en el cual encuadra el alto funcionario referido) la connota; por eso /carencia de virilidad/ es un sema aferente a “mujer”.

<sup>810</sup> Op. cit.

<sup>811</sup> Pettit, F., “Liberalismo y republicanismo”, en F. Ovejero et. al., “*Nuevas ideas republicanas*”, Paidós, Barcelona, 2004, pp. 115-135.

Menciona que el republicanismo fue reapropiado en el renacimiento y su luz brilló hasta el siglo XVIII, a través de las ciudades-estado italianas, la revolución inglesa de 1688 y los escritos de Locke y Montesquieu. Su estrella comenzó a menguar en el siglo XIX cuando emergió el liberalismo, el cual, según sus defensores, mejor se adecuaba al mundo moderno, comercial y crecientemente democrático.

Refiere este autor, que los liberales mostraron grandes afinidades con la tradición republicana, y reivindicaron a Locke, Montesquieu y otros miembros del panteón republicano como héroes liberales, pero los defensores de esta nueva visión a menudo minimizaron la importancia de sus conexiones con el republicanismo. Consideraban al republicanismo como una filosofía obsesionada con las nociones de virtud y de participación cívica, una filosofía que tenía poco que aportar al mundo moderno.

Petit sostiene que hay dos grandes áreas donde liberalismo y republicanismo entran en conflicto: la forma en que conciben la libertad y la manera en que consideran deben operar las sociedades democráticas. Mientras los liberales libertarios equiparan la libertad con la ausencia de interferencia, los republicanos la equiparan con estar protegidos contra la exposición a la interferencia voluntaria de otro: estar seguros contra tal interferencia. Libertad en este sentido equivale a no estar bajo el poder que tiene otro de hacernos daño, a no estar dominado por otro.

La tradición republicana es unánime –sostiene- en presentar la libertad como el opuesto de la esclavitud y en ver la exposición a la voluntad arbitraria de otro, o vivir a merced de otro, como el gran mal. Contrastar libertad con esclavitud es un indicio seguro de creer que la libertad consiste en la no dominación.

Esta diferencia se proyecta hacia las concepción divergente entre liberalismo y republicanismo de la relaciones entre libertad y ley. Los liberales que basan su pensamiento en la libertad como no interferencia, ve la ley como una forma de invasión de la libertad del pueblo, aunque sea una invasión que puede estar justificada por las agresiones aún mayores que previene.

En esta vertiente no sólo están los liberales clásicos (Hobbes y Bentham) sino también los igualitarios (Rawls), cuando afirman que el principal objetivo del Estado, en su opinión, es promover estas libertades igualmente entre todos, y conciben al Estado infringiendo por sí mismo la libertad en la persecución de dicho objetivo: “La libertad puede ser restringida solo en aras de la libertad”.

Por su parte, Petit concibe la República y sus leyes como la condición de posibilidad de la libertad: un ciudadano sólo es tal en tanto forme parte de una República con un régimen legal apropiado. El status de ciudadano se deriva de la República y de su ley; por tanto, ésta no es un límite a su libertad. Claro es que sólo las leyes que se conforman según la imagen del Estado de derecho, son aquellas que son, al mismo tiempo, condición y no límite de la libertad, porque ésta se entiende como protección a la dominación y tal protección sólo se da en un Estado de Derecho que cree y garantice la ciudadanía sinónima de libertad.

Para el republicanismo lo que constituye a una persona no es su racionalidad ni, por ende, la igualdad y libertad que mana de esta. La libertad se constituye a la par que la república y sin ésta no hay aquella. La persona, entonces, es aquello que tiene el status constituido por la República. La persona sigue siendo individual, pero no se concibe como persona por derecho propio tal que deba ser reconocida por la sociedad, sino que cuando ésta se constituye como República, automáticamente constituye también la ciudadanía y la libertad. Existe, pues, una relación simbiótica entre sociedad republicana e individualidad, que lleva a un equilibrio.

Para Petit, la relación entre los ciudadanos (por definición libres) y la comunidad política (república) se da a través del voto. Sin embargo, este no se entiende a la manera liberal, es decir, como manifestación de una preferencia entre opciones políticas establecidas. No se trata del votante como consumidor que impide, casi como por virtud de un sorteo, que una opción se eternice en el poder. En cambio, en la visión republicana, el voto es importante porque al emitirse, la ciudadanía internaliza los asuntos de gobierno, formando y expresando su punto de vista reflexivo acerca de lo que es conveniente para el bien público: el voto es un juicio, no un acto de consumo. Esto se conecta con una visión de los

políticos como sujetos deliberantes, no como calculadores utilitaristas-liberales sobre qué deben hacer para asegurar su elección o reelección.

Sobre la relación entre derechos humanos y sistema político, a diferencia del liberalismo igualitario que ve al Estado como un medio para realizar el fin, que es la persona racional individual, el republicanismo tiene que el Estado de derecho es el que constituye la libertad, de tal manera que, fuera de él, ésta no existe; por tanto, para el republicanismo los derechos humanos no son un fin distinto al Estado, ni este es un medio para obtenerlos: si el Estado de derecho es la condición de la libertad, entonces conseguir ésta es mantener al Estado de derecho y mantener a éste es conseguir aquella.

El republicanismo converge con lo expuesto en el apartado anterior, en el sentido de que la posición liberal de la persona es reductiva ideológica e incorrectamente.

El comunitarismo de Taylor<sup>812</sup> y Sandel<sup>813</sup> desestima la concepción de persona del liberalismo igualitario, específicamente el postulado de una prioridad del individuo sobre la comunidad y, por ende, la imposibilidad de juzgar apriorísticamente sobre la superioridad o no de las elecciones de un individuo sobre las de otro (neutralidad).

La posición de estos autores es a favor de una concepción de la persona como producto social, que sólo tiene sentido en la comunidad y, por ende, sí existen parámetros para evaluar qué elecciones individuales son mejores o peores (este parámetro es la comunidad y sus valores). Por tanto, el Estado propuesto por el comunitarismo de estos autores, rechaza la idea de neutralidad del liberalismo, y propugna por un Estado activista, comprometido con ciertos planes de vida y con cierta organización de la vida pública. Este compromiso estatal puede implicar la promoción de un ambiente cultural rico, la custodia de prácticas tradicionales consideradas definitorias de la comunidad, la provisión de información de interés, etc.

---

<sup>812</sup> Cfr. Taylor, Charles, op. cit.

<sup>813</sup> Cfr. Gargarella, R., op. cit.

Entonces, el comunitarismo también converge con la postura adoptada en el apartado anterior de este trabajo.

Lefort<sup>814</sup> regresa a partes de la posición defendida por Marx en su época más temprana, cuando escribió “La cuestión judía”. Es decir, recupera la visión marxista previa al “Manifiesto comunista” y a “El Capital”.

Para este filósofo sólo es posible apreciar el desarrollo de la democracia y las posibilidades de la libertad si se reconocen los derechos del hombre como signos del surgimiento de un nuevo tipo de legitimidad y de un espacio público del cual los individuos son tanto los productos como los instigadores y si se reconoce que el Estado podría absorber tal espacio. El Estado no tiene por qué verse sólo en su oposición a la sociedad, como considera el Marx maduro.

También critica al joven Marx, en cuanto a que desde entonces defendía la instauración de una sociedad donde las divisiones de clase y las distinciones de lo económico, lo jurídico y lo político se disolverían en lo social puro; sin embargo, esta desdiferenciación lleva al totalitarismo, según Lefort y, como ya hemos visto en el capítulo III a propósito de Luhmann y en este capítulo a propósito de Arendt, esto lleva a la desprotección de la persona.

Pero Lefort mantiene la diferenciación entre sociedad civil y Estado. La primera es el teatro de la opinión sin poder, y el segundo es el campo del poder sin opinión, es decir, sin contenido. El Estado es pura decisión. Por esto, el Estado está siempre necesitado de la legitimación por parte de los contenidos de la sociedad civil, pues el Estado ya no puede sostener su poder en sí mismo, ya que las posiciones metafísicas y naturalistas que justificaban la concentración de poder en una unidad han perdido vigencia (la ley y el saber no pueden reunirse a en una sola persona). Aquí radica la originalidad de la democracia, en tanto permite la conjugación de la sociedad civil y el Estado.

Los derechos del hombre son el medio por el cual la democracia logra esto, pero no pueden sustentarse en la naturaleza del hombre. Según Lefort, esta tesis naturalista oculta que las declaraciones de derechos del hombre son autodeclaraciones, es decir, son declaraciones en las cuales quienes las enuncian

---

<sup>814</sup> Cfr. Lefort, C. “Los derechos del Hombre y el Estado Benefactor”, op. cit.

son también los destinatarios, así como los testigos que dan fe. Entonces, las declaraciones de derechos sólo toman la naturaleza humana como un elemento de esta pluralidad: el hombre es emisor, destinatario y testigo, es decir, individual, plural y común.

Por tanto, la concepción naturalista del liberalismo, que reduce lo humano a individuo y a racionalidad, es incompleta y racionalmente insostenible, pues los derechos humanos necesariamente derivan del acto concreto de su declaración y ésta, a su vez, significa que el ser humano sea individual, plural y común. La concepción liberal de lo humano (que fue proclamada en la declaración de los derechos del hombre, aunque en contradicción con la complejidad del acto mismo de la declaración) es abstracta, pues “abstrae”, esto es, separa lo que en los hechos está unido. Esta situación es ignorada por el historicismo, que se contenta con criticar la abstracción de la persona que hace el naturalismo. Luego, tanto el naturalismo como el historicismo son insuficientes.

Concluye Lefort, que la democracia moderna, basada sobre la imposibilidad de reunir en una persona o entidad el saber y la ley, “nos invita a reemplazar la noción de un régimen regulado por leyes, de un poder legítimo, por la de un régimen fundado en la legitimidad de un debate sobre lo legítimo y lo ilegítimo – debate forzosamente sin garante y sin término. Tanto la inspiración de los derechos del hombre como la difusión de los derechos en nuestra época dan muestras de dicho debate”. La democracia es y debe ser un proceso sin fin de discusión abierta sobre lo legítimo y lo ilegítimo.

Entonces Lefort no sólo converge con nosotros en lo ideológico de la reducción liberal de lo humano a lo racional, sino que también conviene en que la cuestión sobre lo humano debe determinarse conforme al criterio establecido en el apartado IV.3.3.4: *se puede sostener como primer límite a la interpretación del derecho al reconocimiento a la personalidad, que la saturación de las posiciones o funciones del titular y del objeto debe ser siempre de tal manera que no impliquen la terminación del debate, la discusión y, en pocas palabras, de la racionalidad de la diferencia.*

El liberalismo, el republicanismo, el comunitarismo y el neomarxismo son objeto de opinión y crítica desde el pensamiento latinoamericano de Beuchot, algún feminismo y el pensamiento pragmatista de Rorty.

Los feminismos modernos y postmodernos critican que, tras las perspectivas que hemos visto, se encuentra una reducción de la humanidad a lo masculino. Más concretamente, la reducción consiste en considerar como medida de lo humano al hombre blanco, propietario y heterosexual. La racionalidad también se reduce a racionalidad masculina, burguesa y heterosexual. Por tanto, el sistema político construido teóricamente sobre esos supuestos también tiene por presupuesto el androcentrismo. Por su parte, el feminismo postmoderno añade que las visiones universalistas sobre los derechos humanos, herencia de la modernidad, han sido socavadas por las pérdidas de seguridades que proveía la metafísica. Incluso los conceptos de derecho humanos, de mujer y de género, basados en concepciones generales que engloban la multiplicidad humana, se ponen en duda.<sup>815</sup>

Rorty<sup>816</sup> también cuestiona el fundamento racional de la universalidad de los derechos humanos. El filósofo estadounidense considera que las posturas epistemológicas semánticas llevan tarde o temprano a metafísicas insostenibles. Por esto, el fundamento de los derechos humanos no pueden ser notas de significado, como la razón y la universalidad.

En lugar de esto, propone el sentimentalismo, es decir, la posibilidad de ponerse en el lugar de los demás. La empatía no tiene sustento abstracto, sino concreto: la concreción de la praxis. La superioridad moral que –sostiene– existe en el occidente rico, sólo puede apoyarse en esta fundamentación sentimental, de tal manera que su reproducción sólo puede basarse en otra práctica: la educación.

---

<sup>815</sup> Cfr. Miskolci, R. (Mimeo), "Feminismo y derechos humanos", en Estévez López, Ariadna y Daniel Vázquez Valencia, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: construyendo una agenda de investigación multidisciplinaria*, México, FLACSO-CISAN/UNAM, 2010 y Piedra Guillén, N., "Feminismo y posmodernidad: entre el ser para sí o ser para otros", *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, IV y III, 2003, disponible en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/153/15310204.pdf>>, pp. 43-55.

<sup>816</sup> Rorty, R., *Derechos Humanos: Racionalidad y Sentimentalismo*, op. cit.

Si se educa a las personas en esta empatía (que coincide con la ley de oro de la moral, mas no con las posiciones platónicas sustantivistas y semánticas) se llegará a la generalización de esta moral superior.

Esto nos lleva a sostener que, conforme al pensamiento de Rorty, la definición semántica de humanidad que exponen Rawls y Dworkin es insostenible. Claro es que el pensamiento de este filósofo norteamericano tampoco sería favorable a lo que planteamos en este trabajo, desde que en éste se propugna por un equilibrio entre sintáctica, semántica y pragmática, de tal manera que es posible e incluso necesario, establecer bases semánticas sobre el signo y su significado que haya de saturar la posición sintáctica del titular en el derecho al reconocimiento a la personalidad.

Entonces, del pensamiento de Rorty sólo rescatamos la irrazonabilidad de sustentar los derechos humanos en la “racionalidad” de determinados seres, es decir, concordamos en la insuficiencia de considerar el sema /racionalidad/ como nota distintiva única del semema asignado al signo “ser humano”. En palabras llanas, es sin duda metafísica la postura que identifica “ser humano” en base a la /razón/ y en oposición a la /animalidad/. Así lo referimos en el capítulo tercero cuando se aludió a que Luhmann sostiene que esta oposición no es sostenible después de Heidegger.

Incluso en formas de pensar metafísicas como la de santo Tomás de Aquino, era problemático identificar al ser humano por su racionalidad, pues ésta es contingente y gradual, según hemos expuesto en el primer capítulo de este trabajo, siguiendo a Eco.

Sin embargo, no compartimos la supuesta superioridad moral del occidente rico que defiende Rorty, la cual sin duda converge en varios puntos con el punto de vista liberal de Dworkin y Rawls. Nosotros no vemos cómo sea posible predicar esta supuesta supremacía sin parámetro semántico alguno, como pretende Rorty, y menos creemos factible difundir esa supremacía sólo por la pragmática. Y aún cuando esto fuera posible, sería difícil llevarlo a cabo conforme al sistema del Derecho, el cual requiere de un aparato semántico complejo (teoría y dogmática jurídica) para poder reproducir en la práctica la comunicación que lo constituye.

Derrida también se opone a la reducción de lo humano a lo racional. Sostiene el insigne filósofo francés, que la gramatología (la cual, *mutatis mutandi*, es semiología) no es una ciencia del hombre, pues su problema principal es el nombre del hombre.

Para él, los pueblos primitivos llamados “sin escritura” en realidad tienen alguna. Negar a determinada forma de consignación de cosas el nombre de escritura, es indebido etnocentrismo. Este etnocentrismo consiste en considerar a un grupo la medida de lo humano. Así, las comunidades suelen designar a sus propios miembros con la palabra “hombre”<sup>817</sup>.

Pero Derrida no limita su crítica a la reducción del significado del “hombre” a la denuncia del etnocentrismo. También estima que “en lugar de recurrir a conceptos que habitualmente sirven para distinguir al hombre de los otros vivientes (instinto e inteligencia, ausencia o presencia del habla, de la sociedad, de la economía, etc.), se recurre aquí a la noción de programa”<sup>818</sup>.

Por programa, Derrida entiende algo similar a lo expuesto por Luhmann<sup>819</sup>, es decir, un concepto basado en la lógica de la diferencia conforme a la cual hemos entendido la semiosis en el capítulo I de este trabajo. Esto significa que lo humano no se reducirá a la presencia sino que, al mismo tiempo, es ausencia y latencia; *no sólo al acto sino a la potencia*; no sólo a lo seleccionado, sino a lo relegado por la selección.

Esto conduce al semiólogo francés a sostener que este movimiento constitutivo del hombre “desborda ampliamente las posibilidades de la ‘conciencia intencional’”<sup>820</sup>.

La reducción de lo humano a la presencia y al acto, así como a la conciencia, es vista por Derrida como el proyecto de la filosofía metafísica que relega la escritura a favor del logos y de lo oral, es decir, la subestimación de la diferencia. “La metafísica ha constituido un sistema de defensa ejemplar contra la

---

<sup>817</sup> Op. cit. p. 111.

<sup>818</sup> Id.

<sup>819</sup> Supra capítulo II.3.

<sup>820</sup> Id.

amenaza de la escritura<sup>821</sup>. La diferencia y la virtualidad amenazan el pensamiento que pretende reducirlo todo a la presencia y a la identidad y, en su versión moderna, a la conciencia.

Conforme a esto, las posturas de Dworkin y Rawls son metafísicas.

Para el semiólogo francés, el humano (ánthropos) es un equilibrio precario ligado a la escritura manual-visual, siempre amenazado y frágil. Sin duda, lo humano no es lineal ni unilateral. No es tiempo episódico, sino sintético y holístico. Es pluridimensional. Lo humano no es sólo lo que en cada instante es, sino lo que ha sido y puede ser. Es presencia y ausencia, unidad y diferencia, y estas últimas (ausencia y diferencia) son más constitutivas<sup>822</sup>.

Con esto vemos que la hipótesis planteada en el capítulo III sobre la corporalidad tiene más méritos que la posición liberal.

La filosofía de Derrida nos parece plenamente concordante con el derecho al reconocimiento de la personalidad. Hemos visto que este derecho es complejo y pluridimensional. Es una tautología y, al mismo tiempo, la necesidad de desarrollarla. Es objetividad que se vuelve hacia la titularidad y viceversa. Es también regla (si se lo mira desde la función o posición del titular) y principios o reglas (si se lo enfoca desde la posición del objeto): se comporta, pues, como regla y como principio.

Asimismo, este pensamiento es compatible con derechos abiertos como el relativo al desarrollo de la personalidad (que hemos colocado en el enfoque sobre la posición sintáctica del objeto), los derechos de los discapacitados y de los infantes (estos últimos en cuanto “personalidades en formación”, es decir, en “potencia”, “virtualidad” y “ausencia”), y los derechos de las generaciones futuras (entre los cuales encuadran los derechos relacionados con el ambiente).

También es oportuno enfatizar lo ideológico y sesgados de los recurrentes argumentos que sostienen que lo humano “en potencia” no es humano aún. Sin duda estas posturas, defendidas v.gr. por Dworkin<sup>823</sup>, se basan en una metafísica reduccionista de lo humano. La metafísica aristotélica de la potencia y el acto, en

---

<sup>821</sup> Ibid. p. 133.

<sup>822</sup> Ibid. pp. 112-115.

<sup>823</sup> Life's Dominion, op. cit. pp. 14 y 18.

toda su grandeza e importancia para el pensamiento occidental, no puede ser tenida como base única para definir lo humano. Mucha buena filosofía ha venido después de él. Algo ha pasado en los últimos 2400 años.

Por último, referimos a la postura de Hannah Arendt. Esta filósofa no defiende que lo que hace humano a un individuo sea la pertenencia a una comunidad, específicamente a la Humanidad, sino más bien sostiene la existencia de una tensión inmanente a lo humano.

El individuo que ha perdido su lugar en una comunidad, es decir, su personalidad, queda abandonado a cualidades que sólo pueden destacar en la esfera privada: su cuerpo y mentes únicos, irrepitibles, incambiables y totalmente distintos de lo demás. Pero esto es completamente incompatible con la esfera pública, que se basa en la ley de la igualdad. La esfera pública comunitaria está amenazada, entonces, por esta diferencia absoluta que es aquello con lo cual se queda el ser humano cuando pierde su pertenencia a la comunidad. “No nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros de un grupo por la fuerza de nuestra decisión de concedernos mutuamente derechos iguales”<sup>824</sup>.

Entonces, lo humano del individuo no es sólo su pertenencia a la comunidad, que lo iguala con otros individuos, sino también su individualidad única e irrepitible que está en tensión constante con su pertenencia a la comunidad.

Lo humano, pues, no se reduce a la abstracción de la racionalidad que enarbolan los liberales (lo que determina a algo como humano no es su racionalidad, también es corporalidad única e irrepitible), pero tampoco a la ciudadanía (*civitas*) constituida por la comunidad, que defienden los republicanos.

Para Arendt, los derechos humanos, entonces, se refieren a ambas cualidades: la individualidad única y la comunidad que iguala. La forma de gobierno ha de incluir, de esta forma, tanto los postulados liberales como republicanos, sin reducirse a la suma de ambos. El pensamiento de Arendt queda, pues, inmune a la crítica de Gargarella<sup>825</sup> al comunitarismo: Arendt no reduce lo humano a la pertenencia plena a la comunidad. Arendt abre el *Da-sein*

---

<sup>824</sup> Op. cit.

<sup>825</sup> Cfr. Gargarella, R., “El embate comunitarista”, op. cit.

heideggeriano hacia lo común, pero no lo reduce a esto, como refiere Safransky<sup>826</sup>.

Entonces, podemos decir que todas las críticas a la postura liberal que hemos expuesto en este apartado, convergen con lo determinado en el apartado anterior.

Con esto concluimos el análisis preponderantemente semántico (pero no solamente semántico) del derecho al reconocimiento de la personalidad. A continuación proseguiremos con el estudio preponderantemente pragmático (pero tampoco exclusivamente pragmático), en el que se abordará cómo se ha operado este derecho en la práctica de las cortes supremas de Estados Unidos, Alemania y México, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### **IV.6. Criterios de cortes nacionales sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**

Al inicio de este capítulo demostramos que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se compone de tres funciones o posiciones sintácticas: la del titular, la del objeto y la que relaciona las primeras con las obligaciones posibles.

También observamos que las primeras dos funciones o posiciones sintácticas admiten un tratamiento independiente, a la vez que es posible realizar operaciones diferenciadas en cada una de esas posiciones para determinar el significado del signo que las sature.

Con esta base, clasificaremos las sentencias que tratan sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad entre aquellas que operan sobre la función o posición sintáctica del titular y aquellas que lo hacen sobre la función del objeto.

En la primera categoría se encuentran los fallos de la Suprema Corte estadounidense en los casos *Roe v. Wade* y sucedáneas, las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203, la resolución de la Comisión Interamericana en el caso “Baby Boy”, y la reciente determinación de

---

<sup>826</sup> Safransky, Rüdigger, “Un Maestro de Alemania, Martin Heidegger y su Tiempo”, ed Tusquets, Fabula, Barcelona, 2003, p. 430. Traducción de Raúl Gabás.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia y otros vs. Costa Rica* “fertilización in vitro”.

Es nota característica de estos fallos no referir al derecho al reconocimiento de la personalidad, sino al derecho a la vida; sin embargo, todos ellos operan sobre la función kelseniano-ferrajoliana de la personalidad, es decir, sobre qué se considera persona para el ordenamiento jurídico; por tanto, si esa función coincide con la del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad y este derecho es el único que opera, en cuanto derecho, sobre la función o posición del titular, entonces este es el derecho relevante y aplicable para esos casos, aun cuando no se aluda a él en los fallos respectivos.

En la segunda categoría ubicamos los fallos en los que se trata del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, así como aquellos que versan sobre derechos cuyos objetos sean los tradicionalmente denominados atributos de la personalidad (nombre, domicilio, patrimonio, estado civil, capacidad, nacionalidad).

#### **IV.6.1 Suprema Corte de Justicia de los EEUU. La sentencia *Roe v. Wade* y sucedáneas**

##### **IV.6.1.1 Algunas condiciones semánticas del Derecho estadounidense necesarias para comprender *Roe***

###### **IV.6.1.1.1 Métodos argumentativos en materia constitucional en los EEUU<sup>827</sup>**

Según Louis Fisher, el juez Jackson alguna vez señaló que “nothing has more perplexed generations of conscientious judges than the search in judicial science, philosophy and practice for objective and impersonal criteria for solution of political-legal questions put to our courts”<sup>828</sup>. Este problema, ha pretendido ser

---

<sup>827</sup> La siguiente exposición se basa principalmente en la obra Fisher, Louis, “American Constitutional Law”, Carolina Academia Press, Quinta Edición, Carolina del Norte, EUA, 2003, pp. 62 a 73. También se considera Chemerinsky, Erwin. “Constitutional Law. Principles and Policies”, Aspen Publishers, Tercera Edición, Nueva York, 2006, pp. 15-28, y en menor medida Stone, Geoffrey R. et al, “Constitutional Law”, Aspen Publishers, Quinta Edición, Nueva York, 2005, pp. 61-77.

<sup>828</sup> Ibid. p 62.

respondido en la jurisprudencia norteamericana, con los siguientes criterios generales de interpretación:

1. Literalismo: consiste en que los jueces deben estarse a lo clara o implícitamente contenido en la Constitución. Esto, sostiene nuestro autor, es apropiado para temas fáciles, aunque poco proclives a generar un litigio.

Esta postura es propia de los defensores de una “Jurisprudence of Original Intention”, es decir, una jurisprudencia de la intención original, que sostiene que los “judges should restrict themselves to the original meaning of constitutional provisions”.

Según esta posición, las interpretaciones que no pueden ser encontradas dentro de “las cuatro esquinas” de la Constitución, son consideradas activistas y, de hecho, no interpretativas.

Contra esta postura, el importante juez Holmes arguyó que una palabra “is not a crystal, transparent and unchanged, it is the skin of a living thought and may vary greatly in color and content according to the circumstances and the time in which it is used”<sup>829</sup>. También el juez Brennan rebatió esta posición, diciendo que no es sino “little more than arrogance cloaked as humility”<sup>830</sup>.

### **Digresión**

Podemos decir que esta teoría es normativa en dos sentidos. El primero es que pretende establecer la expectativa contrafácticamente sostenible de que el único método argumentativo válido es la interpretación de textos. El segundo, es que pretende establecer como obligatorio reducir la interpretación de esos textos a la forma en que lo hubieran entendido quienes los emitieron.

Estas dos condiciones de la teoría originalista son debatibles conforme a lo que hemos visto en los primeros tres capítulos de este libro. Reducir la argumentación a la interpretación no sólo no es algo necesario, sino además es

---

<sup>829</sup> Ibid. p. 63.

<sup>830</sup> Ibid. p.62.

poco útil, si se considera la existencia de casos difíciles no resolubles mediante la intelección de textos legislativos, y que estos son siempre susceptibles de crítica e, incluso, inaplicación si son contrarios a otras normas, como principios y reglas de derechos fundamentales. Esto lo explican bien Hart<sup>831</sup> y Alexy<sup>832</sup>, y en menor medida, Dworkin<sup>833</sup>. También es cuestionable reducir la interpretación a contextos históricos determinados.

Sin embargo, tiene el mérito de distinguir cuándo se está interpretando y cuándo no. En el capítulo 1 vimos que la diferencia entre interpretación y creación no es vacía ni tampoco una arbitrariedad ideológica de jueces “conservadores”, sino una distinción válida desde una perspectiva semiótica. Eco distingue claramente entre ambos conceptos<sup>834</sup>.

Es verdad que el Derecho en general y la actividad jurisdiccional en especial, no siempre se pueden ni deben reducirse a la interpretación, pero esto no significa que sea correcto decir que se interpreta, cuando en realidad se está usando el texto. Asimismo, cuando haya casos en los que exista prescripción legislativa o de convención internacional expresa aplicable, si la corte decide que se apartará de ella no podrá decir válidamente que resuelve con base en interpretación. Tampoco podrá decir que se basa en interpretación cuando se

---

<sup>831</sup> Op. cit.

<sup>832</sup> Op. cit.

<sup>833</sup> Op. cit.

<sup>834</sup> Rorty critica la distinción de Eco que aquí referimos. El filósofo estadounidense no va contra esta diferencia porque sea vacua o conservadora, sino porque considera que es demasiado “semántica”. En cambio, propone una posición puramente pragmática. En el primer capítulo vimos que la pragmática se concentra en el interpretante del signo y, por ende, en el uso y conexión que de hecho se da entre funciones semióticas; por tanto, Rorty va contra la diferencia entre interpretación y creación, porque considera que no se basa en la pragmática de la semiosis, sino solamente la semántica. Rorty, Richard. “Philosophy and social hope”, op.cit. pp.129-147. Sin embargo, nos parece que esa crítica tiene dos defectos. La primera es que si la semiosis es un proceso complejo, una diferencia interna, que al mismo tiempo es plano de expresión, semántica y pragmática, entonces tampoco se justifica realizar distinciones sólo desde la pragmática. De hecho, el pensamiento de Eco siempre se mantiene alejado de los excesos que dan primacía a una de las ciencias semióticas sobre la otra. Así, por ejemplo, su oposición a ver la semiosis sólo como conexión entre significantes, o sólo como diferencia o sólo como identidad (Semiótica y Filosofía... op. cit. pp. 34-36 y 38-40). La segunda es que, en Derecho, un pensamiento que se basara sólo en pragmática, sería muy difícil evaluar la corrección o incorrección de eventos, es decir, su estatus conforme o contra Derecho, pues no habría parámetros más o menos estables para hacerlo. La semántica de la dogmática y teoría jurídicas son muy importantes para el Derecho y, gracias a ellas, el sistema jurídico no es un mero s-código.

aparta del texto expreso y lo reemplaza por otro que, por alguna razón, le parezca mejor. En esos casos, la corte tendría que justificar primero por qué el texto expreso aplicable es incorrecto o inaplicable y después habrá de justificar la norma que crea para resolver el caso.

Es razonable entonces esperar que las cortes expongan abiertamente cuándo están interpretando y cuándo están usando el texto, pues en el primer caso la decisión se justifica por el texto interpretado y, en cambio, cuando se crea la decisión se justifica y sustenta solamente en las razones que se expresan, como bien distingue Alexy cuando habla del sustento de las normas implícitas. Si las cortes no explicitan esto, entonces ocultan la fuente de la decisión. Ocultan si ésta deriva de algo sobre lo que existe certeza, si deriva de su propia "voluntad" (si actúan a la manera kelseniana o hartiana) o si deriva de razones.

Si las cortes velan esto, o bien se ostentan como intérpretes cuando en realidad están usando, incurren en *inventio ideologica* según se la ha definido en el capítulo I. En palabras llanas, si velan el uso del texto o lo disfrazan de interpretación, *las cortes mienten*.

Hasta aquí la digresión.

2. Derecho natural. Algunas veces, los jueces buscan fuera de la Constitución principios fundamentales o universales para guiar sus decisiones. Esta fuente, claro está, es objeto de múltiples ataques. Por ejemplo, el juez Iredell, en el caso *Calder v. Bull* de 1798, sostuvo que se debe uno atener a bases constitucionales en vez de a meras declaraciones u opiniones fundadas en leyes de la naturaleza, que carecen de estándares fijos y ciertos.

Sin embargo, dada la actual jurisprudencia que ve en la Constitución una miríada de principios urgidos de contenido semántico, esta postura vuelve a adquirir fuerza, según dice Fisher.

3. Desarrollo histórico. Otro método es el análisis histórico. El juez O'Connor dijo que cuando la intención de los constituyentes no es clara "we must employ both history and reason in our analysis"<sup>835</sup>.

Esta postura es más empleada por aquéllos jueces tendentes al activismo o al autodenominado "progresismo", contrarios al literalismo. Por ejemplo, el juez Holmes sostenía que los casos conocidos por la Corte debían ser considerados "in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago"<sup>836</sup>.

No obstante, en algunas ocasiones el argumento se emplea para descubrir las intenciones de los constituyentes, aunque, como dice Fisher, "efforts to discover the inner of the frames are complicated by incomplete and unreliable records"<sup>837</sup>.

4. Consenso natural. En ocasiones la Suprema Corte interpreta la Constitución en términos de tendencias desarrolladas en los estados de la Unión. Se refiere a cómo la gente del país está interpretando los derechos constitucionales. Este criterio se ha empleado, por ejemplo, para prohibir la pena de muerte respecto de violadores de mujeres adultas o de personas con retardo mental.

5. Eclecticismo. La Constitución debe ser flexible, dice Fisher, si pretende regir en el futuro. Si bien los jueces están obligados a seguir los precedentes (*stare decisis*) lo cierto es que la variedad de estos, dan camino a diversas direcciones en el futuro.

De esta forma, existen distintas posibilidades a partir de los precedentes, aunque es extraño que de hecho se llegue al completo abandono de alguno de

---

<sup>835</sup> Ibid.p. 65. "Debemos emplear tanto la historia como la razón en nuestro análisis".

<sup>836</sup> Citado en *ibid.* p. 66. "a la luz del total de nuestra experiencia y no solamente en aquello que se dijo hace cien años".

<sup>837</sup> *Id.* P. 65. "los esfuerzos para descubrir la intención de los constituyentes son complicados debido a lo incompleto y la escasa confiabilidad de los registros".

ellos. Más bien es “more frequent in the practice of ignoring a precedent, or ‘distinguish’ it from the pending case.”<sup>838</sup>

Al evaluar los diversos métodos de interpretación, el ministro Cardozo describió la función del juez como un ejercicio ecléctico, que mezcla en diversas proporciones los métodos de la filosofía, la historia, la tradición, la lógica y la sociología<sup>839</sup>.

#### **IV.6.1.2 Sentencia del caso Roe v. Wade (410 U.S. 113 1973)**

##### **IV.6.1.2.1 Antecedentes del caso<sup>840</sup>**

###### **Primera Instancia.**

Una mujer soltera embarazada (Roe<sup>841</sup>) promovió una acción de clase controvirtiendo la constitucionalidad de las leyes penales de Texas, que prohibían procurar o intentar un aborto, excepto aquéllos ordenados por prescripción médica para salvar la vida de la madre. La ley texana no criminalizaba a la mujer por realizar ella misma el aborto o por buscar quien se lo practicara. Por esto, lo que

---

<sup>838</sup> Ibid. p. 68. “más frecuente es la práctica de ignorar el precedente o de ‘distinguirlo’ del asunto pendiente”.

<sup>839</sup> Cfr, Id. P. 68.

<sup>840</sup> Este apartado tiene por fuente la propia sentencia Roe v. Wade, que obtuvimos de la página web <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>, visitada por última vez el 5 de febrero de 2013. Las citas extensas de este fallo se insertan en inglés; sin embargo, las citas cortas son traducciones libres al español, efectuadas por quien escribe estas líneas.

<sup>841</sup> Su nombre real es Norma McCorvey, quien en esa época tenía 23 años, era divorciada y no tenía familia a la cual acudir. Por esto deseaba abortar. Fue representada por Linda Coffee y Sarah Weddington, quienes pretendían abolir las leyes que prohibían el aborto y dejar éste a la sola decisión de la mujer embarazada, sin incluir el consentimiento ni discreción del médico. Cfr. N.E.H. Hull y Hoffer, Peter Charles, Roe v. Wade. “The Abortion Rights Controversy in American History”, University Press of Kansas, 2ª ed, 2010, pp. 1-3. Veremos más adelante que, si bien en los hechos parece haber prevalecido esta última pretensión, en la sentencia del caso fue desestimada. Aún más, jurídicamente parece haber sido casi completamente desestimada, si se considera que Coffee y Weddington persistieron en postular el caso Roe, aun cuando el 5 de marzo de 1970 una corte federal en Wisconsin declaró inconstitucional la ley penal antiaborto de ese Estado, con base en el derecho a la intimidad, y esta postura no satisfacía a dichas abogadas, por no sustentarse en su paradigma de derechos de la mujer. Ibid. p. 117. La Suprema Corte, como veremos, fundamentó la inconstitucionalidad de la ley texana en que ésta infringía el derecho a la intimidad.

afectaba a Roe era que las leyes texanas le impedían obtener un aborto seguro, practicado por un médico con buena reputación en un hospital<sup>842</sup>.

Concurrentemente, un matrimonio sin hijos, los Does<sup>843</sup>, controvirtió las mismas leyes, con base en alegaciones sobre futuras posibilidades de fallas de anticonceptivos, embarazo, falta de preparación para la paternidad y riesgo a la salud de la esposa. La esposa no estaba embarazada.

También concurrió un médico de apellido Hallford, quien tenía en su contra dos procesos pendientes estatales por aborto. La estrategia consistía en que si se estimaba que carecía de materia el juicio porque Roe llegara a dar a luz y la mujer del matrimonio Doe no estuviera embarazada, entonces persistiría el juicio por virtud de la existencia de los procesos vigentes contra Hallford. Esto se sustentaría en el precedente de *Griswold v. Connecticut*<sup>844</sup>.

Eran dos las pretensiones expuestas en las demandas: a) declarar inconstitucionales las leyes penales texanas sobre aborto, bajo los argumentos de que eran contrarios a los derechos fundamentales de la mujer y que la tipificación era vaga e imprecisa; y b) obtener una orden (injunctive relief) dirigida al estado de Texas, a fin de que dejara de aplicar dicha ley a los miembros de la clase<sup>845</sup>.

Henry Wade, fiscal de distrito en Dallas, se encargó de defender la ley estatal. Su argumento de fondo principal era que el nonato tiene vida desde la concepción y, por ende, el Estado tiene el deber de protegerlo. Como excepción se postuló que no existía una controversia actual respecto a Roe y los Doe, porque las leyes impugnadas no criminalizaban a la primera, ni aplicaban a la mujer del citado matrimonio por no estar embarazada. Respecto de Hallford se propuso como defensa, que la ley no era vaga sino lo suficientemente precisa

---

<sup>842</sup> Ibid. p. 116.

<sup>843</sup> Fueron representados por Coffee y Weddington. La mujer se llamaba Marsha King. Ibid. p.114.

<sup>844</sup> Ibid. p. 116-117. En ese caso, se determinó que era parte del derecho a la intimidad, la posibilidad de acceder a métodos anticonceptivos. Sin embargo, aunque es claro que la mayoría de la Corte Suprema estadounidense votó en este sentido, es problemático establecer qué se dijo exactamente sobre el alcance de ese derecho, porque la opinión del juez Douglas sólo fue suscrita por cuatro jueces (él mismo, Goldberg, Harlan y White). Concurrieron con el voto, mas no en consideraciones, Warren y Brennan. Black y Stewart votaron en contra. Ibid. pp. 76-88.

<sup>845</sup> Ibid. p. 118.

como para determinar cuándo un médico delinquía al cometer un aborto y cuándo no<sup>846</sup>.

En una audiencia, la parte demandada también refirió que la ponderación sobre los valores en cuestión (vida del nasciturus contra libertad de la madre), no debía ser realizada por cortes federales, sino por legislaturas electas democráticamente<sup>847</sup>.

Una corte de Distrito<sup>848</sup> compuesta por tres jueces (Hughes, Taylor y Goldberg), resolvió, en cuanto a los aspectos formales, que Roe, Hallford, y los miembros de sus clases, tenían derechos justiciables en el ámbito federal, esto es, que sólo podían ser plenamente satisfechos mediante juicios federales. Por otro lado, se desestimó la demanda de los Doe's, por no representar un caso actual, en tanto que la mujer no estaba embarazada.

Respecto al fondo, la corte declaró unánimemente, sobre la pretensión de Halford, que las leyes sobre aborto eran inconstitucionales por vagas, esto es, por no precisar exactamente las causas de exclusión de las penas por el delito de aborto, en infracción de los derechos establecidos en la Novena y la Décimo Cuarta Enmiendas de la Constitución Federal.

Según la Corte, tales leyes fallaron en "to provide Dr. Hallford and physicians of his class with proper notice of what acts in their daily practice and consultation will subject them to criminal liability"<sup>849</sup>. Concretamente, la ley no establecía con claridad el alcance de la excluyente de responsabilidad consistente en el riesgo de muerte de la madre. No define cuándo debe entenderse que existe ese riesgo.

Sobre la pretensión de Roe, se estableció que la ley texana era inconstitucional porque priva indebidamente a las mujeres solteras y casadas del

---

<sup>846</sup> Ibid. p. 119-120.

<sup>847</sup> Ibid. p. 125.

<sup>848</sup> En la época del caso, había dos o tres cortes de distrito por cada Estado del Unión. Jerárquicamente sobre ellos había diez circuitos con sus respectivos tribunales y, por encima de todos, la Suprema Corte de Justicia Federal. *ibid.* p. 118.

<sup>849</sup> Ibid. p. 126.

derecho a elegir sobre tener o no tener hijos, previsto en la Novena Enmienda. El razonamiento toral consistió en que aun cuando existe interés del Estado en preservar la vida “potencial” del no nacido, éste no puede prevalecer frente a los derechos de la mujer embarazada. Lo anterior se complementó con el argumento de que si los individuos están facultados para emplear métodos anticonceptivos, entonces no existe razón para terminar una concepción cuando tales métodos fallaron<sup>850</sup>.

La corte negó el mandato (injunctive relief) dirigido al estado de Texas, a fin de que dejara de aplicar dicha ley a los miembros de la clase.

### **Segunda Instancia.**

Los actores, Roe y Hallford, apelaron directamente ante la Suprema Corte de Justicia Federal, sin acudir al tribunal del circuito correspondiente, porque consideraron que no se satisfizo completamente su pretensión por medio de la declaración de inconstitucionalidad, pues se les negó el mandato al estado de Texas (injunctive relief). Por su parte, los Does impugnaron la desestimación de su demanda.

La Suprema Corte Federal admitió el recurso, ya que, contrariamente a lo establecido por el apelante-demandado, el parto de Roe no extinguió su demanda. Esto se estimó así porque el embarazo, dada su naturaleza efímera, es una excepción a la regla general que ordena que debe existir una controversia actual en las instancias revisoras y no simplemente cuando la acción fue iniciada.

En relación a la pretensión de Roe a la emisión de un mandato restitutorio (injunctive relief), la Corte sostuvo que aun cuando la sentencia de primera instancia se quedó corta al no haberlo concedido, no era necesario pronunciarse sobre el tema, porque “we assume the Texas prosecutorial authorities will give full credence to this decision that the present criminal abortion statutes of that State are unconstitutional.”

---

<sup>850</sup> Id.

Sobre Hallford, se estableció que la corte de Distrito erró en darle la razón, pues se consideró que el actor no solicitó protección a un derecho federalmente protegido como defensa contra las persecuciones de buena fe del Estado pendientes contra él. Por tanto, su demandada fue desestimada.

La Suprema Corte estableció que la demanda de los Doe's, basada en contingencias es demasiado especulativa para una considerar que se trata de una controversia actual y presente.

Así, fue revocado el fallo favorable a Hallford, y fueron confirmadas la desestimación de la demanda de los Doe's y la declaración de inconstitucionalidad a favor de Roe. Respecto al mandato restitutorio, la Corte terminó revocando la negativa de primera instancia, pues a pesar de sostener que no era necesario pronunciarse sobre el tema, consideró que la sola declaración de inconstitucionalidad bastaba para el efecto.

También debe mencionarse que el caso no fue conocido en virtud del "certiorari". Esto, a pesar de que la propia Suprema Corte estimó que hubiera sido mejor que el caso hubiera sido conocido por esa vía. Por esto, en el contexto no se mencionó nada al respecto de dicho "writ".

Por último, es necesario referir que en esta segunda instancia, también se refiere al caso de Doe v. Bolton, en el cual se controvertió la ley sobre aborto de Georgia. En este caso se impugnaron leyes que preveían más eximentes de responsabilidad respecto al delito de aborto, por lo que la demandante fue una mujer embarazada (cuyo pseudónimo fue Mary Doe) que no reunía los requisitos para terminar el embarazo en hospitales del estado. Arthur K. Bolton era el fiscal general del estado. También se pretendió la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y el mandato restitutorio (*injunctive relief*).

En este caso, la parte demandada introdujo la necesidad de representar los intereses del no nacido, capacidad que se reconoció a favor de Ferdinand Buckley. Es decir, en el juicio no sólo fueron partes materiales Doe y Bolton, sino también el no nacido. Al comienzo la corte, también compuesta por tres jueces

(Smith, Morgan y Henderson), admitió esta situación, aunque después dio vuelta atrás<sup>851</sup>.

La parte demandada sustentó su defensa en que la Constitución no prevé un derecho fundamental a destruir un niño vivo. El nonato no es parte de la mujer embarazada, sino que desde las etapas más tempranas de su desarrollo es ya niño o niña, con sus propios órganos.

La corte de Distrito de Georgia resolvió de manera similar a la corte de Distrito texana: declaró la inconstitucionalidad de la ley y negó el mandato restitutorio. Añadió que el no nacido podría tener el potencial para llegar a ser humano; sin embargo, la ley federal no lo considera un ser independiente desde la concepción y, por ende, el derecho de la mujer a terminar el embarazo tiene mayor peso que cualquier interés del nasciturus o del estado en protegerlo<sup>852</sup>.

#### **IV.4.1.2.2 Consideraciones sobre los argumentos de la sentencia de Roe v. Wade**

El argumento total del fallo no es aquél que concluye con que la ley penal texana es contraria al derecho a la intimidad y, por ende, a la Décimo Cuarta Enmienda, sino más bien lo es aquél cuya conclusión es que el nasciturus no es persona para la Constitución. Así lo reconoce la propia sentencia, cuando afirma que no podría declararse la inconstitucionalidad de la ley si el nonato es persona. El fallo reconoce también que la propia representante de Roe, al momento del reargumentar, se expresó en el mismo sentido.

Es por esto que la sentencia de Roe v. Wade merece ser analizada conforme al derecho al reconocimiento de la personalidad, pues el argumento total claramente implica una operación sobre la posición de la titularidad de ese derecho. Además, ese derecho ha sido reconocido por los Estados Unidos, país que ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

---

<sup>851</sup> Ibid. p. 128.

<sup>852</sup> Id.

Con base en esta consideración, la estructura argumentativa de la opinión del juez Blackmun es la siguiente:

**a) Argumento que excluye a los nonatos de la categoría de persona para el Derecho**

El argumento se encuentra en sólo dos párrafos de la sentencia, por lo cual se transcriben:

The Constitution does not define "person" in so many words. Section 1 of the Fourteenth Amendment contains three references to "person." The first, in defining "citizens," speaks of "persons born or naturalized in the United States." The word also appears both in the Due Process Clause and in the Equal Protection Clause. "Person" is used in other places in the Constitution: in the listing of qualifications for Representatives and Senators, Art. I, 2, cl. 2, and 3, cl. 3; in the Apportionment Clause, Art. I, 2, cl. 3; [53](#) in the Migration and Importation provision, Art. I, 9, cl. 1; in the Emolument Clause, Art. I, 9, cl. 8; in the Electors provisions, Art. II, 1, cl. 2, and the superseded cl. 3; in the provision outlining qualifications for the office of President, Art. II, 1, cl. 5; in the Extradition provisions, Art. IV, 2, cl. 2, and the superseded Fugitive Slave Clause 3; and in the Fifth, Twelfth, and Twenty-second Amendments, as well as in 2 and 3 of the Fourteenth Amendment. But in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally. None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application. [54](#) [\[410 U.S. 113, 158\]](#)

All this, together with our observation, supra, that throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today, persuades us that the word "person," as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn. [55](#) This is in accord with the results reached in those few cases where the issue has been squarely presented. *McGarvey v. Magee-Womens Hospital*, 340 F. Supp. 751 (WD Pa. 1972); *Byrn v. New York City Health & Hospitals Corp.*, 31 N. Y. 2d 194, 286 N. E. 2d 887 (1972), appeal docketed, No. 72-434; *Abele v. Markle*, 351 F. Supp. 224 (Conn. 1972), appeal docketed, No. 72-730. Cf. *Cheaney v. State*, \_\_\_ Ind., at \_\_\_, 285 N. E. 2d, at 270; *Montana v. Rogers*, 278 F.2d 68, 72 (CA7 1960), *aff'd sub nom. Montana v. Kennedy*, [366 U.S. 308](#) (1961); *Keeler v. Superior Court*, 2 Cal. 3d 619, 470 P.2d 617 (1970); *State v. Dickinson*, 28 [\[410 U.S. 113, 159\]](#) *Ohio St. 2d* 65, 275 N. E. 2d 599 (1971). Indeed, our decision in *United States v. Vuitch*, [402 U.S. 62](#) (1971), inferentially is to the same effect, for we there would not have indulged in statutory interpretation favorable to abortion in specified circumstances if the necessary consequence was the termination of life entitled to Fourteenth Amendment protection.<sup>853</sup>

<sup>853</sup> La traducción libre de este pasaje es la siguiente: "La Constitución no define 'persona' en muchas palabras. La sección 1 de la decimocuarta enmienda contiene tres referencias a 'persona'. La primera, al definir 'ciudadanos', establece que son tales 'las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos'. La palabra también aparece tanto en la cláusula del Debido Proceso como en la de Igual Protección. 'Persona' es usado en otros lugares de la Constitución: en la lista de requisitos para ser representantes y senadores, art. I.2. cl 2 y 3; en la Cláusula de la proporcionalidad de representantes y de contribuciones directas Art. I 2 cl 3 [53](#); en la provisión sobre migración e importación Art. I 9 cl 1; en la cláusula del emolumento Art. I 9 cl 8; en las provisiones sobre los electores Art. II, 1, cl. 2; y en la de su sustitución cl. 2; en la provisión sobre los requisitos para el cargo de Presidente, Art. II. 1. Cl 5; en las provisiones de extradición Art. IV. 2

La primera premisa es: en casi todas las ocasiones que en el texto constitucional se menciona la palabra “persona”, ésta refiere a nacidos ( $\exists p \rightarrow n$  donde  $\exists$  significa alguno,  $p$  es persona y  $n$  es nacido) (*in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally*).

La segunda: ninguna de las ocasiones en que se menciona se advierte una implicación prenatal ( $\sim \forall p \rightarrow \sim n$ , donde  $\sim \forall$  es ninguno,  $p$  es persona,  $\sim$  es no y  $n$  es nacido) (*None indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application*).

La tercera: la legislación de buena parte del siglo XIX sobre aborto era más permisiva que la actual ( $\exists \text{laXIX} P > \text{laXX} P$ , donde “laXIX” significa legislación sobre aborto en el siglo XIX,  $P$  es permisiva, “>”, más liberal que, y “laXX”, legislación sobre aborto del siglo XX) (*throughout the major portion of the 19th century prevailing legal abortion practices were far freer than they are today*).

Por tanto, sólo los nacidos son considerados persona para la Constitución ( $\forall n \text{ n} \leftrightarrow p$ , donde  $\forall$  significa “para todo”,  $p$  es persona y  $n$  es nacido: para todo nacido si y solo si nacido entonces persona).

---

cl. 2; y en la cláusula de sustitución de esclavos fugitivos 3; y en la quinta, decimosegunda y vigésimo segunda enmiendas, así como en 2 y 3 de la decimocuarta enmienda. Pero en casi todas esas referencias, el uso de la palabra es tal que tiene aplicación sólo a nacidos. Ninguna indica, con alguna seguridad, que tenga una posible aplicación prenatal.

Todo esto, junto con nuestra observación hecha arriba, que a través de la mayor parte del siglo diecinueve las prácticas prevaecientes sobre aborto legal fueron más libres que lo que son actualmente, nos persuade que la palabra ‘persona’ como es usada en la decimocuarta enmienda, no incluye al no nacido. Esto es consonante con los resultados alcanzados en aquellos pocos casos donde el tema ha sido presentado directamente. . *McGarvey v. Magee-Womens Hospital*, 340 F. Supp. 751 (WD Pa. 1972); *Byrn v. New York City Health & Hospitals Corp.*, 31 N. Y. 2d 194, 286 N. E. 2d 887 (1972), listado en apelación, No. 72-730. Cf. *Cheaney v. State*, \_\_\_ Ind., at \_\_\_, 285 N. E. 2d, at 270; *Montana v. Rogers*, 278 F.2d 68, 72 (CA7 1960), *aff’d sub nom. Montana v. Kennedy*, 366 U.S. 308 (1961); *Keeler v. Superior Court*, 2 Cal. 3d 619, 470 P.2d 617 (1970); *State v. Dickinson*, 28 [410 U.S. 113, 159] Ohio St. 2d 65, 275 N. E. 2d 599 (1971). Incluso, nuestra decisión en *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), se infiere en el mismo sentido, porque allí nosotros no podíamos permitir un interpretación de un estatuto para favorecer el abroto en circunstancias específicas, si la consecuencia necesaria de éste fuera la terminación de la vida protegida por la decimocuarta enmienda.”

Entonces, en notación lógica el argumento toral de la resolución es el siguiente:

$$[(\exists p \rightarrow n) \cdot (\sim \forall p \rightarrow \sim n) \cdot (\exists \text{laXIXP} > \text{laXXP})] \rightarrow (\forall n \text{ n} \leftrightarrow p) \cdot (\forall \sim n \rightarrow \sim p)$$

Esto se lee así: si algunas personas son nacidas (*“But in nearly all these instances, the use of the word is such that it has application only postnatally”*) y ninguna persona es no nacida, entonces *sólo* todo nacido es persona.

Por tanto, en *Roe v. Wade* se analizó el tema de la personalidad, atendiendo solamente a la que hemos llamado función kelseniano-ferrajoliana.

Asimismo, el argumento de la Corte estadounidense al respecto es claramente paralogístico. Desde Aristóteles sabemos que todo silogismo lógico que tiene una premisa particular no puede válidamente concluir con una proposición general. Aquí la primera y tercera premisas son particulares ( $\exists p \rightarrow n$  y  $(\exists \text{laXIX} > \text{laXX})$ ).

Es cierto que la segunda premisa está elaborada en términos generales ( $\sim \forall p \rightarrow \sim n$ ); sin embargo, lo es de manera que nos parece inválida.

Esto, porque en la sentencia se establece primero que en casi todas las ocasiones en que la Constitución menciona “persona” se refiere sólo a nacidos ( $\exists p \rightarrow n$ ) e inmediatamente después asegura, *sin dar mayor razón*, que en ninguna ocasión que se trata de “persona” en el texto constitucional, se aporta algún indicio de que se refiera a nonatos. De esto se concluye que en ninguna ocasión que se habla de “persona” se habla de “nonato”.

Sin embargo, la opinión de Blackmun no da razón de por qué sea imposible que “persona se refiera a nonato”, sino sólo menciona que no le parece que en alguna ocasión “persona” pueda tener como parte de su recorrido semántico, el sema /nonato/. Esto sólo lo parece sustentar en los otros dos argumentos particulares ( $\exists p \rightarrow n$  y  $(\exists \text{laXIX} > \text{laXX})$ ), particularmente en el segundo que refiere al

estudio histórico del common law y de la medicina (lo llamaremos argumento histórico).

Esto se reafirma por la forma probabilista en que se expresa esta premisa en la opinión: “one indicates, with any assurance, that it has any possible pre-natal application”, es decir, ninguna de las ocasiones en que se menciona “persona” indica, con alguna seguridad, que tenga alguna aplicación prenatal.

Por tanto, no debe considerarse como premisa de este argumento el que hemos expresado como:  $\sim\forall p p \rightarrow \sim n$ , es decir, el que sostiene que en ninguna ocasión parece que “persona” pueda implicar “nonato”.

Así, el argumento total queda, en definitiva, así (en lo subsecuente, cuando se hable de argumento total, se referirá a este argumento conformado por dos premisas):

$$(\exists p \rightarrow n) \cdot (\exists \text{laXIX} > \text{laXX}) \rightarrow \forall n n \leftrightarrow p$$

Queda así demostrado que el argumento total de la opinión de Blackmun es paralogístico: de premisas particulares deriva una conclusión universal.

Empero, este argumento podría todavía tener alguna fuerza persuasiva, aunque sólo si se admite que sea originalista y, concretamente, psicológico. Es decir, este argumento podría tener algún mérito si no se trata de una deducción del texto constitucional, sino como una inferencia abductiva a partir de indicios, que permitan concluir que no fue “intención” del constituyente de 1787 ni del creador de las primeras diez enmiendas de 1791, de la enmienda decimosegunda de 1804, de la decimocuarta enmienda de 1868 o de la vigésimo segunda de 1951<sup>854</sup>, incluir a los nascituri en la categoría de persona o incluso, que fue su “intención” excluirlos.

Esta posibilidad pasa el centro de gravedad del argumento total a su segunda premisa ( $\exists \text{laXIX} \leftrightarrow p$ ), según la cual las leyes de la primera mitad del

---

<sup>854</sup> Las fechas fueron tomadas de <http://www.ushistory.org/documents/amendments.htm>, visitada por última vez el 25 de febrero de 2013.

siglo XIX sólo protegían a la madre, que a su vez se relaciona con el argumento de la historia del common law sobre el “quickening”. Este es un argumento claramente originalista, pues pretende establecer que si en fechas cercanas a la emisión de la Constitución, ésta se interpretaba en el sentido de que el no nacido no era persona, entonces este significado debe atribuirse al texto constitucional o, lo que es igual, pretende demostrar que es razonable pensar que para los *founding fathers* éste no es persona.

Esta salida “originalista” presenta también serios inconvenientes.

El primero de ellos es poco grave en principio. Consiste en que esta sentencia, a la cual ordinariamente se la invoca como bandera de progresismo, estaría basada en un argumento originalista, que normalmente se adscribe a juristas conservadores, “reaccionarios” y “regresistas”.

El segundo inconveniente es que la opinión de Blackmun en repetidas ocasiones sostiene que pretende dar una nueva respuesta a una cuestión antigua, es decir, pretende sostener que con base en el nuevo conocimiento científico la cuestión debe inclinarse a favor la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben el aborto, por lo menos en los primeros dos trimestres del embarazo y en mayor medida las que lo prohíben en el primero. Esta posición es incongruente con la posición originalista que se asume en el argumento toral.

El tercer inconveniente es que, como veremos a continuación, el argumento histórico sobre el que descansa la segunda premisa del argumento toral, es también muy cuestionable.

Antes de continuar con los argumentos históricos que sustentan la segunda premisa del argumento toral, es preciso referirnos a un argumento incidental de la sentencia. Consiste en que, puesto que nadie se ha puesto de acuerdo sobre el inicio de la vida, entonces la judicatura no puede adentrarse al tema. Este razonamiento es paralogístico.

En efecto, si lo que se demostró en el estudio histórico fue que no se ha llegado a un consenso filosófico-científico sobre el inicio de la vida humana, esto no puede significar la inexistencia de razones de peso para establecer que hay vida humana durante la gestación, ni la inexistencia de razones para sostener que “humano” sea algo tal que necesite algo más que sólo vida de homo sapiens. En otras palabras, la falta de consenso no puede significar que deje de haber pronunciamiento alguno: la existencia de debate y de disenso no justifica la inacción, por lo menos, no por sí sola.

Citamos, por ejemplo, a Humberto Maturana Romesín, uno de los biólogos más importantes del siglo XX, creador, junto con Varela, del concepto de la autopoiesis. Este autor, a pesar de estar a favor del derecho al aborto en términos muy similares a los de Ferrajoli, reconoce que desde la concepción se es homo sapiens, es decir, se es miembro de la especie humana. Dice: “somos concebidos homo sapiens sapiens, no humanos, y que nos hacemos humanos en el vivir humano aunque nuestra biología de homo sapiens sapiens sea el resultado de nuestra deriva filogénica cultural humana”<sup>855</sup>. Conforme a esto, al signo “concebido” se adscribe como sema denotado o inherente /homo sapiens/, el cual también es un sema inherente o denotado por el signo “humano”, pero Maturana sostiene que el signo “humano” denota otros contenidos, tales como la participación en el “lenguajear”.

Sin duda, este argumento, a pesar de estar dirigido a defender la liberalización del aborto, difícilmente podría ser compatible con lo que hemos expuesto en líneas antecedentes sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, pues requiere de concepciones sobre “ser humano” como las liberales, que son ideológicamente reductivas. Asimismo, este argumento no cumpliría con la carga demostrativa que, por virtud de este derecho, correría a cargo de quien niegue que “vida humana” sea “ser humano”, pues /vida humana/ sin duda es un sema inherente específico del semema –humano-. Aun así,

---

<sup>855</sup> Maturana, Humberto. “La realidad: ¿objetiva o construida. II. Fundamentos biológicos del conocimiento”, Anthropos-UIA, México, 1996, p. 281.

conforme al estudio multidisciplinario que proponemos, sería todavía posible (mas no necesario) satisfacer esa carga.

**b) Argumento histórico sobre el common law y la legislación sobre aborto**

En este punto, la sentencia tiene un marcado desarrollo retórico más que lógico. Esto bien se puede observar en el orden en que se expuso el apartado histórico. Se inicia acentuando el carácter reciente de la legislación anti-abortista, lo cual deja una impresión de relatividad sobre el tema.

Que una posición determinada sea relativa connota<sup>856</sup> debilidad e insuficiencia. Si se comienza con la afirmación de que la legislación que hace del aborto un crimen es reciente y que no siempre se ha considerado perverso o malo, entonces se connota que la defensa de esa posición descansa sobre un punto débil e insuficiente.

Sin embargo, no deja de ser contradictorio que la sentencia se ostente como una resolución imparcial y ajena a todo sentimiento e ideología, y al tiempo claramente se apoye en topoi retóricos que exacerban impresiones y connotaciones.

Aun cuando el Derecho tiene un código semiótico débil donde las connotaciones no son excluidas totalmente en favor de las denotaciones, como sucede en casos de códigos semióticos fuertes, esto no significa que sea correcto el uso indiscriminado de recorridos meramente connotativos.

El Derecho funciona con un lenguaje especializado que, como tal, tiene por lo menos cierta preferencia por las denotaciones más o menos objetivas, sobre las connotaciones, siempre más inestables y cambiantes. Como bien dice Alexy<sup>857</sup>, la retórica ha de usarse sólo donde la lógica no puede sola.

Incluso si se consideraran posturas extremas que pretenden excluir la lógica del Derecho, habría argumentos para limitar el uso de connotaciones.

---

<sup>856</sup> Véase la diferencia entre denotación y connotación expuesta en el primer capítulo.

<sup>857</sup> "Tratado de Argumentación...", op. cit.

Recorridos semánticos connotativos como el aquí expuesto, tienen un alto riesgo de convertirse en *inventio* o *dispositio ideologica*.

En efecto, las connotaciones utilizadas en esta sentencia pretenden denotar la relatividad de la criminalización del aborto, mediante la impresión de la debilidad e insuficiencia de ésta. Sin embargo, al hacerlo, ocultan que la posición contraria, es decir, la liberalización del aborto, también denota esa misma relatividad y, por ende, connotaría debilidad e insuficiencia. Si la opinión de Blackmun demostró la relatividad de la criminalización, también demostró la relatividad de la liberalización.

El argumento histórico sobre common law se sustenta principalmente en la teoría del “quickening”. En el fallo se explica que esto surgió en la Edad Media y que en ese momento “quickening” refería al primer movimiento perceptible del nasciturus en el vientre materno. También se indica que la filosofía de entonces entendía que el “quickening” sucedía 40 días después de la concepción en el caso de los varones, y 80 días después de ese punto, en el caso de las mujeres.

Se indica que el common law llegó a castigar con pena capital el aborto después del “quickening”, pero cuando llegó a sancionar el aborto practicado antes de éste, siempre fue para proteger a la madre. Aquí se da primera conexión del argumento histórico del common law con la segunda premisa del argumento total.

Después la sentencia pasa al estudio histórico de la legislación penal sobre aborto, para demostrar que ésta es más reciente que lo que se pudiera pensar (proposición que, sin duda, tiene más fuerza retórica que lógica).

Sobre la legislación, se explica la primera ley penal sobre aborto fue inglesa y data de 1803. Esta ley castigaba severamente el aborto después del “quickening”, y preveía penas menores al practicado antes de ese momento. Por esto, esta ley se apegaba a la doctrina del “quickening” y al common law. Este ejemplo fue seguido por las leyes estadounidenses sobre el aborto durante toda la

mitad del siglo XIX. Esta es la segunda conexión con la segunda premisa del argumento total.

Después de la guerra civil (1861-1865) –continúa la sentencia-, se dio un giro a la legislación sobre el aborto que dará origen a leyes como la texana. A partir de este momento y gracias a la influencia del gremio médico, la protección se centrará más en los nonatos que sobre las madres, aun cuando éstas rara vez eran consideradas sujetos activos del delito, es decir, rara vez la ley las criminalizaba por buscar o conseguir el aborto.

La sentencia concluye este argumento en que aparentemente en el common-law, al momento de la adopción de la Constitución Federal de 1787, y a través de la mayor parte del siglo XIX (aunque reconoce que todo cambió desde la mitad cuando ocurrió la guerra civil), el aborto era visto con menor desaprobación que bajo la mayoría de los estatutos estadounidenses vigentes al momento del fallo (1973).

Esta conclusión no es sino la segunda premisa del argumento total: la legislación de la primera parte del siglo XIX sobre aborto era más liberal que la legislación vigente al momento de la sentencia (∃laXIX>laXX) y claramente es originalista.

Este argumento histórico no es concluyente. Demuestra ciertamente que la legislación vigente al momento de la sentencia (1973) es contingente. Sin embargo, no demuestra que la legislación de la primera mitad del siglo XIX, ni tampoco la doctrina del “quickening” medieval del common law, sea en algún aspecto necesaria ni, tampoco, que sea conforme a la Constitución en ese siglo ni tampoco en el siglo XX. Antes bien, sólo demuestra que es igualmente contingente, pues para demostrar cierta necesidad tendría que salirse del mero dato histórico e introducir un elemento deóntico o uno valorativo, o bien apelar a conceptos de filosofía de la historia que develen que, dentro de la aparente contingencia de los datos históricos, existe alguna necesidad inmanente o trascendente. La sentencia no introduce uno ni el otro.

Así, el argumento no es concluyente, si uno se funda en la denotación estricta. Empero, connotativamente muestra la carga emotiva que hemos expuesto en líneas anteriores. La relatividad y contingencia de la legislación sobre aborto que protege principalmente al nonato es asociada con debilidad e insuficiencia racional y, con esa fuerza persuasiva, la Corte concluye que no es persona el nasciturus.

Esta connotación es el salto que la Corte da para poder concluir una proposición universal a partir de premisas particulares. Esta connotación claramente emotiva, no racional, es el diferencial que tenía que colmarse para completar una universalidad que no podría extraerse de la particularidad de las premisas.

A esto se suma que la sentencia muestra la contingencia de la legislación sobre aborto vigente durante el siglo XX, pero oculta la contingencia de la legislación de la primera parte del siglo XIX, así como de la doctrina del "quickenning". Es decir, la sentencia oculta la contingencia de su propia resolución: oculta la contingencia de la liberalización del aborto.

*La sentencia completa el salto de la particularidad a la universalidad con una inventio ideologica.*

También existe dispositio ideologica, pero ésta la veremos con más claridad en el siguiente punto.

### **c) Argumento histórico sobre la medicina**

La opinión de Blackmun que rige el fallo, comienza con una pregunta retórica, casi sarcástica, respecto del juramento hipocrático:

What then of the famous Oath that has stood so long as the ethical guide of the medical profession and that bears the name of the great Greek (460(?) - 377(?) B. C.), who has been described [410 U.S. 113, 131] as the Father of Medicine, the "wisest and the greatest practitioner of his art," and the "most important and most complete medical

personality of antiquity," who dominated the medical schools of his time, and who typified the sum of the medical knowledge of the past?<sup>858</sup>

La manera en que se formula esta pregunta ya indica el derrotero que seguirá el argumento: relativizar la prohibición moral que Hipócrates dirigió a los médicos respecto a la práctica del aborto. Sin embargo, ya hemos expuesto que relativizar algo no es concluyente para dejarlo de lado o eliminarlo.

Continúa la opinión exponiendo la postura de un médico, el doctor Edelstein, para quien el juramento se originó en un grupo que representaba sólo un pequeño segmento de la opinión griega y que, por ello, ciertamente no todos los médicos de esa época lo compartían. Se refiere que escritos médicos de Galeno (130-200 d.C.) “dan evidencia de la violación de casi cada uno de sus principios”. Entonces, sugiere el Dr. Edelstein, es “un manifiesto pitagórico y no la expresión de un estándar absoluto de conducta médica”.

Sin embargo –prosigue el argumento-, con el fin de la antigüedad un cambio decisivo tomó lugar. La resistencia contra el suicidio y contra el aborto se volvió común. El juramento hipocrático devino popular. La emergencia de enseñanzas cristianas estaba de acuerdo con la ética pitagórica. El juramento “se convirtió en el núcleo de toda la ética médica” y “fue aplaudida como cuerpo de verdad”.

Nosotros estimamos que este argumento sin duda demuestra la relatividad del juramento hipocrático, mas no es concluyente sobre su insuficiencia moral ni racional. El razonamiento de la sentencia sólo muestra que en la antigüedad la escuela pitagórica y los cristianos estaban contra el aborto y que ello no podía significar unanimidad en el pensamiento de esa lejana época. Empero, este

---

<sup>858</sup> La traducción libre sería: ¿Qué hay entonces con el famoso juramento que ha permanecido tanto tiempo como guía ética de la profesión médica y que ostenta el nombre de la gran Grecia (460 (?)-377(?), quien ha sido descrito como el Padre de la Medicina, el “más sabio y perfecto practicante de su arte”, y el “más importante y completo personaje médico de la antigüedad”, quien dominó la escuelas médicas de su tiempo, y que personificó la suma del conocimiento médico del pasado?

argumento no demuestra que sólo el pitagorismo y el cristianismo estuvieran contra el aborto, ni tampoco demuestra que esas posturas estuvieran equivocadas. Por tanto, el argumento no es concluyente.

Esto nos conduce, de nueva cuenta, a que el argumento pretende persuadir solamente con base en connotaciones emotivas. Éstas consisten en que la relatividad de algo suele asociarse connotativamente con debilidad e insuficiencia racional. Ya hemos mostrado que esta forma más emotiva que racional de buscar la persuasión es ideológica. Concretamente es *inventio ideologica* porque oculta que, al mismo tiempo que se demuestra la relatividad del juramento hipocrático, el exiguo estudio histórico del fallo, demuestra al mismo tiempo la relatividad de la posición contraria a dicho juramento. Incluso, si se es estricto, demuestra más la relatividad de la posición adoptada por la Corte, desde el momento en que sólo se menciona a una persona que estaba contra Hipócrates, a saber, Galeno, pero no se refiere cuáles eran las razones que éste refería ni si incidían sobre el tema del aborto.

Naturalmente, esto no excluye que un estudio histórico profundo pudiera apoyar mejor la postura de la sentencia; sin embargo, sí demuestra que ésta, tal como está redactada, es ideológica y, en la medida que se ostenta como racional y científica, en realidad, se sustenta sobre emotividad connotativa. Menuda inconsistencia esta.

La segunda parte del argumento histórico-médico, se relaciona con la posición de la Asociación Médica Estadounidense desde el siglo XIX hasta el momento del fallo.

Se expone en la sentencia que el ánimo anti-abortista prevaleciente en los Estados Unidos en las postrimerías del siglo XIX fue compartido por la profesión médica. De hecho, la actitud de la profesión pudo haber jugado un papel significativo en la codificación del aborto como delito durante ese periodo, según reconoce la sentencia.

Se refiere que un comité de la Asociación Médica Estadounidense sobre aborto fue celebrado en mayo de 1857. Presentó su reporte a la duodécima asamblea anual. Ese reporte observó que el comité se abocó a investigar el aborto criminal “con vistas a su supresión general”. Deploró el aborto y su frecuencia, y enlistó tres causas de esta “generalizada desmoralización”. “La primera de estas causas es la extendida ignorancia sobre el verdadero carácter del crimen- una creencia incluso entre las mismas madres, de que el feto no está vivo sino hasta el periodo siguiente al ‘movimiento’ (*quickening*)”.

En 1871, un extenso y “vívido” reporte fue presentado por el comité sobre aborto criminal. Concluyó con la observación de que “tenemos que tratar con la vida humana. En una materia de menor importancia podríamos no comprometernos. Un juicio honesto llamaría las cosas por sus propios nombres. No podríamos hacer menos”.

Se emitieron resoluciones, aprobadas por la Asociación, las cuales recomendaban, entre otras cosas, que sería “ilícito y carente de profesionalidad para cualquier médico inducir un aborto o un parto prematuro, sin la opinión concurrente de cuando menos un médico respetable, y siempre con vistas en la seguridad del niño –si es posible” y llamando “la atención de los clérigos de todas las denominaciones hacia las perversiones morales sustentadas por una gran parte de las mujeres- también hombres, sobre esta importante cuestión”.

La sentencia reconoce que esta postura se mantuvo incólume hasta 1967: ¡escasos 6 años antes de la resolución que analizamos!

Sin embargo –vira la sentencia-, en 1970, después de la introducción de una variedad de resoluciones, y de un reporte de su Barra directiva, un comité notó “una polarización de la profesión médica sobre el asunto”; “el marcado cambio en el testimonio” en seis meses, puede estar influenciado “por los rápidos cambios en las leyes estatales y por las decisiones judiciales que tienden a hacer al aborto más libremente disponible”, y un sentimiento de que “esta tendencia continuará”. Se resolvió que el aborto es “un procedimiento médico que debe ser

realizado por un médico con licencia en un hospital acreditado solamente después de haberse consultado a otros dos médicos y bajo el amparo de la ley estatal”.

Sobre este giro, se refiere a la posición de la Asociación Estadounidense de Salud Pública AESP (APHA, por sus siglas en inglés), que en octubre de 1970, a través de su Consejo Ejecutivo, adoptó los “Estándares para los Servicios de Aborto”, es decir, el protocolo que debía seguirse para la práctica de un aborto.

Por último, se refiere que la Asociación de Barras Estadounidenses (ABA, por sus siglas en inglés), en su asamblea de febrero de 1972, aprobó, con 17 votos opositores, el Acta Uniforme sobre Aborto, la cual fue proyectada y aprobada en agosto anterior por la Conferencia de Comisionados sobre Uniformidad de Leyes Estatales. En la sentencia no se menciona el contenido de esa acta, pero parece ser que es similar a la de la AESP (APHA).

Este argumento sobre la posición de asociaciones médicas estadounidenses sobre el aborto tampoco puede ser concluyente y, en todo caso, parece orientarse más a defender una postura contra el aborto que una a favor de su liberalización.

Se expone que los médicos estadounidenses desde mediados del siglo XIX (esto es, cuando la embriología ya existía y, por tanto, el “quickening” medieval era científicamente obsoleto<sup>859</sup>), hasta 1967 fueron prácticamente unánimes en sostener que el aborto era incorrecto. Sin embargo, se agrega que esta

---

<sup>859</sup> La embriología surge en Alemania a principios del siglo XIX, con los trabajos de Christian Pander, Karl Ernst von Baer y Martin Heinrich Rathke. Esta ciencia, que forma parte de la Biología contemporánea, dejó atrás los paradigmas del preformacionismo y del “quickening” basado en la postura Aristotélica sobre los plazos de 40 y 80 días sobre la adquisición de “forma” por parte del concebido. Pickett, K. M., Wenzel, J. W., & Rissing, S. W. (2005). “Iconoclasts of evolution: Haeckel, Behe, Wells & the ontogeny of a fraud”, en la revista *The American Biology Teacher*, 67(5), 275-282 pp. Obtenido de <http://189.204.30.3/infoweb/bdatos.asp/docview/219035105?accountid=44430>. Véase también Hopwood, Nick. Martin Heinrich Rathke (1793-1860): “Ein Embryologe des 19. Jahrhunderts”, en *British Journal for the History of Science*, No. 34.123, diciembre 2001, pp. 472-473. El texto está en inglés. Sobre el cambio de perspectiva científica en el siglo XIX respecto del pensamiento moderno temprano (siglos XVII y siglos XVIII) y renacentista (siglos XV y XVI), Foucault, Michel. “Las palabras y las cosas”, op. cit. y, del mismo autor, “La Historia de la Locura en la Época Clásica”, op. cit.

unanimidad cesó en 1970, de tal forma que se realizaron consensos sobre cómo debía realizarse el procedimiento, cuando, conforme a las leyes, fuera necesario efectuarlo. Esto, sin duda, no aporta elemento para sostener que ese gremio apoye el aborto, antes bien, indica que casi siempre estuvo contra él y, cuando esto se relativizó, sólo muestra que los médicos acordaron cuál sería la manera de practicar un aborto no porque fuera en general correcto hacerlo, sino conforme a los límites que plantearan las leyes. También demuestra lo que en todos los ámbitos parece igualmente cierto: existe debate entre los médicos sobre el tema, pero esto nada dice sobre que alguna postura de éste deba prevalecer.

Entonces, la segunda parte del argumento médico también es ideológica, porque en la relatividad pretende basar la validez de la liberalización del aborto, cuando oculta que, según la propia exposición de la sentencia, parece ser más relativa esta última, pues, en todo caso, durante más de cien años hubo algo cercano a la unanimidad médica contra el aborto y sólo durante los seis años anteriores al fallo, hubo cierta relatividad sobre el tema, mas no unanimidad en sentido favorable al aborto. También es incongruente, por las mismas razones que ya hemos mencionado.

Pero el argumento histórico médico también incurre en *dispositio ideologica*.

En el capítulo primero de este trabajo se ha explicado que la segmentación semiótica de la realidad (objeto dinámico, según Peirce) siempre es cambiante. La semiosis y la comunicación no son idénticas a sí mismas, son relativas a sí mismas. De esta manera, una variable que debe considerarse en todo estudio hermenéutico histórico serio, es la determinación de cómo en cada época se segmentaba en general la realidad relacionada con el tema correspondiente.

El estudio histórico sobre la medicina de la sentencia aporta varios datos y aparenta recorrer todas las épocas (antigüedad, medievo y modernidad), es decir, aparenta mostrar todas las perspectivas sobre la posición de la medicina sobre el aborto y, por virtud del cambio ocurrido durante los últimos seis años antes de la

sentencia (que, insistimos, según el propio estudio histórico no tiene el tamaño que se le da en el fallo, pues sólo pone de relieve un debate, mas no la solución debida de éste), pretende derivar la necesidad liberalizar el aborto. Sin embargo, no muestra en forma alguna por qué en las diferentes épocas se favoreció una u otra postura sobre el aborto, lo cual, sin duda, está relacionado con la manera en que en cada momento se segmentó la realidad en relación con el tema.

Conocer esto último es necesario para poder realizar una crítica racional seria y con perspectivas de ser suficientemente concluyente sobre la cuestión (sin terminar el debate), pues con esto se puede conocer por qué en cada época se privilegió una postura sobre otra y, con ello, se está en mejor posición de establecer sus méritos o deméritos filosóficos, científicos y normativos (morales y jurídicos).

Por tanto, el estudio histórico-médico no sólo incurre en *inventio ideologica*, sino también en *dispositio ideologica*. Podría decirse, entonces, que la sentencia es, en estos aspectos, completamente ideológica y, si añadimos que estos argumentos inciden en el argumento toral del fallo, entonces, *toda la sentencia es ideológica, es pura ideología*.

**d) Derecho a la intimidad y sus alcances: operación sobre la posición sintáctica o función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad**

Desestimado que el nasciturus sea persona para la Constitución de los Estados Unidos, aún quedaba pendiente establecer con base en qué derecho fundamental podía prohibirse a las legislaturas federal y estatales la emisión de leyes prohibitivas del aborto. Este derecho es a la intimidad.

La Corte Suprema reconoció en el fallo, que el derecho a la intimidad no está precisado en la Constitución. Sin embargo, en varios precedentes se ha sostenido su existencia, por ejemplo en *Union Pacific R. Co. v. Botsford* (1891), donde la Corte ha reconocido que tal derecho, o una garantía de ciertas áreas o zonas de privacidad.

En variados contextos –sostiene la Corte estadounidense-, ésta y jueces individuales han encontrado por lo menos las raíces de ese derecho en la Primera Enmienda (Stanley v. Georgia 1969), en la Cuarta y Quinta Enmiendas (Terry v. Ohio, 392 U.S. 1, 8 -9 1968, Katz v. United States, 389 U.S. 347, 350 1967), Boyd v. United States, 116 U.S. 616 1886, Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 478 1928); en las penumbras del Bill of Rights (Griswold v. Connecticut, 381 U.S., at 484 -485); en la Novena Enmienda (el mismo caso de Griswold); o en el concepto de libertad garantizada por la primera sección de la Decimocuarta Enmienda (Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 1923).

Estas decisiones aclaran que sólo derechos personales que pueden estimarse fundamentales o “implícitos en el concepto de libertad ordenada”, están incluidos en esta garantía de privacidad personal. Ellos también aclaran que el derecho tiene alguna extensión a actividades relativas al matrimonio, relaciones familiares; crianza de niños y educación.

El detrimento que el Estado impondría a la mujer embarazada al negarle la opción de abortar es aparente en conjunto, para la Corte. Un daño específico y directo médicamente diagnosticable en etapas tempranas del embarazo, podría estar involucrado. Tener un hijo adicional podría forzar a la mujer a una vida o futuro angustiosos. Podría ser inminente un daño psicológico. La salud física o mental podría ser trastornada por el cuidado de un niño. También existe la angustia asociada con un niño no deseado, y existe el problema de traer un niño a una familia no preparada, psicológicamente o de otra manera, para atenderlo.

En otros casos, como en el de Roe, las dificultades adicionales y el estigma permanente de la madre soltera podría estar implicado. Todos estos son factores que una mujer y su médico responsable necesariamente considerarán en la consulta.

La decisión de la Corte, reconociendo el derecho a la privacidad, también se extiende a que son apropiadas algunas regulaciones estatales en áreas protegidas por ese derecho.

Como se anotó más arriba, un Estado puede tener intereses importantes en salvaguardar la salud, en mantener estándares médicos, y en proteger la vida potencial. En cierto punto del embarazo, esos intereses devienen suficientemente fuertes para sostener una regulación sobre los factores que rijan la decisión del aborto.

El derecho a la privacidad, por tanto, no puede ser sostenido absolutamente, según advierte la Corte. De hecho, no son sustentables para la Corte los argumentado referidos por algunos amigos de la curia, en el sentido de que se tenga un derecho ilimitado a hacer con el propio cuerpo lo que se plazca y que ello guarde una relación cercana con el derecho a la privacidad. La Corte ha rechazado reconocer un derecho ilimitado de este tipo en el pasado.

Por tanto, se concluye que el derecho a la libertad personal incluye la decisión del aborto, pero que este derecho no es absoluto y debe ser considerado junto a los importantes intereses del estado en su regulación. También se afirma, al final del apartado, que doquier derechos fundamentales ciertos estén inmiscuidos, la Corte ha sostenido que puede justificarse regulación limitativa de ellos sólo si hay “intereses relevantes (compelling) del Estado”, esto es, intereses que obligan y fuerzan al estado a actuar.

Con base en este último argumento, la Corte estableció la distinción de plazos en el periodo de embarazo, la cual ha sido empleada en varios países para formular leyes de plazos (v.gr. Distrito Federal). Durante el primer trimestre el Estado carece de interés relevante para regular el aborto, por lo cual la libertad para requerirlo y practicarlo está plenamente cubierto por el derecho a la intimidad. En el segundo trimestre el Estado tiene el interés relevante de proteger a la madre, por lo cual la legislación que llegue a emitir durante este lapso sólo puede tender a esa protección. En el tercer trimestre (que se asocia al “quickening” y a la viabilidad) el Estado tiene el interés relevante de proteger no sólo a la madre, sino a la persona “en potencia”, por lo cual podrá, incluso, prohibir y penalizar el aborto.

En este punto, la sentencia *Roe v. Wade* opera en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad. En el capítulo anterior hemos expuesto que la personalidad requiere de un “espacio” fuera de la injerencia de las expectativas generadas por los roles, para permitir al sistema psíquico y al sistema orgánico que supone, no mostrarse por completo en cada papel que se espera deber ejecutar, para que, con ello, pueda actuar en todos los cuales la sociedad diferenciada funcionalmente le exige desempeñar. El derecho a la intimidad responde a esta necesidad social y se erige como un ámbito de la personalidad libre de la injerencia del sistema social, aunque no necesariamente de la interacción.

Por esta razón, no podemos sino concordar con la Corte estadounidense en considerar que el derecho a la intimidad se derive implícitamente del texto constitucional: sin el ámbito garantizado por este derecho, la personalidad no tendría las condiciones suficientes para ser desarrollada. A esto sumamos el principio de la dignidad humana, para comprobar la necesidad de este derecho y su carácter implícito a todos los derechos humanos.

Aun más, la Corte acertadamente expone que este derecho puede ser vencido, es decir, se trata de un principio. Esto confirma que el derecho a la intimidad resulta de una operación directa sobre la posición del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad y, en tanto éste es la condición de todos lo demás, el derecho a la intimidad es implícito a todos los derechos humanos.

Sin embargo, aun cuando no podemos dejar de resaltar el importante mérito que tiene la derivación implícita del derecho a la intimidad, tampoco podemos pasar por alto que en el caso *Roe*, este derecho sólo tuvo oportunidad de ser aplicado porque previamente se infringió en todo punto el derecho al reconocimiento de la personalidad enfocado desde la posición sintáctica o función del titular.

### e) Sentencias de la Corte estadounidense después de Roe

Sin embargo, es preciso apuntar que en los casos subsecuentes que sobre el tema del aborto ha resuelto la Suprema Corte estadounidense, se ha mantenido el argumento toral de *Roe v. Wade*, relacionado con la definición de persona para la Constitución y la inclusión en este concepto sólo de los nacidos. En lo que sí ha habido cambios, no siempre claros, es en los alcances e interpretación del argumento vinculado con el derecho a la intimidad, así como en el sustento y alcances del deber del Estado de proteger la vida del nasciturus<sup>860</sup>.

Hull y Hoffer clasifican los casos que ha resuelto la Corte sobre el tema después de *Roe v. Wade*, en tres categorías. En la primera, relacionada con asuntos de los años 70 del siglo pasado, se encuentran los vinculados con limitaciones al acceso a los servicios abortivos. En la segunda, imperante en la siguiente década, se trató de restricciones a los discursos médicos sobre la cuestión. En la tercera, preponderante en la década de los 90, el tema es la limitación a actividades de grupos anti-aborto, incluyendo su libertad de expresión sobre tan disputado tema.<sup>861</sup>

El primer caso posterior a *Roe*, fue *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* (1976). En él se cuestionó la ley aprobada por el estado de Missouri, que requería el consentimiento paterno cuando el aborto dentro del primer trimestre era solicitado por una menor de edad, así como la aprobación del cónyuge si el aborto era pedido por una mujer casada. Aquí la Corte resolvió la inconstitucionalidad de este ordenamiento, aunque la minoría aumentó, porque el juez Burger se sumó a Rehnquist y White. Asimismo, la mayoría se dividió, pues de los seis jueces que votaron la inconstitucionalidad, dos (Stewart y Powell) consideraron positiva la existencia de consulta a los padres de la menor.<sup>862</sup>

---

<sup>860</sup> Dicen Hull y Hoffer: "Opinions in these produced an almost impenetrable maze of doctrinal twists and turns, a abortion cases were reclassified as government spending cases, free speech cases, and federalism cases". Op. cit. p. 194.

<sup>861</sup> Cfr. Ibid. p. 195.

<sup>862</sup> Ibid. pp. 195-196.

Después siguieron los casos *Maier v. Roe*, *Beal v. Doe* y *Poelker v. Doe*, todos de 1977. En éstos se cuestionaron regulaciones municipales que negaban o limitaban recursos económicos para abortos practicados incluso durante el primer trimestre. En estas ocasiones, la Corte convalidó los ordenamientos, con el voto de Rehnquist, White, Burger, Powell, Stewart y Stevens. Disintieron Blackmun, Brennan y Marshall. El Estado no está obligado a aportar recursos para la práctica del aborto.<sup>863</sup>

Luego, en 1980, el caso *McRae v. Harris*. Trató de dos mujeres quienes buscaban un aborto pagado por el programa Medicaid de Nueva York; sin embargo, el estado sólo aportaba recursos para abortos para salvar la vida de la madre. En este asunto se pudo probar que había motivaciones religiosas en la negativa de fondos.

La Corte convalidó, por mayoría (Stewart, Powell, Rehnquist, White y Burger), las normas que limitaban la provisión de fondos. Sostuvo que era aplicable el precedente del caso *Maier*; que el Medicaid no era un derecho, sino un subsidio o subvención (entitlement), por lo cual los estados podían válidamente negar el subsidio mientras ello no violara un derecho fundamental. El derecho a abortar no se violó con la restricción de fondos, porque el Estado no impidió el aborto, ni estableció medidas que lo obstaculizaran. El gobierno no creó la pobreza ni la indigencia, de tal manera que las restricciones sólo tenían que ser razonables para ser constitucionales.<sup>864</sup>

En 1983 la Corte resolvió el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*. El concejo de la ciudad de Akron emitió regulaciones restrictivas sobre el aborto, consistentes en que dentro del primer trimestre sólo podían practicarse en hospitales, no en clínicas; debía haber un periodo de espera de 24 horas; tenía que existir consentimiento expreso e informado de uno de los padres o, en su defecto, la orden de una corte; y el médico debía leer a la mujer embarazada y a sus padres, si era menor de edad, un escrito donde se relataban

---

<sup>863</sup> Ibid. p. 197.

<sup>864</sup> Ibid. p. 204.

todas las agencias de adopción disponibles y los peligros sucedáneos al procedimiento abortivo, así como de todas las técnicas utilizables. La Suprema Corte, por mayoría de seis votos invalidó esas normas y consideró que los plazos trimestrales de Roe seguían vigentes. En la minoría figuraron Rehnquist, White y la jueza O'Connor.<sup>865</sup>

En 1986 un nuevo caso: Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, donde la Corte resolvió, por mayoría de cinco votos, con la disidencia de Rehnquist, White, Burger y O'Connor, la permanencia de la fórmula de trimestres. Se controvirtió normatividad de Pennsylvania similar a la de Akron. También disponía la presencia de dos médicos, uno de los cuales velaría por la posibilidad de salvar al no nacido y, si éste era viable, convertir el procedimiento abortivo en un alumbramiento.

En Webster v. Reproductive Health Services de 1989, la Corte se pronunció sobre una ley de Missouri que impedía practicar abortos fuera de hospitales después de la decimosexta semana de embarazo. Asimismo, prohibía que los abortos se realizaran en hospitales públicos y que fueran efectuados por personal público de esos hospitales. También se negaba proveer fondos públicos para abortar, se prohibía a las clínicas abortivas la promoción de sus servicios y se requería certificados de no viabilidad del nasciturus<sup>866</sup>.

Por mayoría de cinco votos, la Corte estableció la constitucionalidad del preámbulo de esa ley, el cual, si bien no era obligatorio, refería que la vida desde la concepción es humana<sup>867</sup>, aunque nada se dice sobre si ello es suficiente para otorgar personalidad. Esa misma mayoría convalidó la prohibición del uso de fondos públicos para realizar abortos y **abandonó la fórmula de los trimestres**. Aun así, la mayoría se dividió en cuanto si lo resuelto en Roe permanecía o se abandonaba. La opinión de la mayoría, redactada por el entonces Presidente de la Corte, Rehnquist, fue suscrita por 4 jueces, en lo que refiere a este punto. Scalia

---

<sup>865</sup> Ibid. pp. 216-217.

<sup>866</sup> Ibid. pp. 229-233.

<sup>867</sup> Ibid. p. 239.

disintió. Naturalmente, la minoría (Blackmun, Marshal, Brennan y Stevens) consideraron que lo resuelto en Roe permanecía vigente, por lo cual había mayoría en este sentido, si sumamos los votos que en este punto suscribió la opinión de Rehnquist<sup>868</sup>.

En *Rust v. Sullivan* de 1990, la Corte analizó legislación relacionada con fondos para planificación familiar y aborto, y la obligación del médico de dar consejo a la mujer, en el sentido de que abortar no formaba parte de la planificación familiar. Por mayoría de Rehnquist, Kennedy, Souter, Scalia y White se convalidó<sup>869</sup>. El precedente del caso Akron fue modificado y, en buena parte, abandonado.

Particular importancia tiene el caso *Planned Parenthood v. Casey* de 1992, donde se controvirtió una ley de Pennsylvania que ordenaba una espera de 24 horas antes de abortar y la necesidad de que el médico leyera a la mujer todas las opciones posibles. También establecía el requerimiento de notificación a los padres o el juramento de la mujer de haber notificado o tratado de notificar a su cónyuge<sup>870</sup>.

La opinión corrió a cargo de los jueces Kennedy, Souter y O'Connor. En la primera parte, se sostuvo la necesidad de respetar el *stare decisis* en casos expuestos a la presión política y, por ende, se refrendó la validez de lo resuelto en el caso Roe. Esta parte de la opinión fue compartida por los jueces Stevens y Blackmun.

El juez Souter opinó que era necesario invocar el *stare decisis* para dar legitimidad a la Corte, pues abandonar el criterio esencial de Roe significaría dar toda la razón a una sola de las partes en la disputa política e ideológica existente sobre el tema. Esto es compatible con el segundo primer criterio interpretativo formal del derecho al reconocimiento de la personalidad expuesto en IV.3.3.4, según el cual el resultado de toda interpretación sobre este derecho no puede ser

---

<sup>868</sup> Ibid. pp. 237-239.

<sup>869</sup> Ibid. p. 243-247.

<sup>870</sup> Ibid. p. 249.

tal que dé por terminada la discusión. Pero esto no vale sólo para quienes pugnan a favor de ampliar el concepto de “persona” para incluir a todos los miembros de la especie, sino incluso más para quienes quieren restringirlo, conforme a la carga argumentativa referida en el primer criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad, expuesto en IV.4.2.

En la segunda parte, se estableció la constitucionalidad de las normas que prevén la notificación al cónyuge, por no ser una carga excesiva para el derecho de la mujer. Esta sección fue secundada por los jueces Rehnquist, Thomas, Scalia y White.

**La fórmula de los plazos fue parcialmente abandonada.** Durante el primer trimestre del embarazo ahora existe un interés del Estado en la “vida potencial” del nasciturus desde la concepción, por lo cual el aborto no podría ser prohibido en esa etapa, pero sí podrían regularse intensamente las condiciones en que se realicen. Pervivió el sustento del aborto en el derecho a la intimidad y la negativa de personalidad al nasciturus. Por último, el aborto del nonato viable podría ser penalizado y sólo podría oponer como excepción riesgos a la salud y vida de la madre.<sup>871</sup>

En 1994, en el caso *Madsen v. Women’s Health Center*, la Corte estableció la legitimidad de las restricciones dirigidas a grupos anti-aborto, que les impedían manifestarse dentro de un radio de 300 pies desde la posición de los usuarios de las clínicas abortistas, siempre que la medida no afectara la libertad de expresión más de lo necesario para garantizar el “significant government interest” relacionado con el derecho a la intimidad. Pero en 1997, en el caso de *Schenk v. Pro-choice Network*, se resolvió que la distancia de 15 pies entre los usuarios de las clínicas y manifestantes contrarios al aborto era inconstitucional, por afectar en demasía la libertad de expresión. Aun así, la distancia de 15 pies entre los manifestantes y la entrada a la clínica se estimó constitucional.<sup>872</sup>

---

<sup>871</sup> Ibid. pp. 252-253.

<sup>872</sup> Ibid. p. 262.

Después, en el año 2000, la Suprema Corte resolvió el caso *Stenberg v. Carhart*. Se controvertió una ley de Nebraska que prohibía el procedimiento de aborto por dilación y extracción, también conocido como aborto por nacimiento parcial, porque se extrae el cuerpo del nasciturus, no la cabeza, se inserta una suerte de aguja en la nuca y se succiona el encéfalo (cerebro, cerebelo, etc.).<sup>873</sup>

Por una mayoría de cinco votos contra cuatro, se declaró inconstitucional la ley; sin embargo, no es posible determinar el criterio adoptado sobre la materia, pues la opinión de juez Breyer, sólo fue suscrita por él y Souter. El resto de la mayoría formuló votos concurrentes. En la minoría, Scalia, Kennedy, Thomas y Rehnquist formularon cada uno su propio voto, en los cuales deploraron lo brutal del procedimiento y que este iba en contra de lo resuelto en el caso *Casey*, donde se estableció un interés general del Estado en proteger la vida del nasciturus desde la concepción.<sup>874</sup>

En 2007 se resolvieron los casos *Gonzales v. Carhart* y *Gonzales v. Planned Parenthood*, en los cuales se controvertieron leyes federales de 2003, que negaban fondos y prohibían el procedimiento de aborto por dilación y extracción o por nacimiento parcial. En otra votación reñida, de cinco contra cuatro, la mayoría resolvió la constitucionalidad de las leyes. La opinión corrió a cargo del juez Kennedy, la cual fue secundada por Scalia, Thomas, Alito y Roberts. Thomas y Scalia formularon un voto concurrente conjunto.

En la opinión mayoritaria, se estableció que el procedimiento de aborto practicado dentro del útero no se veía afectado por la ley, sino solamente el de dilación y extracción, que se practica fuera de él. Se determinó que el Congreso

---

<sup>873</sup> Esta es la descripción nada eufemista, que en una página web sobre derechos de la mujer del estado de Oklahoma, se puede leer: "El doctor dilatará (abre) la cerviz por gradualmente estirándose con una serie de dilatadores. Una vez que la cerviz es suficientemente dilatada, el cuerpo es extraído por el cerviz dilatado (intacto) para minimizar la herida uterina o cervical a la mujer de instrumentos o huesos fetales, después los cuales el doctor va a la succión los contenidos intracraneales, sufriendo un colapso al cráneo." <http://www.awomansright.org/sp-d&x.html>, visitada por última vez el treinta de mayo de dos mil trece. ¡Cuán difícil es mantener la calma necesaria para un estudio serio ante descripciones tan explícitas de privar de la vida a un ser vivo animal, sea o no sea persona! Más difícil es no concordar-pues es al corazón al que repugna matar por medio de la succión del cerebro de algo que, para ese momento, ya forma humana- con lo resuelto en los casos *Gonzales v. Carhart* y *Gonzales v. Planned Parenthood*.

<sup>874</sup> *Ibid.* p. 267-268.

podía tomar en cuenta que un “moral medical and ethical consensus exists that the practice of performing a partial birth abortion is a gruesome and inhumane procedure that it never medically necessary and should be prohibited”<sup>875</sup>, es decir, un consenso médico y ético en torno a que la práctica del procedimiento de aborto por nacimiento parcial es inhumano e innecesario. Es decir, el Congreso podría prohibir procedimientos abortivos innecesarios y moralmente cuestionables dentro de la práctica médica. Se reconoció tanto el derecho de la mujer al aborto como el interés del Estado en proteger “the life of the fetus that may become a child”<sup>876</sup>.

Kennedy concluyó con una ponderación. Sostuvo que la ley no era vaga, ni imponía una carga indebida al derecho de la mujer, por lo cual no es inválida por carecer de la precisión de la excepción concerniente a la salud de la mujer. Es decir, no es inválido dejar de prever como excepción permisiva del procedimiento de aborto por nacimiento parcial, la consistente en que sea idónea para procurar la salud de la mujer.<sup>877</sup>

La opinión distinguió (“distinguished”) el caso de aquél resuelto en *Stenberg v. Carhart*, porque en *Gonzales v. Carhart* y *Gonzales v. Planned Parenthood* la ley era más específica que la de Nebraska sobre cómo determinar si un feto era o no alumbrado vivo. También se distingue de otros casos, porque el procedimiento de aborto por nacimiento parcial significa la remoción de partes del cuerpo del feto cuando éste se encuentra fuera del útero, por lo cual la ley federal, al contrario de la de Nebraska, no ponía en riesgo la validez del aborto practicado dentro del útero.<sup>878</sup>

Aun así, Kennedy sostuvo que el procedimiento abortivo dentro del útero, por sí mismo, está cargado “with the power to devalue human life” (“con el poder de devaluar la vida humana). Se acentúa, pues, lo resuelto en *Casey* sobre el hecho de que el nasciturus, desde la concepción, es vida humana, de tal manera que si el Congreso “requires specific regulation because it implicates additional

---

<sup>875</sup> Ibid. p. 315.

<sup>876</sup> Id.

<sup>877</sup> Ibid. p.316.

<sup>878</sup> Id.

ethical and moral concerns that justify a special prohibition”<sup>879</sup> (“requiere regulación específica porque implica preocupaciones éticas y morales adicionales que justifiquen una prohibición especial”), entonces la Corte no tendría objeción alguna al respecto.

#### **f) Conclusiones sobre el caso Roe v. Wade**

Aun cuando hemos demostrado que la sentencia del caso Roe v. Wade es ideológica por partida doble (por *inventio* y *dispositio*), nos parece que es muy probable que los jueces de la Suprema Corte estadounidense hayan tenido en mente connotaciones absolutistas que suelen acompañar a quienes defienden la penalización del aborto con base en que el nonato sea persona. Esto puede sostenerse porque durante las dos rondas de audiencias previas a la sentencia, se llegaron a formular argumentos en este sentido por parte de los demandados<sup>880</sup>.

Se suele pensar que si se reconoce al nasciturus como persona –en tanto que baste para esto el hecho de ser miembro de la especie homo sapiens, hecho este último que podría derivarse de posturas como la de Maturana-, entonces su protección debería ser absoluta, a tal grado que si acaso debiera eliminarse el delito de aborto, sería para dar paso al de homicidio.

Sin embargo, si de los estudios multidisciplinarios que proponemos, resultara lo más razonable reconocer al no nacido la condición de persona, nos parece que esta postura absolutista sería insostenible.

Hemos visto en el capítulo tercero, que la estructura sintáctica de los derechos fundamentales es de tal complejidad, que a priori es difícil conocer todas las obligaciones correspondientes en cada caso concreto a cada derecho fundamental. También se ha demostrado, que los derechos fundamentales

---

<sup>879</sup> Ibid. p. 317.

<sup>880</sup> N.E. Hull et al., op. cit. p. 142-143. Este reparo lo expone también Dworkin, quien dice: “No one can consistently hold that a fetus has a right not to be killed and at the same time hold it wrong for the government, after all, is to protect the interests of everyone in the community, particularly the interests of those who cannot protect themselves”. *Life’s Dominion*, op. cit. p. 14. En este apartado sostenemos que sí es posible e, incluso, necesario conforme a la compleja estructura del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Asimismo, veremos que la posición del Tribunal Constitucional Federal Alemán también refuta esta postura.

pueden adoptar la forma de principios y que, de hecho, es esta forma la que hace compleja la estructura sintáctica de los derechos fundamentales.

Los principios nunca son absolutos y, por ende, aun cuando el solo hecho de reconocer la personalidad de alguien tiene la forma de una regla, según hemos también demostrado, lo cierto es que esto sólo se relaciona con un componente sintáctico de todos los derechos fundamentales, mas no con la totalidad de éstos. De esta manera, reconocer la personalidad al nasciturus no tendría consecuencias absolutas, sino que por medio de ponderación de derechos, por ejemplo el relativo a la vida podría llegar ceder en favor de otros, particularmente, los de la madre.

El derecho a la vida y el derecho al reconocimiento de la personalidad no son lo mismo. Esto es algo que no reconocen las posturas absolutistas que sostienen algunos grupos “pro-vida” radicales, que en su radicalidad podrían parecerse a algunos grupos “pro-elección” empeñados en negar la personalidad al nasciturus apriorísticamente y a toda costa, aun ésta sea succionar el encéfalo del indeseable nasciturus, a quien, así, se le termina dando trato de “monstruo”.

Asimismo, si se reconociere el carácter de persona al no nacido con base, por ejemplo, en la hipótesis de corporalidad que hemos expuesto en el capítulo tercero, entonces resultaría que, antes de la viabilidad, su personalidad estaría relacionada con la personalidad de la madre.

Todo cumplimiento a obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos del nasciturus, necesariamente tendrían de por medio la corporalidad de la madre y, por ende, no determinado derecho de ésta, sino toda su personalidad. Es decir, la personalidad toda de la madre mediaría entre la actividad respetuosa, protectora, garante y promotora del Estado y de las demás personas, y el nonato. Entonces, si la madre estuviera de acuerdo con la protección, no sería un medio para un fin, sino un fin más en apoyo al fin que sería el nasciturus: la personalidad y dignidad humana de ambos estaría asegurada.

En cambio, si la madre no estuviera de acuerdo con la protección, las cosas serían muy diferentes, pues entonces, el respeto, protección, garantía y promoción

del nasciturus necesariamente implicarían una afectación y disminución de su personalidad, no de algún derecho en particular, sino de su personalidad en general, como bien denuncian los grupos feministas<sup>881</sup>. La mujer se convertiría en objeto para el fin consistente en la protección, pues ésta necesariamente actuaría sobre la corporalidad de la madre, para llegar al hijo.

La única forma de evitar esto es que las medidas protectoras y garantías privilegien la persuasión a la madre de consentir con la protección del hijo. Esto excluiría la penalización como medio principal para proteger al nasciturus en favor de otros medios que den preponderancia a la obtención racional del consentimiento de la madre en favor de la protección al hijo.

Esto también excluiría la liberalización absoluta, incluso en etapas tempranas de embarazo, porque implicarían negar la personalidad del nasciturus, si ésta llegare a asignarse con base en su sola pertenencia a la especie homo sapiens. Del hecho de que las medidas protectoras posibles a favor del nonato sean impracticables mientras existe una relación necesaria entre la personalidad de la madre y del nasciturus, no puede derivarse un derecho de la primera para disponer del segundo. Es decir, abortar no podría verse como el ejercicio de un derecho, sino sólo como la consecuencia de la imposibilidad de proteger al nasciturus sin al tiempo afectar la personalidad toda de la madre (en el entendido

---

<sup>881</sup> Vid. Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz "El acceso a la justicia como derecho", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comp.), Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Argentina, 2006, pp. 15-25. Facio, Alda. La carta magna de todas las mujeres; s/d. Facio, Alda, "Hacia otra teoría crítica del derecho" en Género y derecho, Santiago de Chile, American University/ILANUD; Ediciones La Morada pp. 201 – 229. Ferrajoli, Luigi. "El principio de igualdad y la diferencia de género", op. cit. García Muñoz, Soledad. "Género y derechos humanos de las mujeres: estándares conceptuales y normativos en clave de derecho internacional", op. cit. Jaramillo, Isabel Cristina, "La crítica feminista al derecho" en Ramiro Ávila Santamaría, et. al (compiladores), El género del derecho, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Colombia, pp. 103- 135. Mahoney, Kathleen. "Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales" en Cook, Rebecca (ed.) Derechos humanos de la Mujer. Colombia: Profamilia, 1997, pp. 443-466. Young, Iris Marion. "El ideal de la imparcialidad y lo cívico público" en Justicia y la política de la diferencia, España: Princeton University Press y Ediciones Cátedra, 1990, 165-197.

de que el reconocimiento de la personalidad de ésta como la de aquél son reglas, no principios)<sup>882</sup>.

Una vez viable el nasciturus, la relación de su personalidad con la personalidad de la madre perdería necesidad (i.e devendría contingente) y, por ende, las medidas protectoras para el nonato no cosificarían a la madre. Entonces, en esa etapa la prohibición del aborto y la protección obligada del Estado a favor del nonato no implicarían negar la personalidad de la madre<sup>883</sup>.

En el capítulo anterior hemos visto cómo el paso del derecho humano a obligaciones es necesario, por la estructura sintáctica, específicamente por la tercera posición o función sintáctica. Sin embargo, la precisión exacta de qué obligación específica trae aparejado es algo que a priori es difícil determinar y nunca está plenamente precisado. Por ende, no se puede hablar de un paso de la obligación (o de su ausencia) al derecho (o su ausencia). Es decir, de la inexistencia de una obligación específica, como es la protección, no es válido lógicamente inferir la inexistencia de un derecho. Sostener lo contrario, significaría que si por medio de ponderación algún deber relacionado con un derecho, tuviera que ceder y, por ende, no existiera el deber para el caso correspondiente, entonces el derecho quedaría eliminado. Por tanto, el hecho de que el alcance del deber de protección del nasciturus se vea limitado por la personalidad de la madre, no significa que el nonato carezca de personalidad ni de derechos.

Excluidas la penalización a la mujer y la liberalización absoluta, quedaría la posibilidad de sanciones no penales (v.gr. trabajo social, multas menores en casos

---

<sup>882</sup> Supra capítulo III, conclusión 1. Abortar sería la derivación indirecta de la regla de reconocer la personalidad de la madre, lo cual impide al Estado a proteger al nasciturus en esas específicas y taxativas circunstancias. Aun así, persistirían los deberes del Estado relacionados con la personalidad del nasciturus, consistentes en reconocer y promover su personalidad, aun cuando la protección y la garantía estén parcialmente limitados, pero sólo respecto a la madre. Proteger y garantizar seguirían vigentes respecto a las demás personas. La protección sería “en general” desde la concepción, como claramente dice el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adelante cuestionaremos la “interpretación” que de este precepto recientemente efectuó la Corte Interamericana.

<sup>883</sup> Naturalmente, después de la viabilidad podría llegar a justificarse un aborto, si se actualizara alguna causa razonable (riesgo a la vida y riesgo grave a la salud de la madre o violación) y salvaguardarla implicara necesariamente la pérdida de vida del nasciturus viable. Es decir, se entraría a un ejercicio de ponderación, similar al que se opera cuando se trata de causales de justificación, excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias en materia penal.

de reincidencia, obligatoriedad de acudir a pláticas y a mostrar disposición razonable a la persuasión<sup>884</sup>, en casos extremos obligar a tratamientos psicológico) y la imposibilidad de que personas lucran con la práctica de procedimientos abortivos, en los casos en que fallen las medidas de protección al nasciturus que favorecen buscar la persuasión de la madre, pues esto sin duda implicaría promover el no reconocimiento de la personalidad de éste.

Parece que la misma jurisprudencia estadounidense ha seguido un camino que pronto podría concurrir con lo que aquí exponemos. Vimos en el apartado anterior que en *Planned Parenthood v. Casey* (1992), *Gonzales v. Carhart* y *Gonzales v. Planned Parenthood* (2007) se reconoció un interés del Estado en proteger la vida humana desde la concepción, por lo cual podría imponer restricciones al aborto dentro del primer trimestre del embarazo, mientras no lo prohíba totalmente. En el primer caso, con una votación convincente de seis contra tres. Asimismo, en el caso *Webster* se convalidó la práctica de pláticas persuasivas para la mujer, a las cuales ésta está obligada a asistir, salvo casos justificados de emergencia.

Esto parece encaminarse, no sin cierta inestabilidad, en la dirección de las razones que aquí exponemos: sólo falta a la Corte estadounidense reconocer personalidad a todo miembro de la especie *homo sapiens*, y reconocer, al tiempo, lo que parcialmente ya ha hecho, en el sentido de que antes de la viabilidad del nasciturus la personalidad toda de la madre está necesariamente involucrada y, por ende, la penalización a ésta es siempre injusta, como también lo es la liberalización del aborto.

#### **IV.6.2 El Tribunal Constitucional Federal alemán<sup>885</sup>**

##### **IV.6.2.1 Sentencias que operan sobre la posición sintáctica del titular: BVerfGE 30, 1, BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203**

<sup>884</sup> Por ejemplo, no sería de esperar razonablemente una disposición a ser persuadida en casos graves como violación, incesto, riesgo en la vida, y otros. Aquí se abriría otra discusión sobre razonabilidad, aunque acotada a evitar los extremos que consideramos excluidos: liberalización absoluta y penalización a la madre.

<sup>885</sup> La fuente de este subcapítulo es Schwabe, Jürgen (compilador). "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009. Traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz.

En la sentencia BVerfGE 30, 1 de 15 de diciembre de 1970<sup>886</sup>, el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que tratar a una persona como objeto no necesariamente significa un atentado contra su dignidad humana. Sostuvo que fórmulas generales, como aquellas según las cuales los seres humanos no pueden ser tratados como objetos, son directrices útiles para determinar cuándo se atenta contra la dignidad humana; sin embargo, hay ocasiones en las que las personas devienen objeto, incluso para el Derecho, como sucede cuando éste obliga a la persona a actuar de determinada forma sin tomar en cuenta sus intereses. Por esto, para considerar la existencia de un ataque a la dignidad humana no basta el solo trato como objeto, sino debe añadirse que este trato se refiera a la calidad del sujeto de la persona o que el tratamiento implique una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. *Es decir, el tratamiento como objeto debe trascender a la posición sintáctica o función del titular, según la terminología expuesta en este trabajo.*

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional supera el concepto abstracto de persona de la posición liberal. La persona no es sólo una abstracción filosófica, un noumeno apartado de todo fenómeno como lo consideraba Kant, para arrostrar la posibilidad de que, en el trato normal, existan ocasiones válidas en las cuales se trate al otro como objeto<sup>887</sup>. Sin embargo, no renuncia del todo a la abstracción filosófica. *Si el trato objetivante trasciende a toda la personalidad, es decir, a la función o posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento a la personalidad, entonces existe un atentado inválido contra la dignidad humana.*

Habrá atentado injusto contra la dignidad humana si, además de objetivar en algún aspecto a la persona, el tratamiento objetivador altera la manera en que se satura la que hemos llamado función kelseniano-ferrajoliana. Sólo así podemos entender y llevar a la práctica las palabras del Tribunal alemán: “se debe añadir el

---

<sup>886</sup> Ibid. p. 54.

<sup>887</sup> Luhmann refiere que concebir la persona sólo con base en el segundo categórico kantiano implica una noción abstracta de la personalidad, ajena a la realidad social, conforme a la cual es necesaria la existencia de comunicación que tenga por objeto la personalidad de las personas. Derechos Fundamentales como Institución, op. cit. Esta obra es de 1966 y la sentencia que aquí tratamos, de 1970...

hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto”<sup>888</sup>.

Esto nos conduce a que la posición del Tribunal Constitucional sólo deviene preponderantemente jurídica y sólo secundariamente filosófica, si se analiza la sentencia BVerfGE 30, 1 con base en el derecho al reconocimiento de la personalidad y a la distinción entre operaciones sobre la función del titular y la función del objeto. La determinación sobre un ataque a la dignidad humana es una operación sobre la función del titular del derecho referido.

Pero el fallo anterior no se centra en el problema más complejo de la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Este problema es el de determinar qué o quién debe considerarse persona. Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en las sentencias 1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 de 6 de febrero de 1975 y 2 BvF 2/90 y 4, 5/92 de 28 de mayo de 1993.

En el fallo 1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, la Primera Sala del Tribunal Constitucional **declaró la inconstitucionalidad** del artículo 218a del Código Penal en la versión de la Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal de 18 de junio de 1974, que liberalizaba la práctica del aborto dentro de las primeras doce semanas de embarazo, contra el voto de dos jueces<sup>889</sup>.

En esa ocasión, la Primera Sala del Tribunal Constitucional alemán consideró que la Ley Fundamental incorporó explícitamente el derecho a la vida en el artículo 2, párrafo segundo, frase 1<sup>890</sup>, a diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, “como una reacción a la ‘eliminación de vidas sin valor’, de la ‘solución final’ y la ‘liquidación’ llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista como medidas de carácter estatal”. Por tanto, dicho artículo, en relación con el 102 de la Ley Fundamental (que prohíbe la pena de muerte), contiene el “reconocimiento del valor fundamental de la vida humana y de una determinada concepción sobre el Estado, en marcada oposición a las ideas de un régimen

---

<sup>888</sup> Id.

<sup>889</sup> Ibid. p. 115 y 121.

<sup>890</sup> “Artículo 2 [...] 2. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona será inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”. Ibid. p. 114.

político para el cual la vida de los individuos carecía de importancia y por tanto, arrogándose el derecho a decidir sobre la vida y la muerte de los ciudadanos, incurrió en ilimitados abusos”<sup>891</sup>.

Para interpretar el citado artículo 2, el Tribunal partió de su texto literal: “Todos tienen derecho a la vida”:

Puede afirmarse que la vida, en el sentido de la existencia histórica de un individuo de la especie humana, existe –según conocimientos biológico-fisiológicos comprobados– por lo menos desde el 14º día posterior a la fecundación (nidación, individuación); cf. la exposición hecha por Henrichsen ante el comité especial para la reforma del derecho penal (6. Wp., 74ª sesión, StenBer. pp. 2142 ss.). El proceso de desarrollo ahí comenzado constituye un proceso continuo, el cual no presenta cortes marcados y no admite delimitar en forma precisa las diversas etapas de desarrollo de la vida humana. Dicho proceso tampoco termina con el nacimiento; por ejemplo, los fenómenos de la conciencia –específicos de la personalidad humana– aparecen bastante tiempo después del nacimiento. Por tanto, la protección garantizada por el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental no puede limitarse al ser humano “consumado” (*i.e.* después del nacimiento), como tampoco al *nasciturus* viable en forma independiente. El derecho a la vida está garantizado a todo aquel que “vive”; aquí no cabe hacer ningún tipo de distinción entre los diversos estadios de la vida en desarrollo (antes del nacimiento), como tampoco cabe distinguir entre nacidos y no nacidos. “Todos”, en el sentido del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, debe entenderse como “todo viviente” o, dicho en otros términos: todo individuo de la especie humana que tenga vida; “todos”, por tanto, abarca también al ser humano que aún no ha nacido.<sup>892</sup>

Sobre la objeción de que la palabra “todos” denota, según su uso coloquial, únicamente /personas humanas consumadas/, el Tribunal sostiene que el sentido y propósito del artículo 2 exigen incluir la vida en desarrollo dentro del ámbito de protección del derecho a la vida, pues de lo contrario, sería incompleta la garantía de proteger la existencia humana frente a injerencias del Estado. Reconoce el Tribunal que ésta es una interpretación extensiva del texto constitucional, la cual justifica en el principio establecido por esa misma Corte, consistente en que “en casos dudosos ha de optarse por aquella interpretación capaz de desarrollar con mayor fuerza el efecto jurídico de las normas que garantizan derechos fundamentales (BVerfGE 32,54 [71];BVerfGE 6,55 [72])”<sup>893</sup>.

El *nasciturus* también goza de la dignidad humana.

La vida en desarrollo también goza de la protección a la dignidad humana garantizada en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Donde existe vida humana, ahí corresponde también dignidad humana; no es determinante el hecho de que el portador

<sup>891</sup> Ibid. pp. 115-116.

<sup>892</sup> Ibid. p. 116.

<sup>893</sup> Id.

sea consciente de esta dignidad y que esté en condiciones de hacerla valer por sí mismo. Aquellas facultades potenciales que desde un principio se encuentran en el ser humano son suficientes para fundamentar la garantía de la dignidad humana.<sup>894</sup>

Sin embargo, no obstante reconocer el derecho a la vida del nasciturus, así como su dignidad humana, un poco más adelante el Tribunal mesura estos asertos. Refiere que en el caso no es necesario resolver la cuestión altamente controvertida tanto en el Derecho como en la ciencia, de “si el nasciturus como tal es portador de derechos fundamentales o si, por falta de capacidad jurídica su derecho a la vida resulta protegido ‘únicamente’ por las normas constitucionales objetivas”<sup>895</sup>.

Se trata de evadir el pronunciamiento sobre esta cuestión, con base en que, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, las normas que garantizan derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos del individuo de defensa frente al Estado, sino también “dan cuerpo a un orden de valores objetivo que, como decisión constitucional fundamental, tiene validez para todos los ámbitos del derecho e impone directivas e impulsos para la legislación, la administración y la judicatura. Por tanto, determinar si –y en qué medida– el Estado se encuentra obligado por la Constitución a proteger la vida en gestación, puede derivarse simplemente del contenido jurídico-objetivo de las normas garantes de los derechos fundamentales”<sup>896</sup>. Es decir, el Tribunal sostiene que el deber del Estado de proteger la vida del ser humano en desarrollo no requiere fundarse en otorgar el derecho correlativo al nasciturus. El deber puede sostenerse en un orden de valores derivado de los derechos fundamentales, de tal forma que no es necesario determinar si el nasciturus tiene la titularidad de ese derecho.

Una vez determinado lo anterior (es decir, la ambigüedad entre un nasciturus con dignidad humana, incluido en el “todos” del derecho a la vida y, al mismo tiempo, la no necesidad de tenerlo como titular de ese derecho para proteger su vida), el Tribunal se abocó a los deberes correlativos del Estado.

---

<sup>894</sup> Id.

<sup>895</sup> Ibid. p. 117.

<sup>896</sup> Id.

Sostuvo que éste tiene el deber de proteger la vida del nonato, derivado directamente del artículo 2 constitucional.

La obligación del Estado de proteger es amplia. Implica no sólo prohibir las injerencias estatales directas en la vida que se está desarrollando, sino también impone al Estado el deber de adoptar una postura promotora y protectora de esta vida. Esto significa, principalmente, que también debe protegerla de injerencias antijurídicas por parte de otros.

Esta obligación abarca todos los ámbitos concretos del orden jurídico, según el alcance de sus competencias y atribuciones. La obligación del Estado debe ser tomada de manera más seria, en tanto la vida humana constituye uno de los máximos valores dentro del orden establecido por la Ley Fundamental, lo cual no requiere mayor fundamentación, pues constituye la base vital de la dignidad humana y es la condición de todos los demás derechos fundamentales<sup>897</sup>.

La obligación del Estado de proteger la vida del nasciturus “subsiste también de cara a la madre”. El Tribunal reconoce (como también lo hemos hecho nosotros en el punto IV.4.1.2.3 inciso f) la existencia de un relación estrecha, especial y única entre el no nacido y la mujer embarazada. Considera que el embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer y por tanto se encuentra protegido por el artículo 2, párrafo 1, en relación con el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, es decir, por el derecho al desarrollo de la personalidad, aunque, a diferencia de nuestra postura, opera este derecho de la madre solamente en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

El Tribunal estima que si el embrión fuera una simple parte del organismo materno, la interrupción del embarazo quedaría dentro del ámbito privado de determinación de la mujer y el Estado carecería de facultades para intervenir; “sin embargo, el *nasciturus* es un ser humano independiente, el cual se encuentra bajo la protección de la Constitución”<sup>898</sup>. Para el Tribunal, la interrupción del embarazo

---

<sup>897</sup> Ibid. p. 117.

<sup>898</sup> Ibid. p. 118.

tiene, entonces, una dimensión social; de ahí que no sea sólo susceptible de regulación por parte del Estado, sino que exista verdadera necesidad de ello.

El Estado debe partir de una obligación fundamental de llevar el embarazo a término [alumbramiento] y “debe, por tanto, considerar la interrupción del mismo como una conducta fundamentalmente antijurídica. El orden jurídico debe mostrar con claridad la desaprobación a la interrupción del embarazo [...] El Estado no puede evadir su responsabilidad, por ejemplo, declarando la existencia de un ‘ámbito no regulado por el derecho’ y absteniéndose de realizar valoración alguna, dejando la decisión al arbitrio de la decisión de cada individuo”<sup>899</sup>.

Pero se ha visto que se encuentra inmiscuido el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, el cual tiene por contenido la libertad de acción en sentido amplio y abarca, por tanto, la responsabilidad particular de la mujer de decidirse en contra de la maternidad y de las obligaciones que de ella deriven. “Sin embargo, este derecho no se encuentra concedido de manera ilimitada: los derechos de otros, el orden constitucional y las buenas costumbres lo restringen. De entrada, este derecho no puede en ningún momento abarcar la facultad de interferir en la esfera jurídica de otro sin un motivo proporcional que lo justifique, y mucho menos destruir la vida misma, y menos aun cuando por la naturaleza misma de las cosas existe una responsabilidad especial en relación con esta vida en cuestión”<sup>900</sup>.

Entonces, en la ponderación entre el valor de la vida humana del nasciturus y el derecho al desarrollo de la personalidad de la mujer “deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución”<sup>901</sup>. Se toma el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental como referente, para “conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada”, implícito a su derecho al desarrollo de la personalidad. Se considera esto, porque las cargas del embarazo, el parto y la educación del hijo, sin duda, afecta “algunas de las posibilidades de desarrollo

---

<sup>899</sup> Ibid. pp. 118-119.

<sup>900</sup> Id.

<sup>901</sup> Ibid. p. 118.

personal” de la mujer pueden verse afectadas por el embarazo; sin embargo, “mediante la interrupción del embarazo la vida del no nacido es destruida”<sup>902</sup>.

Por tanto, la preferencia a la vida del nasciturus “perdura fundamentalmente durante todo el tiempo del embarazo, y no puede ser puesta en entredicho durante un periodo determinado”<sup>903</sup>; es decir, son necesariamente inconstitucionales las legislaciones de plazos, que liberalizan el aborto dentro de las primeras semanas de embarazo.

Asimismo, el Tribunal establece el deber relativo –no absoluto- del Estado de emplear el Derecho Penal para proteger la vida del nasciturus. Para justificar este punto, realiza un análisis que no se reduce al establecimiento de qué conductas deben ser penadas y cuáles no, sino que, más bien, considera “por un lado el valor del bien jurídico protegido y el daño social causado por la conducta ofensiva –también en comparación con otras conductas de valoración equivalente (desde el punto de vista ético-social) que sean castigadas penalmente”<sup>904</sup>.

Sostiene que el Derecho Penal, desde siempre, ha sido empleado para proteger los valores elementales de la vida comunitaria. La vida de cada ser humano es uno de los bienes jurídicos más importantes, de tal forma que si la interrupción del embarazo “destruye de manera irrevocable una vida humana ya surgida” (la expresión –habitual hoy día– ‘interrupción del embarazo’ no puede ocultar esta situación”)<sup>905</sup>, entonces es legítimo el uso del Derecho Penal para proteger esa vida. “De lo anterior resulta también que esta conducta en todo momento debe ser calificada –desde el punto de vista jurídico– claramente como una injusticia”<sup>906</sup>.

Reconoce el Tribunal que la norma penal constituye ciertamente *ultima ratio* dentro del instrumental del legislador; sin embargo, este “último recurso” tiene que ser empleado cuando de otra manera no sea posible conseguir una protección eficaz de la vida. Esto es necesario debido al valor e importancia del bien jurídico protegido. No quiere esto decir que el Estado tenga un deber ‘absoluto’ de

---

<sup>902</sup> Id.

<sup>903</sup> Id.

<sup>904</sup> Ibid. p. 119.

<sup>905</sup> Id.

<sup>906</sup> Id.

castigar, sino que tomando en cuenta la insuficiencia de los otros medios, surge de aquí un deber ‘relativo’ de acudir a la sanción penal”<sup>907</sup>.

La relatividad de este deber se aprecia en el caso de que

el derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo [...] El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva.<sup>908</sup>

En tales eventos, el legislador puede llegar a prescindir de la penalización, por medio de ponderación.

En la sentencia de 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, ahora la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, reiteró en parte y aclaró en otra, los alcances del fallo 1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 de la Primera Sala.

Jürgen Schwabe refiere como contexto fáctico del fallo 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, que como consecuencia de la sentencia 1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, se reformó el Código Penal en 1976, para penalizar el aborto durante toda la gestación. En esta reforma se incluyó como causa de justificación del aborto, el grave peligro en la salud de la madre. Asimismo, se previeron tres excusas absolutorias: la *criminológica* (para el caso de violación o estupro), la *embriopática* o *eugenésica*, y el *estado general de necesidad*, “cuando éste sea ‘tan grave que no se pueda exigir a la mujer la continuación del embarazo y dicho peligro no pueda ser evitado de otra manera’”<sup>909</sup>. En este último caso, de comprobarse dicha indicación, la interrupción realizada dentro de las primeras 12 semanas no era penalizada. Esta última excusa fue interpretada frecuentemente en un sentido tan amplio, que de facto derivó en una ley de plazos.

Schwabe también menciona que tras la caída del muro de Berlín, iniciaron las pláticas para la reunificación alemana. En la República Democrática Alemana estaba vigente, desde 1972, legislación penal que autorizaba el aborto prácticamente sin restricciones, lo cual discrepaba de la interpretación

---

<sup>907</sup> Ibid. p. 120.

<sup>908</sup> Id.

<sup>909</sup> Ibid. p. 124.

constitucional y de la legislación vigente en la Alemania Federal. “Con la reunificación se asignó al legislador la tarea de lograr una regulación uniforme, fijando como fecha límite el 31 de diciembre de 1992. El Art. 31 párr. IV del Tratado para la Reunificación Alemana (*Einigungsvertrag*) dispuso que, mientras tanto, las disposiciones sobre aborto vigentes en las dos Alemanias con anterioridad a la reunificación siguieran aplicándose en su territorio respectivo”<sup>910</sup>.

El 27 de julio de 1992 se aprobó la “Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de la interrupción del embarazo”. Esta ley calificaba como “no antijurídica” la interrupción del embarazo para los casos de “insostenibilidad” del embarazo por motivos graves (es decir, por las indicaciones médica, criminológica y embriopática mencionadas anteriormente), así como:

1. cuando la mujer embarazada solicite la interrupción del embarazo y le compruebe al médico, mediante una certificación, que se ha sometido a consejería por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención (“consejería para la mujer embarazada en caso de una situación de conflicto y estado de necesidad”);
2. la interrupción del embarazo se lleva a cabo por un médico, y
3. no han transcurrido más de 12 semanas desde la fecha de la concepción<sup>911</sup>.

El artículo 24 de la Ley del Seguro Social (*Sozialgesetzbuch*), estableció que el seguro de enfermedad debía hacerse cargo de los costos de la interrupción del embarazo cuando ésta no fuera contraria a la ley.

El 14 de julio de 1992, con anterioridad a la aprobación de la ley (27 de julio de 1992), el gobierno de Baviera y 249 parlamentarios federales solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de la norma. Tal medida fue concedida el 4 de agosto de 1992. La Segunda Sala del Tribunal Constitucional dictó la sentencia correspondiente el 28 de mayo de 1993.

En este fallo, se reitera que la Ley Fundamental obliga al Estado a proteger la vida humana, la cual incluye la del que está por nacer. El deber del Estado no se limita a prohibir las intervenciones directas de éste sobre la vida del nasciturus, sino que implica también la obligación de proteger y promover esta vida. También

---

<sup>910</sup> Ibid. p. 124.

<sup>911</sup> Ibid. p. 125.

se confirma el criterio de 1975, en el sentido de que el nonato goza de dignidad humana, pues donde haya vida humana, hay dignidad humana.

Se vuelve a determinar que en la sentencia no es necesario decidir si la vida humana comienza desde la concepción, pero agrega que esto “lo sugieren los conocimientos aportados por la antropología médica”<sup>912</sup>. Esto es ya un cambio respecto del criterio de 1975: ahora no se prescinde de determinar si el nasciturus es persona para el derecho, sino de determinar cuándo inicia la vida de un miembro de la especie.

Se establece que, dada la litis sobre la constitucionalidad de una ley sobre la interrupción del embarazo, el objeto de la sentencia debe ceñirse exclusivamente al lapso comprendido por la preñez. Por todo este tiempo,

al hablar del no nacido se trata de una vida individual ya determinada e indivisible, con una identidad genética única e inconfundible; esta vida, en su proceso de crecimiento y autodesenvolvimiento, más que evolucionar hasta convertirse en un ser humano, *es un ser humano que se desarrolla [...] De todas las formas en que las diversas fases del proceso de la vida antes del nacimiento puedan ser interpretadas –desde el punto de vista biológico, filosófico o incluso teológico– y de hecho hayan sido consideradas a lo largo de la historia, en todo caso se trata de etapas imprescindibles del desarrollo de un ser humano individual. Donde existe vida humana, a esa vida le corresponde dignidad humana.*<sup>913</sup>

Se sostiene que el derecho a la vida del nasciturus le corresponde por el solo hecho de su existencia, como “el derecho más elemental e imprescriptible emanado de la dignidad humana. Este derecho tiene validez independientemente de determinadas convicciones religiosas o filosóficas, respecto de las cuales el orden jurídico de un Estado –neutral desde el punto de vista religioso e ideológico– no tiene porqué juzgar”<sup>914</sup>.

Sobre el deber de protección del Estado, se reitera en buena medida el criterio de 1975. El Estado debe proteger y promover la vida del no nacido, incluso frente a la madre, a la cual es válido imponer, mediante mandatos y prohibiciones, llevar a término el embarazo. “La prohibición básica de la interrupción del embarazo y el deber fundamental de dar a luz al hijo son dos elementos de la

---

<sup>912</sup> Ibid. p. 126.

<sup>913</sup> Id. La cursiva es propia.

<sup>914</sup> Id.

protección ordenada constitucionalmente, los cuales se encuentran vinculados en forma indisoluble”<sup>915</sup>.

El deber de protección tiene relación especial con los peligros provenientes de otras personas, por lo cual abarca medidas de protección tendentes a evitar –o remediar– situaciones de crisis a consecuencia de un embarazo, así como establecer jurídicamente la exigencia de determinadas conductas a seguir. Remediar situaciones de crisis y exigir determinadas conductas son medidas que se complementan<sup>916</sup>.

El Tribunal no se limita a oponer el derecho del nasciturus a la madre. También menciona que es indebida la actividad de terceros que directa o indirectamente se dirijan contra el nonato, como negar ayuda a la mujer embarazada, generar conflictos a causa de la gravidez o ejercer presión para poner fin a este estado. Para inhibir estas conductas, se requiere la emisión de normas jurídicas acompañadas de consecuencias para el caso de su incumplimiento.

Las normas penales son una clase de este tipo de normas, aunque no son las únicas que pueden servir para estos fines. Sin embargo, la sanción penal es un medio especialmente eficaz para garantizar el respeto y el cumplimiento de los mandatos legales.

Las normas legales que ordenan determinada conducta (como por ejemplo, llevar un embarazo a término, u omitir actos directa o indirectamente dirigidos contra el nasciturus) deben generar protección en dos direcciones. La primera consiste en desarrollar efectos preventivos y represivos para el caso concreto en el que exista amenaza de lesión al bien jurídicamente protegido o bien se haya consumado ésta. La segunda refiere al fortalecimiento y fomento en la población de “una idea viva de valores y una visión de lo justo y lo injusto y, por su parte, configurar la conciencia jurídica de los individuos, de modo que –con base en tal orientación normativa del comportamiento– el individuo ni siquiera considere de entrada la posibilidad de una violación de un bien jurídico”<sup>917</sup>.

---

<sup>915</sup> Ibid. p. 127.

<sup>916</sup> Id.

<sup>917</sup> Ibid. p. 127.

Al igual que en el criterio de 1975, el Tribunal Constitucional efectúa la ponderación de intereses en el ámbito del deber de protección, no en la del establecimiento del derecho del nasciturus a la vida.

Afirma que el deber de protección de la vida del nonato no es absoluto, tal como lo ordena el artículo 2, párrafo 2, frase 3, de la Ley Fundamental; sin embargo, esto no significa que cualquier medida es idónea para cumplir con este deber. Por tanto, el alcance de este deber determinarse con base en una ponderación que incluya la importancia del bien jurídico materia de protección, así como la necesidad jurídica de ser protegido, y los bienes jurídicos en colisión con aquél.

Los bienes jurídicos que entran en colisión con la vida del nonato, son el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental), su derecho a la vida y a la integridad física (artículo 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental), **y su derecho a la personalidad** (artículo 2, párrafo 1, de la Constitución).

Esta ponderación es facultad del legislador, aunque le está vedado constitucionalmente el establecimiento de medidas que no protejan suficientemente la vida del nasciturus. En esta medida, la legislación es objeto de control constitucional.

Entonces, la medida protectora debe ser adecuada y, por tanto, efectiva. Así, la protección ordenada por la Constitución es independiente de la edad de gestación: “la Ley Fundamental no contempla ningún tipo de gradación para el derecho a la vida y su protección con base en el transcurso de determinados plazos derivados del proceso de desarrollo del embarazo. Por tanto, también en la fase temprana del embarazo debe el orden jurídico garantizar una protección plena”. En Alemania no existe la protección “gradual e incremental” que la Corte Interamericana propondrá en el caso Artavia. Además, el Tribunal alemán se refiere al derecho la vida en general en cuanto a su carácter no absoluto y la Corte Interamericana es ambigua, pero parece referirse sólo al deber de protección de la vida prenatal. No obstante, esta Corte internacional llega a invocar lo resuelto por el Tribunal Constitucional alemán en su apoyo...

Para considerar suficiente la protección, el legislador debe tomar las siguientes medidas:

1. Debe considerar la interrupción del embarazo, sin importar el momento en que ocurra, como una conducta antijurídica y prohibida, en principio.

Es verdad que debe tomarse en consideración la dignidad humana de la mujer y sus derechos fundamentales. Empero, éstos no prevalecen sobre la prohibición fundamental de la interrupción del embarazo, aunque subsisten de cara al derecho a la vida del *nasciturus* y, por ende, deben ser también protegidos. Así, los derechos de la mujer no pueden ser título legítimo para permitir el aborto siquiera en algún periodo. Las leyes de plazos están proscritas constitucionalmente.

2. Debe tomar en cuenta casos excepcionales y estructurarlos en forma de supuestos normativos de excepción a la antijuridicidad del aborto. Esto es asunto exclusivo del legislador. Sin embargo, éste debe considerar que

un equilibrio que garantice la protección de la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada derecho a interrumpir el embarazo es imposible, pues la interrupción del embarazo implica siempre dar muerte al no nacido. Dicho equilibrio tampoco puede alcanzarse –como se ha llegado a sostener– permitiendo que por un cierto tiempo del embarazo el derecho de la mujer a la personalidad prevalezca sobre el derecho del que está por nacer, y que sólo posteriormente el derecho a la vida del *nasciturus* tenga prioridad. En tal caso, el derecho a la vida del que está por nacer tendría vigencia únicamente cuando la madre no haya optado por darle muerte dentro de la primera fase del embarazo.<sup>918</sup>

Los casos de excepción deben determinarse con base en el criterio de la insostenibilidad, también expuesto en la sentencia de 1975. Las cargas del embarazo en adición con las circunstancias psicológicas específicas de cada caso –sobre todo en etapas tempranas del embarazo–, pueden derivar en casos de conflicto particularmente difíciles, en los cuales incluso se vea amenazada la vida de la madre. Sólo en estos casos excepcionales,

pueden imponerse intereses jurídicos de la mujer dignos de protección con tal urgencia, que al menos el orden jurídico estatal –sin considerar aquí concepciones de carácter moral o religioso sobre lo que debe hacerse o no, las cuales pueden tener un alcance mayor– no puede exigir a la mujer que en dicho caso deba dar prioridad al derecho a la vida del que está por nacer bajo cualquier circunstancia.<sup>919</sup>

Pero debe tenerse claro que “la inexigibilidad sin embargo no puede proceder de circunstancias que se encuentran dentro del marco de la situación

<sup>918</sup> Ibid. p. 129.

<sup>919</sup> Ibid. p. 130.

normal de un embarazo. Más bien deben presentarse cargas que exijan un sacrificio de valores vitales en tal magnitud, que no se le pueda exigir a la mujer”<sup>920</sup>.

Por estas razones, las causas de excepción médica (peligro en la vida de la madre), criminológica (violación) y embriopática o eugenésica, son aceptables constitucionalmente hablando. Otras excepciones serán aceptables sólo si la regulación respectiva prevé claramente los conflictos sociales o psíquico-personales de especial gravedad que las justifiquen.

3. El criterio de insostenibilidad limita en cierta forma el deber de la madre de llevar a término el embarazo; sin embargo, el Estado queda obligado a brindar asistencia a la mujer, mediante apoyo y asesoría, de tal manera que se la persuada para tener al bebé.

4. El Estado tiene el deber de proteger la vida humana contra la muerte. Esta es una función elemental de protección estatal, por lo que es indebida la protección insuficiente y, por otro lado, es debido no “prescindir libremente del empleo del derecho penal y del efecto protector derivado del mismo”<sup>921</sup>.

El Derecho Penal no es el principal medio de protección, pero sí el que implica mayor grado de intervención por parte del Estado; por ende, su utilización debe cumplir el principio de proporcionalidad. La penalización debe emplearse como “ultima ratio” de protección, si una conducta determinada –más allá de su prohibición- “resulta especialmente dañina para la sociedad e insoportable para lograr la vida ordenada de los seres humanos en comunidad, y por tanto impedir dicha conducta resulta especialmente urgente. De ahí que el derecho penal constituya por regla general el lugar para anclar legalmente la prohibición fundamental de interrumpir el embarazo, que implica a su vez el deber jurídico de la mujer de gestar al niño”<sup>922</sup>.

5. Además del uso del derecho penal, el deber de protección interseca con los artículos 6, párrafo 1, y 4 de la Ley Fundamental, por lo que el Estado debe atender y resolver problemas y dificultades aparecidas durante el embarazo y

---

<sup>920</sup> Id.

<sup>921</sup> Id.

<sup>922</sup> Ibid. p. 131.

después de éste. Este deber corresponde no sólo al Estado, sino a todo el ámbito de derecho público y privado y, por ende, también a la madre.

Entonces, el Estado debe actuar a fin de impedir la interrupción de un embarazo a causa de una situación de carencia material actual o inminente después del nacimiento. Igualmente, deben eliminarse en la medida de lo posible las desventajas para la mujer que el embarazo pudiera traer consigo, en relación con su formación profesional o su trabajo. Este deber tiene conexión con la protección de la vida del nasciturus, el mandato de protección del matrimonio y la familia (artículo 6 de la Ley Fundamental) y la igualdad del hombre y la mujer en la participación en la vida laboral (Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental así como Arts. 3, 7 del Pacto Internacional Sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales).

6. El deber de protección sujeta al Estado a conservar y fomentar en la conciencia general el derecho del nasciturus a la protección jurídica de su vida. Todos los órganos del Estado, en todos los órdenes de gobierno (federal y local), deben asumir con decisión la protección de la vida. Esto ha de plasmarse en los planes de enseñanza de las escuelas, así como en los planes de las instituciones públicas que instruyen en asuntos de salud, asesoría familiar o sexualidad. Asimismo, las radiodifusoras públicas y privadas deben respetar la dignidad humana en el ejercicio de su libertad, de tal forma que su programación tiene como una de sus funciones, la protección de la vida del no nacido.

Con base en lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye la constitucionalidad de la norma que privilegie la asesoría a la mujer a fin de convencerla para continuar con el embarazo hasta el parto, como medio de protección del nasciturus en etapas tempranas de gestación. Sostiene que en etapas iniciales de la gravidez sólo la mujer y, en su caso, las personas a quienes ella se los confíe, tienen conocimiento del embarazo, además en este lapso existe dependencia absoluta del nonato hacia la madre. Por ende, la situación de ocultamiento, indefensión y dependencia referidos, “permite considerar

válidamente que el Estado tendrá una mejor posibilidad de proteger esta vida cuando actúa juntamente con la madre”<sup>923</sup>.

Por ende, si el legislador otorga a las mujeres que se someten a la asesoría, la responsabilidad última sobre la interrupción del embarazo y les posibilita el acceso a un médico para la realización del procedimiento, entonces debe existir el deber de la mujer de aceptar, en caso de conflicto, “la asesoría y expondrá su situación”<sup>924</sup>.

Pero no cualquier asesoría es un medio idóneo de protección. Si el legislador, en cumplimiento de su deber de protección, opta por el esquema de asesoramiento,

“ello significa que el efecto protector –de carácter preventivo– para la vida del *nasciturus* debe ser alcanzado decididamente mediante la influencia que se ejerce a través de la asesoría sobre la mujer que está considerando interrumpir su embarazo [...] Sólo así puede prescindirse de la configuración de los elementos de hecho de las indicaciones como condición para la interrupción del embarazo: cuando el sistema de asesoramiento genere verdaderamente un efecto protector para la vida del *nasciturus*”<sup>925</sup>.

Por tanto, si el legislador se decide por las asesorías, éstas deben ser obligatorias para la mujer y deben perseguir animar a la madre a gestar y dar a luz al hijo. “De ahí que la asesoría deba ser adecuada en cuanto a su contenido, desarrollo y organización para transmitirle a la mujer los conocimientos e informaciones que ella requiere para tomar una decisión responsable sobre la continuación o interrupción del embarazo”<sup>926</sup>.

Las asesorías no deben ser sólo para la madre, sino también para el médico y todas las personas del entorno social y familiar de la mujer. “El médico no puede sin más llevar a cabo la interrupción del embarazo solicitada, sino que debe responder por su actuación médica. El médico se encuentra obligado a proteger la vida y la salud, y por consiguiente no le está permitido participar a ciegas en la práctica de un aborto”<sup>927</sup>.

Otra consecuencia, es que la asesoría debe prescindir de la excusa absolutoria fundada en un estado general de necesidad, pues aquella implica la

---

<sup>923</sup> Ibid. p. 134.

<sup>924</sup> Id.

<sup>925</sup> Id.

<sup>926</sup> Ibid. pp. 134-135.

<sup>927</sup> Ibid. p. 137.

posibilidad de la mujer de actuar con franqueza y, por ende, impide tener que justificar circunstancias de excepción, sujetas a verificación.

Las asesorías, si bien pueden excluir la tipicidad o la pena por la interrupción del embarazo como un aborto, de ninguna manera significan que cuando se acude a ellas y se opta por terminar la gravidez, se considere esa conducta como justificada o jurídica. Dichas interrupciones en ningún caso pueden ser consideradas como justificadas o no antijurídicas.

Si por virtud de las asesorías se excluye la tipicidad, entonces el Estado debe establecer, en otros ámbitos del sistema jurídico, reglas autónomas que consideren ilegal la interrupción del embarazo. Si esto último no ocurre, “la no tipificación penal actuará como una causal de justificación, lo que dejaría de cumplir con las exigencias mínimas del deber de protección”<sup>928</sup>, y, por tanto, será inconstitucional.

Asimismo, si la asesoría delega en la mujer la responsabilidad última sobre la continuidad del embarazo, entonces deben ser legales para otras ramas del Derecho, los contratos privados que celebre con algún médico para la práctica del aborto.

No obstante la legitimidad del modelo de asesoría, son inconstitucionales las normas reclamadas, en la medida que establecen que las prestaciones de seguridad social pueden ser dadas en igualdad de circunstancias tanto para interrupciones del embarazo legales como ilegales. “El Estado de Derecho nunca puede financiar el acto de dar muerte a un individuo, a menos que tal acto sea legítimo y el Estado haya comprobado con plena certeza –cumpliendo con las garantías de un Estado de Derecho– la legitimidad de dicha conducta”<sup>929</sup>.

Los abortos derivados de las asesorías son indebidos: sólo excluyen la pena, mas no la antijuridicidad. Sólo son debidos cuando se actualiza alguna causa de insostenibilidad. Por tanto, el Estado no puede practicar la interrupción del embarazo cuando a ésta precedió solamente la asesoría, porque “mediante una participación tal, el Estado asumiría la responsabilidad por actividades cuya

---

<sup>928</sup> Ibid. p. 136.

<sup>929</sup> Ibid. p. 139.

licitud, por razones jurídico-constitucionales, no puede dar por sentada y que, por otro lado –dentro del marco de su concepto de protección– está impedido para determinar tal licitud”<sup>930</sup>.

No se puede esgrimir como argumento para justificar la intervención del Estado en la práctica del procedimiento abortivo, la inexistencia de una declaración de ilicitud del aborto derivado sólo de la asesoría. Esto es así, porque para realizar la interrupción de la gravidez, el Estado debería cerciorarse de la licitud respectiva para cumplir con su deber de protección y con la prohibición de dar muerte a alguien sin causa justificada.

#### **IV.6.2.2 Sentencias que operan sobre la posición sintáctica del objeto: dignidad humana y derecho al desarrollo de la personalidad**

En el apartado anterior, vimos que la sentencia BVerfGE 30, 1 de 15 de diciembre de 1970 debe ser analizada como una operación sobre la función o posición sintáctica del titular cuando establece que un tratamiento objetivante es contrario a la dignidad humana si además “cuestiona principalmente su calidad de sujeto”.

Sin embargo, la sentencia no se quedó allí. También consideró que un trato objetivante es contrario a la dignidad humana si implica una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. En este caso no se está ante una situación que ponga en cuestión toda la atribución de personalidad; por tanto, se opera en la función o posición sintáctica del objeto.

En esta misma línea, en la sentencia 1BvL 14/76 de 21 de julio de 1977<sup>931</sup>, se resolvió que los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse, por lo que del Art. 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado –y esto es válido en especial para la ejecución de las penas– de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana. Por ello, sería incompatible con este concepto de dignidad humana que el Estado se apropiara de la facultad de privar de la libertad

---

<sup>930</sup> Id.

<sup>931</sup> Ibid. p. 55.

a las personas sin darles por lo menos la posibilidad de poder obtenerla nuevamente. Por ende, la prisión perpetua es compatible con el delito de homicidio, pero en los demás casos no.

En la sentencia 1 BvL 19/63 de 16 de julio de 1969, se abordó el tema de la dignidad humana y la actividad del Estado al practicar censos. Se estableció que el derecho a la personalidad prohíbe al Estado hacer del ser humano un simple objeto, por lo cual “sería incompatible con la dignidad humana que el Estado pudiera apelar al derecho de registrar y catalogar en forma coercitiva la totalidad de la personalidad de los seres humanos, incluso en el anonimato de una encuesta estadística, y de esta manera tratarlos como una cosa, que sea accesible a una encuesta respecto a todas sus relaciones”<sup>932</sup>.

La dignidad humana conlleva el derecho a conservar un “espacio interior”, en el que “se posean a sí mismos” y “al que se puedan retirar, sin que el entorno tenga acceso, en el que se pueda permanecer en paz, y gozar de su derecho a la soledad”<sup>933</sup>. Esto conecta con el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad que a continuación se analizará.

Lo anterior no significa la proscripción de los censos. No toda encuesta estadística sobre datos de la personalidad y la vida viola la personalidad del ser humano en su dignidad ni afecta el derecho de autodeterminación en la esfera más íntima de la vida. “Toda persona debe aceptar la necesidad de encuestas estadísticas sobre su persona hasta cierto punto, como por ejemplo, en el caso de un censo de población, como condición previa para la planeación del gasto público”<sup>934</sup>.

También sobre el tema de los censos, en los casos 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 resueltos el 15 de diciembre de 1983, se determinó que el libre desarrollo de la personalidad presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza de esta manera la capacidad del individuo principalmente

---

<sup>932</sup> Ibid. p. 93.

<sup>933</sup> Id.

<sup>934</sup> Id.

para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales. Se trata del derecho a la autodeterminación de la información<sup>935</sup>.

Esta autodeterminación no es ilimitada. “El individuo no tiene un derecho en el sentido de un señorío ilimitado, absoluto, sobre ‘sus’ datos; el individuo es ante todo una personalidad que se desarrolla en el interior de una comunidad social y que está obligada a la comunicación”<sup>936</sup>. El interés general puede limitar este derecho, pero sólo por medio de ponderación. “Señalar hasta dónde el derecho a la autodeterminación de la información y, en relación con éste, el principio de proporcionalidad y la obligación de adoptar medidas de carácter procesal obligan al legislador –desde el punto de vista constitucional– a reglamentar este tipo de medidas, depende del tipo, extensión y posible utilización de los datos recolectados, así como del peligro de que se haga abuso de ellos”<sup>937</sup>.

Sobre el derecho al desarrollo de la personalidad, el Tribunal Federal alemán ha establecido que es un derecho general en el cual caben las expresiones de la personalidad no desarrollados por otros derechos fundamentales. Esto es perfectamente compatible con lo explicado en este trabajo, en el sentido de que en el objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad se encuentran los demás derechos humanos, pero no sólo éstos. Es decir, la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad es un conjunto más amplio que el de los demás derechos humanos, de tal forma que aquello que no es protegido directamente por éstos, *puede ser protegido por el derecho al reconocimiento de la personalidad, en su modalidad de derecho al desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana*.

En la sentencia 1 BvR 253/56 de 16 de enero de 1957, se estableció que el derecho de viajar no está previsto como derecho fundamental autónomo en la Constitución Federal alemana; sin embargo, “como emanación de la libertad general de actuación, cuenta también con protección constitucional”<sup>938</sup>.

Esto tiene sentido si se considera que

---

<sup>935</sup> Ibid. p. 97.

<sup>936</sup> Id.

<sup>937</sup> Ibid. p. 98.

<sup>938</sup> Ibid. p. 56.

con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del *núcleo* de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su *conducta externa*. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre [...]En el apartado 2 a), se señaló que el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental –al proteger el libre desarrollo de la personalidad– garantiza la libertad general de actuar; en la medida en que ésta no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres, sólo se encuentra limitada por el orden constitucional.<sup>939</sup>

Por estas razones, para el Tribunal Constitucional alemán “es el valor más importante de la ley fundamental”<sup>940</sup>, lo que nos confirma en nuestra convicción de que el derecho al reconocimiento de la personalidad es la condición de todos los demás derechos fundamentales.

Sobre estos mismos principios, en la sentencia BVerfGE 34, 238 de 31 de enero de 1973, se determinó que en el derecho al desarrollo de la personalidad se encuentra el derecho a la propia imagen, aunque éste opera como principio, no como regla, de donde se sigue la posibilidad de que, mediante ponderación, llegue a ceder frente a otro principio fundamental<sup>941</sup>. Esto es compatible con nuestra clasificación de que el derecho al reconocimiento de la personalidad, si bien es sólo regla si se opera sobre la función del titular, puede ser regla o principio si se opera sobre la posición sintáctica del objeto.

Esto se desarrolló en la sentencia 1 BvR 1531/96 de 10 de noviembre de 1998, en la cual se consideró que dentro del derecho a la propia imagen está el de no ser tildado públicamente como perteneciente a determinada fe (específicamente la cienciaología), si esto afecta la personalidad e imagen pública del sujeto. El derecho al desarrollo de la personalidad incluye “el reconocimiento social del individuo”, aunque “la protección de ese derecho fundamental no es tan amplia como para otorgarle al individuo el derecho a ser presentado públicamente solamente en la forma en que él mismo se ve, o como quiere que los otros lo vean”<sup>942</sup>.

---

<sup>939</sup> Ibid. p. 57-58.

<sup>940</sup> Ibid. p. 59.

<sup>941</sup> Ibid. p. 60.

<sup>942</sup> Ibid. p. 63.

Otro límite del derecho al desarrollo de la personalidad consiste en que “despliega efectos directos únicamente frente al Estado. Pero se encuentra obligado constitucionalmente a proteger a los individuos frente a los daños a la personalidad que puedan ser infligidos por terceros”<sup>943</sup>. Por tanto, está limitado por el derecho a la libertad de expresión, el cual también es limitado por aquél derecho. En caso de conflicto, procederá ponderar.

En la sentencia 1 BvR 409/90 de 6 de mayo de 1997<sup>944</sup>, se incluyó como parte del derecho al desarrollo de la personalidad, el respeto de la esfera íntima y privada, por lo cual “protege la competencia del individuo para decidir, en principio, en qué medida y frente a quién hará públicos los asuntos de su vida personal”<sup>945</sup>. Estos derechos son principios, de tal forma que son materia de ponderación y pueden ceder ante otros derechos.

Sobre el derecho a la esfera privada (derecho a la intimidad), en la sentencia 1 BvR 653/96 de 15 de diciembre de 1999 (Carolina de Mónaco), se sostuvo que “la autorización para publicar fotografías que muestren a las personas en su vida privada o cotidiana debe medirse de acuerdo con el derecho a la propia imagen y a la garantía de la esfera privada, que concretizan el derecho general de la personalidad”, y que la Constitución “no contempla un derecho de los particulares—amplio y de carácter general— para disponer absolutamente sobre la representación de la propia persona”, es decir, “el derecho general de la personalidad no le da al particular el derecho a ser presentado ante los otros sólo de la manera como él se ve a sí mismo o como quisiera ser visto por los demás”<sup>946</sup>, porque eso sería una injerencia considerable sobre la libertad de terceros.

A diferencia del derecho a la propia imagen, la protección de la esfera privada abarca, por un lado, situaciones que por la información comunicada se clasifican típicamente como “privadas”, como “por ejemplo, la exposición que uno hace de sí mismo en un diario privado (BVerfGE 80, 367), las comunicaciones

---

<sup>943</sup> Ibid. p. 64.

<sup>944</sup> Ibid. p. 68.

<sup>945</sup> Ibid. p. 69.

<sup>946</sup> Ibid. p. 75.

confidenciales entre esposos (BVerfGE 27, 344), el ámbito de la sexualidad (BVerfGE 47, 46; 49, 286), los comportamientos sociales anormales (BVerfGE 44, 353) o las enfermedades (BVerfGE 32, 373)<sup>947</sup>. Por otra parte, la protección se extiende a un ámbito en el que los individuos pueden expresarse, distenderse o abandonarse, es decir, sustraerse de la mirada pública y de las cargas que ésta implica.

El hecho de que una persona elija una vida expuesta al público, no significa que renuncie a estos ámbitos de soledad, los cuales no se reducen al hogar. Para determinar cuándo se está en estos ámbitos, se debe observar si existen actitudes de la persona encaminados a crearlos. “La cuestión fundamental consiste en determinar si la persona puede válidamente esperar que no estará sujeta a las miradas del público, o si –por el contrario– ha acudido a lugares en donde se encontrará expuesta a los ojos del público; por tanto, también en espacios cerrados puede faltar el aislamiento requerido, el cual constituye el presupuesto para la protección de la esfera privada fuera del ámbito doméstico”<sup>948</sup>. Los lugares donde hay muchas personas no puede considerarse un ámbito de soledad y aislamiento privado. Incluso, la persona puede contratar exclusividad sobre aspectos privados.

Respecto de los niños la protección de su privacidad es mayor, pues su personalidad está en desarrollo, lo cual está a cargo de los padres. “Ciertamente no se requiere por lo general de una protección, cuando los padres conscientemente se presentan al público en compañía de sus hijos, como sucede cuando participan en actividades públicas y, más aún, cuando ellos forman parte central de éstas. De este modo, ellos mismos propician las condiciones para la entrada del público. Por lo demás, la protección del derecho a la personalidad a favor de las relaciones específicas entre padres e hijos puede intervenir también en otras situaciones, aun cuando las características del lugar no cumplan con los requisitos de privacidad”<sup>949</sup>.

---

<sup>947</sup> Ibid. p. 76.

<sup>948</sup> Ibid. p. 78.

<sup>949</sup> Ibid. p. 79.

Por lo anterior, “las fotografías gozan de la protección de ese derecho fundamental”<sup>950</sup>, que, como principio, puede ser ponderado frente a la libertad de prensa.

En la sentencia de los casos acumulados 1 BvR 1611/96 y 1 BvR 805/98 de 9 de octubre de 2002, se sostuvo que el derecho a la personalidad incluye el derecho a la palabra hablada. Este derecho protege la posibilidad de comportarse en forma adecuada a las circunstancias en un evento comunicativo. Esto significa que cada persona puede determinar si el contenido de la comunicación debe o no ser accesible a otras personas distintas del interlocutor; por ende, implica el derecho a decidir si la propia voz puede ser almacenada para difundir la información de una comunicación a terceros. “Por tanto, la Ley Fundamental protege al individuo de que sus conversaciones sean grabadas secretamente y sean utilizadas sin el consentimiento o incluso contra la voluntad declarada del emisor [...] La protección del derecho a la palabra hablada no se circunscribe a determinados contenidos o espacios, sino que se refiere exclusivamente a la autodeterminación sobre la accesibilidad inmediata de la comunicación”<sup>951</sup>.

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional alemán tiene toda una teoría de la personalidad, con claros cimientos filosóficos: supera la postura abstracta y desnuda de la personalidad liberal, para abrirla a la sociedad. Esto se ve más claramente en la sentencia BVerfGE 38, 281 de 18 de diciembre de 1974, en la cual se determinó que un límite al derecho general de la personalidad se da cuando el Estado determina, con base en el interés social, la obligatoriedad para un grupo de personas de pertenecer a una corporación de derecho público, como los sindicatos. Esta facultad del Estado está limitada por el referido derecho, por lo cual, una vez más, la solución de los conflictos correspondientes debe ser mediante la ponderación. “El individuo tiene, con base en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el derecho a no ser obligado a pertenecer a corporaciones ‘innecesarias’”<sup>952</sup>.

---

<sup>950</sup> Ibid. p. 80.

<sup>951</sup> Ibid. p. 88.

<sup>952</sup> Ibid. p. 104.

Esta orientación comunitarista y republicana de la personalidad, se observa también en la resolución del caso 2BVL 43, 51,63,64, 70,80/92, 2 BvR 3021/92 de 9 de marzo de 1994, relacionada con la permisibilidad del comercio de cannabis (marihuana). En ese fallo se determinó que las leyes penales sobre esa droga, que impiden su comercialización y consumo personal, son constitucionales.

Se consideró que el derecho al desarrollo de la personalidad sólo tiene una protección absoluta en lo relativo a la esfera íntima, fuera de la cual se encuentra la comercialización de productos, así como el consumo personal, el cual tiene “múltiples efectos e interacciones sociales [...]no existe un ‘derecho a drogarse’ que pudiera escapar a esas restricciones”<sup>953</sup>.

Para concluir la proporcionalidad de la ley penal, se acudió a estudios científicos sobre los efectos de la cannabis: “sobre la base del estado actual de los conocimientos, como se desprende de las fuentes citadas anteriormente (párrafo 3), es aceptable la opinión del legislador de que para alcanzar los objetivos de la ley no se dispone de ningún otro medio tan efectivo, ni menos intervencionista, que el de la sanción penal”<sup>954</sup>.

En estos estudios se reconocieron varias aristas: la cannabis no es particularmente dañina, pero tampoco es del todo inocua. “No se dispone de conocimientos fundados científicamente que se pronuncien a favor de una u otra (esto es, sobre la pertinencia de su liberalización o de su penalización) [...] Tampoco se sabe si mediante la supresión del ‘estímulo de la prohibición’ o mediante medidas ilustrativas sobre los peligros del consumo de cannabis se pueda lograr una disminución de la utilización de la cannabis”<sup>955</sup>. Es decir, se evitó la reducción ideológica (*inventio*), a la vez que se dio fuerte peso a la interdisciplinariedad.

Concluye el fallo que “si el legislador, tomando en cuenta estas consideraciones, se sostiene en la opinión de que la prohibición general de la cannabis y su penalización conducen a una mayor abstinencia en los consumidores potenciales que la derogación de la pena, y que, por tanto, es más

---

<sup>953</sup> Ibid. p. 106.

<sup>954</sup> Ibid. p. 109.

<sup>955</sup> Id.

adecuada para la protección del bien jurídico, tal decisión es aceptable constitucionalmente”<sup>956</sup>.

#### **IV.6.2.3 Consideraciones generales sobre los fallos del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad**

De entre las diversas instancias y sentencias analizadas en este trabajo, no nos cabe duda que las emitidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán son las que de mejor manera cumplen con el derecho al reconocimiento de la personalidad, no sin algunos problemas.

a) En las sentencias analizadas no se invoca el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, aunque se cumple con él. Esto lleva a confusión, la cual, empero, está disminuida si se considera que este Tribunal habla con frecuencia del “derecho general a la personalidad”.

En los fallos revisados en el apartado IV.6.2.1, el Tribunal trata el derecho general a la personalidad y parece implicar la existencia de un derecho a ser persona. Por ende, nos parece que en esos fallos se cumple con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica operado desde la función o posición sintáctica del titular.

Con estas sentencias, el Tribunal Constitucional va más allá de la aquí denominada función kelseniano-ferrajoliana, para someterla a otra función, a saber, la función del derecho. Se puede decir que en Alemania hay un derecho a que se atribuya la personalidad y ha sido profusamente desarrollado jurisdiccionalmente.

Como hemos visto en este trabajo, una condición elemental para considerar cumplido el derecho al reconocimiento de la personalidad, consiste en que se conciba la existencia de un derecho que rijan la manera en que debe saturarse la función kelseniano-ferrajoliana. Es decir, no puede considerarse cumplido este derecho, si se considera que la función kelseniano-ferrajoliana (i.e centro de imputación jurídica) puede ser ocupada por cualquier contenido (i.e argumento,

---

<sup>956</sup> Id.

según la nomenclatura de Frege), y que la determinación de a qué convenga atribuirle personalidad sea en general una cuestión política o extra jurídica.

Por esto consideramos que las sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán cumplen en gran medida con el derecho al reconocimiento de la personalidad.

Sin embargo, el hecho de que en tales fallos no se invoque directamente el derecho al reconocimiento de la personalidad lleva a confusiones.

La primera confusión consiste en que en los fallos relativos a la dignidad humana, no se distingue en qué función o posición sintáctica del derecho al reconocimiento de la personalidad se está actuando, lo cual impide distinguir cuándo se trata de la dignidad humana como una regla y cuándo como un principio.

Esta confusión es resuelta por Alexy. Como vimos en el capítulo anterior, este autor refiere que la dignidad humana a veces es principio y a veces es regla, de tal forma que, como principio, está sujeto a “un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas [...] precede a los principios opuestos”<sup>957</sup>. En cambio, refiere este iusfilósofo, que actúa como regla “en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan solo si es violada o no”<sup>958</sup>.

Sin embargo, Alexy se limita a establecer que la dignidad humana puede actuar como principio y como regla, pero no establece criterios para determinar cuándo debe considerársela como lo primero y cuándo como lo segundo.

En cambio, nuestra determinación del derecho al reconocimiento de la personalidad como tautología, así como los criterios generales para su desarrollo, sí resuelven este problema: la dignidad humana siempre será una regla cuando su interpretación opera en la función o posición sintáctica del titular del derecho referido, y podrá ser principio cuando su interpretación opere en la función o posición sintáctica del objeto de ese derecho.

---

<sup>957</sup> Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit. p. 106.

<sup>958</sup> Ibid. p. 107.

Con esta base nos queda claro que la sentencia BVerfGE 30, 1 de 15 de diciembre de 1970, determina, en una parte, la dignidad humana como una regla, precisamente porque operó en la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad.

Esto nos conduce a considerar que el derecho al reconocimiento de la personalidad, operado desde la posición sintáctica del titular, no sólo tiene relación con los casos sumamente polémicos sobre el aborto.

Desarrollar la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad implica problemas más amplios, que incluyen la trata de personas y la discriminación sistemática hacia grupos vulnerables (niños, mujeres, homosexuales, pueblos pobres, pueblos indígenas, personas de apariencia física distinta o de determinado color de piel o “raza”).

b) Las sentencias relacionadas con el aborto cumplen en general, desde nuestro punto de vista, con el derecho al reconocimiento de la personalidad, aun cuando, parcialmente lo contravienen.

Como primer criterio formal de interpretación de este derecho, propusimos que el debate sobre el signo que sature la posición del titular nunca debe terminar<sup>959</sup>. También propusimos como cuarto criterio formal, que la saturación de la función o posición sintáctica del titular es un problema predominantemente jurídico, el cual implica todos los lenguajes que componen el sistema del Derecho<sup>960</sup>.

Por otro lado, conforme al primer criterio semántico de interpretación, la carga argumentativa corresponderá siempre a la parte que niegue personalidad a algo o alguien que de cualquier manera comparta algún rasgo semántico inherente a humanidad, especialmente si, además, es específico, como, por ejemplo, ser miembro de la especie humana u homo sapiens. *Esto se traduce en que, en caso de duda, debe tenerse como persona cualquier miembro de la especie humana,*

---

<sup>959</sup> Supra IV.3.3.4.

<sup>960</sup> Supra IV.3.3.7.

*salvo que quien tenga un interés contrario demuestre fehacientemente lo contrario*<sup>961</sup>.

En el fallo de 1975, el Tribunal sostuvo en una parte que no era el caso de pronunciarse sobre si el nasciturus era persona o no según su capacidad, pues su vida es un valor fundamental, derivado de la dignidad humana, tal que no precisa para su protección de ser objeto de algún derecho subjetivo. Esto llevó a que Alexy considere que el referido Tribunal no le ha reconocido personalidad jurídica al nasciturus<sup>962</sup>.

Esto podría llevarnos a establecer que el Tribunal infringe el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica o bien que este derecho no tiene aplicación al caso. Hemos visto que la determinación de quién es o no es persona, indefectiblemente conlleva una aplicación de ese derecho, por lo cual sólo podría tratarse de la primera alternativa. Sin embargo, consideramos que el Tribunal cumple este derecho.

Somos de esta convicción, porque de la lectura integral de los argumentos de la sentencia de 1975, parece que sí hay un reconocimiento de personalidad al nasciturus, y que el apartado en comentario no parece tener demasiada consistencia con el resto del fallo. Consideramos esto, porque el Tribunal incluye en la palabra “todos” del artículo 2 de la Ley Fundamental, a los no nacidos, a los cuales también atribuye dignidad humana, en un sentido muy similar a como se estudió ésta en la sentencia BVerfGE 30, 1.

Por tanto nos parece que, no sin cierta ambigüedad, en la sentencia de 1975 se reconoció personalidad al nasciturus. A esto se suma, que el Tribunal sólo omitió pronunciarse sobre si, según su capacidad, es persona, cuando hemos visto que la función kelseniano-ferrajoliana que integra la posición sintáctica del titular de ese derecho, no requiere que el signo que lo sature tenga como elemento semántico la capacidad.

---

<sup>961</sup> Supra IV.4.2

<sup>962</sup> Teoría de los Derechos fundamentales, op. cit. p. 437.

Nos parece que, en suma, el Tribunal le reconoce personalidad jurídica al nasciturus (función kelseniana-ferrajoliana), pero se abstiene de establecer si es persona para la moral, la ética, la antropología, etc.

También consideramos que este reconocimiento cumple con el derecho al reconocimiento de la personalidad, pues el Tribunal claramente hace alusión a que, en caso de duda, debe privilegiarse la protección al nasciturus, lo cual es compatible con el primer criterio de interpretación semántico de este derecho<sup>963</sup>.

Asimismo, la parte del fallo donde se la no necesidad de considerar como persona al nacido, puede interpretarse como un reconocimiento por parte del Tribunal, de que la cuestión sobre la personalidad nunca puede cerrarse definitivamente y que, a falta de esfuerzos multidisciplinarios, sólo es posible resolver la cuestión con base en criterios jurídicos, los cuales nunca serán suficientes por sí solos para dilucidar el tema. Esto es compatible con los criterios formales de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad primero y cuarto<sup>964</sup>.

Por otro lado, la sentencia de 1993 de forma más clara reconoce personalidad al nasciturus. En primer lugar, no elude el tema de si éste es persona según su capacidad, sino que la cuestión evadida es el momento en que surge un nuevo individuo de la especie homo sapiens, es decir, el inicio de la vida humana. Se determinó que el tema no era este, porque la litis versó sobre leyes de interrupción del embarazo, por lo cual se atiende al lapso en que éste tiene lugar. En segundo, claramente atribuye al nasciturus el derecho a la vida, el cual deriva directamente de su dignidad humana y, por ende, de su personalidad (de hecho se cita el artículo 1 de la Constitución que trata sobre la personalidad).

Este fallo también cumple en general con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Hemos visto que la tautología de este derecho debe ser desarrollada racionalmente por medio de juicios sintéticos, es decir, con base en información no estrictamente jurídica. Se precisa, entonces, la multidisciplinariedad.

---

<sup>963</sup> Supra IV.4.2

<sup>964</sup> Supra IV.3.4 y IV.3.7.

Pues bien, en la sentencia de 1993 se alude a la antropología médica, para establecer que ésta sugiere que desde la concepción hay vida humana. Asimismo, se refirió a la biología, filosofía e, incluso, la teología, para demostrar que el desarrollo prenatal es un continuo que no admite diferenciaciones y que, por ende, antes de ser un ser humano en potencia, el nonato es un ser humano en desarrollo.

Con esto, el Tribunal Constitucional alemán cumple con el segundo criterio de interpretación semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad, según el cual cualquier reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos (i.e. elementos semánticos del recorrido semántico del signo “ser humano”) será sospechosa de ser contraria a una interpretación correcta del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, la carga argumentativa para demostrar sus méritos corresponde a quien opere tal reducción<sup>965</sup>. El Tribunal renuncia a la diferencia “acto” y “potencia” y, por ende, a reducir lo humano al “acto”.

Asimismo, el Tribunal tiene una concepción de la personalidad más amplia y rica que la del liberalismo de Rawls y Dworkin, que hemos refutado más arriba. Es decir, el Tribunal no se limita a una sola ideología, por lo cual no incurre en *inventio* ni en *dispositio ideologica*, más cuando renuncia a dar la última palabra sobre el tema.

Incluso, la postura del Tribunal es compatible con la lógica de la diferencia de Derrida y de Luhmann, considerando que el primero concibe la diferencia “acto”/“potencia” como una soldadura que oculta el problema de la huella y la diferencia originaria de la semiosis. Es decir, la posición filosófica del Tribunal es sólida y contemporánea, aunque, sin duda, no exenta de crítica<sup>966</sup>.

b.1) Sin embargo, nos parece que la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán no es del todo conforme al derecho al reconocimiento de la

---

<sup>965</sup> Supra IV.4.3.

<sup>966</sup> Sería sin duda absurdo reducir la filosofía actual al pensamiento de estos dos autores.

personalidad jurídica, en lo que refiere a la madre. Esto sucede principalmente en la sentencia de 1975 y en mucho menor medida en la de 1993.

En ambos fallos la ponderación de intereses se efectuó no en el nivel de los derechos, sino en el de las obligaciones consecuentes. Con esto estamos de acuerdo y nos confirma en nuestra convicción de diferenciar completamente la estructura sintáctica de los derechos y las obligaciones, de tal forma que los primeros se vinculan con las segundas por medio de la tercera función o posición sintáctica.

Asimismo, en las dos sentencias se tomó como derecho de la madre en colisión con el derecho a la vida del nasciturus, el derecho al desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la madre. Sin embargo, estos derechos los consideró en cuanto operados en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad pues tuvo ambos derechos como principios no como reglas; sin embargo consideramos que debió ser en la posición sintáctica del titular y, por ende, esos derechos de la madre debieron ser considerados como reglas.

En líneas anteriores se sostuvo<sup>967</sup>, que si se reconociere el carácter de persona al no nacido con base en la hipótesis de corporalidad que hemos expuesto en el capítulo tercero<sup>968</sup>, entonces resultaría que, antes de la viabilidad, su personalidad estaría relacionada con la personalidad de la madre. Esto lo reconoce el Tribunal Constitucional alemán.

Por ende, todo cumplimiento a obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos del nasciturus, necesariamente tendrían de por medio la corporalidad de la madre y, por ende, no determinado derecho de ésta, sino toda su personalidad. Entonces, si la madre estuviera de acuerdo con la protección, no sería un medio para un fin, sino un fin más en apoyo al fin que sería el nasciturus: la dignidad humana de ambos estaría asegurada.

En cambio, estimamos que si la madre no estuviera de acuerdo con la protección, las cosas serían muy diferentes, pues entonces, la protección y

---

<sup>967</sup> Supra IV.4.1.2.3 inciso f).

<sup>968</sup> Supra conclusión parcial 11.3.

garantía del nasciturus podrían implicar una afectación y disminución de su personalidad, no de algún derecho en particular, sino de su personalidad en general, como bien denuncian los grupos feministas. La mujer toda se convertiría en objeto para el fin consistente en la protección, en tanto la medida protectora o garante impusieran llevar a término el embarazo, pues en ese caso la corporalidad toda de la mujer estaría en juego, no sólo el desarrollo de su personalidad (que, sin duda, es un principio).

Al no considerar el derecho al reconocimiento de la madre, operado desde la función del titular, resultaría que la personalidad de la madre siempre cediera ante la del nasciturus, lo cual llevaría a que en todo momento y lugar una mujer embarazada tuviera menos personalidad que el resto de las personas. Aun cuando esta disminución de personalidad sea transitoria y no completa, lo cierto es que siempre la mujer embarazada sería jurídicamente menos persona, lo que necesariamente es contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad, a la vez que implica una discriminación general a la mujer.

Entonces compartimos, aunque por otras razones, la apreciación del Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que una ponderación entre la personalidad de la madre y del no nacido, cuando la primera no quiere el embarazo, no puede tener solución plenamente satisfactoria. Creemos que esto se debe, precisamente, a que la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad nunca puede ser eliminada, sino sólo diferida o desarrollada.

Estimamos que la única forma de evitar esto es que las medidas protectoras y las garantías privilegien la persuasión a la madre de consentir con la protección del hijo. Esto excluiría la penalización como medio principal para proteger al nasciturus en favor de otros medios que den preponderancia a la obtención racional del consentimiento de la madre en favor de la protección al hijo.

Esto significa que los deberes de protección y garantía del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del nasciturus se ven disminuidos solamente en el caso de que la mujer no desee el embarazo. Esta disminución no

es total, pues se limita a prescindir del derecho penal, por lo cual el Estado tiene a su alcance todos los demás mecanismos para persuadir a la madre, tales como los mencionados por el Tribunal Constitucional alemán (asesorías obligatorias para la madre que la hagan consciente de la personalidad y humanidad del nonato; que éste no es un “producto”, sino un ser humano con dignidad, es decir, que es un bebé; que las consejerías sean también obligatorias para médicos, familiares y personas relacionadas con la madre; la educación impartida por el Estado y por particulares, así como los medios de comunicación contribuyan en la promoción de su personalidad; prohibiciones en otros ámbitos del derecho, como por ejemplo, indignidades para heredar cuando el nasciturus muerto por la decisión de la madre, hubiera también heredado; multas o trabajo social para el caso de reincidencias).

Entonces, es nuestro parecer que los deberes del Estado respecto del nasciturus (protección, garantía y promoción) rigen en toda su extensión en todos los demás casos, es decir, frente a personas distintas a la madre y, frente a ésta, sólo se relativizan los primeros dos, en cuanto a la necesidad de prescindir de la penalización, pero siguen vigentes en todos sus alcances en cuanto a lo demás.

Por ende, estimamos que para reconocer plenamente la personalidad de la mujer embarazada (reconocimiento que es regla, no principio, a diferencia del derecho al desarrollo de la personalidad), se debe renunciar a la penalización, lo cual es contrario a lo expuesto en los dos fallos del tribunal constitucional, aunque más en el primero.

De cualquier forma, el segundo fallo del Tribunal sería compatible con estos argumentos, en la parte en la cual se reconoce la legitimidad de las asesorías, de donde se sigue que, aun cuando a nuestro juicio no es del todo conforme al derecho al reconocimiento de la personalidad, esta sentencia no lo contraviene en forma grave, sino muy parcialmente.

También diferimos en la posición del Tribunal Constitucional, consistente en que el Estado no pueda llevar a cabo los abortos derivados de las consejerías y,

en cambio, sea válido que los realicen los particulares. Por el contrario, consideramos que, si falla la asesoría del Estado en persuadir a la mujer a llevar a término el embarazo, entonces este fracaso debe ser pagado por el propio Estado, además que, al centralizar la práctica del aborto, impide que éste sea promovido por intereses lucrativos.

Hemos visto que reconocer la personalidad a alguien necesariamente afecta los intereses de otras personas<sup>969</sup>, incluso sus derechos humanos. De esta forma, permitir que los particulares practiquen el aborto a cambio de un pago, incentiva o promociona la existencia de intereses contrarios a la personalidad del nasciturus, por lo cual el Estado deja de cumplir con su deber de promoción del derecho al reconocimiento de la personalidad del nonato; empero, los deberes de protección y garantía relativos a este derecho solamente se relativizan frente a la madre que no desea el embarazo y no ha podido ser persuadida, por lo cual los demás deberes de este derecho (reconocer, tutelar, proteger, garantizar y promover) quedan incólumes respecto de terceros, es decir, de los demás sujetos obligados.

En palabras más simples: permitir que practicar el aborto se convierta en un negocio, infringe los deberes de protección y promoción de la personalidad del nasciturus, pues crea y legitima intereses de terceros contrarios al nasciturus.

Creemos que esto se soluciona si, en el caso del fracaso una asesoría seria y decidida (por ende, no tibia ni continente de posturas ideológicas que ven el aborto como un derecho), hay que practicar un aborto, éste sólo lo pueda realizar el Estado, bajo el entendido de que la muerte del no nacido es un fracaso de éste y, por ende, de la comunidad que representa. Un aborto es un fracaso de todos.

Aquí debe aclararse algo más. Si se reconoce personalidad al nasciturus, entonces el aborto realizado sólo porque la mujer no fue persuadida mediante las consejerías, es necesariamente antijurídico (naturalmente, no se trata aquí de casos justificados o excluyentes de responsabilidad, como estado de necesidad y aborto criminológico). Esta antijuridicidad se relaciona con los deberes del Estado a evitarla, remediarla, repararla o reprimirla (según sea el caso). Por ende, surge

---

<sup>969</sup> Supra IV.3.3.2.

el deber de la madre para llevar a término el embarazo, aunque la garantía de este deber (que coincide con el contenido de la obligación de protección del Estado) se relativiza en cuanto a que debe prescindirse de la penalización. *Es decir, la penalización no es una garantía legítima de la obligación de la madre de concluir el embarazo con el alumbramiento.*

Sin embargo, sostenemos que el deber de protección del Estado se relativiza en estos únicos casos, en la medida en que debe renunciar la represión penal, pues ésta necesariamente hará en general de la mujer embarazada menos persona y, dado que la personalidad es una regla de “todo o nada”, entonces se le niega reconocimiento a su personalidad. No se relativiza el derecho, sino sólo una parte de los deberes asociados a él, frente a sólo una de las personas obligadas: la mujer embarazada.

Entonces, la protección y garantía de la personalidad del nasciturus mediante la represión penal, lleva a disminuir en general la personalidad a la mujer embarazada y, en esa medida, se la niega. Situación paradójica sin duda: la protección y garantía de este derecho lleva a su propio incumplimiento; cumplir el derecho al reconocimiento de la personalidad del nonato mediante la penalización de la mujer embarazada, implica necesariamente el incumplimiento de ese mismo derecho. La tautología sólo se desarrolla, pero no se aniquila.

Por esta razón sostenemos que la ponderación entre la personalidad de la madre y del nasciturus no podrá tener nunca un resultado favorable para ambos, en el solo caso de que la primera rehúse el embarazo.

Esta situación se reduce únicamente a la relación nasciturus/madre, en la cual ésta se opone al embarazo. Ningún otro caso presenta estas características y, por ende, sólo aquí cabría el mandato de renuncia a la penalización.

Igualmente, la renuncia a la penalización no significa que el Estado quede liberado del resto de obligaciones derivadas de la personalidad del nasciturus. Incluso los deberes de protección y garantía permanecen, no sólo por medio de las consejerías, sino también a través del uso de medidas jurídicas no penales. Los demás deberes permanecen en todo su alcance y vigor.

c) Los fallos del Tribunal Constitucional Federal alemán que operan en la posición del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, nos parecen adecuados a este derecho.

Como ya referimos en el apartado correspondiente<sup>970</sup>, en los fallos que operan sobre la función del objeto de este derecho, el Tribunal Constitucional alemán desarrolla toda una teoría de la personalidad, con claros y sólidos cimientos filosóficos (aunque no por ello irrefutables): supera la postura abstracta y desnuda de la personalidad liberal, para abrirla a la sociedad.

Esto se observa –según se ha dicho ya- más claramente en la sentencia BVerfGE 38, 281 de 18 de diciembre de 1974, en la cual se determinó que un límite al derecho general de la personalidad se da cuando el Estado determina, con base en el interés social, establece la obligatoriedad para un grupo de personas de pertenecer a una corporación de derecho público, como los sindicatos.

Esta orientación comunitarista y republicana de la personalidad, se observa también en la resolución de los casos 2BVL 43, 51, 63, 64, 70,80/92, 2 BvR 3021/92 de 9 de marzo de 1994.

Por tanto, la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la personalidad humana no incurre en inventio ni dispositio ideologica, además que cumple con el segundo criterio interpretativo semántico del derecho al reconocimiento de la personalidad, según el cual toda reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos (i.e. elementos semánticos del recorrido semántico del signo “humano”) será sospechosa de ser contraria a una interpretación correcta del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, la carga argumentativa para demostrar sus méritos corresponde a quien opere tal reducción<sup>971</sup>.

---

<sup>970</sup> Supra IV.6.2.2.

<sup>971</sup> Supra IV.4.3.

### IV.6.3 Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana

#### IV.6.3.2 Sentencias de la Suprema Corte mexicana que operan sobre la posición sintáctica del titular

La Suprema Corte nacional tuvo ocasión de realizar operaciones interpretativas sobre la función o posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, resuelta por mayoría de siete votos en las sesiones de 29 y 30 de enero de 2002.

En esa oportunidad, con cierta ambigüedad<sup>972</sup>, se consideró que el nasciturus tiene derecho a la vida que genera un deber de protección desde la concepción. Así se expuso en la jurisprudencia obligatoria P./J. 14/2002, de rubro: “Derecho a la vida del producto de la concepción. Su protección deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los Tratados Internacionales y de la leyes federales y locales”<sup>973</sup>.

Sin embargo, es difícil saber si esa jurisprudencia sigue o no vigente, pues a pesar de que formalmente no ha sido interrumpida en los términos previstos en el artículo 43<sup>974</sup> de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los artículos 194<sup>975</sup> de la Ley de Amparo vigente hasta el dos de abril de dos mil trece, 220<sup>976</sup> y

---

<sup>972</sup> Esta ambigüedad surge de que en ocasiones pareciera que se considera al nasciturus como un bien constitucionalmente tutelado, pero, por otro lado, se habla del “derecho a la vida del producto de la concepción”, de tal forma que si sólo las personas tienen derechos, entonces el nonato sería persona.

<sup>973</sup> Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, febrero de 2002, página 588.

<sup>974</sup> “ARTÍCULO 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.” Obtenido del Diario Oficial de la Federación de 2 de abril de 2013.

<sup>975</sup> “ARTÍCULO 194.- La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

228<sup>977</sup> de la Ley de Amparo en vigor desde el tres de abril de este año, estos últimos de aplicación supletoria, en 2008 y en 2011 se han sustentado criterios claramente en contra de ella. De hecho, en la publicación electrónica no se observa que la jurisprudencia P./J. 14/2002 haya sido interrumpida o abandonada. Por ende, consideramos carecer de elementos suficientes para evaluar la posición de la Suprema Corte de Justicia en relación a los postulados expuestos en este trabajo sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad.

En agosto de 2008, el Pleno discutió y resolvió la acción de constitucional 146/2007 y su acumulada 147/2007, donde una mayoría de 8 ministros convalidó la reforma al Código Penal del Distrito Federal, donde se estableció como parámetro para definir el tipo penal de aborto, la implantación del embrión en el útero, no así la concepción, además que se excluyó la posibilidad de actualizar ese delito dentro de las primeras doce semanas contadas a partir de la implantación. Es decir, se trató de una ley de plazos. En la minoría se contaron los ministros Aguirre Anguiano, Ortiz Mayagoitia (Presidente) y Azuela Güitrón.

El engrose del asunto correspondió al ministro Cossío Díaz, quien formuló una extensa opinión, en la cual sostuvo que en el texto constitucional vigente en esa época no estaba previsto el derecho a la vida y, por tanto, no podía sostenerse que el nasciturus fuera titular de ese derecho. Sin embargo, esa opinión sólo fue firmada por él, pues el resto de los ministros de la mayoría

---

En todo caso, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las cuales se referirán a las que se tuvieron en consideración para establecer la jurisprudencia relativa.

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación.” Obtenidos del Diario Oficial de la Federación publicado el 30 de abril de 1968.

<sup>976</sup> “Artículo 220. En el Semanario Judicial de la Federación se publicarán las tesis que se reciban y se distribuirá en forma eficiente para facilitar su conocimiento.

Igualmente se publicarán las resoluciones necesarias para constituir, interrumpir o sustituir la jurisprudencia y los votos particulares. También se publicarán las resoluciones que los órganos jurisdiccionales competentes estimen pertinentes.” Obtenido del Diario Oficial de la Federación publicado el 2 de abril de 2013.

<sup>977</sup> “Artículo 228. La jurisprudencia se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie sentencia en contrario. En estos casos, en la ejecutoria respectiva deberán expresarse las razones en que se apoye la interrupción, las que se referirán a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa.” Id.

formularon sus propios votos concurrentes en los cuales se apartaron del engrose. Algunos de estos votos (como el de la ministra Sánchez Cordero y el del ministro Valls Hernández) trataron de conciliar la convalidación de la norma penal con el criterio adoptado en 2002<sup>978</sup>.

Posteriormente, en septiembre de 2011 el Pleno discutió las acciones 11/2009 y 62/2009, en las cuales se impugnaron las reformas constitucionales de los estados de Baja California y San Luis Potosí, respectivamente, en las cuales se estableció que la vida se protegía desde la concepción. Tales acciones fueron desestimadas, porque sólo siete ministros votaron a favor de su inconstitucionalidad. Tales ministros tuvieron opiniones diferentes sobre el tema.

Por estas razones, consideramos no estar en posición de saber cuál es la posición de la Suprema Corte sobre el tema, ni tampoco los razonamientos sobre

---

<sup>978</sup> Estos documentos se encuentran en la página web de la Suprema Corte de Justicia [http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha\\_biblioteca&id\\_article=1074](http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1074), visitada por última vez el 28 de febrero de 2013. En su voto concurrente, la ministra Sánchez expuso “¿Cuáles son los derechos fundamentales que procede ponderar en el presente caso? Por un lado debemos hablar de los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer; y por el otro del derecho a la vida del nasciturus [...] Por las razones anteriores, disiento de las consideraciones que vierte la mayoría en la sentencia sobre la base de considerar, como premisa básica, el desconocimiento del derecho a la vida, y estimo que el análisis debe partir, precisamente, del reconocimiento de ese derecho, como en este voto particular he intentado expresar”. El ministro Valls Hernández, en su concurrencia, efectuó una ponderación de valores: “De esta forma, cuando dichos valores o derechos fundamentales entran en colisión, el legislador debe regular tales supuestos, de manera que la protección de la vida del nasciturus no prevalezca sobre los derechos de las mujeres, pero tampoco éstos sobre aquélla”. El ministro Gudiño Pelayo, refirió que “no hay una sola regla en el texto de la Carta Magna que establezca una protección directa al producto de la concepción, con independencia, o en contra, de la voluntad de la madre” y que la Constitución no prevé disposición alguna que obligue al Legislador a penalizar conductas. El ministro Franco sostuvo que existe derecho a la vida en la Constitución; que abortar se encuentra comprendido en el derecho fundamental a elegir el número de hijos y que el artículo tercero transitorio del decreto de reforma constitucional de mil novecientos noventa y siete a los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Federal, no protege al nasciturus aunque lo refiera como sujeto de la nacionalidad, pues en el quinto transitorio se expuso que el quinto transitorio refiere que se presume concebido al nacido vivo y viable. El ministro Silva Meza sostiene: “El presente voto concurrente, tiene como finalidad, en principio, exponer las razones por las cuales considero que el engrose de la sentencia de las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, por una parte, no refleja la totalidad de los argumentos expuestos por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno en las sesiones en las que se discutió el asunto, además de que incluye algunos que no fueron materia de debate, llegando a conclusiones distintas a las que arribó la mayoría”. El voto concurrente de la ministra Luna Ramos dice que “la despenalización de la interrupción del embarazo a las 12 semanas de gestación establecida en los artículos combatidos, no es un tema de constitucionalidad, pues en la Carta Magna no existe determinación alguna que precise el contenido de las normas regulatorias de estas conductas, precisamente porque se trata de normas de contenido optativo”. El ministro Góngora desarrolló su concurrencia con argumentos similares a los del caso *Roe v. Wade*.

los que se sustenta, por lo cual no podemos confrontarla con los criterios expuestos en este capítulo sobre el derecho que analizamos.

#### **IV.6.3.2 Sentencias de la Corte nacional que operan sobre la posición sintáctica del objeto**

La Constitución mexicana alude al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el artículo 29, párrafo segundo<sup>979</sup>, mas no lo define en forma alguna.

Por esta razón, con fundamento en el artículo 1, párrafo segundo, del mismo ordenamiento supremo, conforme al cual “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, consideramos que su interpretación debe realizarse conforme a lo dispuesto en las declaraciones y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por nuestro país, de donde se sigue que lo expuesto en este capítulo es aplicable en el ordenamiento jurídico nacional.

También es importante mencionar que lo establecido en este trabajo en el sentido de que este derecho es la condición de todos los demás, es plenamente armónico con la prohibición absoluta de suspensión prevista en el artículo 29 constitucional.

En el amparo directo 6/2008, resuelto el 6 de enero de 2009, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia se pronunció respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>980</sup>, el cual, como hemos dicho, deriva de una operación

---

<sup>979</sup> “Artículo 29. [...] En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica [...]”

<sup>980</sup> En el segundo párrafo del artículo 19 constitucional se consigna la facultad de los jueces penales para ordenar la prisión preventiva oficiosamente en ciertos casos, como los relacionados con delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. De este texto, el Pleno derivó el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, como veremos a continuación, este derecho se relaciona con la identidad de las

interpretativa en la posición o función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad.

De esa sentencia derivaron 2 tesis aisladas sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a saber, las de número P. LXVI/2009 y P. LXIX/2009<sup>981</sup>.

En la primera de ellas se sostiene que de la dignidad humana -la cual se concibe como derecho fundamental no como fuente de los derechos-, se deduce el derecho de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, que no es otra cosa que el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por esta razón, se considera que este derecho implica la facultad del individuo a ser como quiera ser y a no ser coaccionado ni controlado injustificadamente. Esta facultad también incluye la posibilidad de cumplir metas y objetivos fijados por el individuo conforme a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.

Con base en lo anterior, el Pleno estimó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer o no matrimonio; procrear o no hijos, así como el número de éstos; elegir la apariencia personal, la profesión o actividad laboral<sup>982</sup>; y la opción a tener la preferencia sexual que estime conveniente, así como su ejercicio.

Concluye la Corte, diciendo que todos los aspectos anteriores son parte “de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente”.

---

personas y con su proyección social, por lo cual nos parece claro que la Suprema Corte ha operado distinciones interpretativas en la función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad.

<sup>981</sup> Publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009 pp.7 y 17.

<sup>982</sup> En este punto, converge con el derecho al trabajo previsto en el artículo 5. Esto nos confirma en que en la función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad se encuentran todos implícitamente todos los demás derechos fundamentales.

En la segunda tesis se refirió que dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentran los derechos a la identidad personal, sexual y de género, pues a partir de estos, el individuo se proyecta frente a sí mismo y frente a la sociedad, razón por la cual la reasignación sexual decidida por una persona transexual, para adecuar su estado psicosocial a su cuerpo, se encuentra en el ámbito del citado derecho.

Sobre la identidad personal, se expone que “el derecho de todo individuo a ser uno mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los demás, es decir, es la forma en que se ve a sí mismo y se proyecta en la sociedad, de acuerdo con sus caracteres físicos e internos y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad y permiten identificarlo”.

En tal definición se implica, “por tanto, la identidad sexual, al ser la manera en que cada individuo se proyecta frente a sí y ante la sociedad desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a sus preferencias sexuales sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, con base en sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y que, de acuerdo a ese ajuste personalísimo en el desarrollo de cada individuo, proyectará su vida en todos los ámbitos, privado y público”.

Sobre identidad sexual se refiere que debe estar basada en “sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer”.

Estos argumentos de la suprema instancia jurisdiccional del país, nos llevan a pensar que, por lo menos en este asunto, se acogió una visión de la personalidad distinta a la liberal y más bien cercana al republicanismo y al comunitarismo. Esto porque la Corte considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no sólo implica libertades individuales, sino la determinación de la manera en la cual una persona se proyecta en sociedad, es decir, algo similar a la presentación de sí de la que habla Luhmann<sup>983</sup>.

---

<sup>983</sup> Supra capítulo III, e).

Asimismo, podemos concluir que en nuestro país la identidad individual forma parte del significado del signo “personalidad jurídica” que satura la función o posición sintáctica objetiva del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por tanto, la identidad sexual es también parte del significado de ese signo, entendida no como una simple asunción transitoria que la persona tiene respecto de sí misma, sino como una que guarda estabilidad perenne en cuanto es parte de la proyección del individuo dentro de la sociedad, la cual se basa en generalizaciones de expectativas que hacen posible el mantenimiento y reproducción de la comunicación<sup>984</sup>. Es decir, la Corte converge con el concepto luhmanniano de la personalidad como la presentación de sí.

## **IV.7 Fallos de cortes internacionales de Derechos Humanos**

### **IV.7.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana emitió la resolución 23/81 el 6 de marzo de 1981, en la cual operó sobre la función o posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en el caso 2141, mejor conocido como “Baby Boy”<sup>985</sup>.

El 19 de enero de 1977, Christian S. White y Gary K. Potter, este último como Presidente de *Catholics for Christian Political Action*, interpusieron una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts, a nombre de “Baby Boy”, quien, se dijo, fue muerto por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin, M.D en el Boston City Hospital después del sexto mes desde la concepción. También se reclamó las sentencias emitidas en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton*, así como su aplicación como precedente efectuada por la Corte Superior de Boston, en la sentencia de apelación que absolvió al referido médico.

<sup>984</sup> Cfr. Luhmann, Niklas y Di Giorgi, Raffaele. “Teoría de la Sociedad”, UIA, México, pp. 141-162. Título original: Teoría della Società.

<sup>985</sup> La sentencia se tomó de la dirección web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141.htm>, visitada por última vez el 6 de marzo de 2013.

Los postulantes refirieron como derechos humanos violados a “Baby Boy”, los previstos en los artículos I (a la vida), II (igualdad), VII (a la protección, cuidado y ayuda al niño) y XI (a la salud) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Por mayoría de cinco votos contra dos<sup>986</sup>, la Comisión resolvió que los Estados Unidos no violaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La opinión de la mayoría fue suscrita, empero, sólo por cuatro, con el voto concurrente razonado de Andrés Aguilar.

En primer lugar, se estableció que la Declaración es vinculatoria para los Estados Unidos. Como miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), bajo la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), está vinculado por la Carta de la OEA (Bogotá, 1948), enmendada por el Protocolo de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, y ratificada por Estados Unidos el 23 de abril de 1968. Por tanto, con base en los artículos 3 (j), 16, 51 (e), 112 y 150 de la Carta, las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos (entre los que se encuentra la Declaración) adquieren fuerza obligatoria.

Sobre el fondo, se sostuvieron dos razones. La primera es que, contrariamente a lo expuesto por los peticionarios, del proceso de creación de la Declaración no se desprende que haya sido intención de los suscriptores atribuir al nasciturus el derecho a la vida. La segunda es que, aun si se tomara como parámetro de interpretación de la Declaración, el contenido del artículo 4 de la Convención, no podría establecerse que el nasciturus tiene derecho a la vida desde la concepción.

El primer argumento expone que de acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México,

---

<sup>986</sup> “Concurrieron en la aprobación de esta Resolución, el Presidente Tom J. Farer, el Segundo Vicepresidente Francisco Bertrand Galindo, y los Doctores Carlos A. Dunshee de Abranches, Andrés Aguilar y César Sepúlveda. El Doctor Aguilar presentó un voto razonado concurrente. Los Doctores Marco Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro presentaron, por separado, votos disidentes. Dichos votos se incluyen como anexos a la presente Resolución.”

1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). En este proyecto se preveía, en el artículo 1, que "toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad".

El grupo de trabajo que estudió el proyecto, sometió un nuevo texto preliminar, que decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

El grupo explicó que este nuevo texto obedecía a los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico, porque la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos.

Este problema derivó, según el grupo de trabajo, de la aceptación del concepto *absoluto* del derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo cual habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica.

El texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión respecto de la redacción del grupo de trabajo, es la supresión de la palabra "integridad".

Por tanto –sostiene la Comisión-, “Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio”.

El segundo argumento de la Comisión consiste en que si se tomara como parámetro de la interpretación de la Declaración, el contenido del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entonces tampoco se podría sostener el derecho a la vida desde la concepción, porque, de una interpretación psicológica sobre las intenciones de los suscriptores de esta última, no puede obtenerse ese resultado.

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945. En el proyecto se volvió a introducir, sobre el derecho a la vida, el concepto de que "este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción."

La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó que el Consejo de la OEA, en cooperación con la Comisión Interamericana, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.

Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, entre otros casos, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro [sic], la Comisión Interamericana volvió a redactar el artículo 2

(derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general".

No obstante que el segundo relator propuso excluir al concebido de la redacción del artículo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en su Opinión (primera parte), es decir, se mantuvo que el derecho a la vida se protegería, en general, desde la concepción.

Con base en lo anterior, la Comisión concluye que

A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.

#### **IV.7.1.1 Consideraciones sobre la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Consideramos que *la resolución del caso "Baby Boy" es contraria al derecho humano al reconocimiento de la personalidad jurídica*, por las razones siguientes:

a) No invoca el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, sino que erróneamente enfoca el problema en el derecho a la vida. Esto, que aparenta ser un argumento sencillo, es más complejo de lo que parece.

Hemos visto en este trabajo que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es, conforme al propio texto aprobado de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, una función de tercer orden, que opera sobre otras tres funciones (las cuales son de segundo orden). Entre estas últimas se encuentra la función o posición sintáctica del titular, o función kelseniana-ferrajoliana.

Esta estructura analítica del derecho al reconocimiento de la personalidad significa, según hemos demostrado, que el problema sobre la determinación jurídica sobre qué es o no es persona para el Derecho, no puede reducirse a la saturación de la función kelseniana-ferrajoliana, pues en ese caso se ignoraría que respecto a esa saturación existe un derecho.

Esto deriva en que toda saturación de la función kelseniana-ferrajoliana está condicionada por un derecho y, por tanto, la forma en que se efectúe la saturación necesariamente puede ser evaluada con base en ese derecho: toda saturación de esa función puede ser válida o inválida, puede o no infringir ese derecho.

Tal conclusión conduce a que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es refractario a la nuda decisión, es decir, a la decisión no basada en razones, sin importar qué órgano la emita (signatarios de declaraciones o convenciones, legislaturas, cortes), son problemáticas para este derecho, más si se suma la intangibilidad de los derechos humanos en general.

Sin embargo, la Comisión Interamericana enfoca la cuestión al derecho a la vida y, por tanto, sólo a la cuestión sobre saturar la función o posición sintáctica del titular, sin considerar que sobre ésta opera una función de tercer grado, es decir, un derecho. Esto es así, pues como vimos en el capítulo III de esta tesis, todo derecho se conforma de tres posiciones o funciones sintácticas y una de ellas es la citada función del titular o kelseniano-ferrajoliana. De esta forma, al enfocarse la cuestión sobre el derecho a la vida, todo se redujo a saturar la referida función, pues el derecho a la vida no opera como derecho sobre la posición o función del titular

Naturalmente, al no considerar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la Comisión dejó de observar todos los criterios formales y semánticos de interpretación que hemos expuesto en este trabajo.

b) El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es refractario al argumento psicológico, sin que esto signifique que éste sea inútil o absolutamente incompatible con aquél.

En el inciso anterior hemos puntualizado que toda saturación de la función kelseniana-ferrajoliana está condicionada por un derecho que opera como función de tercer grado y, por tanto, la forma en que se efectúe la saturación necesariamente puede ser evaluada con base en ese derecho: toda saturación de esa función puede ser válida o inválida, puede o no infringir ese derecho.

Por tanto, incluso la supuesta decisión de los suscriptores de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, puede ser válida o inválida. Es decir, no basta determinar que fue intención de los signatarios saturar la posición o función sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad de forma que se excluyera a los nasciturus, pues esta intención poder ser válida o inválida con base en el texto del derecho al reconocimiento de la personalidad que ellos mismos aprobaron.

En consecuencia, aun cuando fueran claros y contundentes los trabajos preparatorios de las declaraciones o tratados sobre derechos humanos, en el sentido de excluir a determinado ente con caracteres humanos, esto no sería suficiente para establecer concluyentemente que esto debe prevalecer como contenido de la función del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Así, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica es refractario a la interpretación psicológica, la cual sólo podrá considerarse, entonces, como un elemento más para la determinación de cómo se debe saturar la función del titular de ese derecho.

De esta manera, dado que la Comisión sustentó toda su resolución en argumentos psicológicos, infringió el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

c) La interpretación de los tratados en general y de los de derechos humanos, en particular, es también refractaria al argumento psicológico.

De acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>987</sup>, éstos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente atribuible a las palabras empleadas en el texto objetivo, con base en el contexto de éste y el objeto y fin del convenio internacional.

Este mismo artículo establece que el contexto comprende el texto objetivo, el preámbulo y anexos del tratado. Asimismo, incluye todo acuerdo referido al tratado y concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, y todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración, si es aceptado por las demás partes como instrumento referido al tratado.

Junto al contexto, debe considerarse también todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes sobre su interpretación; y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

---

<sup>987</sup> “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Texto tomado de la página web de la OEA [http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf) visitada por última vez el 7 de marzo de 2013.

El artículo 32<sup>988</sup> de la misma Convención establece que los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración son medios complementarios de interpretación, a los cuales podrá acudir para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Todo esto significa que la interpretación de tratados internacionales en general y, por ende, de tratados de derechos humanos en particular, no puede basarse exclusivamente en argumentos psicológicos, es decir, en la dilucidación de la “intención” de las partes plasmada en los trabajos preparatorios o en las circunstancias de suscripción (conferencias o reuniones de grupos de trabajo), que rodearon la celebración del tratado, pues esto es sólo un medio complementario a la interpretación objetiva ordenada por el artículo 31 de la Convención de Viena.

El carácter complementario de este tipo de interpretación ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en los mismos preceptos de la Convención de Viena, en los casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala<sup>989</sup>, Central Hamaní y García Santa Cruz vs. Perú<sup>990</sup> y Vélez Loo vs. Panamá<sup>991</sup>; sin embargo, como adelante veremos, esta Corte ha sido incongruente con estos precedentes, así como en los relativos al derecho a la vida, en el caso Artavia y otros vs. Costa Rica.

---

<sup>988</sup> “32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Id.

<sup>989</sup> Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, No. 63, párrs. 247 y 248.

<sup>990</sup> Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, No. 167, nota al pie 6.

<sup>991</sup> Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 33.

Por tanto, si la Comisión Interamericana sustentó toda su determinación en un argumento psicológico basado en los trabajos preparatorios y en las circunstancias que rodearon la celebración de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entonces efectuó una interpretación inadecuada e insuficiente de estos instrumentos para dilucidar uno de los temas más importantes de los derechos humanos: dar operatividad al derecho que es condición efectiva de los demás, es decir, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

d) Aun si se considerara suficiente el argumento psicológico empleado por la Comisión, no sería concluyente lógica ni retóricamente y, por tanto, el diferencial entre lo no concluyente y la decisión de la Comisión, no está sustentada en razones, es decir, es ideológica.

La Comisión Interamericana refiere que el proyecto de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz estableció que "toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad"; sin embargo, el grupo de trabajo que estudió el proyecto sometió un nuevo texto preliminar: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

Este cambio fue el aprobado y estuvo motivado por los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico, pues la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la *pena capital* y *aborto* en la mayoría de los Estados americanos. De allí concluye la Comisión, que fue intención de los suscriptores excluir del derecho a la vida al *nasciturus* y, por tanto, debe prevalecer como contenido del

derecho a la vida aquél que excluya a estos entes asociados semánticamente a semas vinculados con humanidad (v.gr. /homo sapiens/).

Este argumento tiene tres puntos problemáticos. El primero es que la causa del problema entre los signatarios tiene que ver con el carácter “absoluto” del derecho a la vida.

En la década de los cuarenta, cuando se realizó todo lo referido por la Comisión la semántica de los derechos humanos que ahora existe (y fue explorada en el capítulo III) estaba conformándose. En el capítulo anterior observamos que lo ahora pensado sobre estos derechos tuvo como buena parte de su origen, el trauma de la segunda guerra mundial, que recién concluyó en 1945.

Aunque en Estados Unidos ya se hablaba de “balancing” y de principios, no fue sino hasta después de la segunda guerra mundial que se introdujo a la semántica universal de los derechos humanos la diferencia entre reglas y principios, así como la ponderación de estos últimos: sólo con base en estas distinciones es posible sostener el carácter no absoluto de los derechos humanos. Esto explica por qué para los signatarios de la Declaración Americana, era una preocupación que de considerar a los no nacidos como titulares del derecho a la vida, se podría derogar toda la regulación sobre aborto.

Sin embargo, esta situación estaba superada al momento en que se emitió la resolución en cuestión (1981), por lo cual no puede ser concluyente la intención de los signatarios de la Declaración.

Se aúna a lo anterior, que para los propios signatarios el derecho a la vida no podía considerarse como absoluto, pues si esa hubiera sido su preocupación, entonces también habrían considerado que las causales de justificación, exclusión de responsabilidad y excusas absolutorias del delito de homicidio previstas en los códigos penales de los Estados signantes, correrían peligro con este derecho. Simplemente no es concluyente la intención expresada en los trabajos preparatorios y las circunstancias que rodearon la suscripción de la Declaración.

Igualmente, la Comisión Interamericana deja de observar que el problema generado por la redacción del proyecto no se redujo sólo a la cuestión de los

nascituri, sino también a la manera en que se reguló la pena de muerte. De esta forma, de seguir el argumento de la Comisión, la Declaración Americana excluiría completamente del derecho a la vida a los condenados a muerte, lo que es un contrasentido, pues permitiría que cualquiera pudiera dar muerte a esos condenados.

Además, se deja de considerar los esfuerzos internacionales por abolir la pena de muerte a través de los derechos humanos, de tal forma que si el argumento psicológico de la Comisión se sustenta sobre una equivalencia de aborto y pena de muerte para haber cambiado la redacción del artículo sobre el derecho a la vida, entonces los esfuerzos por terminar esta última, deberían ampliarse a aquél. Para los derechos humanos (en buena parte basados en el reconocimiento de una persona siempre como tal y nunca como “monstruo”), la pena de muerte es casi intolerable, aun cuando el reo haya sido culpable de atrocidades inefables; ¿por qué un nonato podría recibir un trato distinto, aun cuando no fuera persona, sino un animal miembro de la misma especie que las personas? ¿Puede recibir trato de “monstruo”?

Sumamos a esto, que si el problema derivado de la redacción del proyecto fuera solamente el expuesto por la Comisión, entonces no se explicaría porque en el texto definitivo también se excluyó el “derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes”. Si el argumento de la Comisión se siguiera y, por ende, se considerara que la intención de excluir a los no nacidos del derecho a la vida es clara porque se eliminó a éstos del texto definitivo, entonces también se concluiría que los incurables, imbeciles y dementes carecen de ese derecho.

Todas estas razones nos llevan a que los trabajos preparatorios, aun si se consideraran suficientes para una interpretación correcta, no son concluyentes.

Por tanto, existe un diferencial entre la determinación concluyente de la Comisión y las razones sobre las que se fundó. Este diferencial fue ocupado por la ideología oculta de la Comisión. ***Su resolución es ideológica.***

## IV.7.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos

### IV.7.2.1 Sentencias que operan sobre la función o posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

*Todo queda y todo pasa,  
pero lo nuestro es pasar*

Machado

Recién el 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos operó sobre la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; sin embargo, al haber omitido referir a éste, incurrió en importantes imprecisiones, contradicciones graves e inconsecuencias preocupantes, tales que nos llevan a considerar que buena parte de su argumentación es intolerablemente contraria a ese derecho, aun cuando en otra parte es parcialmente conforme a él.

Se trata de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica<sup>992</sup>.

En ese caso se resolvió, por mayoría de siete votos, con la disidencia (en buena parte acertada) del juez Eduardo Vio Grossi, la inconvencionalidad de la sentencia de 15 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

La sentencia de esa Sala resolvió, en síntesis, lo siguiente:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que

<sup>992</sup> El fallo se obtuvo de la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=403> visitada por última vez el 28 de abril de 2013.

aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. (Subrayado fuera del texto original)

La Sala constitucional costarricense declaró la inconstitucionalidad de Decreto Ejecutivo No. 24029-S, no sólo por las razones anteriores, sino también porque el Presidente carece de facultades para restringir derechos humanos, sino que sólo el Congreso, por medio de leyes formales y materiales, pueden realizar esto último, siempre que lo hagan razonablemente.

El referido decreto regulaba la técnica de la fecundación in vitro (FIV) en los siguientes términos<sup>993</sup>:

Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

---

<sup>993</sup> Párrafo 69.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides – para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

El argumento toral de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el siguiente: si está permitida la afectación u omisión de derechos humanos ( $P \sim ddh$ ) es porque existen razones suficientes para el efecto ( $rs$ ); en el caso se afectaron los derechos humanos a la vida privada y familiar ( $dvp$ ), a la integridad personal ( $dip$ ) en relación con la autonomía personal ( $dap$ ), la salud sexual y reproductiva ( $dssr$ ), libre desarrollo de la personalidad ( $ldp$ ), a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico ( $dgpct$ ) y a la no discriminación ( $d \sim disc$ ), sin causa razonable; por tanto, la afectación está prohibida.

Lo anterior se formaliza así:

$$\forall P \sim^{994} ddh \ P \sim ddh \rightarrow rs$$

$$(\sim dvp \ \sim dip \ \sim dap \ \sim dssr \ \sim ldp \ \sim dgpct \ \sim d \sim disc) \rightarrow \sim ddh$$

$$\sim rs \rightarrow \sim P \sim ddh \rightarrow F \sim ddh$$

$$\therefore F(\sim dvp \sim dip \sim dap \sim dssr \sim ldp \sim dgpct \sim d \sim disc)^{995}$$

Este razonamiento es formalmente correcto, pues tiene la forma general del *modus tollendo tollens*. Asimismo, dado que la prohibición de una acción positiva es el contradictorio de una permisión de una acción positiva y, por ende, por

<sup>994</sup> La afectación es una negación, por lo menos en algún aspecto. La afectación no implica necesariamente la invalidez, por lo que la negación u omisión de derechos fundamentales no lleva apodóticamente a la invalidez ni a la prohibición.

<sup>995</sup> Esto se lee: para toda permisión de afectación a derechos humanos, si se da el caso de una afectación a esos derechos entonces necesariamente debe haber razones suficientes para ello (o lo que es lo mismo, si y sólo si hay razones suficientes entonces puede haber permisión de afectación); si se afectan los derechos referidos, entonces se afectan derechos humanos; es el caso que no hay razones suficientes, entonces no está permitido absolutamente afectar derechos humanos, entonces está prohibido afectarlos; por tanto, está prohibido afectar esos derechos humanos.

definición es la negación de la permisión de la conducta positiva ( $Fp \leftrightarrow \sim Pp$ ), entonces la conclusión debe ser una prohibición. Recuérdese que el contrario de una permisión positiva es la permisión de una omisión ( $P \sim p$ ).

El argumento total se compone de tres premisas: 1)  $\forall P \sim ddh \ P \sim ddh \leftrightarrow rs$ ; 2)  $(\sim dvp \ \sim dip \ \sim dap \ \sim dssr \ \sim dlp \ \sim dgpct \ \sim d \sim disc) \rightarrow \sim ddh$ ; 3)  $\sim rs \rightarrow \sim P \sim ddh \rightarrow F \sim ddh$ .

Ahora, la primera premisa es plenamente conforme a la semántica de los derechos humanos que hemos expuesto en el capítulo III, por lo que no merece mayor abundamiento.

La segunda premisa se sustenta, a su vez, en la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que prohibir absolutamente la fertilización in vitro (fiv) (lo cual, según sostiene, fue realizado por la sentencia de la Sala Constitucional) afecta los derechos humanos a la vida privada y familiar (dvp), a la integridad personal (dip) en relación con la autonomía personal (dap), la salud sexual y reproductiva (dssr), a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (dgpct) y a la no discriminación (d~disc), sin causa razonable ( $\sim dvp \ \sim dip \ \sim dap \ \sim dssr \ \sim dgpct \ \sim d \sim disc$ ). Para esto, se debe demostrar que la fertilización in vitro forma parte del objeto de los derechos antes referidos.

Es preciso mencionar que, según se ha mostrado en el capítulo III, las reglas, a diferencia de los principios (Princ), tratan solamente de lo que es posible jurídica y fácticamente, de tal forma que para que una permisión, mandato o prohibición sean absolutos, deben necesariamente revestir la forma de una regla (R).

Asimismo, se aclara que el argumento de la segunda premisa opera directamente en la posición sintáctica o función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad, pues trata del derecho a la intimidad, autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad (dldp) y, sólo en vía de consecuencia, refiere también a la integridad personal (que, en su aspecto de

integridad corporal y mental, indudablemente opera también en la posición que referimos, aunque esté positivado en un preceptos distintos al del derecho al reconocimiento de la personalidad), y a la salud. Igualmente, el derecho a los beneficios del progreso científico y tecnológico fue introducido por la Corte como parte de los primeros tres mencionados.

De esta manera, la estructura formal del argumento que sustenta la segunda premisa, es el siguiente:

$$(dvp \cdot dap \cdot ldp) \rightarrow dgpct$$

$$(dip \cdot dssr \cdot dgpct \cdot \sim d \sim dis) \rightarrow dgpct$$

$$R \text{ Ffiv} \rightarrow \sim dgpct$$

$$\therefore R \text{ Ffiv} \rightarrow [\sim (dvp \cdot dap \cdot ldp \cdot dip \cdot dssr \cdot dgpct \cdot d \sim dis) \leftrightarrow (\sim dvp \cdot \sim dip \cdot \sim dap \cdot \sim dssr \cdot \sim dlp \cdot \sim dgpct \cdot \sim d \sim disc)]$$

La tercera premisa descansa, a su vez, en la negación de existencia de una razón suficiente ( $\sim rs$ ), por lo que nos concentraremos en los argumentos que sustentan esta aserción.

Son dos los argumentos que sostienen  $\sim rs$ . El primero consiste en la proposición de que el no nacido ( $\sim nac$ ) -que a su vez se identifica con el no nacido implantado ( $\sim naci$ ) y, por curioso e incluso desconcertante que parezca, se llega a identificarlo con la mujer embarazada ( $me$ ) - no es persona ( $\forall \sim nac \sim naci \rightarrow \sim per$ ) y, por ende, su vida no está protegida por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ( $\forall protvid \text{ protvid} \rightarrow protper$ ; ( $\forall \sim nac \sim naci \rightarrow \sim per$ )  $\rightarrow (\forall \sim nac \rightarrow \sim protper)$ ;  $\sim protper \therefore \sim protvid$ ).

El segundo argumento es que se pondera que la medida protectora del no nacido contenida en la sentencia de la Corte Constitucional abona o aprovecha en poco el derecho a la vida del no nacido, porque tanto en la FIV como en la fertilización natural existe pérdida (muerte, aunque la CoIDH no le llame así) de no nacidos.

Entonces, la estructura formal del argumento que sustenta la tercera premisa es:

$$[(\sim\text{naci})\rightarrow\sim\text{per}^{996}]\cdot[\text{sentCR}\rightarrow\text{abona vida}\sim\text{naci}\langle(\sim\text{dvp}\cdot\sim\text{dip}\cdot\sim\text{dap}\cdot\sim\text{dssr}\cdot\sim\text{dlp}\cdot\sim\text{dgpc}\cdot\sim\text{d}\sim\text{disc})\rangle]\rightarrow\sim\text{rs}$$

En virtud de que en este apartado se analiza la operación sobre la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se analizarán los argumentos que sustentan que el no nacido no es persona (conclusión parcial que constituye la primera premisa cuya conclusión es  $\sim\text{rs}$ ), para después analizar los argumentos que sustentan la premisa de la ponderación, de tal forma que esto último quede ubicado junto con lo expuesto en el siguiente apartado IV.6.4.2.

Entonces el argumento que se analiza tiene la siguiente estructura:

$$(\forall\text{protvid}\ \text{protvid}\rightarrow\text{protper};\ (\forall\sim\text{nac}\ \sim\text{naci}\rightarrow\sim\text{per})\rightarrow(\forall\sim\text{nac}\rightarrow\sim\text{protper});\ \sim\text{protper}\ \therefore\ \sim\text{protvid})$$

Es decir: para toda protección de la vida ( $\forall\text{protvid}$ ), si se da una protección a la vida entonces se da una protección a una persona; para ningún no nacido es persona, entonces para ningún nacido hay protección a persona; no protección a persona, por tanto no protección a la vida. Este razonamiento tiene la forma del modus tollendo tollens ( $\forall p\ p\rightarrow q; \sim q\ \therefore\ \sim p$ ).

Para concluir lo anterior, la Corte “interpreta” el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este ejercicio “interpretativo” se dividió en cuatro tipos de “interpretaciones”: “interpretación conforme al sentido

---

<sup>996</sup> Nos hubiera gustado decir que la premisa mayor de este argumento fuera que sólo los nacidos fueran persona, pero la CoIDH no tuvo la gentileza de exponer con claridad cuándo la “humanidad”, que posiblemente flote en el aire o el mundo de la cultura, tiene a bien a insuflar al homo sapiens para informarlo y darle la esencia de lo humano (menuda metafísica ésta). De cualquier forma, aun cuando esta metafísica fuera defendible, no deja de ser preocupante que la CoIDH no ponga límite a la discusión para dejar, por lo menos, a los nacidos a salvo de la duda sobre su humanidad y personalidad. Esto parece tema baladí, sin embargo, si se considera que los liberales que asumen las posturas de Rawls y Dworkin ponen la razón como esencia de lo humano, y ésta no necesariamente se predica de los recién nacidos ni de todos los nacidos (por lo menos no en igual grado o, en algunos casos, graves, en ningún grado).

corriente de los términos” (icsct), “interpretación sistemática e histórica” (ish), “interpretación sistemática de la convención americana y de la declaración americana” (iscd), “interpretación evolutiva” (ie), e “interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado” (ifof).

Entonces:

$(icsct \cdot ish \cdot iscd \cdot ie \cdot ifof) \rightarrow (\sim naci \rightarrow \sim per) \cdot [\sim naci \rightarrow (proteccion \sim naci \rightarrow gradual)]$ .

Los argumentos que, a su vez, sustentaron el contenido de cada una de las cinco interpretaciones mencionados (icsct, ish, iscd, ie, ifof) son:

a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos. Para determinar el sentido corriente de la palabra “concebido” se acude a la semántica médico-científica (smc). Los datos médico-científicos actuales desahogados en el juicio (principalmente el dictamen de Fernando Zegers-Hochschild y sólo para cuestiones secundarias se acudió a otros) establecen que existen dos teorías sobre el significado de “concepción” (concep2012). Una de ellas sostiene que comienza con la fecundación y, la otra, con la implantación. Si el ser fecundado (fecun) no se llega a implantar, entonces no tendrá posibilidad alguna de desarrollarse, es decir, morirá. En cambio, si logra implantarse (implant), entonces tendrá posibilidades de desarrollarse, es decir, no necesariamente morirá. Si se considera que, conforme a los datos científicos actuales (2012) por “concepción” se entiende “fecundación”, entonces se da razón a las posiciones que atribuyen a los embriones cualidades metafísicas, cuando lo cierto es que no es válido imponer posiciones de este tipo en una sociedad plural. Excluida esta opción, entonces resulta que por “concepción” debe entenderse “implantación”.

De acuerdo a la semántica científica, el significado actual de “concepción” es distinto del significado que existía al momento de ser aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que debe prevalecer como significado de “concepción”, para efectos del artículo 4.1 de la citada Convención, el que identifica ese término con “implantación”.

Esto se formaliza:

$\{[(fecun \cdot \sim implant) \rightarrow muerte] \cdot (implan \rightarrow muerte \vee \sim muerte)\} \cdot \{[(fecun \leftrightarrow concep2012 \rightarrow metafísica) \rightarrow \sim fecun] \cdot [(concep2012 \leftrightarrow fecun \leftrightarrow implantación) \rightarrow \sim fecun] \cdot [implantación \leftrightarrow concep2012; (concep2012 \leftrightarrow concep1969); concep2012 \cdot \sim concep1969] \rightarrow smc \rightarrow \underline{icsct}$

b) Interpretación sistemática e histórica. Primero se sostiene que los trabajos preparatorios son una fuente para establecer el sentido especial que las partes den a los términos que empleen en el tratado, por lo que son un medio de interpretación previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la vez que también es un medio de interpretación subsidiaria previsto en el artículo 32 de la misma convención.

Prosigue la CoLDH con que todas las disposiciones de la Convención Americana (dispConvAm) y de la Declaración Americana (dispDeclAm) que contienen la frase “toda persona”, excluyen al nasciturus. Si por “concebido” se entiende implantación y ésta sucede solamente en el cuerpo de la mujer, entonces la protección al “concebido” se entiende fundamentalmente a favor de la mujer embarazada. Esto es conforme al contenido del artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador. Entonces, no está prohibido considerar que la protección al concebido consiste en la protección a la mujer embarazada. Esto se formaliza:

$[(P \quad \text{trabprep} \rightarrow \text{sentidoespecial} \quad \vee \quad \text{subsidiaria}; (\text{trabprepdeclamer} \cdot \text{trabpredeclamer} \rightarrow \sim \text{sentidoespecial})] \cdot \{[\forall \text{dispConvAm} \cdot \text{dispDeclAm} \rightarrow (\sim \text{naci} \rightarrow \sim \text{per})] \cdot [(concep2012 \leftrightarrow implant) \cdot (implant \rightarrow \text{cuerpomujer})] \rightarrow (concep2012 \leftrightarrow \text{cuerpoembarazada}) \cdot [(\text{protecconcep2012} \leftrightarrow \text{protecembarazada}) \cdot \text{art15.3.aProtSS alv} \rightarrow \sim F(\text{protecconcep2012} \leftrightarrow \text{protecembarazada})] \rightarrow \underline{ish}$

La Corte refiere que de la interpretación conforme al sentido corriente de los términos y la interpretación sistemática e histórica se sigue que la frase “en general” significa que la protección a la vida del concebido no es absoluta sino gradual e incremental. Esto se formaliza:

$\{(icsct \cdot ish) \rightarrow [(\text{“engeneral”} \leftrightarrow (\text{protecvida} \sim \text{naci} \rightarrow \sim \text{noabs}))] \cdot \text{noabs} \rightarrow \text{gradual}; \cdot [(\text{protecvida} \sim \text{naci}2012 \leftrightarrow \text{gradual})]$

c) Interpretación sistemática de la convención americana y de la declaración americana. De los trabajos preparatorios de la Declaración Universal se sigue sólo la protección a los nacidos, y de su contenido se obtiene que persona es todo ser humano y que el no nacido no es humano ni persona. Asimismo, de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se sigue que los no nacidos no son personas. Esto se verifica con el contenido de las recomendaciones 6 y 17 del Comité de Derechos Civiles y Políticos, los cuales no refieren protección a la vida del nasciturus y, en cambio, sí prohíben la emisión de leyes que restrinjan el aborto. Por tanto, el Pacto citado no protege de forma absoluta la vida del nonato.

La Comisión para la eliminación de la discriminación contra la mujer (ComEDAW) ha interpretado la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer (ConvEDAW) en el sentido de que ésta obliga a dar más peso al derecho de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida del nonato.

Los artículos 1 y 6 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) definen al niño como el ser humano menor de dieciocho años. El preámbulo de esa Convención establece la protección del no nacido, pero los trabajos preparatorios establecen que el preámbulo no es un canon válido de interpretación; por tanto, la Convención de los derechos del Niño no reconocen al nasciturus como persona.

De todo lo anterior se sigue que de la interpretación sistemática de la Convención y Declaración americanas se obtiene que el no nacido no es persona. Esto se formaliza:

$\{(trabprepDeclUniv \leftrightarrow protecnac) \cdot [(DeclUniv \rightarrow (humano \leftrightarrow pers))] \rightarrow (\sim naci \rightarrow humano \downarrow pers)\} \cdot \{(trabprePIDCP \rightarrow (\sim naci \rightarrow \sim pers)) \cdot (recomen6 \cdot recomen17 \rightarrow F \text{ leyesrestricaborto}) \cdot PIDCP \rightarrow protecvidanoabs \sim naci\} \cdot [ComEDAW \rightarrow (igualdad \rightarrow O \text{dermujer} > interés \text{protecvida} \sim naci)] \cdot \{[Art. 1 \cdot 6 \text{CDN} \rightarrow (\niño \leftrightarrow serhumano < 18 \text{años})] \cdot (PreamCDN \rightarrow protec \sim nac) \cdot (TrabprepCDN \rightarrow Preamb \sim cano \text{ninterpret}) \rightarrow [CDN \rightarrow (\sim naci \rightarrow \sim per)]\} \rightarrow \text{iscd}$

d) Interpretación evolutiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en diversos precedentes, que la Convención Europea de Derechos Humanos no reconoce personalidad al no nacido, pero que en nombre de la dignidad humana se justifica proteger su vida. El artículo 18 del Convenio Europeo para la Protección de la Dignidad Humana y la Aplicación de la Biología y la Medicina permite la fertilización in vitro y establece excepciones a ésta. Por otro lado, algunos países americanos, salvo Costa Rica, permiten la fertilización in vitro, entonces para estos países americanos existe la práctica de interpretar en artículo 4.1 de la Convención Americana en el sentido de que permite la FIV y que no es absoluta sino gradual e incremental la protección a la vida del nasciturus.

Esto se formaliza:

{TEDH→[CEDH→(~naci→~pers)·(protecvidprenat→dignidhuma)]·(art18CE ProtDHDigHumAplicBiolMedi→P FIV·ExcepFIV)}·{(∃paísesamericanos·~CR→P FIV)→ [∃paísesamericanos·~CR→(prácticainterpArt4.1→P FIV·~protecabsvidprenat·protecvidprenatgradual)→ **ie “interpretación evolutiva”**}

e) Interpretación más favorable y conforme al objeto y fin del tratado. Se establece que de las anteriores interpretaciones se sigue que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la protección de la vida de manera no absoluta y la protección de otros derechos humanos. Entonces, de una ponderación puede derivarse que algún principio en determinadas circunstancias prevalezca sobre el principio de la protección a la vida prenatal; entonces, están permitidas algunas excepciones a la protección de la vida del nasciturus.

Asimismo, este tipo de interpretación favorece el análisis de lo que se ha determinado sobre el tema en el derecho comparado. De esta manera, de la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 88, 203 de 1993, de la sentencia Roe v. Wade, de los fallos pronunciados por la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema de Justicia argentina y la Suprema Corte de Justicia mexicana en la acción de inconstitucionalidad 46/2007, se deriva que no

existe protección absoluta de la vida y que la protección de la vida prenatal constituye sólo un interés, no un derecho.

A esto se suma que de una ponderación puede resultar que, en determinadas circunstancias (C) prevalezca un determinado principio (Princx) sobre el Principio de la protección de la vida prenatal.

Esto se formaliza:

{icsct . ish . iscd .  
 ie→[finart4.1↔(protecvida·protecddh·~protecabsvida)]}→[(Princx P  
 Princvidaprenat) C →P ∃exceprotecvidprenat}· {(BVerfGE 88,  
 203·SentTCE·RoewWade·SentCCColomb·SentCSJArg·AIC46/2007)→[~protecabs  
 vida·(protecvidprenat↔interés)· [(Princx P Princvidaprenat)C]}→**ifof**  
**(“interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado”)**

Por tanto, la CoIDH concluye que de los cinco métodos aplicados de interpretación referidos, se deriva que el no nacido no es persona y que, si bien existe el interés de la protección de su vida, esto no es en términos absolutos, sino que, en determinadas circunstancias puede prevalecer sobre este interés algún derecho o algún otro interés.

Establecida la posibilidad de la ponderación, ahora precisamos cuáles fueron los derechos respecto de los cuales se confrontó el interés de proteger la vida del no nacido. Estos derechos fueron obtenidos por la CoIDH de operar (inconscientemente) en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad.

La Corte deriva el derecho al libre desarrollo de la personalidad del derecho a la protección de la vida privada deriva del artículo 11 de la Convención Americana, el cual requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar; prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Este derecho

abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior [...] La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, refiere la Corte que el artículo el artículo 7 de la Convención Americana establece, conforme a una interpretación amplia, un concepto de libertad como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, lo cual significa el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Esto también es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte sostiene que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”, por lo que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

Por otra parte, respecto al derecho a la vida familiar, la Corte consideró que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria: el 11.2 y el 17. Este último reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. Este derecho implica, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Este es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. Este derecho incluye el de fundar una familia el cual, a su vez, contiene el derecho de procrear.

Sobre el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16, inciso e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por tanto, “la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”.

Por su parte, el derecho a la integridad personal se vulnera cuando ocurren situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. “Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud”.

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, por lo que entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Este derecho incluye el acceso a las técnicas de fecundación in vitro, porque implica “los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables”.

Además, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva están relacionados con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Se trata, entonces, del derecho al goce de los beneficios del progreso científico, el cual está contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. “Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda

persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones”.

Establecidos los derechos a la vida privada (que se identifica con el libre desarrollo de la personalidad), a fundar una familia, a la autonomía reproductiva y a beneficiarse del progreso científico, y el interés a la protección gradual e incremental de la vida del concebido (que en alguna parte se identificó con la protección a la madre embarazada), se procede a efectuar el juicio de ponderación.

La CoIDH sostiene que la prohibición a la fecundación in vitro establecida por la Sala costarricense, tendría que “lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia”. Este balance comprende el análisis del grado de afectación de uno de los bienes en cuestión, mediante la determinación de la intensidad de la afectación (grave, intermedia o moderada), la importancia de la satisfacción del bien contrario, y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

En la sentencia se sostiene que la prohibición de la FIV bajo el sustento de proteger el interés de la vida del concebido, interfiere severamente con el derecho a la vida privada y familiar, a la autonomía personal y los derechos reproductivos, porque las parejas tuvieron que modificar su curso de acción respecto a la decisión de intentar tener hijos por medio de este procedimiento. Esta injerencia impidió que “fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos”. Esta medida también impactó en la intimidad de las personas, pues, “en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada”. Asimismo, la prohibición afecta en alto grado a quienes sólo pueden procrear por medio de la FIV. Todo esto también afecta la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada.

La prohibición de la FIV también involucra una interferencia severa, pues significa una discriminación indirecta, al impactar desproporcionadamente en la

discapacidad, el género y la situación económica de las personas. La Corte analiza la violación al derecho a la igualdad y no discriminación en el marco del artículo 1.1 de la Convención en relación con los artículos 11.2 y 17 del mismo ordenamiento, y no del artículo 24, porque están relacionados los derechos a fundar una familia.

Sobre la discapacidad, se expone que, según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso [...]. [G]enera angustia, depresión aislamiento y debilita los lazos familiares”. En términos similares se expresó la perita Garza y la Asociación Médica Mundial. El artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. El artículo 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé el derecho de las personas discapacitadas a recibir atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. A estos derechos corresponden deberes del Estado, no limitados a la abstención de transgredirlos, sino extendidos al imperativo de “adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”, es decir, se debe “propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad”. Por tanto, “la Corte considera

*jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.*

Así, el derecho al reconocimiento de la personalidad tiene por objeto considerar un individuo como titular de derechos y obligaciones, por lo que su violación hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares; por ende, el deber correlativo del Estado es procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.

Por ende, esta lectura del derecho al reconocimiento de la personalidad, implica una proyección del objeto del derecho hacia su titular, es decir, la atribución del objeto “personalidad” al titular. Entonces, esta interpretación del derecho referido opera distinciones en la función o posición sintáctica del objeto y de allí se proyecta hacia la del titular.

Ahora bien, de la jurisprudencia de la CoIDH, se desprende que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica no sólo comprende la lectura dirigida al elemento subjetivo de ese derecho, sino también contempla otras lecturas que no implican la proyección del objeto al sujeto, sino la proyección del objeto a otros interpretantes (utilizando la nomenclatura de Peirce<sup>997</sup>) que desarrollan el significado de “personalidad”; es decir, lecturas que interpretan el contenido y alcance del elemento objetivo del derecho. En otras palabras, esas diversas lecturas desarrollan el concepto de personalidad y lo proyectan en direcciones diferentes a las de la lectura primaria antes referida, de tal forma que en esas lecturas “secundarias” encuadran las cuestiones sobre la forma o manera en que debe reconocerse la personalidad, no ya sólo la necesidad de reconocerla.

En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2000, se resolvió un caso similar al anterior, con parecidos criterios sobre el derecho en cuestión.

En la sentencia de 8 de septiembre de 2005, dictada en el caso de la niñas *Yean Bosico vs. República Dominicana*, la CoIDH vinculó el concepto de

---

<sup>997</sup> Supra capítulo I. 3.1.3.1.

que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”.

En relación con la discriminación indirecta en relación con el género, la CoIDH consideró que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres. Respecto a la situación de las mujeres infértiles, se observa que la OMS ha señalado que si bien el papel y la condición de la mujer en la sociedad no deberían ser definidos únicamente por su capacidad reproductiva, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad, por lo que en estas situaciones el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo. Asimismo, es discriminatorio que “la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres.” A esto se suma que las técnicas del FIV operan en el cuerpo de las mujeres, de tal forma que “[a]unque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas”. Pero los estereotipos de género también afectan al hombre, pues la suele asociarse a la masculinidad la potencia para procrear.

También existe discriminación indirecta en relación con la situación económica, pues la prohibición impulsaba a las parejas a salir de Costa Rica para practicarse la FIV.

Las graves afectaciones referidas se confrontan con el grado de provecho que la prohibición de la FIV reporta al interés de proteger la vida del concebido. Se expone que la Sala costarricense justificó la medida por la elevada pérdida de embriones que implica el procedimiento. Sin embargo, la CoIDH estimó que el Decreto invalidado por la Sala prohibía desechar o eliminar embriones o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes, por lo que establecía

medidas “para que no se generara un ‘riesgo desproporcionado’ en la expectativa de vida de los embriones.” Además, se observa que “existe un debate científico sobre las tasas de pérdida de embriones en el proceso natural y de reproducción asistida”, pues el perito Zegers-Hochschild señaló que “[l]a información científica generada enseña que “la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, [sino] ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza”, y que “[e]n mujeres que poseen óvulos sanos, la posibilidad de concebir a partir de un embrión generado *in vitro* no se diferencia de uno generado de manera espontánea”; mientras que la perita Garza manifestó que “la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor de 90%” aunque “es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales, ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazos tempranos” y perito Caruso aseveró que “la tasa de pérdida es mucho más alta” en la FIV que “en la concepción natural”.

La ColDH manifestó que no le corresponde “determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte”, pero constata que “la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones”, por lo que es “desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV” y “comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa *proteger* el derecho a la vida de lo que significa *garantizar* el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer

[...]”. Entonces, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

Esto lleva a concluir que si la protección al embrión por medio de la prohibición de la FIV es limitada y moderada, mientras que la afectación a los derechos a la vida privada (libre desarrollo de la personalidad), a fundar una familia y a la salud reproductiva es severa, entonces deben prevalecer éstos sobre aquél interés.

#### **IV.7.2.2 Sentencias que operan sobre la función o posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica**

Hemos visto en el apartado inmediato anterior, que la sentencia del caso *Artavia y otros vs. Costa Rica* operó también en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (derecho a la vida privada), aunque sin referir a este derecho. Esto se afirma porque se trató del derecho al desarrollo libre de la personalidad, al cual se adscribió el derecho a la procreación, a fundar una familia y a acceder a los beneficios del progreso científico. A continuación se refieren sentencias donde se refiere explícitamente a este derecho y que, conforme a lo argumentado en este trabajo, se entiende que se operó en esta función del objeto.

En el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, la CoIDH se pronunció sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad, en los párrafos 155 y 156:

*155. En cuanto a la alegada violación del artículo 3 de la Convención Americana (supra párr. 147), la Corte ha considerado que el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que se reconozca a la persona,*

*[e]n cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales[, lo cual] implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales].*

*156. Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer, por lo que la violación de aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones*

personalidad con uno de sus atributos, a saber, el de la nacionalidad, por lo que negar ésta, implica negar totalmente aquella. Es decir, también se operó sobre la posición o función objetiva del derecho al reconocimiento de la personalidad.

A nuestro parecer, este argumento es lógicamente impropio, pues para que el silogismo sea válido, se requeriría que la distribución de “nacionalidad” a “personalidad” fuera completa, es decir, que para que haya personalidad deba haber nacionalidad. Esto no es el caso, pues los apátridas, aun cuando en condición vulnerable, sí son personas, aunque siempre serán extranjeros.

Sin embargo, nos parece que esta incorrección es minúscula, pues como hemos visto al inicio de este capítulo, la negación de personalidad implica un menoscabo al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y no se necesita que se atente contra toda la complejidad de este derecho para considerarlo violado.

Asimismo, hemos visto que este derecho tuvo parte importante de su origen en la situación de apatridia en que se sumió a grandes colectivos de individuos de la especie humana, de tal manera que dejar en esta situación tan vulnerable a un individuo, sin duda infringe el derecho al reconocimiento de la personalidad.

Por tanto, consideramos que el argumento de la sentencia referida merecería solamente una complementación.

En los casos Comunidad Indígena Sawhoyamaya y Pueblo Saramaka, resueltos respectivamente el 29 de marzo de 2006 y el 28 de noviembre de 2007, se extendió el derecho de reconocimiento a la personalidad jurídica a las comunidades indígenas, como condición para la mejor protección de los individuos que las componen, es decir, como un derecho derivado del individual.

Sobre este punto, no podemos dejar de mencionar que, conforme a los artículos 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y 3 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, podría derivarse el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de los citados

pueblos de manera directa, sin tener que derivarlo del derecho que tienen los individuos.

Esto significa que esta sentencia podría también ubicarse entre aquellas que operan distinciones en la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica; sin embargo, la argumentación de la Corte Interamericana deriva el derecho de las comunidades indígenas a este reconocimiento, del derecho de los individuos a lo mismo, por lo cual la operación interpretativa se termina realizando en la posición del objeto del derecho de estos últimos.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, resuelto el 24 de febrero de 2011, la CoIDH determinó que el derecho al reconocimiento de la personalidad se transgrede si el Estado niega de alguna forma la integración de la identificación del individuo, así como su nombre. Es decir, establece como parte del significado de personalidad, los atributos de “identidad”, “nombre”, “nacionalidad” y “relaciones de familia”. Esto nos basta para ubicar este fallo en la presente categoría.

En cuanto al nombre, en el párrafo 127, la CoIDH asume la existencia de un derecho autónomo (por ende no necesariamente dentro del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, aunque relacionado con él),

reconocido en el artículo 18 de la Convención y también en diversos instrumentos internacionales”, el cual es “un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado[...] Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona, que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido.

Por su parte, en el párrafo 123 se refiere que “la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos [...] señaló ‘que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica [...]”

Por tanto, conforme a la interpretación del elemento objetivo del derecho al reconocimiento de la personalidad, la identidad individual forma parte de él, por lo cual atender con ésta significa infringir aquél.

### **IV.7.3 Consideraciones sobre las sentencias de la Corte Interamericana relacionadas con el derecho al reconocimiento de la personalidad**

#### **IV.7.3.1 Sobre los aspectos de la sentencia Artavia y otros vs Costa Rica**

Esta sentencia es, en el aspecto en que operó sobre la posición o función sintáctica del titular, incongruente internamente y respecto a los precedentes de la propia Corte; mendaz, por cuanto ostenta realizar una “interpretación”, cuando en realidad efectuó un uso ideológico (inventio y dispositio ideologica<sup>998</sup>) del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y, en suma, contraria al derecho al reconocimiento del derecho de la personalidad, aunque esto se modera un poco por virtud de la ponderación efectuada. Esto se afirma, sin tener que conceder que este derecho obligue a reconocer la personalidad al nasciturus. En otras palabras, aquí no sostenemos que exista esta obligación pues para ello se precisa la realización del esfuerzo multidisciplinario, pero aun así, el fallo Artavia es contrario al derecho que analizamos<sup>999</sup>.

a) La ColDH otorga un peso excesivo a los trabajos preparatorios para la interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño\*.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados precisa, según vimos, la regla general de interpretación de los tratados, el cual versa sobre el texto del instrumento, el contexto del tratado, los acuerdos objetivos tomados por las partes y la práctica que hayan seguido las partes en la aplicación del tratado. Es decir, esta interpretación opera sobre el articulado, el preámbulo y

<sup>998</sup> Supra digresión de apartado IV.6.1.1.1.

<sup>999</sup> Con un asterisco aludiremos a argumentos que también fueron apuntados en el voto disidente del juez Vio Grossi. Cabe aclarar que en ese voto no se hace alusión al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

anexos del tratado, los acuerdos tomados con posterioridad sobre el tema y la forma en que las partes cumplan los tratados.

Por su parte, el artículo 32 de la misma Convención establece que los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración son medios complementarios de interpretación, a los cuales podrá acudir para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Por ende, esta interpretación subsidiaria versa sobre los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

Empero, la CoIDH considera que los trabajos preparatorios son un medio idóneo para determinar cuál es el sentido especial de los términos (que es una excepción a acudir al sentido corriente de éstos, según el artículo 31). Es decir, establece que los trabajos preparatorios no sólo son medios complementarios sino que también pueden ser medios de interpretación conforme a la regla general del artículo 31. Esto es contrario a los preceptos citados.

La Convención de Viena distingue con claridad la regla general de interpretación de los medios complementarios y también refiere que es posible (“se podrá”) acudir a ellos (“en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”), para confirmar la interpretación resultante prevista en el artículo 31 o para determinar cuál de las opciones resultantes del ejercicio efectuado conforme a la regla general. Esto nos lleva a que la relación que existe entre la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios, es la que existe entre regla general y excepciones.

Ahora, la ocurrencia de las excepciones excluye necesariamente la ocurrencia de la regla general, pues comparten con ésta los mismos ámbitos de validez. Hay, pues, una relación de contradicción lógica entre ellas: no pueden ser verdaderas ambas al mismo tiempo y en el mismo sentido. Por esta razón, si la excepción fuera interpretada en términos laxos, excluiría totalmente a la regla

general y tomaría su lugar, es decir, devendría en regla general, pues coincide en el tiempo y en el sentido con la regla general de la cual es excepción y, por tanto, no podrían coexistir. Entonces, para que ambas puedan coexistir, deben diferir en el tiempo, en el sentido o en ambos.

El artículo 32 establece una diferencia en el tiempo, es decir, la consistente en que los medios interpretativos complementarios pueden ser utilizados si hay ambigüedad en la interpretación conforme a la regla general o para confirmar ésta. Dado que es necesario vedar a la contradicción lógica toda posibilidad de ocurrencia, entonces la diferencia en el tiempo debe estar claramente delimitada. Por esta razón, es preciso introducir el adverbio “sólo” o “solamente”, de tal manera que la diferencia en el tiempo quedaría: “los medios interpretativos complementarios pueden ser utilizados si y sólo si hay ambigüedad o es necesario confirmar la interpretación efectuada conforme a la regla general”.

En efecto, sólo la doble condicionalidad entre la excepción y la diferencia en el tiempo o en el sentido respecto de la regla general, se puede lograr la coexistencia entre la norma general y la excepción, porque únicamente así se limita la excepción de tal forma que permita que en la mayor parte de los casos aplique la regla general y, en los menos, la excepción. Es decir, la excepción debe identificarse con sus límites, ser lo mismo que éstos, no así la regla general, para la cual uno de sus límites es el de sus excepciones, pero no sólo éstos (por lo menos a priori). Si no se emplea la doble condicionalidad, entonces queda abierta la posibilidad de que la excepción y la regla general coincidan en el tiempo y en el sentido y, por ende, devendría la contradicción lógica.

Esta misma disposición establece también una diferencia en el sentido. Los medios interpretativos generales versan sobre el texto, el articulado, el preámbulo y anexos del tratado, los acuerdos tomados con posterioridad sobre el tema y la forma en que las partes cumplan los tratados. Hemos probado que la regla general no tiene que identificarse necesariamente con sus límites para evitar la contradicción, razón por la cual apriorísticamente sólo se puede sostener que entre la interpretación conforme a la regla general y aquello sobre lo que versa,

existe una relación de condicionalidad simple. Pero el artículo 32 establece que la interpretación complementaria versa sobre los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración; por tanto, dado que esta interpretación debe identificarse con sus límites (doble condicionalidad) porque de no hacerlo invadirían el ámbito de la regla general y la excluirían, entonces los trabajos preparatorios no pueden considerarse bajo ninguna circunstancia como un medio sobre el cual pueda versar la interpretación conforme a la regla general.

Con esto queda claro en qué consistió el error de la CoIDH: ésta reconoce correctamente que la regla general tiene una relación de condicionalidad simple con el texto, el articulado, el preámbulo y anexos del tratado, los acuerdos tomados con posterioridad sobre el tema y la forma en que las partes cumplan los tratados, por lo cual, por lo menos apriorísticamente, es posible que verse sobre otros elementos; sin embargo, de aquí sigue, sin mayor argumentación, que es posible considerar que los trabajos preparatorios son un medios que también puede formar parte de los elementos sobre los que puede operar válidamente la interpretación general, sin tomar en consideración que si el artículo 32 reserva los trabajos preparatorios para los medios complementarios y éstos deben identificarse con sus límites (temporales: cuando haya ambigüedad o sea preciso confirmar; sentido: sobre trabajos preparatorios y circunstancias de celebración), entonces los trabajos preparatorios sólo pueden formar parte de la interpretación complementaria y, por ende, nunca de la interpretación conforme a la regla general.

Pero la CoIDH fue todavía más lejos. Desestimó el texto claro del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño a favor del texto de los trabajos preparatorios, de tal forma que de estos obtuvo la exclusión de aquellos como método de interpretación conforme a la regla general. La CoIDH hizo privar un elemento de interpretación complementaria excepcional, sobre un elemento de interpretación conforme a la regla general.

Por otro lado, es curioso observar que dar un peso excesivo a los trabajos preparatorios no deja de implicar dar un peso excesivo a la “intención” de las partes: la CoIDH se comportó como auténtica originalista.

b) La CoIDH no interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que usó ese artículo para sus fines ideológicos particulares.

En el capítulo I se expuso que la interpretación de textos se da cuando se determina la estructura semántica de éste, es decir, cuando se identifican las isotopías sobre la cual se construye la selección de rasgos semánticos de las palabras. Esto es así, porque a priori no es posible determinar qué semas o componentes semánticos actualizan los signos, ni cuál es el carácter que juegan en su significado o semema (esto es, como semas denotativos o inherentes, o connotativos o aferentes). Las isotopías son recurrencias o repeticiones de sememas (significados asignados a un morfema o plano de expresión) o de semas (componentes o rasgos que componen el semema).

También se expuso que no se interpreta un texto, sino que se usa, cuando no se reconstruye el texto conforme a las isotopías que constituyen su estructura objetiva. Esto obedece a que, debido al fenómeno de la semiosis ilimitada, todo signo puede llegar a relacionarse, directa o indirectamente, con cualquier otro, de tal manera que si uno se acoge al significado abstracto de cada palabra, las posibilidades de significación (información) sería tan alta que simplemente toda atribución de significado sería posible y, por ende, la comunicación sería imposible.

Todo esto tiene como corolario que la interpretación de textos no se reduce a la interpretación de palabras aisladas, sino que, más bien, se conoce el significado efectivo y textual de las palabras aisladas sólo si se reconstruyen las isotopías del texto y, conforme a esto, se determina qué semema, qué componentes semánticos y qué carácter tienen éstos, son evocados

concretamente con mayor grado de probabilidad por las palabras empleadas efectivamente en el texto.

Entonces, la CoIDH determinó erróneamente cuál era la controversia, al sostener que ésta se reducía a determinar cuál es el significado aislado de las palabras “concebido”, “humano” y “en general” conforme al “sentido corriente de los términos”. Antes bien, para interpretar, debía analizar qué sememas son más reiterados en la Convención para determinar las isotopías que lo constituyen como texto y, después, reconstruir el del artículo 4.1 de ese instrumento internacional para determinar cuál es la posición que en éste tiene “concebido” y establecer cuáles son los semas que de manera más probable puede evocar (v.gr. “titular”, “derechohabiente”, “bien jurídico”, “protegido” etc.).

Esta desviación explica mucho de los demás errores que hemos expuesto y seguiremos exponiendo de la sentencia del caso Artavia. Al establecer que la cuestión es determinar qué debe entenderse por “concebido”, la CoIDH acude primero al diccionario de la real academia y a la semántica médico-científica, sin considerar que un texto jurídico encuentra en primer lugar su caudal semántico en los lenguajes que componen el sistema jurídico (lenguaje del legislador, de los jueces y de la dogmática y teoría jurídica).

Es verdad que estos lenguajes no aportan el significado de “humano” para establecer si éste es reiterado o recurrido en el semema o significado de “concebido”; sin embargo, sí aportan cuáles son las posiciones que puede guardar “concebido” respecto de otros significados jurídicos, por ejemplo, como bien jurídicamente tutelado sobre el que sólo haya un interés o como titular de derechos. Entonces, cabía determinar cuál de esas dos opciones es recurrida o reiterada como isotopía en el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos y, si ambas son isotópicas, entonces cuál tiene un carácter dominante respecto de la otra<sup>1000</sup>.

---

<sup>1000</sup> Esto no es nuevo en el Derecho. Los argumentos sistemáticos hacen mucho uso de la determinación de recurrencias y de su interrelación. Por ejemplo, los argumentos a rubrica y sedes materia, asume que la isotopía se determina en el nombre del título o capítulo, de tal forma que el

En la Convención Americana el semema –interés- es evocado directamente por la palabra “interés” en los artículos 15, 16, 17, 21, 22, 30 y 57. En los primeros dos y en el penúltimo se asocia a “general”, en el 21, a “social” y en el último, a interés en el juicio que resuelva al CoIDH. En el 17 se habla del interés de los hijos, es decir, en el interés que tiene una persona no a que la persona sea objeto de interés. Asimismo, el semema –bien- es evocado directamente en los artículos 21 y 32. En el primero se le da la posición de objeto del derecho a la propiedad privada y en el segundo, se le asocia con el bien común. Por ende, es poco probable que en el artículo 4.1 “concebido” actualice denotativamente los semas /bien tutelado/ e /interés/, sin perjuicio que éstos sean connotados o bien, que puedan ser interpretantes<sup>1001</sup>.

Por otro lado, parece claro que los sememas –humano- y -persona- son tal vez aquellos que más se reiteran o recurren en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual es más probable que “concebido”, dada la posición que se le da en el enunciado normativo del artículo 4.1, recurra esos sememas, de tal forma que tenga como semas denotativos o inherentes /humano/ y /persona/<sup>1002</sup>.

Esto aumenta en su grado de probabilidad, por la posición sintáctica que ocupa “concebido” en el enunciado del artículo 4.1:

---

semema evocado por éste es aquél que se considera recurrido o reiterado consistente en el título o capítulo. Algo similar acontece con el argumento a coherencia, en el cual se tienen que establecer cuáles son los sememas recurridos por la parte relevante del sistema jurídico que se toma como punto de referencia (por ejemplo, el derecho de los derechos humanos), para después elegir como significados válidos aquellos que reitera o recurren esos mismos semas, lo hacen en mayor número o de mejor manera.

<sup>1001</sup> Esto significa que “concebido” tiene pocas probabilidades de significar –bien jurídicamente tutelado sobre el cual sólo haya un interés de protección- o que “concebido” no signifique –persona-, sino –interés de protección-. Sin perjuicio de que, si se considera persona, necesariamente tendrá como parte de su interpretante, signos que refieran a los deberes de protección y otros (garantía y promoción) o a interés, en cuanto que siempre existe un interés en los derechos de la persona.

<sup>1002</sup> Se dice que serían semas, porque si asumiera solamente todo el semema –humano- o –persona-, entonces se trataría de sinonimia y, por ende, “concebido” no tendría mayor información que “humano” y “persona”, lo que sería tautológico: no diría nada. En cambio, si sólo son componentes semánticos (i.e semas), entonces es posible adscribir a “concebido” otros tales como /fecundado/, /implantado/, /homo sapiens/, /singamado/, /blastocisto/, /mórula/, /preembrión/, /embrión/, /feto/, /nasciturus/, /bebé/, etc.)

#### Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Este texto recurre en el primer enunciado los sememas –persona-, -derecho- y –vida-. No aparece la palabra “persona”; sin embargo, como hemos demostrado en el tercer y cuarto capítulos de este trabajo, todo derecho recurre –persona-, pues la personalidad es una función que ocupa la primera posición sintáctica de todo derecho conforme a la semántica jurídica. Asimismo, dado que el artículo 1.2 identifica los sememas –persona- y –humano- (precisamente por ello hay tautología en el artículo 3 de la Convención), entonces también se recurre el semema –humano-.

En el segundo enunciado, recurre el semema –protección legal- y su extensión semántica es limitada por el complemento circunstancial de modo “en general a partir del momento de la concepción”. “En general” es una frase adverbial, que puede traducirse por el adverbio “generalmente”, que se subordina al núcleo del predicado, es decir, al verbo conjugado, el cual es el núcleo sintáctico del sintagma al cual pertenece “en general”. “A partir del momento de la concepción” no es, entonces, el núcleo sintáctico del sintagma, como falsamente refiere la ColDH cuando dice “según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término ‘en general’ se relaciona con la expresión ‘a partir de la concepción’”. La relación de “en general” no es principalmente con “a partir del momento de la concepción”, sino con el verbo conjugado más próximo respecto del cual opera como adverbio: “estará”.

“Estará” se relaciona principalmente con el núcleo del sujeto “derecho”, al cual vincula con “protegido por la ley”. Por eso decimos que el complemento circunstancial de modo “en general a partir del momento de la concepción”, limita la extensión semántica que efectivamente puede actualizar en el texto la palabra “protegido”. Sin embargo, no limita la extensión semántica de los sememas –derecho-, –persona- ni –humano-.

Entonces, si la Convención Americana no recurre en el artículo 4.1 los sememas -interés- y -bien tutelado-, pero en cambio sí recurre los sememas –derecho-, -persona- y -humano-, los cuales no son limitados en su extensión semántica por el circunstancial de modo “en general a partir del momento de la concepción”; entonces parece que lo más probable es que “concebido” recurra como parte de su semema los semas /derechohabiente/, /persona/ y /humano/.

Sobre que “concebido” recurre el sema /humano/, la propia CoIDH parece dispuesta a concederlo, en tanto estima que “en nombre de la dignidad humana” es preciso proteger su vida como un interés relevante o como un bien jurídicamente tutelado (un nasciturus sería algo parecido a una bandera nacional o a una reserva natural protegida). Para que el semema –dignidad humana- sea actualizado por el signo “concebido”, se requiere que este último recurra como parte de su semema /humano/. Naturalmente cabría preguntar si lo hace como sema denotativo o connotativo, y si lo hace en el clasema o en el semantema, es decir, como sema genérico o específico. Nos parece que es poco probable que lo sea como sema connotativo, pues el lenguaje especializado del derecho tiende a la denotación y a establecer definiciones, además que en la discusión no parece que haya muchos que sostengan que, taxonómicamente hablando, el concebido no sea un espécimen de la especie homo sapiens<sup>1003</sup>.

Pero hasta aquí hemos clarificado sólo cuáles son los semas que de manera más probable pueden ser recurridos por el semema adscrito a “concebido”, conforme a las isotopías dominantes del texto de la Convención. Sin embargo, esto no es suficiente, pues, como ya hemos visto, la propia Convención deja abierta e indeterminada la extensión semántica de los sememas –persona- y

<sup>1003</sup> Posiciones de este tipo implicarían la posibilidad de que hubiera especímenes que carecieran de especie, o bien que alguna célula o conjunto de células formaran parte integrante de un ser que sí sea parte de una especie, pero que no compartan con él el material genético. Naturalmente, lo correcto o absurdo de esas posiciones habría de determinarse por especialistas en la materia, no sólo médicos, sino, tal vez más importantemente, por biólogos especializados en temas de taxonomía y de embriología. Más adelante veremos que el perito sobre el cual se basó la CoIDH reconoce que a partir de la singamia (es decir, cuando el proceso de fecundación lleva a la unión de los cromosomas del óvulo y del espermatozoide, existe vida de homo sapiens y, claramente, el sema /homo sapiens/ es denotativo o inherente del semema –humano-: sin importar las posiciones, todos convienen que “ser humano” significa /homo sapiens/, aunque también casi todos convienen en que no sólo significa esto.

–humano-, de tal forma que no es suficiente saber que “concebido” recurre esos sememas como partes del suyo.

*Es necesaria la multidisciplinariedad y el debate abierto: que sea más probable que para la Convención “concebido” denote /humano/ y /persona/ no significa que esto deba ser así, sino que es preciso atender a otras perspectivas. En su caso, sólo significa que, conforme al primero y tercero criterios de interpretación formales<sup>1004</sup> y primer criterio de interpretación semántica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica<sup>1005</sup>, la discusión no sea nunca zanjada en definitiva y exista carga argumentativa calificada para quien pretenda lo contrario y que, mientras esto no suceda, tentativamente se le reconozca personalidad.*

b.1) Empero, antes de seguir a la multidisciplinariedad y debate abierto, que hemos defendido en este trabajo, hay que referir a otra acotación que nos provee el propio texto de la Convención Americana y que la ColDH, en su afán originalista y de encontrar en otros textos<sup>1006</sup> lo que pudo encontrar en el de la Convención, dejó de observar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

La ColDH, ya lo vimos, erró en determinar cuál es la cuestión a resolver, porque tuvo por interpretación la determinación del significado aislado y general de palabras específicas (“humano”, “concebido” y “en general”). Al no atender a las isotopías constitutivas del texto interpretado (Convención Americana de Derechos Humanos), cualquier significado que obtuviera, necesariamente implicaba un uso del texto, no una interpretación.

Pues bien, al no analizar las isotopías del texto, dejó de advertir que el derecho aplicable sobre el tema de qué es lo humano y qué es persona para

---

<sup>1004</sup> Supra IV.3.3.4 y IV.3.3.6.

<sup>1005</sup> Supra IV.4.2.

<sup>1006</sup> Aunque, como hemos visto, en los otros textos también se deja abierta la cuestión sobre el significado del signo “humano”, pues se difiere el problema hacia los textos genéricos (Declaración Universal, Americana, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana), los cuales, a su vez, lo ubican en el derecho al reconocimiento de la personalidad, el cual está formulado tautológicamente.

efectos de los derechos humanos (y, por extensión, de todo el sistema jurídico), es el derecho al reconocimiento de la personalidad.

La CoIDH no hace alusión alguna a este derecho y fácilmente se puede ver por qué: este derecho impide una adscripción lineal de un argumento a la función sintáctica del titular de todos los derechos humanos y la CoIDH hizo precisamente esto que está impedido.

Vimos que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es una función de tercer orden que opera sobre otras tres funciones, a saber, la del titular, la del objeto y la que conecta con otros derechos y con los deberes generales (respetar, proteger, garantizar y promover) y concretos (aquellos que se concretan del “desempaquetado”). Al ser una función de tercer orden, impide que el signo que sature la función del titular sea determinado a la manera kelseniana, es decir, impide que cualquier signo pueda ocupar esa posición y, por ende, que sólo signos que de manera denotativa refieran al semema –humano-, puedan serlo y, más concretamente, que signos que tengan como semas denotativos o inherentes aspectos que sean denotativos o inherentes del semema –humano-, gocen de una cierta presunción a favor de su personalidad.

Sin embargo, esto era demasiado complicado y, además, hace muy dudosa la ideología claramente defendida por la CoIDH, que propende a negar personalidad al nasciturus no obstante que “en nombre de la dignidad humana”, es decir, no obstante que denota semas inherentes al semema –humano-, debe ser protegido.

Esto lleva a la CoIDH a comportarse a la manera kelseniana y, por ende, buscar en la voluntad de los Estados parte (trabajos preparatorios) un juicio sintético arbitrario, basado en la sola decisión, que pudiera definir lo “humano” (o, por lo menos, algo de lo que no es humano, a pesar de las “apariencias”).

De haberse invocado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, que tiene su carácter de función de tercer orden gracias a la semántica de los derechos humanos que resiste al voluntarismo kelseniano, en la sentencia

hubiera quedado claro que apelar a los trabajos preparatorios sólo implicaba buscar una solución voluntarista a un problema que repele este tipo de soluciones.

Por esta razón, debía silenciarse esta claridad y omitir que es parte objetiva del texto, la imposibilidad de que la voluntad de las partes determinaran el contenido de las condiciones de posibilidad mismas de su vinculación y responsabilidad: la imposibilidad de que los Estados partes establecieran por su solo arbitrio qué es humano y qué no. Esto fue impedido por un texto que cuenta con la voluntad de estos Estados: el derecho al reconocimiento de la personalidad.

No es pues, metafísica abstracta, sino concreción verificable aquella que ha desposeído a los Estados y, en general, a cualquier persona o institución, el poder de determinar los elementos esenciales de los derechos de las personas y de los deberes a cargo de aquellos y de éstas. No se basa en sememas que floten atemporales en el tercer “mundo de la cultura”. Es derecho positivo. *Es el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la CoIDH, por fines ideológicos, optó por usar en vez de interpretar, pues al ocultar este texto y los límites que le imponía, para acudir a la dispersión de otros tratados y al voluntarismo de los Estados parte y de otras Cortes (que tampoco refieren a este derecho), incurrió en inventio ideologica y, de paso, contraviene el tercer criterio formal de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad, por no considerar que este derecho es una función de tercer orden que evita el voluntarismo*<sup>1007</sup>.

Esto es más claro, si se considera, como se demostró en la digresión del apartado IV.6.1.1.1, que es razonable esperar que las cortes expongan abiertamente cuándo están interpretando y cuándo están creando o usando un texto, pues en el primer caso la decisión se justifica por el texto interpretado y, en cambio, cuando se crea la decisión se justifica y sustenta solamente en las razones que se expresan, como bien distingue Alexy cuando habla del sustento de las normas implícitas. Si las cortes velan esto, o bien se ostentan como intérpretes cuando en realidad están creando, incurren en *inventio ideologica* según se la ha

---

<sup>1007</sup> Supra IV.3.3.6.

definido en el capítulo I. En palabras llanas, si velan la creación o la disfrazan de interpretación, *las cortes mienten*.

Así, es preciso aplicar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido expresamente por el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, previamente a determinar la necesidad y el orden en que debe efectuarse la multidisciplinariedad y el debate abierto; antes de abordar el contenido de dictámenes periciales y darle valor al que más se ajusta a la ideología particular de seis jueces (compartida por muchos grupos) en perjuicio de otras ideologías (que también son compartidas por muchos grupos).

Expuestas estas razones y el carácter ideológico de la ColDH, procedemos a precisar otros defectos importantes de la sentencia, así como a verificar que en toda ella se incurre en prácticas ideológicas (inventio y dispositio)<sup>1008</sup> y en infracción a los principios interpretativos del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

c) La sentencia es incongruente internamente por dos razones. La primera es que en la llamada “interpretación” conforme al sentido corriente de los términos (icsct) por un lado afirma que en la propia ciencia médica existe un debate sobre en qué momento comienza la vida de un nuevo miembro de la especie homo sapiens, a saber, desde la fecundación o desde la implantación<sup>1009</sup>; sin embargo, pese a reconocer esto, inmediatamente después desestima la postura científica relativa a la fecundación, bajo la razón de que ésta implica conceder al concebido atributos “metafísicos”\*.

Naturalmente, esta contradicción se salva si se considerara que la ciencia puede ser metafísica y que la postura científica referida, de hecho lo fuera. Empero, en la sentencia no se aporta razonamiento alguno para demostrar que la

---

<sup>1008</sup> Vid. Supra tercer criterio interpretativo semántico IV.4.4.

<sup>1009</sup> En algún pie de página del fallo, se alude a que hay otras posiciones, entre ellas, la de que ocurre en la singamia. Veremos más adelante que, según el perito sobre el cual depositó todas sus confianzas la ColDH, éste sería el momento. Claro que esto no se alude en la sentencia, sino que lo obtenemos de textos de ese perito. Como no hemos tenido acceso al expediente, no podemos decir si la opinión que expondremos de ese experto, fue también expuesta a la ColDH o no. Determinar esto significaría otra crítica al fallo o una al perito.

posición científica sobre la fecundación como inicio de la vida, sea metafísica. Además, consideramos que para demostrar lo anterior, se requieren razonamientos eminentemente filosóficos para determinar qué entender por “metafísica” y científicos, para realizar una comparación adecuada que permitiera seguir que la posición científica en comento sea metafísica. De cualquier manera, es muy dudoso que en una sentencia pueda dilucidarse esta cuestión tan complicada, por muy alta que fuera la formación filosófica y científica de los jueces de la CoIDH; en cambio, esto refuerza la necesidad de que la cuestión sobre qué hemos de entender por “ser humano” para efectos jurídicos, se resuelva en debates multidisciplinarios y democráticos.

Otra contradicción se encuentra en que, por un lado, la sentencia afirma que el artículo 4.1 de la Convención Americana protege fundamentalmente a la mujer embarazada, es decir, identifica “concebido” (que es el objeto de la protección) con “mujer embarazada”; y por otro, sostiene el fallo que en nombre de la dignidad humana existe un interés en proteger la vida del concebido\*. Esta contradicción es aún más palmaria, por el hecho de que en la ponderación se efectúa con base en la aserción de que existe un interés convencionalmente reconocido en la vida del concebido, a tal grado que la afectación a este interés se da en la pérdida embrionaria que implica la FIV y, sin embargo, la sentencia estableció en una parte que la protección al concebido es protección fundamentalmente para la mujer embarazada. Habría habido congruencia si la ponderación hubiera considerado fundamentalmente a la mujer embarazada, no a los embriones que mueren por la FIV.

La existencia de estas dos contradicciones internas es ya, de por sí, algo sumamente grave sobre todo si se considera la importancia y trascendencia del tema que se resolvió. Estas contradicciones abren muchas ambigüedades que permitirán demasiadas posibilidades de aplicación de este penoso precedente en casos futuros: en éstos puede afirmarse, para el supuesto de aborto, que la protección es fundamentalmente a la mujer embarazada y, por tanto, no habría necesidad de ponderar, o bien, podría decirse que la protección es

fundamentalmente para el embrión, aunque con el grado de interés, en cuyo caso podrían ser admisibles las penalizaciones del aborto, siempre que existan causales de justificación, exclusión de responsabilidad y excusas absolutorias, como ha sucedido, por lo menos en algún tiempo, en Inglaterra, España e Italia<sup>1010</sup>.

Una tercera contradicción está en que la CoIDH sostiene que para diversos instrumentos internacionales, principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por “ser humano” no se debe entender “embrión”, “concebido” ni “fecundado”; sin embargo, reconoce que el fundamento del interés en la protección del concebido, es la dignidad humana (“en nombre de la dignidad humana”). Pero si la dignidad humana fundamenta la protección del concebido, entonces es obvio que, por lo menos en algún sentido, aspecto semántico (sema) o recorrido semántico, “concebido” significa “dignidad” o “humano”.

Nosotros consideramos que “dignidad humana” es un signo que evoca un semema muy similar a –humano-, pues para la semántica de los derechos humanos que hemos expuesto en el capítulo III, “dignidad” no tiene mucho sentido si no se acompaña de “humana”; por ende, “concebido” evocaría necesariamente, en algún aspecto denotativo (inherente), “humanidad”. Aun si se considerara que “dignidad humana” evocara dos sememas (-dignidad- y –humano-) sería más bien curioso que se sostuviera que “concebido” se asociara sólo al sema /dignidad/ y no al sema /humano/: el embrión sería protegido sólo por la dignidad humana, sólo por ser digno, no por ser humano.

Una cuarta contradicción es de tipo performativa, pero nos parece, a fin de cuentas, correcta. La CoIDH comienza su argumentación con la gastada fórmula de que no le corresponde establecer cuándo inicia la vida humana; sin embargo, de hecho, lo termina estableciendo cuando afirma que por “concebido” debe entenderse “implantado” o “mujer embarazada” y que el nasciturus no es persona (más si se tiene en cuenta que “persona es todo ser humano”). Incluso, en el fallo se expone claramente que se tiene que resolver la cuestión.

---

<sup>1010</sup> Cfr. Life's Dominion, op. cit.

Esta contradicción sólo pone de manifiesto que la determinación sobre qué es lo “humano”, por lo menos para los muy amplios efectos de determinar la personalidad jurídica, se debe resolver en el campo del Derecho y, concretamente, en sede jurisdiccional, por lo menos en los ordenamientos en que esto se establece así. Es decir, confirma el cuarto criterio formal de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad<sup>1011</sup>. También expone que los tribunales se deben pronunciar, aunque no tengan todos los elementos para hacerlo de la mejor manera, lo cual confirma nuestra tesis en el sentido de que esto debe dejarse a la multidisciplinariedad y al debate democrático abierto.

Por último, esto nos lleva a que el fallo en cuestión es contrario al primer criterio interpretativo formal del derecho al reconocimiento de la personalidad, porque la CoIDH deja muy en claro que su interpretación del artículo 4.1 de la Convención es la “última”<sup>1012</sup> y, por ende, parece resolver en definitiva la cuestión<sup>1013</sup>.

d) La sentencia discrimina arbitrariamente a quienes defienden las posturas “metafísicas” sobre el embrión y, en cambio, impone su propia metafísica. Es decir, el fallo Artavia es metafísico y discriminatorio.

La CoIDH desestima la postura científica del inicio de la vida de un ejemplar de la especie homo sapiens, en que implica atribuir cualidades metafísicas al embrión y que no es correcto imponer este tipo de consideraciones a una comunidad plural a la cual está dirigida la Convención Americana.

La CoIDH no especifica hacia quién o quiénes está dirigida esta grave acusación de metafísica, pero no es difícil inferir que se refiere a la Iglesia Católica y a quienes, pertenecientes a esta fe o a otras afines (diversas comunidades

---

<sup>1011</sup> Supra IV.3.3.7.

<sup>1012</sup> “Último” connota “superioridad jerárquica”, por lo menos en el ámbito en que lo usa la CoIDH. Nosotros consideramos que la interpretación de esa Corte que dio por resultado que ésta se ostentara como la “última intérprete de la Convención”, es incorrecta, porque deja de tomar en cuenta que el precepto del cual derivó esto, expresa una norma de competencias y de poder, no de derechos humanos, y, por ende, le convenía una interpretación estricta y restrictiva tal que acompañara el adverbio “sólo” y no una amplia. Para futuros trabajos dejaremos la mejor sustentación de esta tesis.

<sup>1013</sup> Vid supra IV.3.3.3 y IV.3.3.4.

cristianas comparten posturas similares a las de esta confesión). Incluso en un país de mayoría protestante como lo es los Estados Unidos, Ronald Dworkin dirige sus baterías argumentativas contra la posición de la Iglesia Católica.

Pues bien, no nos parece correcto que, sin dar razones, se desestime la postura de una parte muy importante de los habitantes del hemisferio occidental. En efecto, ¿acaso no es posible que aun en su metafísica, quienes piensen que desde la concepción hay vida humana, puedan tener la razón así sea por azar? Entonces, no es correcto que, a priori, se desestime una postura que, incluso está protegida por los derechos humanos (libertad de credo), sino que para que esto fuera válido se requeriría aportar razones adicionales que demuestren que no es legítimo considerar acertada la postura. Esto no lo realiza la CoIDH, sino que, en su lugar impone una metafísica aún más profunda que la de esta creencia religiosa, y, en esa medida, es arbitrario el trato distinto (desestimación versus estimación) que da a sus creencias. El fallo es discriminatorio.

La CoIDH consideró que era preferible optar por la postura de la “implantación” porque si el ser fecundado (fecun) no se llega a implantar, entonces no tendrá posibilidad alguna de desarrollarse, es decir, morirá. En cambio, si logra implantarse (implant), entonces tendrá posibilidades de desarrollarse, es decir, no necesariamente morirá.

De acuerdo a la semántica científica, el significado actual de “concepción” es distinto del significado que existía al momento de ser aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que debe prevalecer como significado de “concepción”, para efectos del artículo 4.1 de la citada Convención, el que identifica ese término con “implantación”. Pero este argumento significa, en el fondo, que el semema (significado) –fecundación- debe excluirse del signo “concebido” porque necesariamente morirá el fecundado si no se implanta;

entonces, la causa última por la cual se opera la exclusión, es porque se elimina del significado de “concebido” el sema genérico inherente /mortal/<sup>1014</sup>.

Es verdad que la CoLDH no refiere nunca el signo “muerte”, pero, en cambio, sí habla de que el fecundado carece de posibilidades de desarrollo si no se implanta<sup>1015</sup>. El único caso que conocemos (referido en la propia sentencia), en el cual un fecundado no moriría y pero carecería de posibilidades de desarrollo, es que fuera congelado para futuras FIV o investigación; sin embargo, esta opción es excluida por la propia argumentación de la Corte, pues ésta considera razonable la norma costarricense que la Sala Constitucional declaró inconstitucional, así como el artículo 18 del Convenio Europeo para la Protección de la Dignidad Humana y la Aplicación de la Biología y la Medicina, los cuales vedan la congelación con estos fines. Además, sería falaz considerar “posibilidades de desarrollo” no alude a “muerte” con base al caso sumamente excepcional que es la congelación de embriones: la inmensa mayoría (casi el cien por ciento) de embriones que carecen de estas posibilidades de desarrollo simplemente mueren, como también reconoce la CoLHD cuando habla del tema de pérdida embrionaria. Casi todos los seres humanos que viven actualmente y que vivirá, por lo menos en el futuro cercano, no son procreados por FIV y para ellos no implantarse cuando eran embriones, hubiera significado muerte lisa y llanamente.

Pero con esto se da algo muy curioso. Si la CoLDH excluye a los fecundados de la posibilidad de ser considerados “concebidos” porque morirán, entonces excluyen definitivamente el sema genérico inherente /mortal/ del semema –concebido-. Hemos visto en el capítulo uno que la única semántica en la cual tiene sentido excluir la mortalidad de los seres racionales, es cuando se

---

<sup>1014</sup> Es genérico porque no se adscribe solamente a “concebido”: los animales y las plantas también son mortales. Pero es inherente, porque “concebido” necesariamente denota /mortalidad/: todos los concebidos, todos los nacidos e, incluso, los distinguidos jueces de la CoLDH son mortales, salvo, claro, que la fe de estos sea tan grande, que los excluya de esta fatalidad.

<sup>1015</sup> Claro que si vamos a “carencia de posibilidades de desarrollo”, también si falta el oxígeno, el alimento u otros, tanto el fecundado como todos nosotros, careceríamos de posibilidades de desarrollo, pero de eso no se sigue que la protección fundamental sea para el oxígeno, el alimento u otros. Casi cómico es lo absurdo de la sentencia de la CoLDH en este punto, de no ser porque se trata del derecho al reconocimiento de la personalidad, auténtica condición de todos los demás derechos humanos.

asume la existencia de un ser racional inmortal, es decir, Dios o bien que se asuma que los seres humanos son inmortales. Cualquiera de las dos opciones es metafísica: si se opta por la primera, entonces resulta que la fe de la CoIDH es por lo menor igual de grande que la de la Iglesia Católica (si no es que más), pues afirmaría a Dios y sobre esto sustentaría uno de los puntos torales de su sentencia. En cambio, si se opta por la segunda, entonces consideraría a los seres humanos (o, por lo menos, a los implantados) como inmortales, lo cual significa creer en algún tipo de trascendencia, tal vez la existencia misma del alma. Menuda metafísica ésta la de la CoIDH.

Fuera de estos planteamientos, hemos expuesto con claridad en el capítulo anterior y, parcialmente también en éste, que /mortalidad/ (una forma de contingencia, sin duda una de las más apremiantes para nosotros los humanos) es un sema genérico inherente del semema /humano/, siempre que se prescindiera de las semánticas religiosas que postulan la inmortalidad del alma, como en este trabajo hacemos<sup>1016</sup> (e, incluso, en éstas la muerte es un componente semántico inherente, aunque a la postre sólo fuera una ilusión que se disuelve en la esperanza de la promesa que cumplirá la Divinidad: *spe salvi facti summus*, dice san Pablo).

Así, la CoIDH termina desestimando la metafísica de la Iglesia Católica para imponer la suya propia. Incluso, la metafísica de la CoIDH es mayor que la de la Iglesia Católica, en la medida en que ésta adscribe el atributo del “alma trascendental” a una realidad empíricamente verificable (el fecundado o, tal vez, el resultado de la singamia), mientras que aquella excluye una realidad física o fáctica por todos verificable (la mortalidad de todo ser vivo y, por ende, del embrión<sup>1017</sup>) para poder adscribir la “humanidad” o la “dignidad” a un ser.

---

<sup>1016</sup> Las bases teóricas de este trabajo ponen en un sitio central la contingencia y, por ende, se dejan a un lado las metafísicas enfáticas y no enfáticas (Alexy, por ejemplo).

<sup>1017</sup> Esto no significa que aquí suscribamos que, necesariamente, todo ser vivo tenga como parte de su ciclo vital, morir, sino que todo ser vivo puede morir: por ejemplo, alguna célula podría mantener su ciclo vital por miles de años, pero aun así, si por ejemplo fuera aplastada o quemada, moriría.

Por tanto, en cuanto que desestima arbitrariamente una postura válidamente sostenible por muy buena parte de la población a la cual se dirige la CoIDH, para sustituirla con una metafísica propia, *la sentencia en el caso Artavia es discriminatoria y metafísica y, en cuanto impone su metafísica sin mayor razonamiento, es también ideológica e infractora del tercer criterio semántico de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad.*

Sería posible desarrollar otra ruta crítica, apuntado el claro origen metafísico (incluso cristiano) del concepto de “dignidad humana”, origen que no del todo es superado en la actualidad, si se considera que, por ejemplo, en la postura de Alexy sigue estando presente (aunque diga que su metafísica es “no enfática”). De esta forma, dado que la CoIDH sostiene la validez del concepto de “dignidad humana” y no argumenta por qué éste no fuera metafísico, entonces estaría mayormente vinculada a justificar por qué a priori toda metafísica debería desestimarse. Basta con apuntar este camino, pues no es el caso aquí de entrar a un estudio filosófico crítico sobre el concepto jurídico de la dignidad humana, sino que es suficiente aquí con manifestar que, independientemente de su origen y sustento, la dignidad humana es parte innegable de la semántica de los derechos humanos y un sema inherente específico (denotado) por los signos “humano” y “persona”.

En pocas palabras, se debería tener más cuidado con el uso de la muy estereotipada acusación de “metafísica”, pues realmente es muy difícil saber si uno está completamente libre de ella.

d.1) Corolario de lo anterior, es que la sentencia del caso Artavia incurre en dispositivo ideológica, porque aparenta mostrar todas las opciones semánticas relevantes de la semántica médico-científica, pero en realidad sólo se toma en serio la que, conforme a un arbitrio no razonado, le parece más adecuada a su manera de pensar.

La CoIDH aparenta reconocer la necesidad de multidisciplinariedad; sin embargo, sólo acude a la semántica médico-científica, para excluir arbitrariamente

a otras ciencias duras como la biología y a las ciencias humanas, que mucho tienen que decir sobre lo “humano”.

Asimismo, aparenta tomar en serio todas las opciones que le da la semántica médico-científica, pero, como ya vimos, desestima dogmáticamente aquellas que no le gustan, aun cuando son defendidas por más peritajes desahogados en el procedimiento y, en su lugar, se decanta por el dictamen de un solo perito.

e) La interpretación por el sentido corriente de los términos es deficiente, porque su único sustento es la parcialidad del sentido médico-científico de los términos, aportado por un solo experto.

Como bien señala el juez Vio Grossio en su voto disidente, es muy cuestionable suponer que el sentido corriente de los términos sea el sentido científico de éstos. La diferencia entre lenguaje común y lenguaje científico descansa precisamente en que los significados en cada uno de ellos son diversos. Sin embargo, toda la argumentación de la ColDH descansa en aspectos parciales de la semántica médico-científica, concretamente, en la opinión de un solo especialista: el perito Zegers-Hochschild.

Sin embargo, como ya vimos, el significado corriente del término “concebido” no era aquél sobre el cual debía resolverse la cuestión, pues tenía que atenderse a la estructura isotópica de la Convención Americana, y como ésta sólo nos acerca en grado de probabilidad a la solución, es necesaria toda una discusión multidisciplinaria y democrática.

e.1) El propio perito Zegers-Hochschild ha reconocido que la vida de un espécimen de la especie homo sapiens comienza antes de la implantación, concretamente, en la singamia, la cual sucede poco después de la fertilización. Es decir, reconoce que el “concebido” está más cerca del semema –fertilizado- que del semema –implantado- y que los tres sememas (-concebido-, -fertilizado- e –implantado-) tienen como sema inherente específico en la semántica médico

científica, el de /homo sapiens/, que, como es fácil reconocer, es un sema inherente del semema –humano-.

Este perito sostiene:

El proceso de la vida nunca se ha detenido y ya en la fecundación existe vida. Por ello creo que la interrogante correcta es: ¿cuándo se es persona? Eso es lo que moviliza las discusiones y hay dos formas de enfrentarlo: una respuesta ética basada en principios y otra respuesta también ética, pero basada en evidencias-consecuencias. En esta última, primero se miden las evidencias y se analiza qué hace bien y qué hace mal, para luego asegurar que lo que hace bien es éticamente bueno. Los legisladores dejan de mirar si ayudan o no a la sociedad, pues reposan sólo en el principio, lo que no es racional.

Insto a analizar el término “persona” en otras culturas o personajes como Aristóteles, Confucio, la Iglesia de Gales, el Islam, etc. También hay que diferenciar el ser una persona en potencia a ser potencialmente una persona, para ello se debe considerar la individualidad y no necesariamente el genoma<sup>1018</sup>.

Y en otro texto<sup>1019</sup>:

Una vez atravesada esta cubierta llamada zona pelúcida, la membrana citoplasmática del gameto masculino se fusiona con la membrana citoplasmática del gameto femenino. El material genético contenido en la cabeza del espermatozoide es así incorporado del óvulo.

A estas alturas del proceso, el óvulo mantiene sus cromosomas intactos agrupados en un extremo de la célula donde se formará el pronúcleo femenino. Por otra parte, el material genético contenido en la cabeza del espermatozoide forma el pronúcleo masculino distante del pronúcleo femenino. Luego de algunas horas, ambos pronúcleos migran hacia el centro de la célula. A esta etapa de la fecundación se le denomina célula en estado de pronúcleo. Como se desprende de la descripción anterior, la célula en estado de pronúcleo no contiene aún una identidad propia, es la suma de dos identidades parciales, la del espermatozoide que no ha cambiado desde que salió del testículo y la del óvulo. Ambos gametos que son seres vivos y dotados de sus respectivas identidades genéticas deben morir como tales para dar origen a un todo nuevo y completo que tiene la potencia de convertirse en un hombre o una mujer. Dicho proceso de muerte y renacimiento se denomina singamia que se caracteriza por la disolución de las membranas que cubrían los pronúcleos femeninos y masculinos, permitiendo la interacción de la información genética contenida en dos parcialidades con identidades diferentes para formar un todo nuevo. Esta es la etapa final de la

---

<sup>1018</sup> Nota periodística del seis de septiembre de dos mil siete intitulada: “Fernando Zegers Hochschild fue investido como doctor Honoris Causa por la Universidad de Antofagasta”, obtenida de la dirección web <http://noticias.universia.cl/vida-universitaria/noticia/2007/09/06/318641/fernando-zegers-hochschild-fue-investido-como-doctor-honoris-causa-universidad-antofagasta.html>, vistada por última vez el 13 de mayo de 2013.

<sup>1019</sup> Zegers Hochschild, Fernando. “Consideraciones Médicas e Implicancias Ético Legales de la Reproducción Asistida en Chile”, obtenido de la dirección web de la Universidad de Chile <http://uchile.cl/ux76970>, visitada por última vez el 13 de mayo de 2013.

fecundación que tan sólo demoró 16 a 20 horas desde el primer contacto físico entre óvulo y espermatozoide. Para los efectos de este proyecto de ley, se llamará embrión a este individuo único y completo, jamás visto antes y que contiene la base informática para desarrollarse como un embrión, feto, niño y así sucesivamente manteniendo desde esa etapa y hasta la muerte su misma identidad. Así como la muerte marca el tiempo en que dejamos de existir, la singamia marca el momento en que comenzamos a existir como seres humanos en potencia. (El subrayado es propio).

Estas citas confirman, de paso, que la vida es un continuo que es segmentado semióticamente con cierto grado de inmotivación (naturalmente el código fuerte de la ciencia disminuye este grado). Estos segmentos son fertilización, singamia, embrión, feto, niño, adulto. Esta carácter continuo es el que, precisamente, hace sumamente difícil establecer racionalmente un punto de inicio, pues, debido que toda segmentación tiene siempre algún grado de inmotivación, siempre es posible dudar sobre determinado segmento.

Sin embargo, este perito, que tan caro fue para la ColDH, conviene en que en la singamia inicia la vida de un homo sapiens y si habla de “potencia”, es porque reconoce que /homo sapiens/ es sólo un sema inherente del semema – humano-, al cual éste no puede reducirse. Asimismo, es de anotar que la alusión a “potencia” tiene una fuerte carga metafísica e ideológica, según hemos expuesto, la cual es duramente criticada por la filosofía de Derrida y el pensamiento de Luhmann y la reducción de lo humano a “humano en acto” y “humano presente”, es contraria al segundo criterio semántico de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad<sup>1020</sup> si se apoya en las razones de Dworkin y Rawls<sup>1021</sup>, además que cierra la posibilidad para derechos de las generaciones futuras, las cuales son más “potenciales” y menos “actuales” que los nascituri. Es decir, la discusión no puede ser solamente médico-científica.

Este perito también reconoce que el tema se centra en cuándo un homo sapiens debe ser considerado persona y, por ende, al tema de la primera función o posición sintáctica del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Esta opinión confirma los criterios interpretativos formales primero, tercero y,

---

<sup>1020</sup> Supra IV.4.3.

<sup>1021</sup> Supra IV.5.1.1.

principalmente, cuarto del derecho en estudio, así como el segundo criterio interpretativo semántico<sup>1022</sup>.

f) La interpretación sistemática e histórica es también deficiente, porque parten de la premisa de que los trabajos preparatorios son un medio de interpretación de los previstos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual se ha demostrado como contradictorio.

Igualmente, es cuestionable la identificación que allí se opera entre “concebido” y “mujer embarazada”. Hemos visto que este camino no es del todo congruente con la ponderación que más adelante se efectúa, en tanto en ésta se sopesa un interés autónomo en la vida del concebido “en nombre de la dignidad humana”.

Además, esta identificación se sustenta en el argumento de que, como el fecundado sólo tiene posibilidades de desarrollarse y no morir si se implanta en el útero de la mujer, entonces la protección que el artículo 4.1 de la Convención da al “concebido” se entiende fundamentalmente hacia la mujer embarazada. Ya hemos visto que este argumento descansa en la metafísica de elidir del semema “humano” el sema inherente genérico “mortal”; pero aún más, este argumento hace depender la definición de “concebido” de las condiciones necesarias para su desarrollo, lo cual implica confundir lo vivo con su ambiente, es decir, se confunde el sistema con su entorno.

Con esto, la CoIDH pierde de vista que si se determina la protección de las condiciones de posibilidad de algo, es precisamente porque se protege ese algo, es decir, la condicionalidad simple está dirigida de la protección de algo hacia las condiciones de su posibilidad, pero no al revés, de tal manera que no es lógico sostener que del hecho de que las condiciones de posibilidad sean protegidas se siga que son éstas condiciones las que son principalmente protegidas. En palabras llanas, es como si del hecho de que el oxígeno sea necesario para la

---

<sup>1022</sup> Supra IV.3.3.4, IV.3.3.6, IV.3.3.7 y IV.4.3.

vida humana, entonces se siguiera que el oxígeno es el objeto fundamental de la protección del artículo 4.1, en lugar de la vida humana.

g) Tampoco es acertada la “interpretación” sistemática de la convención americana y de la declaración americana. Ya hemos referido por qué es incorrecto basarse en los trabajos preparatorios de la Declaración Universal y del PIDCyP. Aquí sólo apuntamos que de tales trabajos preparatorios sólo se sigue que sobre el tema de la personalidad del no nacido no existió consenso entre las partes; sin embargo, sí hubo consenso sobre la necesidad del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, sobre las cargas formales y semánticas que este derecho implica; por tanto, no es válido que se acuda a la sola decisión de los Estados partes, ni mucho menos del Comité derivado del Protocolo Adicional al Pacto, para resolver tan importante cuestión.

También es conveniente mencionar que, al analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la CoIDH haya pasado por alto que el artículo 8 no protege la vida de la mujer condenada a muerte, sino la del nasciturus, pues una vez que nazca éste, nada obsta para ejecutar la pena. Este artículo refuta que sea necesario considerar que el artículo 4.1. de la Convención protege fundamentalmente a la madre.

Sobre la postura de la Comisión para la eliminación de la discriminación contra la mujer (ComEDAW), conviene referir que, como hemos expuesto en líneas precedentes<sup>1023</sup>, los deberes de protección que se seguirían de reconocer la personalidad del nasciturus, no pueden llegar al extremo de la penalización, pues esta protección necesariamente está mediada por el cuerpo de la madre y, por tanto, si no cuenta con la voluntad de ésta, su cuerpo y personalidad devienen objeto. Es decir, la protección de la vida del nasciturus no puede infringir la regla del reconocimiento de la personalidad de la madre, al mismo tiempo que esta regla tampoco podría infringir la del reconocimiento de la personalidad de aquél. Por ende, las opiniones de esa Comisión, citadas en la sentencia Artavia, son

---

<sup>1023</sup> Supra IV.4.1.2.3, inciso f).

conformes al derecho a la personalidad jurídica, sin que esto implique que deba privarse al nasciturus del reconocimiento de su personalidad.

Sobre la Convención de Derechos del Niño, sólo reiteramos que no es correcto que se desestime el preámbulo, que es un medio de interpretación previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena, con base en los trabajos preparatorios, que son un medio de interpretación complementario de aquél.

Entonces, de la “interpretación” sistemática efectuada por la CoIDH no puede deducirse que el nasciturus no deba ser persona.

h) En relación a la interpretación evolutiva, nos parece desacertado acudir a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues ésta instancia acudió a un texto que de forma alguna es aplicable para Costa Rica\*. Esta postura de la CoIDH olvida que, aun considerando como un sistema el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe tenerse en cuenta el ámbito personal de validez de las normas que se invocan, de tal forma que si no aplican para el Estado parte, entonces la argumentación debe adoptar una forma similar a la del Derecho comparado, con todas las complejidades y requisitos que esto implica. De otra forma, se resta todo valor al plano de expresión de las normas y a las formas que distinguen un enunciado normativo de cualquier otro tipo de enunciado, para caer en la metafísica de considerar que las normas existan en algún mundo, de tal forma que el plano de expresión sólo pueda tener mayor o menor fortuna en evocarlas: el texto objetivo se convierte en una mala copia de su original.

Además, en una de las citas que la CoIDH realizó de alguna resolución de ese Tribunal, claramente se refiere que “a diferencia del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que indica que el derecho a la vida debe ser protegido “en general, desde el momento de la concepción”, el artículo 2 de la Convención es silencioso en cuanto a las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en particular, no define “todos” [...] los cuales su “vida” es protegida por la Convención. La Corte no ha determinado el problema del “inicio”

de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.”

Es decir, el propio Tribunal Europeo advierte que es altamente probable una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana, en el sentido de que el concebido tiene derecho a la vida y que solamente un aspecto de las obligaciones anejas a ese derecho, se vería limitado.

h.1) Sobre el argumento de que sólo en Costa Rica se prohíbe la FIV, opinamos que ciertamente fue excesiva la prohibición absoluta que la Sala Constitucional de ese país pronunció sobre ese procedimiento.

Concordamos que el acceso a los avances de la ciencia potencia el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en esa medida, tiene sustento en él. Entonces, el derecho al acceso a los avances de la ciencia es un derecho implícito a la función del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad, aunque también lo es a la salud y a la no discriminación en razón de enfermedad, como bien lo estimó en este punto la CoIDH.

Esto significa que si la protección al derecho a la vida del nasciturus -si se lo considera persona aun tentativamente como es nuestra postura- forma parte de este último derecho y, por ende, se encuentra en el mismo plano formal que el derecho al acceso a los avances de la ciencia (pues ambos se encuentran en la posición sintáctica del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad), entonces cabía realizar una ponderación como la que terminó desarrollando la CoIDH.

Sin embargo, oponemos al balance de esa Corte, que da la impresión de que el avance de la ciencia no tiene que ser regulado jurídicamente en cuanto refiere al nasciturus.

En cambio, consideramos que si la muerte es un sema inherente a “humano” y, por ende, a la personalidad que se le adscribe, entonces el hecho de que exista muerte o pérdida embrionaria en la FIV no es suficiente para prohibirla,

aunque sí lo es para exigir un máximo de pérdida posibles, que sería aquél que equivalga a la proporción de muertes que en condiciones naturales tienen los embriones.

Es decir, nos parece razonable exigir a quienes practican la FIV que el índice de pérdida o muerte embrionaria en ese procedimiento no sea mayor al índice de mortalidad de los embriones en el periodo que transcurre de su fecundación hasta su implantación. Además, conforme al principio de progresividad, también sería exigible que, en la medida de lo posible, se trabaje para que el índice de la FIV llegue incluso a ser menor al natural. Con esta salvedad, convenimos con la CoIDH que la normatividad que anuló la Sala Constitucional costarricense era aceptable, incluso si se reconoce la personalidad tentativamente del nonato, como aquí defendemos.

Son estas exigencias altas pero no imposibles para la ciencia y hacen posible la convivencia de los derechos a la vida del nasciturus con los derechos al acceso a los avances de la ciencia.

i) Sobre la interpretación más favorable y conforme al objeto y fin del tratado, concordamos con la CoIDH en que el artículo 4.1 de la Convención tiene entre sus fines la protección no absoluta de la vida y la protección de otros derechos humanos. Esto es compatible con la semántica actual de los derechos humanos, conforme a la cual los principios son sólo mandatos de optimización, como sostiene Alexy. El derecho a la vida de todos, no sólo el de los nascituri, es un principio y, por ende, en situaciones excepcionales es factible que alguno de los deberes que lo acompañan deba ceder en algún caso concreto. Por eso es posible que, conforme a los derechos humanos, existan causales de justificación, excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias en relación con el delito de homicidio.

También esto posibilita que al reconocer tentativamente la personalidad del nasciturus, su vida sea protegida de manera especialmente limitada sólo frente a la madre y, por ende, no sea válida la penalización del aborto consentido por ésta,

sin perjuicio del deber del Estado de realizar en toda la medida de lo posible el cumplimiento del deber de protección frente a otras personas, así como las obligaciones de respeto, garantía y promoción frente a todos, incluyendo la madre.

Somos de la opinión de que esta nueva semántica de los derechos humanos sí justifica una interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos (no la que efectuó la CoIDH). Ésta es de 1969, es decir, antes de los trabajos de Dworkin y Alexy respecto de los principios, que datan de la década siguiente y aun se desarrollan más en los 80 hasta llegar a nuestros días.

Es razonable pensar que en 1969 se pensara en una protección absoluta de la vida de los nacidos en oposición a una protección relativa de la vida del concebido y, por ende, dudar de que este último fuera persona para la Convención Americana. Sin embargo, con la semántica de los principios, esa oposición se disuelve y, por ende, también esa posible fuente de duda.

i.1) En la interpretación más favorable y conforme al objeto y fin del tratado, la CoIDH incurre en imprecisiones graves en el estudio de derecho comparado.

La primera consiste en que invoca a favor de negar la personalidad del nasciturus, la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 88, 203 de 1993, cuando hemos visto que en este fallo se reconoce que el no nacido tiene derecho a la vida, con base en el derecho a la dignidad humana, que no deja de ser muy parecido al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica operado en la posición sintáctica del titular.

La CoIDH apoya su negativa de personalidad en lo resuelto por la Corte mexicana en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007; sin embargo, pudimos constatar que realmente no hubo un criterio claro de nuestro Máximo Tribunal, pues cada uno de los ocho ministros de la mayoría realizó su propio voto concurrente con la declaración de constitucionalidad de la legislación penal de aborto en el Distrito Federal. Observamos que de esos ocho votos, sólo en dos, los de los ministros Góngora, Franco y Gudiño Pelayo, son claros en negar la personalidad jurídica al nasciturus, pero en otros, de los

ministros Sánchez Cordero y Valls Hernández , se ponderó el derecho a la vida del nonato con los derechos de la madre y, por ende, implícitamente se le reconoce personalidad al no nacido, tal como hicieron también los tres ministros de la minoría. Asimismo, la CoIDH dejó de considerar que en el voto del ministro Cossío se negó de plano la existencia de un derecho constitucional a la vida para cualquier persona: una sentencia basada en la Convención Americana poco provecho podía sacar de esta postura.

Así, el argumento en estudio da la apariencia de agotar razonablemente las posibilidades del estudio de derecho comparado, pero oculta datos importantes de éste que van contra la línea argumentativa que se adoptó en la sentencia Artavia; por tanto, en este fallo se incurre en dispositivo ideológica.

#### **IV.7.3.2. Sobre los aspectos de las sentencias de la CoIDH que operan sobre la posición del objeto del derecho al reconocimiento de la personalidad**

Somos de la opinión que en este aspecto, las sentencias analizadas de la CoIDH son conformes al derecho al reconocimiento de la personalidad. En ellas se argumenta de manera muy similar a aquella realizada por el Tribunal Constitucional Alemán, por lo que no nos queda más que reiterar aquí lo que en su lugar sostuvimos al respecto.

Sólo hay dos puntos que destacar. La CoIDH es la única que, según nuestra investigación, ha invocado directamente el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y eso es algo que debe reconocérsele, aunque no haya sido consecuente en el caso Artavia.

Asimismo, la CoIDH relaciona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica con comunidades, aunque sólo se ha referido a indígenas y ha sostenido que la personalidad de aquellas depende de la personalidad de los individuos que las “integran”. Esta consideración, aun cuando lógicamente posible, deja de lado que nada obsta a que las comunidades tengan derecho al reconocimiento de la personalidad por sí mismas, sin la mediación de los individuos que la “componen”. La CoIDH es liberal e individualista en este punto,

aunque hay que reconocer que las isotopías de la Convención Americana apuntan en esa dirección. Aquí la Corte decidió interpretar, no usar la Convención. Parece que la nuda decisión es de su agrado.

Al inicio de este capítulo se constató la existencia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, que bien pueden interpretarse en el sentido de que tales pueblos tienen derechos humanos por sí mismos. Por lo demás, estas interpretaciones son particularmente importantes en una comunidad internacional que dista mucho de reducirse al liberalismo individualista: republicanistas, comunitaristas, sociedades no liberales, de buen grado recibirían esta interpretación. Las isotopías de esos textos la hacen más probable.

#### **IV.8 Temas pendientes**

Hemos visto que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es la condición de todos los demás. Por ello, debe tenerse especial cuidado en aclarar que este derecho no se reduce a la cuestión del aborto ni a la bioética relacionada con la fertilización artificial ni a la investigación científica sobre células embrionarias ni sobre embriones (o como se quiera llamarlos o nombrarlos). Si estos temas han sido donde de forma más clara se ha observado la aplicabilidad del derecho al reconocimiento a la personalidad, es por el carácter tautológico y basal de éste.

Entonces, estos relevantes temas, sólo son una parte, incluso pequeña, del derecho al reconocimiento de la personalidad. De hecho, sólo revelan la necesidad de realizar operaciones sobre la posición sintáctica del titular de ese derecho para obtener soluciones jurídicas a esas cuestiones. Empero, el derecho al reconocimiento de la personalidad implica más operaciones posibles sobre esa misma posición sintáctica.

Enunciativamente, podemos referir los siguientes temas, cuya solución implica efectuar operaciones sobre la posición sintáctica del titular: trata de personas (que puede considerarse una suerte de “esclavitud contemporánea”, en la cual no suelen ser los Estados los directamente responsables, sino

particulares), derecho penal del enemigo (en tanto éste termina viéndose sólo como amenaza), genocidio (los aberrantes casos de la exYugoslavia y Ruanda, develan que parte importante del problema consistió en que grupos enteros de personas desconoció el carácter de persona a colectivos completos), racismo (tema que normalmente se observa en materia de discriminación, pero cuya solución jurídica depende de una definición de humanidad que considera la existencia de una sola raza: la humana).

Estos, entre otros, son temas pendientes para esta investigación, que esperan tiempos más propicios para ser abordados conforme a los resultados que se han mostrado aquí.

Por otro lado, es preciso referir que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica también implica operaciones en la posición sintáctica o función del objeto (derecho a la intimidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la dignidad humana, todos los demás derechos), por lo cual es también un tema pendiente, el análisis de cómo los resultados de esta investigación pueden incidir sobre esos derechos.

Es también un tema pendiente, pero delineado someramente en este trabajo, los derechos humanos de las generaciones futuras. Estos derechos pueden formar parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica si se asume, como se hace en este trabajo, que persona no se sustente sólo en rasgos semánticos actualizados en “presente”, es decir, que el semema –humano- no actualice rasgos contextuales de presencia o actualidad. La humanidad no es sólo lo que ha sido y es, sino también lo que, con gran grado de probabilidad, seguirá siendo.

Por último, dado que, como todo derecho, el aquí estudiado tiene una tercera función, a saber, la relacional con otros derechos y con las obligaciones derivadas del derecho en cuestión, otro tema pendiente es precisamente la manera en que los resultados de este trabajo inciden sobre las obligaciones aparejadas a este y otros derechos humanos.

## V. Conclusiones globales

1. El derecho al reconocimiento de la personalidad es una tautología.  
 2. Como tal, es preciso desarrollarla a fin de que pueda tener contenido normativo.

3. El carácter tautológico de este derecho le da particular complejidad. Al igual que todos los derechos humanos, tiene una estructura sintáctica tripartita y, como en ellos, esta estructura es asimétrica en relación con las obligaciones correspondientes, es decir, los derechos humanos no son la contracara de las obligaciones correlativas. Asimismo, como todos ellos, cada una de las tres posiciones sintácticas, es una función: la función del titular, la función del objeto y la función que relaciona los primeros dos con otros derechos y con las obligaciones respectivas. Sin embargo, por virtud de su carácter tautológico, el derecho al reconocimiento de la personalidad es algo más: es una función de tercer orden que opera sobre las otras tres funciones, principalmente sobre la función del titular.

3.1. Al ser tripartidos y componerse de tres funciones que, a su vez, tienen como argumento otra función (sólo los signos son argumentos posibles y todos éstos son funciones semióticas); entonces los derechos humanos no son idénticos a sí mismos. Esto significa que pueden variar a través del tiempo y que de ellos se pueden derivar nuevos derechos y nuevas obligaciones, a la vez que pueden preterirse o eliminarse antiguos.

4. Esta cualidad tautológica lleva a que el derecho al reconocimiento de la personalidad es la condición de todos los demás derechos humanos, porque este derecho opera sobre la posición sintáctica del titular no sólo de ese derecho, sino de todos los demás, incluyendo los derechos que no son humanos. Esto significa que el derecho en cuestión se encuentra en la base misma de la validez de los derechos humanos, lo que significa que para su intelección se requiere gran abstracción y la confluencia de otras disciplinas, como la semiótica, la filosofía y la sociología.

**5.** El argumento que sature la función del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad (y, por ende, de todos los demás derechos) no necesariamente debe ser un signo que denote individuos humanos, sino también colectivos.

**6.** La composición tripartita del derecho al reconocimiento de la personalidad permite que se opere de manera diferenciada en cada una de las funciones o posiciones sintácticas que integran su estructura formal.

**7.** Al operar sobre la posición del titular del derecho, se deduce una regla: conceder o denegar la personalidad es cuestión de todo o nada. No se trata, pues, de un principio y, por ende, no es posible ponderar.

**8.** En cambio, si se opera en la posición sintáctica del objeto, se obtiene que en ésta indirectamente se encuentran los demás derechos humanos, sin perjuicio que directamente puedan derivarse derechos propios de la personalidad como el derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esta posición sintáctica es posible derivar reglas y principios.

**9.** La tautología sólo puede ser desarrollada si se disimila el significado de “persona” del de “humano”; por tanto, sólo puede desenvolverse si se opera en la posición sintáctica del titular.

**9.1.** Si en el marco de los tribunales es donde se termina creando el derecho al reconocimiento de la personalidad, porque es allí donde se puede romper la sinonimia generadora de la tautología, y este derecho es la condición de todos los demás en el estricto sentido aquí expuesto, entonces el poder que los tribunales competentes (generalmente, cortes supremas nacionales o cortes internacionales emisoras de fallos vinculantes) es sumamente amplio. *Tanto poder no puede quedar excluido a análisis críticos, menos cuando redunde en determinar el ser o no ser de algo o alguien para el Derecho.* Por eso es importante la precisión del concepto de ideología que se ha desarrollado en el primer capítulo de este trabajo.

**10.** Es especial la relación que existe entre el derecho a la personalidad, el derecho a la igualdad y a la dignidad humana. En el capítulo III se demostró que en el sistema del Derecho de la sociedad funcionalmente diferenciada, el principio

de igualdad se generó por el privilegio de operar sobre su aspecto positivo, la igualdad, en perjuicio de su aspecto negativo, la desigualdad, sin que desde la sola lógica haya razón que impida privilegiar uno u otro lado. También se demostró que la igualdad no sólo es un derecho humano, sino que, además, es una nota semántica que admite asociarse a todos los demás derechos humanos, junto con la dignidad humana, la universalidad, la libertad, la intangibilidad (relativa o absoluta) respecto de la decisión, indivisibilidad, la interdependencia, la progresividad y otros.

A estos datos se suma que si la posición del titular de los derechos humanos ha de saturarse por un solo signo (con independencia de que se refiera a individuo o comunidad, y sin importar que sea analíticamente divisible o no), entonces es indudable que el principio de igualdad tendrá una relación directa con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, con la estructura formal de este derecho.

*La igualdad y la dignidad se entenderán como una nota semántica supuesta por la posición sintáctica de la titularidad.* Esta relación no la tiene el derecho del reconocimiento de la personalidad jurídica con los demás derechos humanos, pues como vimos éstos enriquecen directamente el significado del signo que sature la posición del objeto, no así la del que sature la del titular. Por otro lado, el derecho a la igualdad, por su complejidad y dinamismo, también afectará al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica desde la posición del objeto de este último, de la misma manera que hacen los demás derechos humanos.

Esto último significa que se debe ser muy cuidadoso al seleccionar los semas que se atribuyan al signo que sature la posición del sujeto del derecho al reconocimiento de la personalidad, pues cualquier característica que se asigne a “ser humano” para asimetrizarlo de “persona”, será una nota que necesariamente marcará igualdad entre todos los titulares de derechos humanos y, por ende, será imposible discriminar respecto a esa característica, sin al mismo tiempo negar el carácter de persona a quien resulte discriminado.

Asimismo, dado que el principio de igualdad está supuesto semánticamente a la posición del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica,

entonces aquello que se determine como posiblemente materia de discriminación (como por ejemplo las categorías no sospechosas, e incluso las sospechosas referidas por el artículo 1 constitucional mexicano), no podrá ser un componente semántico o sema que por sí solo disimile “ser humano” de “persona”. En otras palabras, las categorías sospechosas y las no sospechosas no pueden ser aquello que distinga a “ser humano” como titular de derechos y obligaciones en oposición a aquello a lo cual se niegue personalidad.

**11.** Para desarrollar la tautología, se requiere de juicios sintéticos, en tanto la semántica jurídica no es suficiente para definir lo humano, sólo lo es para definir persona para el Derecho. Estos juicios sintéticos pueden ser introducidos por sola decisión, por decisión acompañada de razones o sólo por razones. La primera opción es contraria con el carácter formal del derecho al reconocimiento de la personalidad, consistente en ser una función de tercer orden. Es decir, por su propia forma, la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad se opone a ser desenvuelta por medio del formalismo kelseniano. Entonces, es necesario un debate abierto y democrático, necesariamente acompañado de multidisciplinariedad.

**12.** Tal como ocurre en la destautologización del Derecho en general, según la teoría de Luhmann, en el caso del derecho al reconocimiento de la personalidad, primero se tiene lo que se ha considerado habitualmente “persona” para el Derecho, esto es, lo que hemos denominado función kelseniano-ferrajoliana. Posteriormente, se duplica la unidad de esta función de segundo orden, mediante la tautología “persona debe ser persona”. La tautología se convierte en paradoja cuando se introduce una negación: “la personalidad de algo es la no personalidad de otro algo”, esto es, la distinción entre diversas personas. Esto es una paradoja, porque la introducción de la negación implica la necesidad de determinar el contenido de la parte positiva; sin embargo, este contenido no existe, precisamente porque la parte positiva es la tautología “persona debe ser persona”. Cuando la tautología del derecho al reconocimiento de la personalidad deriva en una paradoja, es necesario desarrollarla: no hay otra opción. Mediante

otra negación se logra esto: “la personalidad de algo no es la no-personalidad-del-otro”.

Así, tanto quien es una persona como quien es otra persona, puede y debe contar con el estatuto de ser persona, aunque es claro que el hecho de que exista multiplicidad de personas implica necesariamente la existencia de conflictos (por ejemplo, conflictos entre reglas y principios de derechos humanos). Este antagonismo se excluye o se controla, finalmente, mediante condicionamientos, con lo cual queda desdoblada la tautología y resuelta la paradoja: “persona debe ser persona”, aunque esto requiere de un enriquecimiento de los programas del sistema, es decir, del sistema semiótico-jurídico (la ponderación de principios es una especie de estos condicionamientos).

**12.1.** Este desarrollo de la tautología pone de relieve que siempre que existe reconocimiento a la personalidad jurídica de alguien, existe la posibilidad de la emergencia de un interés contrario a ese reconocimiento, pues reconocer personalidad a alguien más limita el margen de ejercicio de la personalidad de alguien que la tenga previamente reconocida. Esto no significa que el interés contrario sea algo negativo, simplemente es algo que necesariamente ocurre.

La necesaria tensión existente entre reconocer varias personalidades, es decir, en tener por personas a una multiplicidad de entes (v.gr a todos los individuos o a todas las comunidades indígenas), es algo que llevará siempre a la tentación de excluir de la personalidad a grupos de entes. La personalidad del otro reduce necesariamente el margen de acción y, por ende, surge el interés de ampliar este margen mediante la anulación de la personalidad que lo reduce.

Naturalmente, el derecho al reconocimiento de la personalidad es refractario a este interés, en el sentido de que si éste siempre prevaleciera, simplemente desaparecería tal derecho; por tanto, podemos decir que la existencia de un interés por excluir a algo de la personalidad es necesariamente un riesgo de incumplimiento de ese derecho.

**13.** De la forma misma de la tautología se obtienen cuatro criterios interpretativos:

**13.1.** El primer criterio interpretativo forma es: la saturación de los signos que ocupen las posiciones o funciones del titular y del objeto debe ser siempre de tal manera que no impliquen la terminación del debate, la discusión y, en pocas palabras, de la racionalidad basada en la diferencia no en la identidad ni en la presencia.

Este criterio interpretativo tiene la siguiente derivación: si el derecho al reconocimiento de la personalidad es la condición de todos los demás, porque indefectiblemente es predicado cuando se predica algún otro, entonces este criterio significa que, en general, todos los derechos humanos imponen el deber de estar siempre en debate y siempre en movimiento. Es cierto que, hasta el día de hoy, esto se ha dado sin necesidad de la existencia de un deber; sin embargo, el hecho de que se trate de un deber, significa que, aquello que sólo se había dado por necesidades teóricas y políticas, a partir del derecho al reconocimiento de la personalidad, devenga derecho positivo, el cual, paradójicamente, se relativiza e “intangibiliza” respecto de la decisión que le ha dado origen.

Entonces, el derecho al reconocimiento de la personalidad, por su peculiar posición respecto de los demás derechos y su particular estructura tautológica, convierte en derecho positivo necesidades normalmente propias de las ciencias humanas, la teoría y la dogmática jurídicas: el debate racional.

**13.1.1.** El derecho al reconocimiento de la personalidad y, en general todos los demás, en tanto tienen aquél como su condición, imponen un deber de debate y discusión democráticos, en el cual se acuda a la multidisciplinariedad.

**13.2.** El segundo: la forma en que se sature cada posición o función sintáctica de ese derecho, debe ser tal que sea lo suficientemente compatible con la semántica de los derechos humanos, que haga posible mantener la comunicación jurídica basada en ellos.

**13.3.** El tercero: la función de la titularidad en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, debe ser saturada considerando que es parte de una función de tercer orden y no una función aislada.

**14.4.** El cuarto: la saturación de la función o posición sintáctica del titular es un problema predominantemente jurídico, que implica todos los lenguajes que componen el sistema del Derecho.

**14.5.** Esta lista no es limitativa.

**15.** La postura de Ferrajoli sobre el estatuto jurídico del no nacido es contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, sin necesidad de pronunciarse sobre si le corresponde el carácter de persona.

**15.1.** El autor italiano considera la cuestión de la personalidad del nasciturus sólo con base en la función de segundo orden que hemos denominado kelseniana-ferrajoliana, no así la función de tercer orden que es el derecho al reconocimiento de la personalidad. Es decir, no atiende a este derecho humano, en cuanto a que éste es una función conformada, entre otras, por la función kelseniana-ferrajoliana. Lo deja absolutamente de lado y esto es, de por sí, indebido. Esto, porque sostiene que es cuestión debatida si el nasciturus es o no persona, es decir, afirma que el problema consiste en determinar si la función kelseniana-ferrajoliana admite ser complementada por un argumento, cuyo signo saturado a su vez sea colmado por un significado que incluya al nonato.

**15.2.** El argumento de Ferrajoli, contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es contrario al primer criterio interpretativo formal, porque mantener abierta la cuestión y evitar conclusiones que den por terminado el debate, es inconsistente con la desestimación de premisas “debatidas” como es, para Ferrajoli, la atribución de personalidad al nasciturus; antes bien, con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica poner en duda la atribución de personalidad es aquello que pretende evitarse. Por tanto, el argumento de Ferrajoli que parte de “premisas pacíficas” y concluye a partir de este tipo de

“premisas”, de manera definitiva, que la atribución de personalidad debe dejarse a la mujer, no es compatible con la estructura formal del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

**15.3.** Al considerar Ferrajoli que la cuestión se reduce a la determinación del significado del signo que satura la función kelseniano-ferrajoliana, deja a un sujeto obligado por el derecho al reconocimiento de la personalidad, la facultad de establecer su alcance vinculatorio. Además, si se asume válido el argumento de Ferrajoli, se deja a la nuda decisión de un sujeto obligado por el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la determinación del alcance de las obligaciones derivadas del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual es incompatible con la semántica de los derechos fundamentales en particular (intangibilidad) y de los derechos en general (necesidad de que el derecho se asocie de alguna forma con alguna obligación, según la tercera función o posición sintáctica de todo derecho). Este argumento de Ferrajoli es compartido en general por Humberto Maturana.

**16.** En el aspecto semántico del desarrollo de la tautología, determinamos que el derecho al reconocimiento de la personalidad surgió para evitar que mediante mecanismos fácticos o normativos, o fácticos y normativos, se redujera a miembros de la especie humana a ser sólo miembros de la especie humana. Con esta base, se deducen los siguientes criterios semánticos de interpretación del derecho:

**16.1.** En el debate y discusión sobre a qué o quién deba tenerse como persona, la carga argumentativa corresponderá siempre a la parte que niegue personalidad a algo o alguien que de cualquier manera comparta algún rasgo semántico (sema) inherente (específico o genérico) o denotado necesariamente humano (clasema o semantema). Entonces es conforme al derecho al reconocimiento de la personalidad, establecer que la carga argumentativa debe ser atribuida a quien tenga interés en excluir algo de la personalidad, si este algo presenta algún componente semántico necesariamente humano (aunque lo humano sea más que ese componente).

Es decir, conforme al primer criterio semántico de interpretación, la carga argumentativa corresponderá siempre a la parte que niegue personalidad a algo o alguien que de cualquier manera comparta algún rasgo semántico inherente a humanidad, especialmente si, además, es específico, como, por ejemplo, ser miembro de la especie humana u homo sapiens. *Esto se traduce en que, en caso de duda, debe tenerse como persona cualquier miembro de la especie humana, salvo que quien tenga un interés contrario demuestre fehacientemente lo contrario.*

**16.2.** Cualquier reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos (i.e. elementos semánticos del recorrido semántico del signo “ser humano”) será sospechosa de ser contraria a una interpretación correcta del derecho al reconocimiento de la personalidad y, por ende, la carga argumentativa para demostrar sus méritos corresponde a quien opere tal reducción.

**16.3.** El argumento que conforme al segundo criterio interpretativo semántico, corresponde ser expuesto por quien pretende la reducción de lo humano a alguno o algunos de sus atributos, debe evitar la dispositio ideologica, de lo contrario será opuesto al derecho al reconocimiento de la personalidad.

**16.4.** Esta lista no es limitativa.

**17.** Es un argumento muy difundido sobre el tema de la personalidad, el liberal de Dworkin y Rawls. Sin embargo, es contrario al derecho al reconocimiento de la personalidad.

**17.1.** En primer lugar, la posición de estos autores reduce la cuestión de la personalidad a establecer cómo se satura de mejor manera la función de la personalidad, que aquí hemos denominado kelseniano-ferrajoliana. Por tanto, no consideran que el problema es mucho más complejo, pues esa función ya no está aislada al formar parte de una función de tercer orden, es decir, ya no se trata solamente de saturar esa función, sino de cumplir con un derecho. De esta manera, no basta con dar razones para saturar la función de la personalidad (i.e. decir qué debe ser persona), sino que, al mismo tiempo, se deben atender los

requerimientos formales y semánticos derivados del hecho de que esa función forma parte de un derecho.

**17.2.** En la conclusión 5.3.2 del capítulo I de este trabajo, demostramos que decir que el semema –humano-, es decir, el significado global del signo “humano”, tiene como único sema distintivo /racional/, es ideológico. También es ideológico establecer como único sema distintivo, cualquier otro sema, como, por ejemplo, “sentir-dolor”; pero la posición liberal, fiel a una tradición metafísica que se remonta a Porfirio, reduce lo humano a lo racional o la posibilidad de sentir dolor.

En el capítulo I se demostró que los contenidos semánticos asignados a los significantes, son contenidos culturales, que pueden ser segmentaciones rigurosas o no de lo real, por lo que la semiosis es una diferencia que apunta siempre hacia algo más, sin tocarlo directamente, por lo cual los árboles de Katz y Fodor y de Porfirio son insuficientes para explicar el plano semántico de la semiosis: son incompatibles con su carácter ilimitado. Son diccionarios, no enciclopedias. Por tanto, sostener que lo humano tiene como único sema distintivo “racional”, a la manera en que lo hace el árbol de Porfirio, es ideológico y, por ende, prima facie es falso e incorrecto. También es ideológico establecer como único sema distintivo, cualquier otro sema, como, por ejemplo, “sentir-dolor”.

De esta forma, si la posición de Dworkin y Rawls sobre lo humano, reduce éste a lo racional, a la conciencia y al interés, entonces tal postura es ideológica e incorrecta. Concretamente, se trata de *inventio ideologica*, según se ha definido este concepto en el primer capítulo de este trabajo.

**17.3.** La posición liberal posibilita (si no es que implica) una categorización de humanos inferiores para una axiología del tipo “tener o no tener”, como diría Hemingway.

**17.4.** A estas críticas se suman las del cosmopolitismo, republicanism, comunitarismo, algunos feminismos, filosofía de la diferencia de Derrida y pragmatismo.

**17.5.** Destaca la crítica de Derrida, quien al asumir el carácter eminentemente diferencial de la semiosis (la huella), refiere que la diferencia “potencia/acto” ni es más que una soldadura de la diferencia que pretende reconducirla a la univocidad, a la identidad y a la presencia. Entonces, considerar que el ser humano es sólo el ser humano actual y presente (no aquél que sea en “potencia”), significa negar el carácter abierto y nunca idéntico a sí mismo de lo humano. Por tanto, la diferencia que Dworkin reitera frecuentemente sobre que el no nacido sería un ser humano en potencia, es metafísica enfática insostenible.

**18.** De las sentencias analizadas que operan sobre la posición sintáctica del titular (Roe v. Wade y sucedáneas, BVerfGE 39, 1 y BVerfGE 88, 203, sentencias de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Baby Boy y Artavia y otros Vs. Costa Rica), sólo las emitidas por el Tribunal Constitucional Federal alemán cumple en su mayoría el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

El Tribunal alemán no refiere directamente al derecho al reconocimiento de la personalidad, pero tampoco difiere la cuestión hacia el derecho a la vida. Si reconoce el derecho a la vida del no nacido, es porque considera que esto se desprende de la dignidad humana. El derecho a ésta es lo más parecido que existe a operar en la posición sintáctica del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad. Asimismo, en esos fallos se respetan los criterios de interpretación formal y semánticos del derecho en estudio.

Estos fallos sólo adolecen en el sentido de que no reparan que respecto de la mujer embarazada se actualiza la misma regla del derecho al reconocimiento de la personalidad operado desde la posición sintáctica del titular.

En el caso mexicano, también se abordó la cuestión desde el derecho a la personalidad, sobre todo en el voto de minoría y en al menos cuatro de los votos concurrentes. Sin embargo, el hecho de que la mayoría no se haya puesto de acuerdo en el engrose y se generaran ocho opiniones distintas, impide determinar si nuestra Corte cumple o no este derecho.

Por su parte, las sentencias *Roe v. Wade*, *Baby Boy* y *Artavia y otros vs. Costa Rica*, el problema de la personalidad del no nacido se difiere hacia el derecho a la vida, lo cual es especialmente grave en las dos últimas, desde que para éstas es más claramente aplicable el derecho al reconocimiento de la personalidad y es éste el directamente relevante.

Asimismo, estos fallos se sustentan en razonamientos paralogísticos, ideológicas (inventio y dispositio ideológica) y, no sin cierta ironía, son todos de corte originalista. Además, incumplen casi todos los criterios interpretativos formales y semánticos del derecho al reconocimiento de la personalidad.

**19.** Sin el desarrollo del debate democrático y multidisciplinario, no es posible siquiera aventurar una postura seria sobre cuál debe ser el significado del signo que sature la función del titular del derecho al reconocimiento de la personalidad. A lo más, aventuramos la hipótesis de la corporalidad, la cual considera que el cuerpo es el plano de expresión de la personalidad y, por tanto, es un elemento esencial de ésta que no debe ser transgredido ni objetivado. En lo que respecta a esta función, estamos frente a una regla.

Por esta razón, no es posible que determinemos que el nasciturus deba ser persona. Sin embargo, el primer criterio semántico de interpretación del derecho al reconocimiento de la personalidad establece que la carga argumentativa corresponderá siempre a la parte que niegue personalidad a algo o alguien que de cualquier manera comparta algún rasgo semántico (sema) inherente o denotado necesariamente humano (clasema o semantema), como, por ejemplo, ser miembro de la especie humana u *homo sapiens* e, indudablemente, el no nacido forma parte de nuestra especie biológica. Por eso creemos que tentativamente cabría reconocérsela, salvo que haya razones contundentes. Estas no ha aparecido en las sentencias donde se le ha negado personalidad.

Pero esto no significa que estén sustentadas pretensiones de protecciones absolutas a su vida, mucho menos en oposición a la madre.

De las sentencias *Roe v. Wade* y *Artavia y otros vs. Costa Rica* advertimos que una de las principales motivaciones para negar personalidad al nasciturus son

estas pretensiones. Sin embargo, quienes así las sustentan cometen el mismo error de esos fallos: difieren el problema hacia el derecho a la vida.

En cambio, si se analiza la cuestión desde el derecho al reconocimiento a la personalidad las cosas son distintas.

En el capítulo tercero se demostró que la estructura sintáctica de los derechos fundamentales es de tal complejidad, que a priori es difícil conocer todas las obligaciones correspondientes en cada caso concreto a cada derecho fundamental.

Los principios nunca son absolutos y, por ende, aun cuando el solo hecho de reconocer la personalidad de alguien tiene la forma de una regla, según hemos también demostrado, lo cierto es que esto sólo se relaciona con un componente sintáctico de todos los derechos fundamentales, mas no con la totalidad de éstos. De esta manera, reconocer la personalidad al nasciturus no tendría consecuencias absolutas, sino que por medio de ponderación sus derechos, por ejemplo, el relativo a la vida, podrían llegar a ceder en favor de otros, particularmente, los de la madre.

Entonces, si se reconoce tentativamente el carácter de persona al no nacido, entonces antes de la viabilidad, su personalidad estaría relacionada necesariamente con la personalidad de la madre. Todo cumplimiento a obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción de los derechos del nasciturus, necesariamente estarían mediados por la corporalidad de la madre y, por ende, por toda su personalidad. Así, si la madre estuviera de acuerdo con la protección, no sería un medio para un fin, sino un fin más en apoyo al fin que sería el nasciturus: la dignidad humana de ambos estaría asegurada.

En cambio, si la madre no estuviera de acuerdo con la protección, entonces, el respeto, protección, garantía y promoción del nasciturus necesariamente implicarían una afectación y disminución de la personalidad de aquella, no de algún derecho en particular, sino de su personalidad en general, como bien denuncian los grupos feministas. La mujer se convertiría en objeto para el fin consistente en la protección del nonato.

La única forma de evitar esto es que las medidas protectoras y la garante de la vida del no nacido, privilegien la persuasión a la madre de consentir con la protección del hijo. Esto excluye la penalización como medio principal para proteger al nasciturus en favor de otros medios que den preponderancia a la obtención racional del consentimiento de la madre en favor de la protección al hijo.

El derecho al reconocimiento de la personalidad impide que se penalice a la mujer embarazada, pero también la liberalización absoluta del aborto. Excluidas estas opciones, queda la posibilidad de sanciones no penales (v.gr. trabajo social, multas menores en casos de reincidencia, obligatoriedad de acudir a pláticas y a mostrar disposición razonable a la persuasión, en casos extremos obligar a tratamientos psicológico) y la imposibilidad de que personas lucraran con la práctica de procedimientos abortivos, en los casos en que fallen las medidas de protección al nasciturus que favorecen buscar la persuasión de la madre, pues esto sin duda implicaría promover el no reconocimiento de la personalidad de éste.

**20.** Sobre la fertilización in vitro nos parece razonable exigir a quienes practican la FIV que el índice de pérdida o muerte embrionaria en ese procedimiento no sea mayor al índice de mortalidad de los embriones en el periodo que transcurre de su fecundación hasta su implantación. Además, conforme al principio de progresividad, también sería exigible que, en la medida de lo posible, se trabaje para que el índice de la FIV llegue incluso a ser menor al natural. Con esta salvedad, convenimos con la CoIDH que la normatividad que anuló la Sala Constitucional costarricense era aceptable, incluso si se reconoce la personalidad tentativamente del nonato, como aquí defendemos.

## VI. Fuentes, bibliografía y hemerografía

### VI.1 Fuentes

Derecho internacional:

1. Diario Oficial de la Federación.
2. Página de internet de la Secretaría de Relaciones exteriores:  
[www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx)
3. Página de internet de la Organización de las Naciones Unidas:  
[www.un.org](http://www.un.org); [http://www.un.org/es/documents/udhr/index\\_print.shtml](http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml)
4. Página de internet de la Organización de Estados Americanos:  
[www.oas.org](http://www.oas.org)
5. Página de internet del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>
6. Página de internet de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos: <http://www.cidh.oas.org/default.htm>
7. Página de internet de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Derecho extranjero:

1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos:  
<http://lp.findlaw.com/>  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=1>

13

<http://www.ushistory.org/documents/amendments.htm>

Derecho mexicano:

1. Diario Oficial de la Federación.
2. Semanario Judicial de la Federación.
3. Página web oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:  
[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

4. Página web de equidad de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www.equidad.scjn.gob.mx>

Otras

1. <http://www.awomansright.org/sp-d&x.html>
2. <http://www.philosophia.cl/biblioteca/austin.htm>

## VI.2. Bibliografía y hemerografía citadas en el texto

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. “Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos”, Trabajo elaborado para las *Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía*, en el marco del Seminario Taller: *Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad*, organizado por UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006.

-----y Courtis, Christian. “Los Derechos sociales como derechos exigibles”, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2004.

-----y -----.“Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en: Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa / UNAM, México, 2001.

-----y -----.“*El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*”, Estudios del Puerto, Argentina, 2006

ALEXY, ROBERT. “La institucionalización de la justicia”, Editorial Comares, 2 ed., Granada, 2010.

-----.“Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª. Ed., 2007. Título original: *Theorie der*

Juristischen Argumentation. Der Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristische Begründung. Traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

------. "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.47. Título original: Theorie der Grundrechte. Traducción: Ernesto Garzón Valdés.

ARENDT, HANNAH. "Los orígenes del totalitarismo", Santillana, México, 3ª ed, 2007,

ATIENZA, MANUEL. "Las razones del Derecho", UNAM, México, 2003, pp. 149-202.

AUSTIN, J.L. "Cómo hacer cosas con palabras", en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/austin.htm>.

BACHRACH, PETER. "Crítica de la teoría elitista de la democracia", Buenos Aires, Amorrortu, 1967.

BARTHES, ROLAND. "La aventura semiológica", ediciones Paidós, Barcelona, 2ª. ed., 2000. Título original "L'aventure sémiologique". Traducción: Ramón Alcalde.

BEUCHOT, MAURICIO. "Interculturalidad y Derechos Humanos", siglo XXI, México, 2005.

BIDART CAMPOS, GERMÁN. Teoría General de los Derechos Humanos, UNAM-IIJ, México, 1989.

BIRGIN, HAYDÉE Y KOHEN, BEATRIZ. "El acceso a la justicia como derecho", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz (comp.), Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Argentina, 2006.

BROWN, SPENCER. "Laws of form", The Julian Press, Nueva York, 1972.

BOBBIO, NORBERTO. "El tiempo de los Derechos", Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BOLAÑOS, BERNARDO. "La estructura de las expectativas jurídicas", en Salazar, Pedro, et. al. (editores). "Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli", Trotta-IIJ-UNAM, Madrid, 2005,

BURLEIGH, MICHAEL. "El tercer reich. Una nueva historia", Punto de Lectura, México, 2005

CANÇADO, ANTONIO. "Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y el Estado de derecho", en Rafael Nieto Navia, *"La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos"*, Costa Rica, Corte Interamericana de DH, 1994, pp. 515–534.

CHANDLER, DANIEL. "Semiotics. The basics", Taylor & Francis Group, Nueva York, 2a. ed. 2007, pp. XVIII-307.

CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. "La Familia en el Derecho", Porrúa, México, 8ª ed., 2007.

CHEMERINSKY, ERWIN. "Constitutional Law. Principles and Policies", Aspen Publishers, Tercera Edición, Nueva York, 2006,

CÍNTORA G. ARMANDO. "Los principios irracionales de la racionalidad", Anthropos, México, 2005. Traducido del inglés por el autor y Jorge Tagle.

COFFA, ALBERTO. "La tradición semántica. De Kant a Carnap", Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2005, vol. 1. Traducción: Max Fernández de Castro.

COLOMER, EUSEBI. "El Pensamiento Alemán de Kant a Heidegger", Herder, Barcelona, 1995, tres tomos.

COMTE-SPOVILLE, ANDRÉ. "El alma del ateísmo", Paidós, Barcelona, 2006. Título original: *L'Esprit de l'athéisme*. Traducción de Jordi Terré.

COOK, REBECCA. "Los derechos humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir" en Cook, Rebecca (ed.), "Derechos humanos de la Mujer". Profamilia, Colombia, 1997, pp. 3-19.

COURTIS, CHRISTIAN. "Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación", *Revista Derecho del Estado* n. 24, julio de 2010, pp. 105-141.

CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO. "Expectativas, derechos y garantías. La teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, editores, "Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli", Trotta-IIJ-UNAM, 2005.

DE GREIF, PABLO. "Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional", disponible en <<<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/16994/18542>>>, p. 18.

DE LA TORRE MARTÍNEZ, CARLOS. "El derecho fundamental a no ser discriminado: estructura y contenido jurídico" en Memorias del Congreso Internacional de Derecho Constitucional celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 2006, pp. 255-278.

DERRIDA, JAQUES. "De la Gramatología", siglo XXI, México, 1979.

DOWNS, ANTHONY. "Una teoría económica de la acción política en una democracia", en Joseph Colomer, "*Lecturas de Teoría Política Positiva*", Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, pp. 263-297.

DULITZKY, ARIEL. "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos", en Martín, Claudia et al, coordinadores "Derecho Internacional de Derechos Humanos", Fontamara, México, pp. 79-117.

DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.

----- . "Taking rights seriously", Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1978.

----- . "Life's Dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom", Vintage Books, Nueva York, 1994

ECO, UMBERTO. "Lector in fabula", Lumen, Barcelona, 5ª ed. 2005.

------. “Semiótica y Filosofía del Lenguaje”, editorial Lumen, Barcelona, 1990. Título original: Semiotica e filosofia del linguaggio. Traducción: Helena Lozano.

------. “Signo”, editorial Labor, Colombia, 2ª. ed., 1994. Título original: Segno. Traducción: Francisco Serra Cantarell

------. “Interpretación y sobreinterpretación”, Cambridge University Press, España, 1995.

------. “La estructura ausente”, ed. Lumen, México, 2005, pp. 446. Título original: “La struttura assente”. Traducción de Francisco Serra Cantarell.

------. “Tratado de semiótica general”, ed. Lumen, México, 2005, pp. 461. Título original: “A theory of semiotics”. Traducción de Carlos Manzano.

FACIO, ALDA. “La carta magna de todas las mujeres”, en Facio, Alda, “Hacia otra teoría crítica del derecho” en Género y derecho, Santiago de Chile, American University/ILANUD; Ediciones La Morada pp. 201 – 229

FABBRI, PAOLO. “El giro semiótico”, editorial Gedisa, Barcelona, 2000.

FERRAJOLI, LUIGI. “Principia Iuris”, Trotta, Madrid, 2011, tres tomos.

------. “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (coords.), Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres. México: SCJN-Fontamara, 2010, pp. 3.

------. “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en Bovero, M. y Ferrajoli, L. “Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas”, IFE, México, 2001, pp. 17.

------. “Derechos Fundamentales”, en Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, España, 2004.

FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ. “Sociología de los Derechos Humanos”, en Añón, María José; Bergalli, Roberto; Calvo, Manuel; Casanovas, Pompeu (coords), “Derecho y Sociedad”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

FINNIS, JOHN. "Natural Law and Natural Rights", Oxford University Press, Nueva York, 2a. ed., 2011.

FISHER, LOUIS. "American Constitutional Law", Carolina Academia Press, Quinta Edición, Carolina del Norte, EUA, 2003.

FOUCAULT, MICHEL. "Las palabras y las cosas", Siglo XXI, México, 32 ed., 2005, pp. VII-375. Título original: *les mots et les choses, une archéologie des sciences humaines*. Traducción Elsa Cecilia Frost.

-----"Historia de la Locura en la época clásica", Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1976, dos tomos.

----- "Vigilar y castigar", siglo XXI, México, 2ª ed., 2009, pp. 359. Título original: *surveiller et punir*.

GADAMER, HANS G. "La razón en la época de la ciencia", Alfa, Barcelona, 1981.

GARCÍA, CECILIA. "*La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*", Universidad de Chile, Chile.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. "Introducción al estudio del Derecho", Porrúa, México, 11 ed., 1963.

GARCÍA MUÑOZ, SOLEDAD. "Género y Derechos Humanos de las mujeres. Estándares conceptuales y normativos en clave de Derecho Internacional", en *EDebates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*", Fontamara, México, 2010, pp. 47-83.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Los Derechos Humanos y la jurisdicción interamericana". UNAM, IJ, México, 2002.

GARGARELLA, R. "El embate comunitarista", en "Las teorías de la justicia después de Rawls", Barcelona, Paidós, 1999.

GUASTINI, RICCARDO. *Teoría e Ideología de la interpretación constitucional*, IJ-UNAM-Trotta, Madrid, 2008,

GÖDEL, KURT. "Obras completas", Alianza editorial, Madrid, 2006. Traducción del inglés: Jesús Mosterín.

HÄBERLE, PETER. "El Estado Constitucional", IJ-UNAM, México, 2001, p. 12 et al. Traducción de Héctor Fix Fierro.

HABERMAS, JÜRGEN. "Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", Trotta, Madrid, 2ª. Ed. 2000. Título original: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Traducción: Manuel Jiménez Redondo.

HART, H.L.A. "The concept of Law", Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 1997.

HEGEL, G.W.F. "Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas", Porrúa, México, 7ª. Ed., 1997. Título original: Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften.

HELD, DAVID. "Modelos de democracia", Alianza, México, 1992.

HOPWOOD, NICK. MARTIN HEINRICH RATHKE. "Ein Embryologe des 19. Jahrhunderts", en British Journal for the History of Science, No. 34.123, diciembre 2001, pp. 472-473.

JARAMILLO, ISABEL CRISTINA. "La crítica feminista al derecho" en Ramiro Ávila Santamaría, et al. (compiladores), "El género del derecho", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Colombia, pp. 103- 135.

KELSEN, HANS. "Teoría General del Derecho y del Estado", México, UNAM, 2ª ed. 1958, 5 reimpresión 1995, p. 69. Traducción de Eduardo García Máynez.

----- "Teoría Pura del Derecho", Porrúa, México, 11ª ed., 2000, p. 155. Traducción Roberto J. Vernengo.

KUHN, T.S. "La estructura de las revoluciones científicas", Fondo de cultura económica, México, 1978. Título original: The Structure of scientific revolutions".

LEFORT, C. "Los derechos del Hombre y el Estado Benefactor", en Revista Vuelta, México, 1987, pp.34-42.

LUHMANN, NIKLAS. "Sistemas Sociales. Lineamientos para un teoría general de la sociedad", Anthropos, UIA, CEJA, México, 1998. Título original: Soziale Systeme. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie. Traductores: Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Javier Torres Nafarrate.

----- . "El Derecho de la Sociedad", UIA, Anthropos, México, 2002, pp. 673. Título original: Recht des Gessellschaft. Traducción de Javier Torres Nafarrate.

----- . "Los derechos fundamentales como institución (aportación a la sociología política)", UIA-ITESO, México, 2010.

----- y De Giorgi Raffaele "Teoría de la Sociedad", UIA, Triana, México, 1998.

----- . "Are There Still Indispensable Norms in Our Society?", en Soziale Systeme 14 (2008), Heft 1, p. 31. Traducción del alemán por Todd Cesaratto de la versión alemana "Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?" Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

MACPHERSON, C.B. "La democracia liberal y su época", Alianza, España, 1981, pp. 113-138.

MAHONEY, KATHLEEN. "Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales" en Cook, Rebecca (ed.) Derechos humanos de la Mujer. Profamilia, Colombia, 1997, pp. 443-466.

MATURANA, HUMBERTO. "La realidad: ¿objetiva o construida. II. Fundamentos biológicos del conocimiento", Anthropos-UIA, México, 1996.

MEDINA QUIROGA, CECILIA. "La Convención Americana. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial", Universidad de Chile, 2003.

MISKOLCI, R. (Mimeo). "Feminismo y derechos humanos", en Estévez López, Ariadna y Daniel Vázquez Valencia, *Los derechos humanos en las ciencias sociales: construyendo una agenda de investigación multidisciplinaria*, México, FLACSO-CISAN/UNAM, 2010.

MORRIS, CHARLES. "Fundamentos de la teoría de los signos", ediciones Paidós, Barcelona, 1985, p. 100. Título original: Foundations of the Theory of Signs. Traducción: Rafael Grasa.

NATHAN J. EMERY Y NICOLAS CLAYTON. "The Mentality of Crows: Convergent Evolution of Intelligence in Corvids and Apes", en la revista Science 10 diciembre 2004, Vol.306, no.5703, pp. 1903-1907.

N.E.H. HULL Y HOFFER, PETER CHARLES. "Roe v. Wade. The Abortion Rights Controversy in American History", University Press of Kansas, 2ª ed, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales, UNAM, IJ, México, 2003.

OST, FRANÇOIS. "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", en revista Doxa, no. 14, Madrid, 1993, pp. 169-194.

PETTIT, F. "Liberalismo y republicanismo", en F. Ovejero et. al., "*Nuevas ideas republicanas*", Paidós, Barcelona, 2004, pp. 115-135.

PICARD, EDMUNDO. "El Derecho puro", Librería Guttemberg, Madrid, 1911. Trad. Alberto Serrano Jover.

PIEDRA GUILLÉN, N., "Feminismo y posmodernidad: entre el ser para sí o ser para otros", *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Costa Rica*, IV y III, 2003, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/153/15310204.pdf>.

PICKETT, K. M., WENZEL, J. W., & RISSING, S. W. "Iconoclasts of evolution: Haeckel, Behe, Wells & the ontogeny of a fraud", en la revista The American Biology Teacher, 67(5), 2005, pp. 275-282. Obtenido de <http://189.204.30.3/infoweb/bdatos.asp/docview/219035105?accountid=44430>

PRUD'HOMME, JEAN- FRANÇOIS. "Consulta popular y democracia directa", México, IFE (Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, no. 15), 1997, pp. 17-51.

PRZEWORSKI, ADAM. Bernard Manin y Susan Stokes, "Elecciones y representación", en revista *Zona abierta*, núm. 100/101, Madrid, 2002, pp. 19-49.

RASTIER, FRANÇOIS. "Semántica Interpretativa", siglo XXI editores, México, 2005, p. 359. Título original: "Semantique interpretativ". Traductor: Eduardo Molina Yvedia, a partir de la segunda edición francesa de 1996.

RAWLS, JOHN. "Liberalismo político", Fondo de Cultura Económica, México, 2a ed., 1996.

RICOEUR, PAUL. "Teoría de la interpretación", ed. Universidad Iberoamericana-siglo XXI, México, 6ª edición, 2006. p. 17. Título original: "Interpretation theory, discourse and the surplus of meaning". Traducción: Graciela Monges Nicolau.

ROJINA VILLEAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Porrúa, México, 9ª. Ed., 1999, tomo I.

RORTY, RICHARD. "The pragmatist's progress. Umberto Eco on Interpretation", en "Philosophy and social hope", Penguin books, Londres, 1999, p. 134.

-----"Philosophy and social hope", Penguin books, Londres, 1999,

----- . Derechos Humanos: Racionalidad y Sentimentalismo, Praxis Filosófica Ética y Política, 5, 1995, disponible en <<<http://feget.files.wordpress.com/2008/07/rorty-derechos-humanos-6.pdf>>>.

----- . "Philosophy and the Mirror of Nature", Princeton University Press, 2a ed, New Jersey, 1980.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO. "Derechos humanos como derechos morales", en Anuario de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, número 6, 1990, pp. 149-160.

SAFRANSKY, RÜDIGER. "Nietzsche. Biografía de su pensamiento", Tusquets, Madrid, 2002.

----- . "Un Maestro de Alemania, Martin Heidegger y su Tiempo", ed. Tusquets, Fabula, Barcelona, 2003, p. 430. Traducción de Raúl Gabás.

SCHUMPETER, J.A. Capitalismo, Socialismo y Democracia, Ediciones Orbis, Barcelona. 1983.

SCHWABE, JÜRGEN (compilador). "La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009. Traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz.

SÁNCHEZ MORENO, MANUEL. "Enfoque de derechos humanos en el desarrollo. Aspectos teóricos y metodológicos" en Revista de Fomento Social, número 261, volumen 66, enero-marzo 2011, pp. 39-71.

SANTIAGO JUÁREZ, MARIO. "Igualdad y acciones afirmativas", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-CONAPRED, 2007.

SAUSSURE F., "Curso de Lingüística General", editorial Losada, Buenos Aires, 24 ed, 1948.

SEARLE, JOHN. "La construcción de la realidad social", Paidós, Barcelona, 1997, p. 183. Título original: The construction of social reality. Traducción: Antonio Domenech.

SERRANO, SANDRA. "Las características de los derechos humanos en el Derecho Internacional", documento de trabajo de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia, Flacso, México, febrero 2010.

SILVA GARCÍA, FERNANDO. "Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios esenciales", Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011.

STONE, GEOFFREY R. et al., "Constitutional Law", Aspen Publishers, Quinta Edición, Nueva York, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. "El Derecho y la Ciencia del Derecho", México, UNAM, IIJ, 1984.

-----". "Introducción al Estudio de la Constitución", Fontamara, México, 1998, p. 213.

-----". "Sobre el sistema jurídico y su creación", UNAM, IIJ, México, 1976, p.21.

-----". "Razonamiento y argumentación jurídica", UNAM, IIJ, México, 2007, p. 183.

TAYLOR, CHARLES. "El multiculturalismo y 'la política del reconocimiento'", Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

WALDE VAN DER, LILLIAN. "Aproximación a la semiótica de Peirce", en Acciones Textuales Revista de Teoría y Análisis, Universidad Autónoma Metropolitana, número 2, año 1, México, 1990, pp. 89-113.

VERÓN, ELISEO. "La semiosis social", editorial Gedisa, Barcelona, 1993. Título original: "La semiosis social". Traducción del francés: Emilio Llovera.

VIGO, RODOLFO L. "De la Ley al Derecho", Porrúa, México, 2ª. Ed., 2005.

VILLORO TORANZO, MIGUEL. "Introducción al Estudio del Derecho", Porrúa, México, 14 ed., 1999.

WITTGENSTEIN, LUDWIG. "Tractatus logicus philosophicus", Alianza Editorial, Madrid, 2003.

YOUNG, IRIS MARION. "El ideal de la imparcialidad y lo cívico público" en Justicia y la política de la diferencia, España: Princeton University Press y Ediciones Cátedra, 1990, 165-197.

### **VI.3. Bibliografía y Hemerografía adicional**

AARNIO, A., R. ALEXY, y A. PECNIK. "The Foundation of Legal Reasoning", en Rechtstheorie, No. 12 (1980)

AARNIO, A., "Lo racional como razonable", C.E.C., Madrid, 1991. Trad. de Ernesto Garzón Valdés.

ALARCOS LLORACH, EMILIO. "Gramática de la Lengua Española", Espasa Calpe, Madrid, 1999.

ALEXY, R., "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en GARZÓN VALDÉS (comp.), Derecho y filosofía, Alfa, Barcelona/Caracas, 1988. Trad. de Carlos de Santiago.

----- "El concepto y la validez del Derecho", Gedisa, Barcelona, 1994. Trad. de Jorge M. Seña

----- "Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal. La Doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los Homicidios

Cometidos por los Centinelas del Muro de Berlín”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 23, Universidad de Alicante, Alicante, 2000. Trad. A. Daniel Oliver-Lana.

----- “Sistema Jurídico, Principios y Razón Práctica”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía, del derecho No 5 Universidad de Alicante, Alicante, 1988. Trad. Manuel Atienza.

----- “La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica”, en Derecho y Filosofía del Derecho y Política No. 18 Fontamara, México, 1999. Trad. Carlos de Santiago.

----- “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, Miguel, Neoconstitucionalismo (s), Trotta, Madrid, 2003. Trad. Alfonso García Figueroa.

----- “El Concepto y la Validez del Derecho”, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2004. Trad. Jorge M. Seña.

----- “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM-Fontamara, México, Número 1, octubre de 1994.

ATIENZA, M. “El sentido del derecho”, Barcelona, Ariel, 2001.

----- “El Derecho como argumentación”, en Isegoría, No. 21 (1999)

----- “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en Doxa, No. 4 (1987).

----- “Para una teoría de la argumentación jurídica”, en Doxa, No. 8 (1990).

----- “Recensión a La lógica jurídica y la nueva retórica”, Sistema, 34 (1980), Madrid.

----- “Sobre la Analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento Jurídico”, Civitas, Madrid, 1986.

----- “Las razones del derecho, sobre la justificación jurídica”. Isonomía, revista de teoría del derecho, ITAM, México, No.1, Octubre 1994, pp.51-68.

BEUCHOT, MAURICIO. "La filosofía del lenguaje en la Edad Media", UNAM, México, 1991.

------. "Perfiles esenciales de la hermenéutica", UNAM, México, 2005.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", UNAM, 2003, pp. 529.

BOBBIO, NORBERTO. "El problema del positivismo jurídico", Fontamara, México, 1995, pp.7-35. Título original: Il problema del positivismo giuridico. Traductor: Ernesto, Garzón Valdés.

BÖCKENFÖRDE, E-W. "La democracia como principio constitucional", en Böckenförde, E-W., Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia, Madrid, Trotta, 2000.

------, "Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y críticas", en Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid, 1993.

BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN. "Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español", UNAM, México, 2005.

CARNAP, RUDOLF. "La construcción lógica del mundo", UNAM, México, 1988. Título original Der Logische Aufbau der Welt. Traducción de Laura Mues de Schrenk.

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO. "Historia del derecho natural", UNAM, México, 1999.

CHOMSKY, NOAM. "Language and Mind", Cambridge University Press, Nueva York, 3ª ed, 2006.

------. "Problemas actuales en teoría lingüística y Temas teóricos de gramática generativa", Siglo XXI, México, 7ª ed, 2002.

CORREAS, ÓSCAR. "Crítica de la ideología jurídica", UNAM, México, 1993.

CORSI, GIANCARLO, ESPOSITO, ELENA Y BARALDI, CLAUDIO. "Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann", UIA, Anthropos, México, 1995.

DÍAZ REVORIO, F.J., “La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, Palestra Editores, Lima, 2003.

----- “Valores superiores e interpretación”, C.E.P.C., Madrid, 1997.

----- “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad”, Valladolid, Lex Nova, 2001.

DWORKIN, R. “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez, en MORESO, J. y P. CASANOVAS, El ámbito de lo jurídico, Crítica, Barcelona, 1999.

----- “Retorno al Derecho Natural”, en “Derecho y Moral”, Ensayos analíticos, coords. Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ariel Barcelona, 1990.

----- “La Comunidad Liberal”, 1ª reimp., Siglo Hombre Editores, Bogotá, 2001. Trad Claudia Montilla.

----- “¿Qué es el Derecho?”, en Antología Sobre Argumentación e Interpretación Jurídica, Volumen II, Serie Verde Metodología del Trabajo Judicial 3/2002, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, México, 2002. Trad. Claudia Ferrari.

----- “El imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica”, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 1992. Trad. Claudia Ferrari

EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO J., “Los argumentos interpretativos en las sentencias del Tribunal Constitucional: el argumento de autoridad” en La interpretación de la Constitución, Universidad del País Vasco, 1984.

-----, “La argumentación en la Justicia Constitucional Española”, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.

-----, “Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional”, en Insonomia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM-Fontamara, México, Número 1, octubre de 1994.

-----, "Sistema Jurídico y Fuentes del Derecho", en Lecciones de Teoría del Derecho, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

-----, "Sobre 'Inconstitucionalidad y Derogación'", en Doxa, Discusiones. No Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

-----, "La Argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.

-----, "El Garantismo y la Filosofía del Derecho", Serie de Teoría Jurídica Filosofía del Derecho No. 15, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

FOUCAULT, MICHEL. "Arqueología del saber", Siglo XXI, México, 22 ed. 2005. Título original: L'archeologie du savoir. Traducción: Aurelio Garzón del Camino.

----- "Estética, ética y hermenéutica", Paidós, Barcelona, 1999. Título original: Dits et écrits. Traducción Ángel Gabilondo.

----- "Hermenéutica del sujeto", Altamira, La Plata, 2002. Traducción: Fernando Álvarez-Uría.

GADAMER, HANS GEORG. "Verdad y Método", Ediciones Sígueme, Salamanca, 12 ed., 2007. Título original: Wahrheit und Methode. Traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS. "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn", CEC, Madrid, 1994.

GIDDENS, A., BAUMAN, Z., LUHMANN, N., BECK, U. "Las consecuencias perversas de la modernidad", Anthropos, Barcelona, 2007, pp. 283. Traductor: Celso Sánchez Capdequí.

GOLDSTEIN, L., "Four paradoxes in legal reasoning", en Cambridge Law Review, No. 38, nov. 1979.

GUASTINI, R., "Estudios sobre la Interpretación Jurídica", 5ª ed., Porrúa-UNAM, México, 2003. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell.

-----, "Normas Supremas", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 17-18, Universidad de Alicante, Alicante, 1995. Trad. Jordi Ferrer.

-----, "Problemas de Interpretación", en Isonomía No. 7, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM-Fontamara, México, octubre de 1997. Trad. Miguel Carbonell.

-----, "Estudios de Teoría Constitucional", Fontamara, México, 2001. Trad. Miguel Carbonell.

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO. "El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos", UNAM, México, 1995.

GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL. "Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos", CNDH, México, 2003.

HABERMAS. J. "Discurso filosófico de la modernidad", Taurus, Madrid, 1989, pp. 462. Traducción: Manuel Jiménez Redondo.

----- "Ciencia y técnica como ideología", Rei, México, 1996. Título original: Technik und Wissenschaft als "ideologie", Traductor: Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido.

HESSE Konrad. "Escritos de Derecho constitucional", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

JELLINEK, GEORG. "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", UNAM, México, 2003, pp. 203. Traducción: Alfonso Posada.

LUCAS, J. "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos", en el 50 aniversario de la Declaración del 48, Jueces para la democracia, 32, 1998.

LUHMANN, NIKLAS. "Confianza", UIA-Anthropos, Barcelona, 1996. Título original: Vertrauen. Traducción: Amada Flores.

----- "Introducción a la teoría de sistemas", UIA, México, 1996.

----- "Poder, Política y Derecho", en Metapolítica, volumen 5, México, 2001.

MACCORMICK, N. "Legal Reasoning and Legal Theory", Clarendon, Oxford University Press, 1978.

----- “Coherence in Legal Justification”, ahora recogido en M. BESSONE y R. GUASTINI, (coords), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1994.

----- “Legal Reasoning and Legal Theory”, Clarendon Press, Oxford, 1978.

----- “Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 6, Universidad de Alicante, Alicante, 1989. Trad. Francisco Laporta.

----- “Derecho Legal y Socialdemocracia”, Taurus, Madrid, 1990. Trad. María Lola González Soler.

MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ M. “La estructura del conocimiento jurídico”, EUNSA, Pamplona, 1963.

MASSINI, CARLOS I. “La prudencia jurídica”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

MATURANA, HUMBERTO R. “Desde la Biología a la Psicología”, Editorial Universitaria, 3 ed., Chile, 1996.

----- y VARELA G. FRANCISO. “De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo”, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2003.

MEDINA GUERRERO, MANUEL. “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

MORENO-BONETT, MARGARITA. *Los derechos humanos en perspectiva histórica*, UNAM, México, 2005.

NÁGEL, ERNEST Y NEWMAN, JAMES R. “El teorema de Gödel”. CONACYT, México, 1981.

NINO, C. S., “La constitución de la democracia deliberativa”, Barcelona, Gedisa, 1997.

-----, “Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992.

-----, “Introducción al análisis del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2ª. Ed., 1980.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO C. "En defensa de la Constitución", EUNSA, Pamplona, 1986.

PERELMAN, Ch., "La lógica jurídica y la nueva retórica", Civitas, Madrid, 1988 (reimp.). trad, de Luis Díez-Picazo.

----- "De la Justicia", UNAM, México, 1964. Trad. Ricardo Guerra.

----- y OLBRECHTS-TYPECA, LUCIE. "The new rehtoric", University of Notre Dame, Indiana, 1971, reimp. 2006.

PINKER, STEVEN. "The Language Instinct", Harper-Collins editors, Nueva York, 1995.

PRIETO SANCHÍS, L. "Constitución y Parlamento", en Parlamento y Constitución, No. 5, 2001.

----- "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", en Poder Judicial, No. 11, 1984.

----- "Ideología e interpretación jurídica", Tecnos, Madrid, 1987.

----- "Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico", C.E.C., Madrid, 1992.

----- "La doctrina del Derecho natural", en Betegón, J., M. Gascón, J.R. DE PÁRAMO, L. PRIETO, Lecciones de teoría del Derecho, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

----- "Notas sobre la interpretación constitucional", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 9, 1991.

----- "Constitucionalismo y Positivismo", Fontamara, México, 1997.

----- "Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico", CEC, Madrid, 1992.

PODNIIEKS, KARLIS. "Gödel's Theorem and Around", en la web: <http://www.ltn.lv/podnieks/>, Russia, 1992.

RECASÉNS, L., Antología 1922-1974, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

----- "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable", Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional de México, México, 1971.

----- “Tratado General de Filosofía del Derecho”, Porrúa, México, 1965.

RICOEUR, PAUL. “Sí mismo como otro”, siglo XXI, México, 2003. Título original: soi-meme come un autre. Traducción: Agustín Neyra Calvo.

RORTY, RICHARD M. (editor). “The linguistic turn. Essays in philosophical method”, The University of Chicago Press, 1ª edición, Chicago, 1967.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. “Teoría de la Constitución”, Editorial Astrea, 2004.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, UNAM; IJ, México, 1975.

-----, “Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente”, UNAM, México, 2005.

TOULMIN, S., “Razones y causas”, en AA.VV., La explicación en las ciencias de la conducta, Alianza, Madrid, 1982. Trad. de J. Daniel Quesada.

----- “El uso colectivo de los conceptos”, Vol. I, La comprensión humana, Alianza, Madrid, 1977. Trad. Néstor Míguez.

VEGA, PEDRO DE. “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del pensamiento democrático en el constitucionalismo actual”, en Revista de Estudios Políticos 100, 1998.

-----, “Estudios político-constitucionales”, UNAM, México, 2004.

VIEHWEG, T., “Tópica y jurisprudencia”, Taurus, Madrid, 1986. Trad. de Luis Díez-Picazo.

VIGO, RODOLFO LUIS. “Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)”, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

-----, “Razonamiento Justificadorio Judicial”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 21, Universidad de Alicante, Alicante, 1998.

-----, “Los Principios Jurídicos”, Perspectiva Jurisprudencial, Depalma, Buenos Aires, 2000.

-----, "Interpretación a la Constitución", Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 2004.

VIGO, RODOLFO y DELGADO BARRIO, JAVIER. "Sobre los Principios Jurídicos", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

WRÓBLEWSKI, J. "El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica", en Sentido y hecho en el Derecho, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

----- . "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en Rechtstheorie, No. 5 (1974).

----- "Paradigmas of Justifying Legal Decisions", en Peczenik, A. Lindahl, L., van Roermund, B. (eds), Theory of Legal Science, Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984.

----- "The Judicial Application of Law" (editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick), Kluwer, Dordrecht, 1992.